

Linee guida art. 177 del codice

Contributi pervenuti

Sommario

A. Amministrazioni pubbliche e società pubbliche.....	2
1. Consiglio di Bacino del Brenta.....	2
B. Associazioni di categoria.....	2
2. Aipark.....	2
3. AISCAT.....	3
4. ANCE.....	6
5. Anigas.....	13
6. ANEA (Associazione Nazionale Autorità ed Enti e di Ambito).....	15
7. ASSAEROPORTI.....	16
8. ASSTRA.....	20
9. Assogas.....	21
10. CGIL.....	25
11. FINCO.....	25
12. Utilitalia.....	27
C. Operatori economici.....	38
13. E-distribuzione.....	38
14. Infrastrutture distribuzione gas.....	40
15. Terna.....	42
D. Altri.....	46
16. Arpinge s.p.a. (società di investimenti per imprenditori privati).....	46
E. Contributi anonimi.....	48
17. Anonimo 1.....	48
18. Anonimo 2.....	55

A. Amministrazioni pubbliche e società pubbliche

1. Consiglio di Bacino del Brenta

Osservazione punto 2.1 relativa all'ambito di applicazione della norma.

Con riferimento ai contenuti del punto 2.1 ed in particolare alla previsione di esclusione dall'ambito di applicazione della norma delle concessioni affidate a organismi in house alle condizioni di cui agli artt. 5 e 192 del Codice appalti, si condivide l'interpretazione. Nel caso particolare del servizio idrico integrato, l'esclusione è altresì motivata dalla considerazione che si tratta infatti di "Concessioni" del tutto atipiche, che non prevedono remunerazione, abolita ad esito referendario, né il rischio operativo in capo al concessionario che è affidatario di un servizio regolato che prevede la copertura integrale dei costi operativi (principio del "full recovery cost"). Sul tema peraltro i riferimenti all'art. 12 del codice appalti appaiono inequivocabilmente volti all'esclusione.

In via generale si evidenzia che su detto affidamento è esercitato il cosiddetto controllo analogo, che garantisce il pieno rispetto dei principi di trasparenza ed evidenza pubblica dei procedimenti. A supporto della interpretazione proposta, si segnala altresì come la eventuale soggiacenza al disposto dell'art. 177 del D.Lgs. 50/2016 e ss.mm.ii. delle società in house providing contrasterebbe con le finalità elettive di questa forma di affidamento dei servizi. La scelta dell'in house infatti e le motivazioni alla base di questa opzione di affidamento sono volte a tutelare una forma di stringente controllo pubblico sia sull'affidatario che sull'esercizio della gestione affidata, una capacità esercitabile "in continuum" per tutto il periodo di affidamento perché non legata a una definizione di rapporti istantanea stabilita ad esito di una procedura di gara. Questa forma di controllo verrebbe sostanzialmente inficiata laddove fosse imposta una "esternalizzazione" importante e predeterminata (l'80% previsto dall'art. 177) e non invece legata alla dovuta applicazione del codice appalti che i soggetti affidatari sono tenuti a rispettare.

La scelta di porre a gara il servizio è una opzione possibile ed è del tutto alternativa alle motivazioni alla base della scelta dell'affidamento in house. L'estensione dell'art. 177 parrebbe in tal senso un tentativo a posteriori di "uniformare" o quanto meno assimilare le due opzioni che invece hanno natura e finalità diverse peraltro riconosciute dall'ordinamento comunitario e nazionale.

B. Associazioni di categoria

2. Aipark

Con riferimento all'ambito di applicazione delle disposizioni trattate nel documento di consultazione ed, in particolare, quanto al punto 2.1 – Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma: si ritiene che sarebbe opportuno, ai fini di certezza del diritto, confermare che le convenzioni ex art. 9 L. 122/1989 (cd. Legge Tognoli), essendo convenzioni che disciplinano la messa a disposizione (tramite vendita, locazione, servizi, ecc.) di immobili a soggetti privati per l'esercizio di attività commerciali, non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa sui contratti pubblici. L'esclusione di questo tipo di convenzioni dall'ambito di applicazione della normativa sui contratti pubblici è stata peraltro affermata dalla Direttiva 2004/18/CE come recepita dal d.lgs. 163/2006, nonché dalle norme oggi vigenti, come correttamente ricordato da questa spett.le Autorità nel documento di consultazione.

Fermo il chiarimento sopra riportato in ordine all'ambito di applicazione, con riferimento alle concessioni oggetto delle emanande linee guida si segnala quanto segue:

1. Quanto al punto 2.4- I contratti assoggettati alla norma: si propone di calcolare le percentuali con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso (servizi, forniture e lavori) in quanto, in particolare nella fase di gestione operativa, si ha di frequente l'esigenza di affidare contratti misti che contengono elementi sia di forniture che di lavori che di servizi.

2. Per quanto concerne gli obblighi di comunicazione indicati al punto 4- L'oggetto e le modalità delle verifiche: questi dovrebbero ritenersi già assolti con la pubblicazione annuale dei dati a consuntivo con riferimento all'anno precedente senza che ci sia necessità di una preventiva programmazione annuale, tra l'altro suscettibili di ampie variazioni in corso di attuazione degli affidamenti, in quanto rappresenterebbe un onere aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla norma.

Ne consegue, inoltre, che la base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma non debba essere costituita dai valori a base d'asta delle gare, ma dai valori dei contratti effettivamente affidati agli aggiudicatari delle gare stesse.

Di particolare rilievo è, infine, la considerazione per cui l'adeguamento alle emanande linee guida comporterà maggiori oneri per i concessionari, i cui principali sono di seguito sintetizzati:

- Necessità di modifica delle concessioni al fine di recepire le previsioni delle emanande disposizioni;
- Preparazione, pubblicazione ed espletamento di gare di affidamento di lavori, servizi e forniture;
- Obbligo di pubblicazione e trasmissione annuale entro il 31 luglio di ogni anno (a partire dal 2019) dei dati consuntivi riferiti all'anno precedente.

Per quanto ovvio, si rammenta che gli oneri derivanti dall'applicazione delle richiamate disposizioni sono qualificabili come maggiori oneri, verificatisi per fatti non riconducibili ai concessionari, tali da alterare l'equilibrio del piano economico finanziario delle concessioni con conseguente obbligo di loro previsione così come previsto dall'art. 165, comma 5, del d.lgs. 50/2016, al fine di ripristinare le condizioni di equilibrio compromesse dalla sopravvenuta normativa.

3. AISCAT

ANAC – CONSULTAZIONE ON LINE

“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”.

In ordine al documento posto in consultazione si formulano le seguenti osservazioni

PARAGRAFO 2.4 I CONTRATTI ASSOGGETTATI ALLA NORMA

a) La soglia dei 150 mila euro

L'Autorità ritiene che la formulazione letterale della norma sembrerebbe deporre per “l'interpretazione che riferisce il limite dei 150 mila euro alla concessione, piuttosto che ai contratti”.

Non riteniamo di condividere tale lettura per le ragioni che seguono.

Non vi è dubbio che la lettura del primo comma dell'art. 177 non risulti agevole. E questo – come si spiegherà meglio appresso - a causa della presenza nel testo di un palese refuso, frutto di un “residuo” della formulazione originaria dello schema di decreto.

Occorre a tale proposito considerare che:

- secondo lo schema di decreto legislativo approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri, i concessionari contemplati dall'art. 177 risultavano “...obbligati ad affidare, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro mediante procedura ad evidenza pubblica...”
- le Commissioni parlamentari competenti (segnatamente la Commissione VIII della Camera dei deputati e 8° del Senato), rendendo i pareri sullo schema di decreto legislativo, avevano indicato, tra l'altro, la seguente

prescrizione: “sostituire le parole «relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 euro» con le seguenti «di importo superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni».”

- Il testo del decreto legislativo approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri e pubblicato in Gazzetta – recependo l’indicazione delle Commissioni Parlamentari – ha modificato l’art. 177 inserendo – come è agevole rilevare dalla lettura del testo attualmente in vigore – l’inciso “di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni”, chiarendo così incontrovertibilmente che il tetto dei 150.000 euro è da riferirsi ai contratti e non alle concessioni.
- Risulta allora lampante che le difficoltà di lettura della disposizione sopra rilevate derivano esclusivamente da un mero refuso consistente nella mancata cancellazione nel testo pubblicato in Gazzetta, delle parole “relativi alle concessioni di importo” (quale implicito corollario della modificazione operata). Ciò che è ulteriormente confermato dalla ripetizione in via successiva, riscontrabile nel testo, delle parole “di importo”.

Per comodità di seguito riportiamo l’articolo con le modifiche operate, evidenziando in maiuscolo la parte aggiunta al testo originario dello schema di decreto legislativo in recepimento delle prescrizioni contenute nei pareri delle Commissioni parlamentari; tra parentesi indichiamo, invece, le parole eliminate e quelle la cui mancata eliminazione (refuso) ha comportato le difficoltà di lettura dell’articolo sopra evidenziate:

“Fatto salvo quanto previsto dall’articolo 7, i 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 gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell’Unione europea, sono obbligati ad affidare, una quota pari all’ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture (REFUSO: relativi alle concessioni di importo) (ELIMINATO: superiore a 150.000 euro) **DI IMPORTO PARI O SUPERIORE A 150.000 EURO E RELATIVI ALLE CONCESSIONI** mediante procedura ad evidenza pubblica, introducendo clausole sociali e per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità. La restante parte può essere realizzata da società in house di cui all’articolo 5 per i soggetti pubblici, ovvero da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, ovvero tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni del presente comma, la quota di cui al primo periodo è pari al sessanta per cento.”

D’altra parte – aggiungiamo – non si vede perché il legislatore avrebbe modificato il testo dell’art. 177, se non avesse voluto aggiungere o specificare un quid novi rispetto all’originaria impostazione contenuta nello schema di decreto, rendendo cioè assolutamente chiaro il legame tra il limite dei 150 mila euro e i contratti (“di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni”).

In altre parole riteniamo che il dato letterale dell’articolo complessivamente considerato, alla luce della ricerca della volontà del legislatore resa palese dalla ricostruzione dell’iter normativo sopra ricordato, confermi appieno la lettura in base alla quale il tetto dei 150 mila euro sia da riferirsi ai contratti e non alle concessioni. Peraltro, come ricordato dalla stessa Autorità, e ad ulteriore sostegno di quanto sopra, depone anche la Relazione illustrativa al Codice.

Sotto altro profilo evidenziamo che tanto la legge delega – alla lettera iii) - quanto l’art. 177 del Codice dei contratti, coerentemente con la ratio perseguita dal legislatore, letteralmente circoscrivono l’applicazione del regime speciale ivi previsto ai titolari di concessioni non affidate con procedure di finanza di progetto ovvero con procedura ad evidenza pubblica, aggiungendo inoltre il seguente inciso “secondo il diritto dell’Unione Europea” e cioè – in base alla lettera della legge e secondo l’unica interpretazione, a nostro modo di vedere, percorribile – secondo quanto previsto e richiesto dal diritto comunitario e, in particolare dalle direttive, in materia di concessione.

La stessa Autorità ha correttamente evidenziato - nel paragrafo 2.1 del testo sottoposto a consultazione - che devono considerarsi al di fuori del perimetro di operatività della norma, le concessioni escluse dall'applicazione della Direttiva europea 2014/23; tra queste, dunque - seguendo la medesima logica - anche le concessioni "sottosoglia" (la Direttiva 2014/23 infatti - secondo l'impostazione da sempre seguita dal diritto comunitario, anche nelle precedenti direttive - disciplina esclusivamente "le procedure di aggiudicazione di contratti di concessione indette da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori il cui valore stimato non è inferiore alla soglia indicata dall'art. 8").

Alla luce di quanto sopra esposto, si ritiene che il tetto dei 150 mila euro non possa che riferirsi ai contratti affidati dai concessionari e non al valore della concessione medesima.

Riguardo poi le preoccupazioni espresse dal Consiglio di Stato nel proprio parere sullo schema di decreto correttivo - richiamato dall'Autorità - in merito, in particolare, al rischio di aggiramento della soglia mediante frazionamento delle prestazioni, si sottolinea che l'art. 31, comma 11, del Codice, in continuità rispetto alla previgente normativa, conferma il divieto di un simile frazionamento. La disposizione in parola costituisce pertanto garanzia per la corretta applicazione dell'art. 177 nel rispetto degli scopi perseguiti dal legislatore.

b) il valore dei contratti sul quale calcolare la percentuale minima di affidamenti

L'Autorità 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)".

A riguardo riteniamo che il dato letterale dell'articolo globalmente considerato e, nel contempo, una sua lettura coerente con l'intero quadro normativo, debba far propendere per un'interpretazione che vede la quota percentuale degli affidamenti riferita, complessivamente, a tutti i contratti relativi alla concessione, siano essi di lavori, di servizi o di forniture.

Rileviamo, in primo luogo, che l'elemento letterale idoneo a sciogliere la questione è rilevabile dalla lettura dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art 177, laddove viene precisato che la penale del 10 per cento da applicare in caso di reiterate situazioni di squilibrio, deve essere calcolata sull'importo "complessivo" dei contratti (indistintamente di lavori, servizi o forniture) che avrebbero dovuto essere affidati con procedure ad evidenza pubblica, con ciò evidenziando che l'obbligo - il cui mancato rispetto viene sanzionato - attiene ai contratti globalmente considerati, siano essi di lavori, di servizi e di forniture.

D'altra parte l'elencazione, nel testo normativo, delle varie tipologie di contratti (i.e. lavori, servizi e forniture) appare avere l'esclusiva funzione di includere (nel calcolo della percentuale così come nell'obbligo di esternalizzazione) non solo i lavori, ma anche le forniture ed i servizi, da sempre esclusi da una qualsiasi regolamentazione di tal genere, tanto dalla normativa europea, quanto da quella nazionale (inclusa la norma generale attualmente vigente di cui all'art. 164, comma 5, del Codice dei contratti, rispetto alla quale l'art. 177 è in rapporto di specialità).

PARAGRAFO 3 SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE

L'Autorità chiede agli stakeholder in relazione ai contenuti del paragrafo di cui trattasi di "far pervenire eventuali osservazioni sulle indicazioni proposte e a fornire eventuali suggerimenti ritenuti utili".

Si condivide la possibilità prevista dall'Autorità di un piano pluriennale di rientro per gli scostamenti superiori al limite normativo e ciò in considerazione del fatto che, pur nel rispetto del dettato normativo, è innegabile che i contratti relativi ai lavori di investimento, sono caratterizzati da una natura complessa, una durata pluriennale e con programmi di spesa e di tempi ben definiti, quindi necessitano di una ampia e prospettica pianificazione.

Infatti, per tali interventi - che contribuiscono al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota (volume di spesa previsto) in funzione dei cronoprogrammi previsti o in assenza di quanto programmato - sarebbe opportuno presentare all'inizio dell'anno una pianificazione degli affidamenti coerente con il rispetto del limite normativo (60/40) su un periodo di osservazione pari a 5 anni (tempo, data la natura complessa degli interventi di investimento, considerato congruo) ferma restando la verifica su base annuale.

Al fine di consentire la congrua applicazione del principio del riequilibrio dell'eventuale scostamento, al termine di ogni anno se la rendicontazione evidenziasse una situazione di squilibrio rispetto al limite normativo (60/40), la Concessionaria dovrà tenerne conto nell'anno successivo mettendo in atto misure ed azioni tali per cui la situazione di squilibrio venga riequilibrata, aggiornando quindi la pianificazione, nel rispetto del comunicato periodo di osservazione di 5 anni.

Potranno essere applicate eventuali penali in presenza di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi nel rispetto del dettato normativo, si ritiene, sempre tenendo conto della pianificazione comunicata per il periodo di osservazione di 5 anni.

PARAGRAFO 4 L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE

Appare di difficile comprensione la ragione in base alla quale, nel paragrafo in questione, vengano considerate anche le concessioni escluse dall'art. 177. Con particolare riferimento agli "obblighi di comunicazione che derivano dalle previsioni dell'art. 177" l'Autorità afferma, infatti, di ritenere "utile chiedere la pubblicazione dei dati relativi alle concessioni in essere escluse dall'applicazione dell'art. 177, con i motivi delle ragioni che legittimano l'esclusione.

Posto infatti che gli adempimenti di verifica la cui disciplina è rimessa alle linee guida in consultazione riguardano solo ed esclusivamente i concessionari tenuti al rispetto del limite di cui all'art. 177 comma 1, non si vede perché i connessi obblighi di pubblicazione e pubblicità debbano investire anche soggetti pacificamente esclusi dall'osservanza di tale limite. E ciò - si aggiunge - tanto più in presenza di un esplicito richiamo - nello stesso documento di consultazione - del noto principio di matrice europea di divieto di gold plating.

4. ANCE

1. FONTE NORMATIVA DELL'INTERVENTO DELL'AUTORITÀ

OSSERVAZIONI ANCE

In Italia, il sistema delle concessioni autostradali è notoriamente contraddistinto da una diffusa assenza del confronto concorrenziale "a monte": la quasi totalità delle concessioni in essere, infatti, è stata affidata e/o prorogata senza gara.

Il grave "vulnus" dei principi comunitari e nazionali in materia di concorrenza non risulta sanato neanche "a valle".

Il legislatore, infatti, anziché imporre ai concessionari autostradali "senza gara" l'obbligo di affidare a terzi il 100% dei lavori di rispettiva competenza, ha previsto un regime di netto favore, consentendo ai medesimi di limitare tale obbligo dapprima all'80% - con possibilità di realizzazione in house del restante 20% - e, da ultimo - a seguito delle modifiche apportate dalla recente Legge di Bilancio 2018 all'art. 177 del Codice - addirittura al 60%.

Ora, se già l'80/20 rappresentava il massimo compromesso accettabile, il 60/40 è un inaccettabile ritorno al regime di cui al D.lgs. n. 163/06, oggi in contrasto sia con la successiva legge delega (legge 11/2016, lettera iii) sia - e soprattutto - con i suddetti precetti comunitari.

A ciò si aggiunga il fatto che nel corso degli ultimi anni, non solo i concessionari autostradali non hanno rispettato gli obblighi di legge – come evidenziato dalla relazione MIT 2017 consegnata in Parlamento – ma hanno anche moltiplicato i ricorsi contro i concedenti per contestare le modalità di applicazione della norma.

Questo rende indispensabile, considerato il “regime di favore” – che, come ben evidenziato dall’Autorità, si introduce con la possibilità di realizzare “in house” il 40% dei lavori - la partecipazione delle imprese di costruzioni nelle strutture incaricate dalla verifica dell’obbligo posto in capo alle concessionarie.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

2.1 LE CONCESSIONI RIENTRANTI NELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NORMA

OSSERVAZIONI ANCE

Circa l’ambito di applicazione oggettivo dell’articolo 177, l’Autorità delinea una prima lettura, che pone la norma in combinato disposto con l’art. 164 del Codice. Da ciò, conseguirebbe altresì che devono considerarsi escluse dall’art. 177 tutte le fattispecie già escluse ai sensi dell’art. 164. Secondo una diversa interpretazione, pure ipotizzata nel documento di consultazione, l’art. 177 andrebbe considerato come una norma istituiva di un regime speciale, valevole per tutte le concessioni in essere, laddove affidate senza gara.

Ciò posto, ad avviso dell’ANCE, appare preferibile la seconda opzione ermeneutica.

Infatti, l’art. 177, nel delimitare l’ambito di applicazione, esclude espressamente solo il disposto dell’art. 7 del Codice (ossia, le concessioni affidate “in house” nei settori speciali) e non le ipotesi di cui all’art. 164.

Ma vi è di più.

L’art. 164 muove dal presupposto che la concessione sia stata affidata secondo regole e con le procedure di gara previste dal nuovo Codice.

Da ciò, discende altresì che, in assenza di una gara “a monte”, svolta ai sensi delle prescrizioni introdotte dal nuovo Codice, l’art. 164 non può trovare applicazione, ivi comprese le esclusioni ivi contemplate, venendo a mancare l’ineludibile precondizione, ossia il rispetto delle regole di affidamento con la gara della concessione stessa.

In merito alle singole fattispecie che l’ANAC esclude dall’art. 177, si osserva quanto segue:

- le concessioni affidate "in house" da un'amministrazione aggiudicatrice, di cui agli artt. 5 e 192 del codice.

Al riguardo, si osserva che, ai sensi dell’art. 5, la possibilità di affidare contratti di concessione “in house” è oggi consentita anche laddove nell’ente strumentale sia presente capitale privato (purché privo di potere di veto o di blocco).

Si tratta di una innovazione rispetto al regime antecedente, secondo cui, infatti, ai fini di un legittimo affidamento “in house” nel settore pubblico, era assolutamente vietata ogni forma di partecipazione privata nel capitale sociale della società controllata.

In particolare, secondo i noti principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria sul punto, le forme di in house “puro” potevano considerarsi ammissibili al ricorrere dei seguenti requisiti:

- sussistenza di un controllo analogo;

- svolgimento dell’attività della controllata per l’80% a favore del soggetto concedente

- assenza totale di capitale privato nell'ente strumentale.

Al di fuori di tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici erano tenute ad affidare le concessioni con gara.

Ciò premesso, ne discende che, nel valutare quali concessioni, di cui all'art. 5, siano effettivamente escluse dall'art. 177, potranno al più essere considerate quelle affidate "in house" dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice (19 aprile 2016).

Al contempo, prima di tale data, sono da considerarsi soggette al regime di cui all'art. 177 tutte quelle eventuali concessioni affidate "in house" laddove, nella compagine sociale dell'ente strumentale, siano indebitamente presenti capitali privati;

- le concessioni affidate "con procedure di gara ad evidenza pubblica".

Ad avviso dell'ANAC, con l'espressione «procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea» deve intendersi qualsiasi procedura che garantisca un confronto competitivo, ivi comprese le procedure negoziate.

Al riguardo, e con esclusivo riferimento alle concessioni di costruzione e gestione di lavori pubblici (ivi comprese quelle autostradali), tale assunto non può essere condiviso.

Infatti, nel regime antecedente al nuovo Codice - di recepimento della previgenti direttive comunitarie di settore - l'affidamento delle concessioni era possibile solo con procedure di gara aperte o ristrette, giammai con procedura negoziata.

Ne consegue che le concessioni assentite/prorogate senza procedura di gara aperta o ristretta – come nella maggior parte dei casi delle concessioni autostradali - risultano in contrasto senza quelle "procedure di gara ad evidenza pubblica" che la normativa di riferimento avrebbe a suo tempo richiesto, e ricadono, pertanto, nella sfera di applicazione dell'art. 177;

- assoggettabilità alla norma in esame dei rapporti di concessione che abbiano ad oggetto prestazioni di progettazione e di esecuzione, ma non di gestione dell'opera eseguita.

Trattasi di affidamenti storicamente "datati", temporalmente collocati – quanto alla loro genesi – nella fase anteriore alla stessa legge 109/94, che definì la gestione dell'opera quale elemento caratterizzante il contratto di concessione, superando conseguentemente il tipo della c.d. "concessione di sola costruzione".

Tali contratti privi della gestione dell'opera, da intendersi ormai residuali nel panorama dei ll.pp. (sia in termini di numero di contratti sia in termini di avanzamento lavori), non sono tecnicamente paragonabili alla struttura della concessione, come definita dal 1994 ad oggi, bensì a veri e propri contratti di appalto di progettazione e di esecuzione: tanto è vero che – in sede di emanazione del precedente codice degli appalti (d.lgs.163/06), ancorché limitatamente alle opere relative alle grandi infrastrutture strategiche – fu prevista una norma (art.253, c.27, lett. g) di adeguamento delle precedenti concessioni ai nuovi strumenti offerti dal sistema, tra i quali l'affidamento a contraente generale (istituto normalmente privo di prestazione di gestione). Tali concessioni di sola costruzione sono – per evidenti motivi – estranee ai contenuti del piano economico finanziario, proprio delle concessioni "tipiche", e ciò in quanto non destinate a ritrovare nella fase di gestione la copertura totale o parziale del corrispettivo per l'opera realizzata.

Considerato il grado di avanzamento dei lavori e la presumibile difficoltà operativa di assicurare elevati livelli percentuali di affidamento a terzi, si ritiene di poter escludere dall'applicazione dell'art. 177 le "concessioni di sola progettazione e costruzione", sostanzialmente equiparabili ad appalti di progettazione e di esecuzione.

2.2 I CONCESSIONARI ASSOGGETTATI AL RISPETTO DELLE PERCENTUALI PREVISTE DALLA NORMA

OSSERVAZIONI ANCE

Al punto 2. 2, l'Autorità analizza l'ambito di applicazione soggettiva dell'art. 177, ossia a quali tipologie di soggetti concessionari la norma sia diretta.

Si chiede quindi un contributo in relazione ad una serie di questioni, tra le quali le seguenti, di così sintetizzabili:

- se rispondano all'obbligo di esternalizzare l'80 per cento dei lavori anche i concessionari privati, che non siano tenuti ad applicare il codice nei loro affidamenti.

Ferme le considerazioni espresse nelle Premesse, va osservato che la Legge di Bilancio n. 205/2017 ha definitivamente chiarito che, ancorché privati, i concessionari autostradali sono sicuramente obbligati ad esternalizzare il 60 per cento dei lavori di propria competenza, a prescindere dal fatto che siano tenuti o meno all'applicazione del Codice;

- se sia opportuno escludere dall'applicazione dell'80/20 quei concessionari che sono, in ogni caso, tenuti ad applicare il codice nei loro affidamenti.

Al riguardo, si concorda con quanto affermato nel documento di consultazione, laddove si riconosce una specialità al regime istituito dall'articolo 177, con la conseguenza che ogni soggetto tenuto all'applicazione del Codice è obbligato, altresì, all'applicazione dell'articolo 177.

Lo stesso può essere detto con riferimento ai soggetti "in house" di cui all'articolo 16 del D.Lgs. n 175/2016, che regola le società a partecipazione pubblica.

2.3 L'AMBITO TEMPORALE DI APPLICAZIONE

OSSERVAZIONI ANCE

In via preliminare, si condivide quanto il principio espresso dall'Autorità secondo cui le concessioni, successivamente all'entrata in vigore del Codice, dovranno essere affidate esclusivamente tramite procedure ad evidenza pubblica.

Tuttavia, nelle denegata ipotesi in cui ciò non dovesse avvenire, si ritiene che l'art. 177 si applichi anche alle future ed eventuali concessioni stipulate in violazione dell'obbligo di gara "a monte".

2.4 I CONTRATTI ASSOGGETTATI ALLA NORMA

OSSERVAZIONI ANCE

Al punto 2.4 l'Autorità analizza quali contratti debbano computarsi nel calcolo delle percentuali dell'80/20.

Al riguardo, va preliminarmente osservato che le osservazioni svolte debbano estendersi anche alla percentuale 60/40, introdotta dalla Legge di Bilancio n. 205/2017 per i soli concessionari autostradali.

Ciò posto, si condivide quanto affermato nel documento di consultazione in merito all'applicazione della norma in relazione alle concessioni d'importo superiore a 150.000 euro. In caso contrario, sussisterebbe il serio rischio di elusione dell'obbligo di esternalizzazione, tramite eventuali artificiosi frazionamenti.

Nel documento di consultazione sono poi profilate ulteriori questioni, così sintetizzabili:

- se la percentuale minima di affidamento a terzi (80%- 60%) debba essere calcolata con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso oppure distinguendo per ciascuna categoria di appalti (lavori, servizi o forniture).

Nel merito, si condividono le conclusioni dell'Autorità, che ritiene maggiormente in linea con la ratio della norma calcolare il rapporto 80/20 (o 60/40) in relazione a ciascuna categoria di affidamento.

Diversamente, infatti, si potrebbe incorrere in una dinamica anticoncorrenziale, tale concentrare solo su alcune tipologie di contratti più facilmente esternalizzabili, (come ad esempio le forniture), tutto il valore della quota degli affidamenti a terzi.

Inoltre, da un punto di vista letterale, le tre diverse tipologie di contratti rientranti nell'obbligo di esternalizzazione a terzi (ossia lavori servizi e forniture), non sono unite dalla congiunzione disgiuntiva "o" – che farebbe propendere per un'alternatività delle stesse - bensì dalla congiunzione "e"; non appare quindi attribuita alla stazione appaltante la possibilità di escludere una tipologia di contratto dall'applicazione del rapporto 80/20 (o 60/40).

- se i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell'attività nel suo complesso debbano essere considerati nel calcolo delle percentuali dell'80/20 (o 60/40).

Si ritiene che siano assoggettati al rapporto 80/20 (e 60/40) unicamente i contratti di lavoro, servizi e forniture che siano inerenti l'oggetto della concessione ovvero prestazioni connesse alle attività e agli investimenti ricompresi nel piano economico e finanziario.

- se nelle percentuali dell'80/20 (o 60/40) debbano computarsi anche le prestazioni eseguite in via diretta da parte del concessionario.

Al riguardo, va osservato anzitutto che l'esecuzione in via diretta è equiparata all'esecuzione mediante società controllate e/o collegate, come del resto sottolineato dalla stessa Autorità nel documento di consultazione, laddove ricorda che l'articolo 174 non considera le società collegate come soggetti terzi rispetto al concessionario.

Pertanto, si concorda con quanto affermato anche dal Consiglio di Stato in merito alla ricomprensione nella percentuale massima del 20% (40%) anche delle prestazioni eseguite dal concessionario con propri mezzi e proprio personale.

Tale impostazione è conforme ai principi comunitari, a norma dei quali, al fine di considerare esternalizzata o meno una prestazione, occorre fare riferimento al soggetto economico (ossia l'impresa capogruppo), e ciò a prescindere dall'esistenza di differenti persone giuridiche in cui il soggetto economico può comporsi.

- se la percentuale minima di affidamento a terzi includa le prestazioni che il concessionario privato abbia dichiarato di voler subappaltare.

Al riguardo, si osserva che, ai sensi della normativa previgente, il concessionario viene considerato un soggetto che "appalta" e non "subappalta".

Solo a seguito dell'entrata in vigore della nuova direttiva UE n. 23/2014 in materia di concessioni, il concessionario diviene soggetto che può "subappaltare".

Ora, poiché l'art. 177 si applica alle concessioni già in essere, laddove affidate senza gara, ne consegue che si tratta di situazioni verosimilmente maturate prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice, e dunque prima della possibilità di prevedere un concessionario che "subappalti" direttamente.

Conseguentemente, è ragionevole ritenere che il quesito posto può essere privo di sostanziale ricaduta pratica, dal momento che non sembra sussistere l'ipotesi in cui vi siano concessioni in essere, affidate senza gara, che prevedano un concessionario che operi attraverso subappalti.

Ad ogni modo, eventuali subappalti dovranno essere ricompresi nella quota massima del 20% (o del 40%) che il concessionario può eseguire "in house".

- se il termine di adeguamento di 24 mesi alle nuove percentuali 80/20 (e 60/40) sia o meno un termine finale.

Al riguardo, è possibile affermare, in sintonia con quanto espresso dal Consiglio di Stato e dal Mit, che, a partire da aprile 2018, i concessionari dovranno aver già provveduto, nei 24 mesi antecedenti a riprogrammare i propri PEF adeguandoli alle nuove regole.

2.5 AMBITI DI APPLICAZIONE DELL'ART. 253, COMMA 25, DEL D.LGS. 163/06 E DELL'ART. 177 DEL CODICE

OSSERVAZIONI ANCE

L'Autorità pone la questione relativa all'applicabilità del regime previsto all'articolo 177 anche alle concessioni già assentite alla data del 30 giugno 2002, per le quali vigeva l'obbligo di esternalizzare il 60% dei contratti oggetto della concessione, anziché l'80%.

Nel merito, si concorda con l'Autorità, la quale sottolinea che l'articolo 177 fa riferimento alle concessioni già assentite alla data di entrata in vigore del codice, senza alcuna eccezione, ricomprendendo, quindi anche le concessioni già assentite nel 2002.

Pertanto tali concessionari – con l'eccezione di quelli autostradali, già da tempo obbligati ad esternalizzare il 60% - saranno tenuti a riprogrammare i propri piani economici e finanziari estendendo, a far data da aprile 2018, da 60 ad 80 la quota di lavori da affidare a terzi con gara.

Il comma 2 dell'art. 177 stabilisce che "le concessioni di cui al comma 1 già in essere si adeguano alle predette disposizioni entro ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice".

Considerata la diretta ed innegabile incidenza della cennata disposizione sul regime patrimoniale dei rapporti di concessione in essere alla data di entrata in vigore del codice, appare evidente che con l'espressione "le concessioni ... in essere si adeguano ..." non possa che intendersi la previsione di un obbligo di adeguamento delle condizioni del contratto di concessione, comprensivo – se del caso – della revisione del piano economico finanziario alla base del rapporto di concessione.

Occorre infatti tenere in debita considerazione che la nuova disposizione normativa, avendo riguardo alla disciplina dei sub-affidamenti, importa inevitabili correlazioni con contenuti di carattere economico e temporale afferenti all'obbligazione principale assunta dal concessionario, vale a dire la realizzazione di una determinata opera al prezzo e nel tempo stabilito nella convenzione. La modifica consensuale (e non da considerarsi semplicemente imposta dalla norma) delle condizioni contrattuali in essere appare pertanto necessaria per assicurare coerenza costituzionale alla previsione stessa dell'art.177.

Sul piano pratico, l'ampliamento della quota percentuale di affidamento a terzi mediante procedure ad evidenza pubblica può comportare per il concessionario (i) sul piano fisiologico, maggiori costi e maggiori tempi per l'espletamento delle gare; (ii) sul piano patologico, il rischio di maggiori costi e maggiori tempi per eventuali ricorsi in sede giurisdizionale da parte dei concorrenti alle gare. Trattasi di variabili oggettivamente riscontrabili quali diretta conseguenza della nuova disciplina imposta dall'art.177, aventi conseguenze certe (fisiologicamente ragionando) ed eventuali (per effetto dei possibili contenziosi) sui costi e sui tempi a carico del concessionario.

PROPOSTA: l'espressione "le concessioni ... in essere si adeguano ...", di cui al secondo comma dell'art.177, deve essere intesa in senso procedurale come interlocuzione necessaria tra concedente e concessionario ai fini della (eventuale) revisione delle condizioni alla base del contratto, da stabilire caso per caso e nel termine dei ventiquattro mesi appositamente previsto dalla norma.

3. SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE

OSSERVAZIONI ANCE

Si condivide quanto affermato dal documento in consultazione laddove si precisa che l'eventuale scostamento dalle percentuali di esternalizzazione di riferimento (80 per cento e 60 per cento) deve essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in questione.

Diversamente, non appare condivisibile consentire un piano pluriennale di rientro per gli scostamenti superiori al 20%. Ciò sarebbe in contrasto con l'art. 177, laddove fa espresso riferimento all'obbligo del riequilibrio entro l'anno successivo allo scostamento, pena l'applicazione della penale.

Per quanto concerne l'importo su cui calcolare la penale da applicare, si concorda sul fatto che la base di calcolo debba essere rappresentata dallo scostamento rispetto al limite dell'80%, riferita al periodo annuale.

Altrettanto condivisibile appare l'indicazione dell'ANAC ad integrare le convenzioni in essere con il richiamo ai meccanismi sanzionatori di cui all'art. 177 comma 3 - nel presupposto che, naturalmente, detti meccanismi si applichino a prescindere da tali modifiche contrattuali - e su un esercizio pregnante dei poteri di segnalazione di ANAC in caso di eventuali inadempimenti.

Ciò tanto più alla luce delle recenti modifiche normative, che, com'è noto, hanno abbassato dall'80 al 60 per cento la percentuale di lavori da esternalizzare per i soli concessionari autostradali.

Appare opportuno stabilire una tempistica massima per l'applicazione delle sanzioni (ad esempio tre mesi dalla fine del periodo considerato) al fine di evitare una dilazione del periodo di contraddittorio con il concessionario.

4. L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE

OSSERVAZIONI ANCE

Al punto 4, l'Autorità suggerisce alcune modalità relative all'effettuazione dell'attività di monitoraggio sul rispetto, da parte dei concessionari, del rapporto 80/20 (o 60-40).

Al riguardo, si concorda anzitutto sulla necessità che tali percentuali vengano rispettate già a partire da aprile 2018, con la conseguenza che la prima verifica riguarderà gli affidamenti effettuati nell'anno 2018/2019.

Al riguardo, si suggerisce che tale verifica coinvolga anche l'ANAC, attesa l'esplicita attribuzione prevista dal terzo comma dell'articolo 177.

Sorprende, peraltro, quanto affermato in relazione alle difficoltà espresse dai soggetti concedenti circa la possibilità di svolgere le verifiche richieste dalla norma.

Si ricorda infatti che, tali verifiche non sono una novità, dal momento che l'obbligo di esternalizzazione di una percentuale dei lavori (ora tornata, per i concessionari autostradali, al 60 per cento, in continuità con il regime previgente) è sempre esistito.

Viene il dubbio che tali verifiche non siano state effettuate in maniera appropriata.

Dubbio avvalorato dalla relazione MIT 2017 sull'andamento degli affidamenti da parte dei concessionari autostradali, che infatti ha confermato quanto le concessionarie abbiano già largamente disatteso le condizioni fissate dal legislatore per l'esternalizzazione dei lavori (60 per cento).

Un possibile esempio di riferimento cui ispirarsi per il monitoraggio potrebbe rinvenirsi nell'esperienza francese in relazione alle miniproroghe delle concessioni e del relativo accordo stipulato tra le associazioni che rappresentano i concessionari ed il mondo delle imprese di costruzione.

Accordo che ha visto imporre ai concessionari l'obbligo di esternalizzare il 100% dei lavori.

In base a tale accordo, il monitoraggio della proroga deve necessariamente essere attuato regolarmente e da strutture nazionali indipendenti (in Italia potrebbero essere ANAC e MIT), con la partecipazione, rispettivamente, delle associazioni dei concessionari e delle imprese di costruzioni.

Infine si sottolinea che, in quanto soggetti appaltanti, anche i concessionari privati, *rectius*, i concessionari che non siano amministrazioni aggiudicatrici e/o enti aggiudicatori, dovrebbero essere soggetti alle norme in tema di amministrazione trasparente.

Si condivide infine la proposta dell'Autorità in merito alle tempistiche proposte per il rispetto dell'obbligo di pubblicazione annuale.

5. Anigas

PREMESSA

In termini preliminari si ritiene opportuno, al fine di consentire la proposizione di osservazioni il più possibile costruttive nell'ottica del più stringente rispetto della normativa de quo trattata, delineare le specificità del settore della distribuzione del gas naturale il quale, come già espresso e condiviso negli incontri tenutisi presso gli uffici ANAC nello scorso anno, ha particolari caratteristiche di cui si deve tenere adeguatamente conto.

Pertanto in estrema sintesi, relativamente al settore rappresentato si evidenziano nuovamente qui di seguito le seguenti caratterizzazioni:

- ai sensi degli artt. 14 e 15 D.Lgs n.164/2000, le migliaia di concessioni comunali del servizio di distribuzione del gas naturali esistenti alla data di entrata in vigore della norma (quasi il 90% delle concessioni esistenti), sono scadute o naturalmente o per effetto delle suddette norme di legge;

- la gestione delle concessioni è quindi per la maggior parte effettuata ai sensi dell'art. 14, comma 7 D.Lgs. n.164/2000 e cioè, in attesa delle nuove gare d'ambito per l'assegnazione del servizio, limitatamente alla ordinaria amministrazione;
- le regole della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas sono determinate dall'art.14 D.Lgs. n.164/2000, art.46 bis D.L. n.159/2007 e dal D.M. 12 novembre 2011 n. 226 (cd. "D.M. gare"). Tale decreto ha, tra le altre cose, definito le regole per l'individuazione della stazione appaltante per ambito territoriale minimo ai sensi dell'art.46 bis D.L. n.159/2007 e stabilito i compiti di quest'ultima (art. 2). In particolare, la stazione appaltante svolge e aggiudica la gara per delega degli enti locali concedenti e cura ogni rapporto con il gestore. A tal proposito, i gestori sono tenuti a una serie di obblighi informativi (di natura tecnica, finanziaria, contrattuale e tariffaria) nei confronti degli enti locali concedenti (art. 4).

Alla luce delle considerazioni esposte, così come evidenziato e condiviso durante gli incontri di approfondimento in ANAC, si evidenzia che le concessioni rilevanti per l'applicazione dell'art. 177 del D.Lgs. 50/2016 siano quelle affidate senza procedura ad evidenza pubblica, che non siano scadute e che abbiano opere ancora da realizzare che esulino dall'ordinaria gestione.

Partendo da tale presupposto si passano in rassegna i seguenti aspetti del documento di consultazione sulle indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice, sui quali si ritiene di potere fornire un fattivo contributo.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

In termini generali, specularmente a quanto evidenziato in premessa, si evidenzia che non rientrano nella specifica pertinenza dell'art. 177 del Codice le concessioni:

- senza opere da realizzare
- affidate a gara
- scadute (scadenza naturale o ope-legis),

Riguardo le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma (punto 2.1), si condivide la definizione adottata di procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea come "qualsiasi procedura di gara che garantisca un confronto competitivo", ricomprendendo correttamente anche le procedure negoziate (unica modalità prevista per le concessioni di servizi nel D.Lgs. 163/2006).

Relativamente all'ambito temporale di applicazione (punto 2.3), si condivide l'assunto per cui l'art. 177 si applichi alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, ovvero stipulate in data antecedente al 19 aprile 2016; anche attraverso tale precisazione si escludono implicitamente le concessioni scadute, che nel settore rappresentato comprendono quelle scadute per decorso del termine di durata ivi previsto sia quelle scadute anticipatamente ex art.15, comma 5 D.Lgs. n.164/2000.

In merito ai contratti assoggettati alla norma (punto 2.4), si condivide la interpretazione che riferisce il limite di 150.000 euro al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti.

Inoltre in merito al valore della concessione, come già evidenziato in occasione del censimento delle gare distribuzione gas dello scorso anno, si concorda sul fatto che il valore del contratto debba essere determinato sulla base delle norme di legge in vigore e dunque in sostanza che si debba far riferimento al valore indicato nel contratto stesso.

Si ritiene poi di fondamentale importanza l'interpretazione correttamente posta per cui l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate nella norma; ovvero in altri termini la soglia dell'80% debba essere riferita ai contratti di lavori, servizi e forniture e non alle prestazioni svolte con proprio personale. Come già evidenziato (Prot. N. 194/17) una interpretazione difforme da quella esposta, oltre ad essere contraria al divieto di golden plating (visto che la previsione dell'art. 177 non trova riscontro nelle direttive attuate tramite il D.Lgs. n. 50/2016) e ai principi costituzionali di autonomia d'impresa, causerebbe conseguenze gravemente pregiudizievoli per il settore rappresentato, in particolar modo sotto il profilo occupazionale, costringendo i concessionari a ridurre drasticamente la propria forza lavoro non più utilizzabile per effettuare direttamente le attività relative alle concessioni di cui sono titolari.

Con riferimento poi alle prestazioni per le quali la norma consente un affidamento a società controllate/collegate si ritiene che la possibilità di affidamento senza gara ad evidenza pubblica debba essere estesa agli affidamenti alle società facenti parte dello stesso gruppo (compresa ad esempio la società controllante o la società controllata dalla stessa controllante) o addirittura ritenere che le prestazioni svolte dalla società controllante rientrino tra quelle svolte direttamente dall'impresa e dunque escluse dal conteggio delle percentuali di cui all'art.177 D.Lgs. n.50/2016.

Con riguardo ai contratti di durata pluriennale si ritiene corretto che gli stessi debbano contribuire al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota per anno, ma si considera inopportuno richiedere una contabilità separata per ciascuna concessione in quanto tale ipotesi comporterebbe oneri sproporzionati all'obiettivo prefissato. Si evidenzia che nel settore rappresentato esistono già normative che impongono già di comunicare (ad altri fini) ad autorità pubbliche dettagliate informazioni contabili.

4. L'OGGETTO E LE MODALITA' DELLE VERIFICHE

Si condivide l'orientamento espresso secondo il quale 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, escludendo che le funzioni di vigilanza possano essere rimesse in via esclusiva all'ANAC.

Si condivide altresì l'individuazione di un meccanismo di pubblicazione dei dati relativi alle concessioni in essere quale meccanismo di verifica dell'applicazione dell'art. 177, limitatamente però all'ambito delle concessioni soggette all'art. 177 stesso.

Si propone poi, per una questione di semplificazione e praticità, che l'obbligo di pubblicazione debba riguardare dati riferiti all'anno solare (ovvero scadenza 31/12) e non l'impostazione immaginata, ovvero infra annuale, quantomeno per gli anni successivi al primo.

L'obbligo dei concessionari di pubblicare i dati sui siti degli enti concedenti potrebbe discendere direttamente dal provvedimento di codesta Autorità, senza necessità di modificare o integrare in tal senso le concessioni in essere.

Infine si ritiene inutilmente gravosa l'ipotizzata elaborazione di una sorta di programmazione annuale degli affidamenti dei contratti di lavori, servizi e forniture, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva.

6. ANEA (Associazione Nazionale Autorità ed Enti e di Ambito)

Di seguito si riportano le osservazioni dell'ANEA (Associazione Nazionale Autorità e Enti di Ambito).

Ambito di applicazione

Per quanto riguarda l'ambito di applicazione si concorda con l'orientamento prospettato che individua il perimetro di attuazione limitatamente alle fattispecie disciplinate dalla parte III del Codice, ovvero i "contratti di concessione". Si ritiene infatti che la collocazione dell'art. 177 sia da considerarsi come indicazione della ratio legis e che quindi dovrebbe orientare l'interpretazione della norma in merito all'ambito di applicazione e i relativi adempimenti che ne derivano.

In particolare, si evidenzia che, dal momento che il Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 12 non si applica al settore idrico, non dovrebbero trovare applicazione nemmeno gli adempimenti derivanti dall'art. 177.

Con riferimento agli affidamenti in house si sottolinea, per giunta, che gli stessi non sono soggetti all'applicazione dell'art. 177 del D.Lgs. 50/2016, in quanto esclusi ai sensi dell'art. 5 del medesimo decreto dall'ambito di applicazione del codice stesso, laddove ovviamente siano rispettati i requisiti e le condizioni previste, in continuità con l'applicazione nel settore del SII del previgente art. 253 del D. Lgs. 163/2006.

Nel caso in cui si prediliga l'interpretazione che individua il perimetro di attuazione dell'art. 177 ai soli "contratti di concessione", nel settore idrico potrebbero essere soggette alla disciplina ivi prevista solo quelle gestioni che operano in virtù di un affidamento diretto ai sensi della normativa pro tempore vigente e che permangono fino a naturale scadenza. Si tratterebbe quindi solo di forme residuali, che dovrebbero essere ricondotte, in un secondo momento, all'interno delle ipotesi previste dalla normativa per gli affidamenti nel settore idrico. Secondo quanto riportato all'interno del Blue Book 2017 (Utilitalia e Utilitatis) considerando i dati a dicembre 2016 le forme di affidamento in base alla percentuale della popolazione servita per modello gestionale sono articolate nel modo seguente: 48% in house, 12% affidamento a società mista, 17% affidamento a quotata, 2% affidamento in concessione a terzi, 10% altre gestioni, 11% in economia.

Per le motivazioni sopra esposte, non si riportano quindi osservazioni ai punti successivi, fatta eccezione per il punto 4.

L'oggetto e le modalità delle verifiche

Se viene confermata l'esclusione del settore idrico dall'applicazione della norma, in quanto conseguente al più generale ambito di applicazione dell'intero codice dei contratti, si ritiene che tale settore debba essere esente in ogni caso, anche dagli obblighi di comunicazione che ne derivano. Nell'ipotesi contraria, si ritiene opportuno che tali obblighi siano calibrati in base alle peculiarità del settore idrico. Si concorda, infine, con le opzioni presentate in merito all'opportunità di evitare la revisione delle convezioni in corso.

7. ASSAEROPORTI

In ordine al documento messo in consultazione la scrivente Associazione, con sede in Roma, via Vicenza 5A, assistita dall'avv. prof. Maria Alessandra Sandulli, del foro di Roma, quale rappresentante degli interessi dei gestori degli aeroporti formula le seguenti osservazioni con riferimento al par. 2 "ambito di applicazione", sub specie sui parr. "2.1 Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma" e "2.2 I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma"

1. La fonte normativa dell'intervento dell'Autorità: l'art. 177

L'art. 177 d.lgs. n. 50/2016 s.m.i., in linea di continuità con l'art. 253, co 25, d.lgs. n. 163/2006, a sua volta in continuità con la c.d. legge Merloni, fatto preliminarmente "salvo quanto previsto dall'art. 7", dispone che "i 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 Codice", non affidate con finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica sono obbligati ad affidare con gara almeno l'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a € 150.000,00, lasciando il residuo 20% disponibile per gli affidamenti diretti anche infragruppo o semplificati (comma 1); al comma 2 fissa in ventiquattro mesi il termine di adeguamento alle

riferite prescrizioni e al comma 3 assegna all'ANAC la verifica del rispetto del limite del 20%, fornendo una serie di indicazioni per eventuali situazioni di squilibrio; in forza della modifica recentemente operata dalla l. 27 dicembre 2017, n. 205 è stato specificato che per i titolari di concessioni autostradali, ferme restando le altre disposizioni, la quota di contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a € 150.000,00 da affidare a terzi è ridotta al 60%.

Come correttamente osservato nel documento di consultazione in oggetto, l'art. 177 è contenuto nella parte III del Codice dedicata ai "Contratti di concessione", il cui ambito di applicazione è definito dall'art. 164.

L'art. 177 fa conseguentemente (e coerentemente) esclusivo riferimento ai titolari di "concessioni di lavori, di servizi pubblici o di forniture";

2. La qualità di titolari di diritti speciali o esclusivi dei gestori aeroportuali

I gestori aeroportuali operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi (riconosciuti e disciplinati da apposite disposizioni legislative, regolamentari e/o convenzionali) e non in forza di "concessioni di lavori, servizi pubblici o di forniture", sicché non possono considerarsi concessionari inclusi nell'ambito di applicazione della disposizione in esame.

Il modello di "gestione totale" seguito dagli aeroporti italiani, caratterizzato da un regime in cui mediante leggi speciali (leggi-provvedimento) relative ai singoli aeroporti, il gestore percepisce tutte le entrate derivanti dall'aeroporto (oltre ad eventuali contributi) e ne sopporta tutti gli oneri, rientra pienamente nel modello di titolarità di diritti speciali o esclusivi descritti dal Codice come quei diritti riconosciuti "dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività previste dagli artt da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività" (art 114, co 3). Resta inteso che qualora la gestione totale sia acquisita tramite una procedura di gara a evidenza pubblica, con idonee forme di pubblicità, viene meno la stessa qualificabilità dell'ente affidatario come titolare di diritti speciali o esclusivi (cfr art 114, co 4) nonché, a monte, la relativa qualificabilità come ente aggiudicatore (art 3, co 1, lett e, punto 2.3).

Coerentemente con il quadro delineato, il diritto UE, nel disciplinare per la prima volta in modo unitario le concessioni (di servizi e di lavori), ha espressamente escluso che gli accordi aventi ad oggetto il diritto di un operatore economico di gestire risorse demaniali, anche aeroportuali, "mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici" si configuri come concessione (cfr dir. 2014/23/UE considerando 15, a norma del quale "taluni accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi risorsa pubblica, in particolare nel settore...degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d'uso senza acquisire lavori o servizi specifici, non dovrebbero configurarsi come concessioni ai sensi della presente direttiva").

Anche sotto il profilo sistematico la ricostruzione che precede è confermata dall'autonomia concettuale della categoria giuridica soggettiva dei titolari di diritti speciali o esclusivi esercenti una delle attività di cui agli artt da 115 a 121 (ove è compresa quella aeroportuale) rispetto alle altre figure disciplinate dal Codice. Basti sul punto riferirsi:

all'art. 3, che considera tali soggetti in maniera autonoma e separata rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici e alle imprese pubbliche con riferimento alla relativa qualificabilità come "enti aggiudicatori";

all'art 114, che considera tali soggetti in maniera autonoma e separata rispetto alle amministrazioni aggiudicatrici e alle imprese pubbliche con riferimento all'applicabilità delle disposizioni relative ai settori speciali.

3. Prime considerazioni sull'inapplicabilità dell'art. 177

Considerato che l'introduzione di vincoli e/o limiti all'esercizio della libertà di impresa oggetto di specifica garanzia costituzionale e eurounitaria (artt. 41 Cost. e 16 Carta di Nizza) è soggetta ad espressa riserva di legge, alla luce di quanto precede i gestori aeroportuali operanti in forza di atti legislativi e regolamentari che hanno conferito loro diritti speciali o esclusivi in assenza di previa gara, non essendo inquadrabili nella categoria dei soggetti titolari di "concessioni di lavori, servizi o forniture", non rientrano nell'ambito di applicazione dell'art. 177, che, diversamente dalle disposizioni impositive degli obblighi di evidenza pubblica nei settori speciali, riferite indistintamente a tutti gli "enti aggiudicatori" (ivi comprese pertanto le imprese pubbliche e i soggetti che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi, sempre nei limiti in cui esercitano le attività di cui agli artt. da 115 a 121) si riferisce esclusivamente agli "Affidamenti dei concessionari".

Si ritiene dunque opportuno precisare espressamente che

- sono esclusi dall'ambito oggettivo di applicazione della disposizione in esame le gestioni totali affidate ai gestori aeroportuali attraverso diritti speciali o esclusivi (in quanto non includibili tra "Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma");
- sono esclusi dall'ambito soggettivo di applicazione della disposizione in esame i gestori aeroportuali titolari di diritti speciali o esclusivi (in quanto non includibili tra "I concessionari assoggettati al rispetto delle procedure previste dalla norma")

4. I limiti agli obblighi di evidenza pubblica dei gestori aeroportuali diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici

Chiarita l'inconfigurabilità in termini di concessione della relazione che lega i gestori aeroportuali allo Stato, fermo e assorbente quanto sopra rilevato sul punto, anche nell'ottica di meglio chiarire la posizione dei gestori aeroportuali rappresentati dalla scrivente, si osserva che i titolari di diritti speciali o esclusivi (diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici) sono soggetti a obblighi di gara a "latitudine circoscritta" quando operano affidamenti a terzi di contratti di lavori, servizi e forniture o concessioni nell'esercizio di una o più attività di cui agli artt da 115 a 121. Le riferite regole si applicano infatti a tali soggetti limitatamente all'affidamento di contratti di appalto e di concessione relativi alle attività svolte nel settore speciale di riferimento e perciò strumentali.

L'imprescindibile collegamento tra la soggezione alle disposizioni codicistiche e lo svolgimento di attività "speciali" elencate agli artt. da 115 a 121 è ribadito in una pluralità di disposizioni tanto per i titolari di diritti speciali o esclusivi, quanto per le imprese pubbliche (basti, ancora una volta, il riferimento all'art 3, che prevede l'applicabilità delle disposizioni codicistiche ai riferiti soggetti solo nell'ambito dell'esercizio di una o più delle attività di cui agli artt. da 115 a 121 ai fini dell'applicazione della parte II relativa ai contratti di lavori, servizi e forniture, nonché ai fini dell'applicazione della parte III relativa alle concessioni). Con specifico riferimento al settore aeroportuale è opportuno richiamare i considerando 24 e 25 della riferita dir 2014/23/UE, che si limitano a rilevare la necessità che si applichino "norme specifiche e uniformi" alle concessioni di servizi aggiudicate da enti che operano nei settori speciali e limitatamente in ogni caso ai servizi "pertinenti nel settore aeroportuale".

Merita per completezza aggiungere che il riferito art. 7 d.lgs. n. 50/2016, fatto testualmente salvo dall'art. 177, esclude poi in radice dall'ambito di applicazione del Codice "le concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata o da una joint venture, composta esclusivamente da più enti aggiudicatori per svolgere attività descritte agli articoli da 115 a 121 e di cui all'allegato II a un'impresa collegata a uno di tali enti aggiudicatori". Se ne deduce che l'art. 177 non opera rispetto agli affidamenti di appalti e concessioni aggiudicati nei settori speciali a un'impresa collegata, i quali debbono all'evidenza essere esclusi dalle soglie percentuali che tale ultima disposizione introduce. La previsione è coerente con il disposto dell'art. 29 della direttiva 2014/25/UE, che esonera tali contratti dal perimetro dell'evidenza pubblica quando (i) l'impresa affidataria possa considerarsi "collegata" – per ciò che i relativi conti annuali sono consolidati con quelli dell'ente aggiudicatore a norma della direttiva 2013/34/UE, oppure, se non soggetta a tale speciale disciplina di bilancio,

per ciò che sottoposta all'influenza dominante dell'aggiudicatore medesimo – e (ii) abbia ricavato almeno l'80% del fatturato medio degli ultimi tre anni in favore dell'ente aggiudicatore o delle altre imprese a cui è collegata.

La clausola di salvezza contenuta nell'art. 177 è tesa inequivocabilmente a riservare alle concessioni e agli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata un trattamento differenziato rispetto agli altri affidamenti ordinariamente esclusi dall'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici (artt. 4-17 dello stesso codice), sottraendoli, a monte, dall'operatività delle soglie percentuali di cui all'art 177.

Del resto, altrimenti ragionando, l'inciso “salvo quanto previsto dall'art. 7” verrebbe svuotato di contenuto. La disposizione è poi perfettamente allineata con l'inclusione, nella quota residua del 20% affidabile con metodi non evidenziali, oltre che degli affidamenti in house per i soggetti pubblici, degli affidamenti operati da soggetti privati in favore di “società direttamente o indirettamente controllate o collegate”. Affinché l'affidamento a un'impresa collegata implichi la sottrazione all'ambito di operatività del codice, l'art 7 pone infatti dei requisiti ulteriori alla mera presenza di un collegamento tra imprese: (i) che si tratti di affidamenti operati nei settori speciali, (ii) che l'80% del fatturato medio realizzato dall'impresa collegata nell'ambito degli ultimi tre anni provenga dalle prestazioni rese all'ente aggiudicatore o alle imprese cui è collegata.

Tali precisazioni pongono in un rapporto di specie a genere la particolare figura di collegamento tra imprese disciplinata dall'art. 7 rispetto a quella contemplata in termini generici dall'art. 177, giustificando la radicale sottrazione dall'ambito di applicazione di quest'ultima disposizione delle concessioni e degli appalti aggiudicati dai titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici e forniture a un'impresa collegata nel rispetto delle prescrizioni dell'art. 7. E' appena il caso di evidenziare, pertanto, che il passaggio del documento di consultazione che, nell'individuare l'ambito soggettivo di applicazione dell'art 177, afferma che “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” (par 2.2) deve essere letto alla luce della deroga “Fatto salvo quanto previsto dall'art 7”, che espressamente precede l'individuazione dei soggetti sottoposti al regime introdotto dall'art 177 ponendovi, appunto, una limitazione.

Agli specifici fini della presente procedura di consultazione, da quanto sopra esposto discende che l'art. 177 (e l'attività di vigilanza di codesta spett.le Autorità ad essa correlata) non possono estendersi

(i) né alle concessioni e agli appalti aggiudicati dai titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici e forniture a un'impresa collegata nel rispetto delle prescrizioni dell'art 7 (e già dell'art. 29 dir. 25/2014/UE),

(ii) né ai contratti di affidamento di spazi commerciali, pacificamente esclusi dall'ambito di applicazione del d.lgs. n. 50/2016 s.m.i.

Sotto tale ultimo profilo, il riferito (necessario) rigore interpretativo che informa la materia impone infatti di escludere dal perimetro dell'art. 177 (testualmente riferito ai contratti di lavori, servizi e forniture) l'affidamento degli spazi destinati alle attività di natura commerciale: come ripetutamente chiarito dalla giurisprudenza, tali attività, pur se svolte in aree di pertinenza aeroportuale sulla base di un rapporto tra gestore e terzo, “non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile” (Cass. civ. Sez. un., 21 aprile 2016, n. 8058; in termini, Id. 29 aprile 2015 n. 8620; Id. 20 gennaio 2014, n. 1006). Il riferito principio di diritto è stato recentemente ribadito dalla Suprema Corte anche con l'ordinanza 27 febbraio 2017, n. 4884, e negli stessi termini si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa: cfr. ex multis Cons. St., Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1192, Cons. Stato, V, 24 aprile 2017, nn. 1892, 1897, 1898 e 1899 e da ultimo TAR Friuli-Venezia Giulia, 28 marzo 2017, n. 109, confermata da Cons. St., Sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5930).

Le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza sopra citata, formatesi nella vigenza del d.lgs. 163/2006, sono state confermate anche nel nuovo quadro normativo alla luce delle già menzionate previsioni della direttiva concessioni (cfr dir. 2014/23/UE considerando 15, ma anche i considerando 24 e 25, che, con riferimento alle

concessioni di servizi “pertinenti nel settore aeroportuale” aggiudicate dagli enti che vi operano, si limitano a prescrivere l'applicazione di “norme specifiche e uniformi”). Anche con riferimento al nuovo Codice, è stato infatti ribadito che l'operatività delle relative disposizioni nei confronti di un gestore aeroportuale qualificato come impresa pubblica è limitata “alle sole attività «relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti» (art. 119 d.lgs. n. 50 del 2016) e cioè ai contratti rientranti nei settori speciali in base all'attuale codice dei contratti pubblici, strumentalmente legati ai servizi di trasporto aereo per i quali si dispone della gestione dell'aeroporto (nei termini espliciti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 1° agosto 2011, n. 16, resa in relazione all'omologa disciplina dei settori speciali del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163)” (Cons. St., V, n. 5930/2017, cit.).

Con specifico riferimento ai soggetti operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi, si noti che dal combinato disposto dell'art. 7, comma 1, lett. b) e dell'Allegato II, punto 4, della direttiva 2014/23/UE, risulta anche oggi confermato che questi ultimi sono tenuti ad applicarla unicamente in relazione alle “attività relative allo sfruttamento di un'area geografica al fine della messa a disposizione di aeroporti...ai vettori aerei”. Il medesimo tipo di previsioni è coerentemente contenuto agli artt. 14, 114 (per gli appalti nei settori speciali) e 164 (per le concessioni) del d.lgs. 50/2016.

Questa delimitazione espressa coincide testualmente con quella già contenuta nella direttiva 17/2004/CE e negli artt. 213 e 217 d.lgs. 163/2006, che hanno appunto informato l'interpretazione del concetto di strumentalità di cui ha tenuto conto la giurisprudenza già citata. Per queste ragioni, dunque, l'affidamento a terzi del diritto di utilizzare parti del sedime aeroportuale per lo svolgimento di attività commerciali non rientra nella nozione di «sfruttamento», che “deve infatti essere interpretata in senso restrittivo, come statuito dall'Adunanza plenaria nella sentenza 1 agosto 2011, n. 16, avuto riguardo al fatto che l'art. 217 esclude dai settori speciali i contratti affidati dagli enti in essi operanti ma «per scopi diversi dall'esercizio delle loro attività»” (Cons. St., V, n. 1192/2015, cit.).

A ulteriore conferma della ricostruzione che precede, la Corte di Giustizia ha recentemente precisato che neppure l'affidamento di spazi aeroportuali per l'esercizio di servizi di assistenza a terra (c.d. handling) può essere qualificato come “appalto di servizi”, esulando dall'ambito di applicazione delle direttive sui contratti pubblici e rimanendo soggetto esclusivamente alla direttiva 96/67, attuata dal d.lgs. n. 18/1999 (CGUE, 13 luglio 2017, in C-701/15, in senso conforme alle conclusioni già raggiunte dall'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona del 3 maggio 2017).

Non si può, quindi, non confermare che sono esclusi dall'ambito di applicazione della disposizione in esame le concessioni e gli appalti nei settori speciali aggiudicati da un ente aggiudicatore a un'impresa collegata ai sensi dell'art. 7 e i contratti di affidamento di spazi aeroportuali destinati all'esercizio di attività commerciali.

8. ASSTRA

Si ritiene opportuno segnalare che tra le esclusioni dall'applicazione dell'articolo 177 del Codice dei Contratti pubblici rientrano anche le esclusioni specifiche per contratti di concessione ex art. 18 dello stesso Codice.

In particolare si evidenzia che l'esclusione riguarda anche le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento (CE) n. 1370/2007 (articolo 18, co. 1, lett.a) e non solo gli appalti e concessioni concernenti i servizi di trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia o metropolitana (art.17, co. 1, lett. i)).

Si ritiene opportuno riportare di seguito quanto espressamente previsto nella Comunicazione della Commissione europea sugli orientamenti interpretativi concernenti il Reg. 1370/2007 relativo ai servizi di trasporto passeggeri su strada e per ferrovia (G.U. Unione europea 29.03.2014 C92/1) che propone, in una tabella, la sintesi della base giuridica applicabile per le aggiudicazioni di appalti per tipo di accordo contrattuale e modo di trasporto:

Servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante Autobus e tram, se appalti di servizi (pubblici) quali definiti nelle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE seguono le Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE

Servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante Autobus e tram, se concessioni di servizi quali definiti nella Direttiva 2014/23/UE seguono il Regolamento (CE) n. 1370/2007

Servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante Ferrovia e metropolitana, se appalti di servizi (pubblici), quali definiti nelle direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE seguono il Regolamento (CE) n. 1370/2007

Servizi pubblici di trasporto passeggeri mediante Ferrovia e metropolitana, se concessioni di servizi quali definiti nella Direttiva 2014/23/UE seguono il Regolamento (CE) n. 1370/2007

9. Assogas

Osservazioni di carattere generale

In termini preliminari si ritiene opportuno, al fine di consentire la proposizione di osservazioni il più possibile costruttive nell'ottica del più stringente rispetto della normativa de quo trattata, delineare le specificità del settore della distribuzione del gas naturale, il quale ha particolari caratteristiche di cui si deve tenere adeguatamente conto.

Pertanto, in estrema sintesi, relativamente al settore rappresentato si evidenziano nuovamente qui di seguito le seguenti caratterizzazioni:

- ai sensi degli artt. 14 e 15 D.Lgs n.164/2000, le migliaia di concessioni comunali del servizio di distribuzione del gas naturali esistenti alla data di entrata in vigore della norma (quasi il 90% delle concessioni esistenti), sono scadute o naturalmente o per effetto delle suddette norme di legge;
- la gestione delle concessioni è quindi per la maggior parte effettuata ai sensi dell'art. 14, comma 7 D.Lgs n.164/2000 e cioè, in attesa delle nuove gare d'ambito per l'assegnazione del servizio, limitatamente alla ordinaria amministrazione;
- le regole della gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas sono determinate dall'art.14 D.Lgs. n.164/2000, art.46 bis D.L. n.159/2007 e dal D.M. 12 novembre 2011 n. 226 (cd. "D.M. gare"). Tale decreto ha, tra le altre cose, definito le regole per l'individuazione della stazione appaltante per ambito territoriale minimo ai sensi dell'art.46 bis D.L. n.159/2007 e stabilito i compiti di quest'ultima (art. 2). In particolare, la stazione appaltante svolge e aggiudica la gara per delega degli enti locali concedenti e cura ogni rapporto con il gestore. A tal proposito, i gestori sono tenuti a una serie di obblighi informativi (di natura tecnica, finanziaria, contrattuale e tariffaria) nei confronti degli enti locali concedenti (art. 4).

Alla luce delle considerazioni esposte si evidenzia che le concessioni rilevanti per l'applicazione dell'art. 177 del D.Lgs. 50/2016 siano quelle affidate senza procedura ad evidenza pubblica, che non siano scadute e che abbiano opere ancora da realizzare che esulino dall'ordinaria gestione.

Partendo da tale presupposto si passano in rassegna i seguenti aspetti del documento di consultazione sulle indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice, sui quali si ritiene di potere fornire un fattivo contributo.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

In termini generali, specularmente a quanto evidenziato in premessa, si evidenzia che non rientrano nella specifica pertinenza dell'art. 177 del Codice le concessioni:

- senza opere da realizzare

- affidate a gara
- scadute (scadenza naturale o ope-legis),

Riguardo le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma (punto 2.1), si condivide la definizione adottata di procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea come "qualsiasi procedura di gara che garantisca un confronto competitivo", ricomprendendo correttamente anche le procedure negoziate (unica modalità prevista per le concessioni di servizi nel D.Lgs. 163/2006).

Relativamente all'ambito temporale di applicazione (punto 2.3), si condivide l'assunto per cui l'art. 177 si applichi alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, ovvero stipulate in data antecedente al 19 aprile 2016; anche attraverso tale precisazione si escludono implicitamente le concessioni scadute, che nel settore rappresentato comprendono quelle scadute per decorso del termine di durata ivi previsto sia quelle scadute anticipatamente ex art.15, comma 5 D.Lgs. n.164/2000.

In merito ai contratti assoggettati alla norma (punto 2.4), si condivide la interpretazione che riferisce il limite di 150.000 euro al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti.

Inoltre, in merito al valore della concessione, come già evidenziato in occasione del censimento delle gare distribuzione gas dello scorso anno, si concorda sul fatto che il valore del contratto debba essere determinato sulla base delle norme di legge in vigore e dunque in sostanza che si debba far riferimento al valore indicato nel contratto stesso.

Riguardo poi i contratti relativi alle concessioni si ritiene, conformemente a quanto ci pare già sostenuto nel documento di consultazione, che debbano essere ricompresi in tale definizione solo i contratti che riguardano le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessari per l'esecuzione della concessione stessa, e non debbano essere quindi altresì computati anche i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell'attività nel suo complesso e che non riguardano quindi il core business dell'impresa (es: contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, contratti per le utenze, contratti di manutenzione degli immobili etc., si veda anche Cons. Stato Ad Pl. n. 16/2011).

Si ritiene poi di fondamentale importanza la interpretazione correttamente posta per cui l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate nella norma; ovvero in altri termini la soglia dell'80% debba essere riferita ai contratti di lavori, servizi e forniture e non alle prestazioni svolte con proprio personale. Come già evidenziato (Prot. N. 194/17) una interpretazione difforme da quella esposta, oltre ad essere contraria al divieto di golden plating (visto che la previsione dell'art. 177 non trova riscontro nelle direttive attuate tramite il D.Lgs. n. 50/2016) e ai principi costituzionali di autonomia d'impresa, causerebbe conseguenze gravemente pregiudizievoli per il settore rappresentato, in particolar modo sotto il profilo occupazionale, costringendo i concessionari a ridurre drasticamente la propria forza lavoro non più utilizzabile per effettuare direttamente le attività relative alle concessioni di cui sono titolari.

Con riferimento poi alle prestazioni per le quali la norma consente un affidamento a società controllate/collegate si ritiene che la possibilità di affidamento senza gara ad evidenza pubblica debba essere estesa agli affidamenti alle società facenti parte dello stesso gruppo (compresa ad esempio la società controllante o la società controllata dalla stessa controllante) o addirittura ritenere che le prestazioni svolte dalla società controllante rientrino tra quelle svolte direttamente dall'impresa e dunque escluse dal conteggio delle percentuali di cui all'art.177 D.Lgs. n.50/2016.

Con riguardo ai contratti di durata pluriennale si ritiene corretto che gli stessi debbano contribuire al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota per anno, ma si considera inopportuno richiedere una contabilità

separata per ciascuna concessione in quanto tale ipotesi comporterebbe oneri sproporzionati all'obiettivo prefissato. Si evidenzia che nel settore rappresentato esistono già normative che impongono già di comunicare (ad altri fini) ad autorità pubbliche dettagliate informazioni contabili.

3. L'OGGETTO E LE MODALITA' DELLE VERIFICHE

Si condivide l'orientamento espresso secondo il quale 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, escludendo che le funzioni di vigilanza possano essere rimesse in via esclusiva all'ANAC.

Si condivide altresì l'individuazione di un meccanismo di pubblicazione dei dati relativi alle concessioni in essere quale meccanismo di verifica dell'applicazione dell'art. 177, limitatamente però all'ambito delle concessioni soggette all'art. 177 stesso.

Si propone poi, per una questione di semplificazione e praticità, che l'obbligo di pubblicazione debba riguardare dati riferiti all'anno solare (ovvero scadenza 31/12) e non l'impostazione immaginata, ovvero infra-annuale, quantomeno per gli anni successivi al primo.

L'obbligo dei concessionari di pubblicare i dati sui siti degli enti concedenti potrebbe discendere direttamente dal provvedimento di codesta Autorità, senza necessità di modificare o integrare in tal senso le concessioni in essere.

Infine, si ritiene inutilmente gravosa l'ipotizzata elaborazione di una sorta di programmazione annuale degli affidamenti dei contratti di lavori, servizi e forniture, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva.

4. APPLICAZIONE DELL'ART. 177 NEI SETTORI SPECIALI PER GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA

Un ulteriore rilievo attiene ad un profilo non considerato nel Documento in consultazione e relativo all'applicazione dell'articolo 177 nei settori speciali per gli affidamenti sotto soglia comunitaria.

Rilevato infatti che:

- l'articolo 3, co.1 lett. e), del Codice dei contratti qualifica come "enti aggiudicatori" anche gli enti che, pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli artt. 115 e ss. (settori speciali) e operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi (ovvero in virtù di diritti concessi senza preventiva procedura ad evidenza pubblica);

- l'art. 114 impone a tali soggetti di rispettare le norme del Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice (Appalti nei settori speciali), secondo le quali l'ente aggiudicatore è tenuto a svolgere gare pubbliche per la selezione degli appaltatori;

- per i Contratti "sotto soglia" (art. 36 del Codice), le procedure di affidamento appaiono sensibilmente semplificate per l'ente aggiudicatore; entro tali importi, gli enti aggiudicatori sono comunque tenuti al rispetto della disciplina prevista nel rispettivo Regolamento interno, purché conforme ai principi del trattato UE a tutela della concorrenza (art. 36 co.8);

- pertanto, al di sotto delle soglie comunitarie, l'ente aggiudicatore può ben ricorrere ad affidamenti mediante l'espletamento di procedure semplificate (affidamenti diretti, procedure negoziate con o senza pubblicazione del bando) secondo le modalità previste nel proprio Regolamento interno.

In tale contesto, si inserisce la disposizione di cui all'art. 177 la quale impone al titolare di una concessione, conferita senza previo esperimento di procedura ad evidenza pubblica, l'obbligo di affidare una quota pari

all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni mediante procedure ad evidenza pubblica.

Relativamente all'ambito di applicazione soggettiva della norma (peraltro molto ampio, come osservato da ANAC), paiono inclusi anche i soggetti, già qualificati come enti aggiudicatori nei settori speciali ai sensi dell'art. 3 co. 1 lett. e) e dell'art. 114.

Ne deriva che l'articolo 177 non possa che essere interpretato ed applicato in coerenza con le disposizioni di cui al citato Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice dei Contratti e dell'art. 36 co. 8.

Ed infatti, posto che:

- negli affidamenti "sotto soglia" dei settori tanto ordinari quanto speciali, l'art. 36 del Codice consente alle Stazioni Appaltanti ed agli enti aggiudicatori di ricorrere a procedure semplificate (affidamenti diretti, procedure negoziate con o senza pubblicazione di bando), proporzionate al valore del contratto da aggiudicare;
- in particolare, per gli enti aggiudicatori nei settori speciali le procedure sono codificate nei Regolamenti interni.

Considerato, altresì, che:

- le procedure "sotto soglia" previste nei Regolamenti degli enti aggiudicatori nei settori speciali trovano fondamento e causa nelle stesse norme del Codice dei contratti (art. 36 co.8) e, in quanto tali, devono rispettare i principi comunitari a tutela della concorrenza;
- l'art. 177, d'altra parte, impone al concessionario di affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture con procedure ad evidenza pubblica.

Ritenuto altresì che:

- una lettura coordinata dell'art. 177 con il citato Capo I, Titolo VI, Parte II del d.lgs. 50/2016 va nella direzione di confermare che gli affidamenti "sotto soglia", effettuati nel rispetto dei Regolamenti interni (art. 36 co. 8), siano computabili per il raggiungimento della quota prevista dall'art. 177;
- dette procedure "sotto soglia", infatti, garantendo la concorrenzialità e l'economicità dell'azione amministrativa, già soddisfano il requisito dell'evidenza pubblica richiesto dallo stesso art. 177 in misura proporzionale ed adeguata al valore del contratto da affidare;
- l'art. 177, così interpretato, risulta coerente e coordinato con quanto previsto dal Capo I, Titolo VI, Parte II del Codice per gli appalti nei settori speciali;
- una diversa interpretazione (quindi, un'interpretazione che escluda gli affidamenti semplificati "sotto soglia" dalle procedure computabili ai fini del raggiungimento della quota dell'ottanta per cento) determinerebbe la paradossale conseguenza di imporre ai concessionari privati operanti nei settori speciali un regime di affidamento addirittura più gravoso di quello previsto per gli Enti Pubblici nei settori ordinari;
- si arriverebbe, infatti, alla irragionevole circostanza di esigere l'esperimento di gare aperte e ristrette anche per contratti di esiguo valore, costringendo gli enti aggiudicatori a procedimenti sproporzionati, nemmeno richiesti alle Pubbliche Amministrazioni.

Per tutte le motivazioni sopraesposte, a completamento di quanto esposto in premessa, si ritiene che in ogni caso gli affidamenti effettuati dagli enti aggiudicatori che operano nei settori speciali nel rispetto dei Regolamenti interni (art. 36 co.8) debbano essere computati ai fini del raggiungimento della quota dell'ottanta per cento di cui all'art. 177.

Auspiciando che le osservazioni qui formulate possano rappresentare per l'Autorità un contributo interessante ed utile e dichiarandoci a completa disposizione per fornire ogni eventuale ulteriore chiarimento, porgiamo cordiali saluti.

10. CGIL

CAPITOLO 2 PARAGRAFO 2.1:

Si ritiene che le società di servizi pubblici locali di interesse economico generale affidatarie in house debbano essere escluse da quanto stabilito dal comma 1 Art.177. Ci riserviamo di segnalare ulteriori casi di esclusione.

PARAGRAFO 2.4:

Si ritiene che i contratti che devono essere considerati per il calcolo delle percentuali sono quelli che riguardano le prestazioni oggetto della concessione e che sono quindi necessari per l'esecuzione della concessione stessa e non i contratti stipulati per la gestione delle attività nel loro complesso (esempio contratti per le utenze).

Nel caso di società di concessione di servizi pubblici locali e nazionali di interesse generale affidate con modalità al di fuori del diritto dell'UE, si ritiene che le gare destinate all'espletamento del servizio di concessione debbano essere affidate ad evidenza pubblica per l'80% delle sole attività eccedenti la capacità organizzativa di svolgere le concessioni stesse con propri mezzi e proprio personale.

Per quanto riguarda le concessioni autostradali attendiamo eventuali variazioni al testo in consultazione alla luce delle novità contenute nella Legge di Bilancio 2018 che ha introdotto una modifica nel rapporto percentuale tra attività da realizzare con gara e con società controllate (60%-40%)

Si ritiene comunque, in linea generale, che la valutazione in merito ai contratti che devono rientrare tra le attività da porre a gara, debba tenere in considerazione le diverse situazioni e le particolarità dei singoli settori ed il relativo peso di servizi e lavori mirando alla continuità occupazionale del personale impiegato.

11. FINCO

2.1 Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma.

Si ritiene corretta la codificazione sistematica dell'art. 177 nella parte III° del Codice degli appalti e non in via generale come regime speciale per le concessioni.

Si ritiene di non suggerire altre ipotesi in merito all'ambito di applicazione/ non applicazione dell'art. 177 del Codice degli Appalti.

Per quanto riguarda, invece, il riferimento alle <<procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione Europea>> si ritiene che <<l'evidenza pubblica>> in senso letterale debba essere garantita sia sopra che sotto la soglia comunitaria, con ciò escludendosi la possibilità di aggiudicare concessioni con procedure negoziate prive di una adeguata informativa e con limitate possibilità di accesso a tutti gli operatori interessati.

2.2. I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma.

Si concorda con Anac sul fatto che i concessionari privati, anche se già tenuti all'applicazione del Codice degli appalti, restino assoggettati all'art.177 che introduce un regime particolare, applicabile alle sole concessionarie già in essere, affidate senza gara.

Ciò con la sola eccezione di Anas che, a fusione perfezionata con FS, potrebbe, nella nuova configurazione societaria, rientrare nella sfera di applicazione dell'art. 177: su questo aspetto si richiede che Anac consideri esclusa da tale interpretazione Anas, azienda pubblica già soggetta ad obbligo di gara e che potrebbe, una volta

mutata la sua configurazione sociale, essere assoggettata all'art. 177 con uno sconvolgimento notevole del suo naturale mercato. Anas assieme a Consip, è la stazione appaltante più grande d'Italia e gli esiti di un tale cambiamento sarebbero enormi.

2.3. Ambito temporale di applicazione.

Si concorda con l'interpretazione dell'Autorità secondo cui le concessioni cui deve essere applicato l'art. 177 sono quelle stipulate prima dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti dal momento che tutte quelle affidate dopo devono essere assegnate con gare ad evidenza pubblica nei termini riportati al commento di cui al punto 2.1 di questa consultazione.

Chiaro è che se l'evidenza della gara non fosse realmente pubblica, la limitazione alla percentuale di utilizzo dell'in house dovrebbe permanere.

Per quanto concerne le concessioni autostradali, con la recente modifica dell'art. 177 (a seguito dell'approvazione dell'art.1, comma 568 della Legge 205/17) che riporta il regime delle concessionarie al sistema previgente, il problema non si pone più, neppure nel periodo transitorio, visto che la proroga del vecchio sistema di 24 mesi copre abbondantemente una carenza che non si è mai verificata.

2.4. Contratti assoggettati alla norma.

Il limite degli affidamenti delle concessionarie - con la summenzionata modifica nella Legge di Bilancio 2018 essendo stato riportato, per le concessioni autostradali, ai valori previgenti (60% in gara e 40% in house) - dovrebbe essere riferito, all'interno dei singoli contratti, ai relativi settori (beni, servizi, lavori) e per quanto attiene i lavori, alle qualificazioni ivi esistenti, categoria per categoria, al fine di non squilibrare i volumi di mercato attribuibili con gara ovvero in house.

L'applicazione generalizzata e non attribuita alle singole categorie di riferimento rischierebbe di squilibrare le proporzioni nel mercato, consentendo alle concessionarie di sottrarre alla competizione intere categorie non gradite.

Non si concorda con la possibilità di scorporare subappalti e noli a caldo dalla percentuale di calcolo delle prestazioni perché questo svuoterebbe la norma.

Si concorda, viceversa, con l'esclusione dall'osservanza delle suddette percentuali dei lavori svolti direttamente ed in economia nonché delle attività non afferenti direttamente l'oggetto della convenzione.

Per quanto riguarda le imprese collegate al concessionario, l'attività da loro svolta si dovrebbe sempre conteggiare nella percentuale di in house a maggior ragione (ma non solo) se la concessione è stata affidata senza gara.

Si concorda sul fatto che i 24 mesi previsti dalla norma siano il tempo massimo entro il quale i concessionari debbono adeguarsi alle nuove previsioni.

2.5 Analisi di applicazione dell'art. 253, comma 25 del Dlgs 163/06 e dell'art. 177 del Codice.

Si concorda con le considerazioni di ANAC, anche se questa problematica sembra superata, almeno per le concessioni autostradali, dalla recente modifica della proporzione degli affidamenti già citata.

3 Situazione di squilibrio e quantificazione delle penali.

Si concorda sulla necessità che gli scostamenti dalle percentuali previste debbano essere necessariamente recuperati entro l'anno successivo. Nel caso di sforamenti che non possono essere recuperati entro l'anno successivo e sulla difficoltà di superare il dato letterale della norma ci si rimette alle soluzioni che l'Autorità riterrà di adottare.

Tuttavia, in armonia a quanto osservato al punto 2.4. si ritiene che gli eventuali scostamenti di affidamento fuori delle percentuali di legge, in più o in meno, debbano restare all'interno delle stesse categorie di riferimento per evitare ulteriori squilibri di mercato.

Diversa considerazione per le penali che, al contrario, possono essere quantificate sulla situazione generale osservata ad ogni fine esercizio circa la proporzione degli affidamenti.

Si concorda sul fatto che l'applicazione della penale debba essere preceduta da un contraddittorio con il concessionario, sul fatto che le convenzioni debbano essere integrate con esplicito riferimento all'art 177 comma 3 del Codice e che l'Autorità debba vigilare sulla reale applicazione delle penali da parte dei concedenti.

4 Oggetto e modalità delle verifiche.

Dal momento che la materia delle verifiche è fortemente esposta al contenzioso, anche perché le concessionarie da decenni si sono abituate a non ricevere controlli di sorta sulla materia degli affidamenti, si concorda con ANAC in merito all'obbligo annuale di pubblicazione dei dati afferenti le proporzioni e le modalità degli affidamenti sia da parte dei committenti che dei concessionari con l'indicazione di tutte le specifiche già proposte nel documento di consultazione.

Si concorda sulla modalità di pubblicazione in <<formato aperto>> delle suddette informazioni e si ritiene necessario che queste informazioni che nel documento si ipotizzano pubblicate nella sezione <<Amministrazione Trasparente>> del committente siano accessibili a tutti gli operatori economici ed, in particolare alle Associazioni che rappresentano gli Operatori Economici, che sono del pari interessate al buon funzionamento del sistema, pena l'uscita dal mercato delle aziende rappresentate, quasi mai in grado di programmare il loro lavoro per assenza di notizie circa le attività delle stazioni appaltanti.

La poca trasparenza nella attività di programmazione e gestione delle commesse pubbliche è un problema di carattere generale che affligge tutto il mondo degli appalti e che si segnala ad Anac con l'auspicio che possa provare a porvi rimedio prendendo spunto da questo caso specifico.

Si ritiene utile, infine, che l'obbligo di trasmettere i dati al concedente sia integrato all'interno del contratto di concessione.

Certamente utile l'elaborazione di una programmazione annuale degli affidamenti da parte dei concessionari (che dovrebbe essere resa pubblica) e la relazione da trasmettere ad Anac, da parte dei concedenti, in merito alle verifiche effettuate e connesse azioni.

12. Utilitalia

Utilitalia è la Federazione che riunisce le aziende operanti nei servizi pubblici dell'Acqua, dell'Ambiente, dell'Energia Elettrica e del Gas, rappresentandole presso le Istituzioni nazionali ed europee. Nasce dalla fusione di Federutility (servizi energetici e idrici) e di Federambiente (servizi ambientali).

Risulta del tutto evidente l'interesse delle Associate di Utilitalia - sia in qualità di stazioni appaltanti, sia come partecipanti alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture - nei confronti del tema oggetto della presente consultazione.

Pur condividendo l'impostazione generale del documento, la Federazione ritiene opportuno individuare, di seguito, alcune problematiche e le relative soluzioni che ripercorrono gli argomenti e gli spunti elaborati dall'Autorità.

Par. 2 - 2.1

La Federazione plaude alla delimitazione del campo di applicazione della norma, frutto di un duplice ordine di considerazioni, ampiamente condivise:

1. la prima, che pur trattandosi di disposizione ultronea rispetto alle direttive, la stessa deve essere comunque inserita nell'impianto del Codice ed armonizzata con le altre disposizioni;
2. la seconda, che la norma è portatrice di una finalità ben precisa, alla quale devono risultare estranee talune concessioni e alcuni concessionari.

In tal senso, pare pienamente coerente l'esclusione, tra le altre, delle concessioni affidate ad organismi in house alle condizioni previste dalla legge, di quelle affidate in base ad un diritto esclusivo e di quelle nel settore idrico; tutte pacificamente sottratte dall'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

Alle esclusioni indicate devono, però, aggiungersene delle ulteriori.

In via generale, sembra opportuno escludere dal perimetro di applicazione della norma le concessioni oggi esistenti che siano state legittimamente assegnate secondo il diritto allora vigente, e che continuano ad essere gestite in ossequio al titolo originario. Il riferimento è, ad esempio, ai concessionari – oggi privatizzati anche in ottemperanza ad altre disposizioni di legge – che rivestivano i caratteri dell'impresa e che potevano, coerentemente all'ordinamento vigente, divenire affidatari diretti di concessioni. Inoltre, le privatizzazioni intervenute consistono già in una evidente apertura al mercato che ora la previsione vuole tutelare e sono state realizzate nel presupposto della immutabilità degli affidamenti rispetto alla privatizzazione stessa (si veda tra gli altri il regime di tutela dell'affidamento dettato per esempio dall'art. 113, comma 12, del D.lgs. 267/00 e s.m.i.)

Contraddire una simile lettura si porrebbe anzitutto in frontale contrasto con uno dei principi cardine del diritto pubblico secondo cui la legittimità di un atto va valutata al momento in cui esso è stato adottato (*tempus regit actum*).

Tra le tipologie di concessionari titolari di affidamenti diretti validamente assentiti e quindi validamente vigenti a cui non può essere applicata la previsione dell'art. 177, vi sono in primis i concessionari nei c.d. settori speciali. Anzitutto le norme relative ai settori speciali escludono l'applicabilità delle norme sulle concessioni (art. 114, comma 1, primo periodo, del Codice). Inoltre, gli affidatari diretti di concessioni nei settori speciali sono già soggetti a una disciplina specifica secondo regole e disposizioni ben chiarite tra l'altro da Ad. Plen. 16/11, confermata successivamente.

Considerato che l'art. 177 non trova fondamento nelle direttive europee – le quali, al contrario, dettano una disciplina del tutto peculiare, tassativa e residuale per i settori speciali – estendere il suo spettro di applicazione anche ai settori speciali avrebbe l'effetto di assoggettare a regole di procurement ben più stringenti soggetti che, dice la direttiva medesima, soggiacciono a norme pubblicistiche in materia di procurement solo in via interinale (considerando 1 direttiva 2014/25/UE).

Inoltre, occorre considerare il particolare regime delle concessioni nel settore di distribuzione del gas, che presenta una regolazione peculiare, data, in primis, dal D.Lgs. n. 164/2000 (c.d. Decreto Letta), più volte oggetto di interventi correttivi nel corso degli anni, ora formalmente riconosciuta ed avallata dal Codice dei Contratti Pubblici, con l'art. 216, comma 27-quinquies. In forza della disciplina specifica (art. 14, comma 7 del D.Lgs. 164/2000, in combinato disposto con l'art. 24, comma 4, del D.Lgs. 93/2011 e l'art. 37, comma 2 del D.L. 83/2012), le attuali conduzioni del servizio non possono considerarsi come concessioni in affidamento diretto, dovendo essere qualificate come "gestioni obbligate ex lege". La normativa citata, infatti, non ha introdotto alcuna proroga dei precedenti rapporti concessori (definitivamente scaduti, al 31/12/2010 o al 31/12/2012, se non in precedenza rinnovati con Gara ad evidenza pubblica, bandita successivamente al Decreto Letta ed entro giugno 2011). Ha invece imposto ai gestori "storici" di proseguire la gestione (limitatamente all'ordinario) in attesa delle gare d'Ambito.

Alla data di entrata in vigore del Codice, quindi, le Concessioni non in precedenza rinnovate mediante procedura ad evidenza pubblica (se intese quale rapporto contrattuale ai sensi della lettera "vv" dell'art. 3 del Codice medesimo) erano "sostanzialmente" venute meno. Le imprese di distribuzione, allo stato, dovrebbero essere considerate alla stregua di meri gestori ope legis e pro tempore (sino all'affidamento conseguente alle gare d'Ambito).

Alla luce di detta peculiare normativa, pertanto, l'applicabilità dell'art. 177 ai concessionari del servizio di distribuzione del gas deve ritenersi oltremodo dubbia. Nell'ambito di questa si presentano, infatti, due casistiche, rispetto alle quali, in forza della disciplina legale, l'art. 177 non dovrebbe trovare applicazione:

- a) Concessioni attribuite con procedura ad evidenza pubblica, per le quali l'inapplicabilità dell'art. 177 è sancita esplicitamente dalla medesima norma;
- b) Gestioni obbligate ex lege, in essere dal 01/01/2011, o dal 01/01/2013 (quindi prima della vigenza del Codice), rispetto alle quali è di fatto venuto meno un rapporto concessorio propriamente inteso (quindi ai sensi della lett. vv dell'art. 3) "[...] già in essere alla data di entrata in vigore del presente codice [...]".

Analogamente, l'art. 177 non pare idoneo a indirizzarsi ai distributori di energia elettrica, in quanto affidatari di una concessione ope legis che, per sua natura, esclude qualunque discrezionalità o arbitrio nell'affidamento.

La distribuzione di energia elettrica "è il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali" (art. 2, comma 14, d.lgs. 79/1999).

I distributori operano sulla base di concessioni affidate in un ambito territoriale di competenza. Ai sensi dell'art. 9, comma 1, secondo periodo d.lgs. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), "le imprese distributrici operanti alla data di entrata in vigore del presente decreto [ivi comprese, per la quota diversa dai propri soci, le società cooperative di produzione e distribuzione di cui all'articolo 4, numero 8, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643,] continuano a svolgere il servizio di distribuzione sulla base di concessioni rilasciate entro il 31 marzo 2001 dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e aventi scadenza il 31 dicembre 2030".

Insomma, gli affidatari di concessioni di distribuzione di energia elettrica - in essere alla data di entrata in vigore del c.d. decreto Bersani - dovevano essere destinatari diretti di provvedimenti ad hoc che permettessero loro di proseguire nella medesima attività sino al 31 dicembre 2030.

La norma non contemplava che l'affidamento delle concessioni potesse avvenire con procedure a evidenza pubblica. Questo regime è previsto, sempre dall'art. 9 cit., solo per gli affidamenti futuri: ossia, successivi al 31 dicembre 2030. Il comma 2 dell'art. 9, infatti:

- (a) delega a un "regolamento del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite la Conferenza unificata, istituita ai sensi del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e l'Autorità dell'energia elettrica e il gas" il compito di stabilire "le

modalità, le condizioni e i criteri, ivi inclusa la remunerazione degli investimenti realizzati dal precedente concessionario, per le nuove concessioni da rilasciare alla scadenza del 31 dicembre 2030, previa delimitazione dell'ambito, comunque non inferiore al territorio comunale e non superiore a un quarto di tutti i clienti finali”;

(b) stabilisce che il servizio – alla scadenza indicata – sarà “affidato sulla base di gare da indire, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici, non oltre il quinquennio precedente la medesima scadenza”.

In sintesi, le concessioni di distribuzione di energia elettrica non potevano (e non possono, sino al 31 dicembre 2030) essere affidate con gara. L'opzione non è contemplata dalla legge. L'affidamento diretto è stato dunque un comportamento necessitato per la p.a. concedente (il Ministero) e non una scelta. E una scelta operata, a monte, dal legislatore non può legittimamente essere oggi ribaltata in capo ai concessionari.

Anche in ossequio al criterio ermeneutico *lex specialis derogat generali*, si deve dunque concludere – fermo quanto detto sopra in generale – che per lo specifico settore della distribuzione dell'energia elettrica la norma in questione non operi.

All'esclusione delle concessioni di distribuzione dell'energia elettrica può giungersi anche sulla base di una diversa argomentazione:

Le linee guida in commento correttamente escludono dall'ambito di applicazione dell'art. 177 le concessioni aggiudicate in base ad un diritto esclusivo ai sensi dell'articolo 9, comma 2, del Codice, con ciò intendendosi le concessioni aggiudicate ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo concesso mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa ai sensi del TFUE, di atti giuridici dell'unione europea e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II.

Questa definizione pare esattamente riferirsi alle concessioni di distribuzione di energia elettrica che, come si è detto, sono oggetto di affidamento diretto in quanto è stata la stessa norma a prevederlo. Norma che costituisce diretta attuazione del diritto europeo (nello specifico la direttiva 96/92/CE), indicato anche nell'epigrafe del c.d. decreto Bersani.

Par. 2 - 2.2

Il documento in consultazione prevede che l'art. 177 si applichi anche ai concessionari che sono comunque tenuti all'applicazione del Codice, dal momento che l'uno (quello dell'art. 177) e l'altro (quello complessivo del Codice) regime non condurrebbero al medesimo risultato (in punto di percentuali di procedure di evidenza pubblica svolte).

La conclusione merita di essere ripensata, recuperando appieno la finalità che la norma persegue (l'apertura alla concorrenza) ed indipendentemente dal risultato raggiunto (ossia le percentuali di esternalizzazione). Il concessionario tenuto all'applicazione del Codice già rispetta nella gestione della concessione affidatagli le norme e i principi pro concorrenziali previsti dal Codice stesso, che evidentemente reputa compatibili con essi anche forme di affidamento derogatorie come quelle a soggetti “in house”. Per tali concessionari non può esservi alcuna esigenza di recuperare un meccanismo concorrenziale, comunque già ampiamente presente sin dall'inizio nella fase di gestione della concessione. Ragionando diversamente, in particolare, per quanto riguarda le società concessionarie di servizi pubblici locali il cui affidamento diretto è stato legittimato da specifiche norme pubblicistiche, quali ad esempio il Testo Unico delle Leggi sull'ordinamento degli Enti Locali (si pensi in particolare all'originario art. 113), la ratio dell'art. 177 apparirebbe di difficile comprensione se non in un'ottica “punitiva” che non trova giustificazione alcuna, considerato appunto la legittimità dell'affidamento iniziale e l'assoggettamento poi nello svolgimento della concessione alle norme pubblicistiche in materia di appalti.

Tale previsione, peraltro, causa un evidente cortocircuito ad esempio in ordine al regime delle soglie. Quelle considerate dall'art. 177 sono, infatti, del tutto scoordinate rispetto a quelle previste in generale dal medesimo Codice, con evidenti effetti paradossali: quei concessionari infatti (talora società di diritto privato addirittura quotate in borsa) finirebbero per essere soggetti a vincoli più stringenti rispetto a quelli connotanti il procurement delle pubbliche amministrazioni, che sono tenute a osservare il Codice non solo a fini pro-concorrenziali ma anche istituzionalmente (cfr. art. 97 Cost.) nonché per ragioni di corretta amministrazione dell'erario; in più, dovendo ricorrere a procedure più gravose anche per gli affidamenti considerati "sotto-soglia", con conseguente aggravio degli oneri interni, gli stessi sono pregiudicati rispetto ai propri competitor europei, che operano senza i suddetti vincoli nel rispetto del diritto europeo.

Si ritiene dunque che l'art. 177 dovrebbe essere interpretato alla luce del principio di ragionevolezza, come destinato a quei soggetti che sino ad ora non erano tenuti a garantire, nella gestione della concessione affidata senza procedure ad evidenza pubblica, l'applicazione di norme e principi pro-concorrenziali già previsti dalla precedente normativa sui contratti pubblici ed ora dalle norme del Codice.

A ciò si aggiunga che il timore paventato in caso di inapplicabilità dell'art. 177 ai soggetti già tenuti ad osservare le disposizioni del Codice – timore che si giunga all'affidamento della totalità dei contratti a società in house o controllate – pare più teorico che concreto.

In via teorica, le disposizioni del Codice che concernono gli affidamenti infragruppo sono già estremamente restrittive, proprio al fine di scongiurare gli scenari temuti dall'ANAC (vedi, ad es. l'art. 7).

Sicché, se non altro in un quadro di interpretazione sistematica, sarebbe in contrasto con il principio di proporzionalità (sancito all'art. 5 TFUE) applicare anche l'art. 177 ai concessionari già tenuti ad applicare il Codice. Venendo al dato reale, i soggetti che applicano il Codice già provvedono alla gran parte dei propri affidamenti mediante procedura di evidenza pubblica, assegnando piccole percentuali di contratti a società infragruppo (ed in tale percentuale spesso rientrano anche gli affidamenti a fornitori scelti dalle società collegate con gare pubbliche, "messi a disposizione" in virtù di accordi infragruppo). Peraltro, appare difficilmente configurabile una società in house che (a) svolga almeno l'80% della propria attività in favore del medesimo concessionario e (b) sia contestualmente in grado di soddisfarne la totalità, ma nemmeno la gran parte, delle esigenze di procurement.

Ad ogni modo, quand'anche si confermasse l'impostazione già adottata da ANAC, dovrebbe comunque essere salvaguardato il doveroso coordinamento tra l'art. 177 e le altre disposizioni del Codice, ricomprendendo nella percentuale dell'80% dei contratti da affidare con procedure ad evidenza pubblica anche quelli disposti in applicazione di regimi peculiari: ad esempio, il regime dettato dall'art. 36 per i contratti sotto-soglia. Dunque, un affidamento rispettoso della disciplina dell'art. 36 e/o del regolamento aziendale per le imprese pubbliche (art. 36, comma 8) dovrebbe ritenersi compreso nell'ambito di quelli attribuiti con "procedure di gara ad evidenza pubblica" ai sensi dell'art. 177.

Una difforme impostazione, tale per cui quanto sopra non fosse riconosciuto, determinerebbe (almeno) 4 rilevanti criticità:

1. (di fatto) la disapplicazione/abrogazione dell'art. 36 (e del comma 8 in particolare), che pure rappresenta la "norma base" (e di principio) per la regolazione degli affidamenti sotto soglia nei settori speciali;
2. il sostanziale abbassamento e la standardizzazione delle "soglie comunitarie" ad € 150.000;
3. il capovolgimento dell'impostazione generale del Codice, dato che la normativa propria dei settori speciali si porrebbe, a quel punto, come più rigorosa rispetto a quella dei "settori ordinari";
4. la violazione del principio generale di "non aggravamento" rispetto al diritto comunitario.

Par. 2 - 2.3

Riprendendo quanto sopra indicato, se la ratio della norma è quella di assoggettare a precise disposizioni sul procurement quelle concessioni che siano state affidate contrariamente alle disposizioni allora vigenti, allora si dovrebbero escludere tutte le concessioni a loro tempo affidate in conformità con il diritto allora vigente.

In tema, peraltro, valgono le considerazioni già espresse con riferimento al par. 2.1 in merito all'esclusione delle concessioni nel settore della distribuzione del gas.

Par. 2 - 2.4

- Base di calcolo della percentuale dell'80%

Nel documento di consultazione è chiesto agli stakeholders di pronunciarsi in ordine alla modalità di calcolo delle percentuali indicate dall'art. 177, se debbano riferirsi al valore dei contratti nel loro complesso oppure distinguendo per ciascuna categoria (lavori, servizi e forniture).

Il tenore letterale della norma – che parla di “quota” e non di “quote” dei contratti, riferendosi quindi al complesso delle esternalizzazioni – si ritiene faccia propendere per l'interpretazione secondo la quale la percentuale minima di affidamenti debba essere calcolata con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso. La stessa, infatti, si riferisce al complesso delle esternalizzazioni, senza imporre la percentuale dell'ottanta per cento per singola categoria.

Ciò sembra comunque rispettare l'obiettivo della norma che tende a garantire che il concessionario affidi mediante procedure ad evidenza pubblica una percentuale minima delle proprie esternalizzazioni (potrebbero essere tutte di lavori, tutte di servizi e forniture oppure miste). A tale proposito, si consideri che l'art. 35, comma 15, del Codice ai fini del calcolo del valore stimato di un appalto misto di servizi e forniture, prevede che il calcolo si fondi sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle rispettive quote.

Una interpretazione “restrittiva” sarebbe, peraltro, compatibile con la natura della norma medesima, che introduce una disciplina del tutto “eccezionale” rispetto al contesto del Codice.

A ciò si aggiunga che l'interpretazione volta a suddividere le percentuali di affidamento pare particolarmente gravosa, finendo per introdurre un'obbligazione ulteriore, con considerevole aggravio degli oneri conseguenti; senza che, peraltro, vi sia alcuna variazione nell'esito finale della norma, dal momento che sul piano economico non si riscontra alcun mutamento. Imporre la suddivisione per categorie, oltre ad estendere arbitrariamente la disciplina dell'art. 177, potrebbe condizionare pesantemente l'organizzazione aziendale, soprattutto nei casi in cui una categoria sia nettamente prevalente sulle altre (es. esternalizzazioni totali per 100, di cui 85 lavori, 5 servizi e 10 forniture) e per ultime, proprio in ragione della loro esiguità, vi sia l'affidamento ad un'impresa collegata, se del caso creata proprio a tale fine.

L'interpretazione qui sostenuta è rafforzata dall'ultimo periodo del terzo comma dell'articolo 177, nel quale in caso di reiterate situazioni di squilibrio il concessionario applica una penale pari al 10% “dell'importo complessivo dei lavori, servizi e forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura a evidenza pubblica”. La previsione di una penale rapportata a una percentuale dell'importo complessivo indica che anche l'inadempimento si riferisce ai lavori, servizi e forniture nel loro complesso e non distinti per categorie.

- Oggetto dei contratti da considerare nella base di calcolo

L'art. 177 si riferisce ai “contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni”.

L'interpretazione letterale della norma porta dunque a considerare solo quei contratti strettamente collegati all'espletamento della concessione e non i contratti riferiti alla gestione generale della società concessionaria, il cui oggetto è di frequente più ampio e comprende prestazioni non strumentali alla concessione. La possibilità di

estenderlo anche ai contratti non strettamente riferiti alle attività oggetto della concessione non pare coerente con il testo della disposizione, che non richiama tali contratti.

Peraltro, pare pressoché impossibile individuare criteri di “imputazione pro quota”, soprattutto in caso di più concessioni o di attività terze distinte da quelle connesse alla concessione, se non introducendo un ulteriore e ingiustificato onere a carico dei concessionari, che dovrebbero approntare strumenti contabili e gestionali idonei a riportare ad ogni singola concessione prestazioni di carattere generale. Si pensi alle difficoltà di un siffatto meccanismo per le società multiutility titolari anche di centinaia di concessioni.

A quanto sin qui dedotto occorre aggiungere poi la peculiarità degli affidamenti nei settori speciali, nei quali sono sottratti al Codice gli affidamenti di contratti non strumentalmente connessi all’attività svolta (e oggetto della concessione).

- La base di calcolo della percentuale

Meritevole di condivisione è l’interpretazione – già sostenuta in occasione degli incontri presso ANAC – per la quale la percentuale dell’ottanta per cento deve riferirsi ai “contratti” e non alle “prestazioni”, con ciò escludendo dalla base di calcolo l’attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale. Al riguardo, oltre il dirimente riferimento testuale della norma, si ribadisce che la stessa non può certo tradursi nell’imposizione di un obbligo di esternalizzazione di tutte quelle attività che sono svolte autonomamente sulla base della propria organizzazione aziendale.

Diversamente opinando, infatti, i concessionari sarebbero stati sostanzialmente espropriati delle attività inerenti la concessione, con una violazione del principio dell’affidamento e del rispetto dei contratti che invece impronta anche l’attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, tanto più considerando la genesi della prevalenza delle concessioni. Pare importante sottolineare infatti che le concessioni, prive di una disciplina comunitaria fino alla direttiva 2014/24, hanno rappresentato forme di partenariato contrattuale tra enti pubblici e operatori privati che hanno permesso al primo di acquisire le competenze e le funzionalità dei secondi, permettendo uno sviluppo delle infrastrutture strumentali allo sviluppo di servizi economici rilevanti per il benessere delle collettività. La modifica improvvisa di tali contratti, naturalmente di lunga durata, esporrebbe le Amministrazioni a contenziosi il cui esito sarebbe difficilmente prevedibile dato che le innovazioni organizzative conseguenti alla norma potrebbero intaccare anche l’equilibrio economico finanziario di medio lungo periodo che, invece, è posto a base dell’istituto concessorio e deve essere conservato per tutta la vigenza del contratto.

- Sull’esclusione delle prestazioni in subappalto e dei noli a caldo

Quanto all’esclusione delle prestazioni affidate in subappalto e dei noli a caldo, la stessa richiede un’esatta parametrizzazione delle casistiche che, in tema di concessioni, rientrano nel subappalto, considerando che l’art. 174, a differenza dell’art. 105, non fornisce una precisa definizione.

- Sulle prestazioni svolte dalle imprese collegate al concessionario

Il documento in consultazione limita i contratti affidati a imprese collegate alla quota residuale del venti per cento. Tale conclusione non pare condivisibile in quanto le società collegate non sono considerate dallo stesso Codice soggetti terzi rispetto al concessionario (si veda l’art. 174 del Codice) e pertanto le attività ad esse affidate dovrebbero essere considerate nell’ambito delle attività eseguite direttamente dal concessionario.

Peraltro non sembra ricorrere l’apparente contrasto rilevato, nelle Linee Guida, tra gli art. 174 e 177 del Codice.

Ed invero:

- L'art. 174 detta una disciplina riferita alla fase di affidamento della concessione da parte del Concedente, e alla individuazione del soggetto tenuto all'esecuzione della stessa. La norma in esame prevede, in altri termini, la possibilità per l'operatore economico, oltre che di espletare del tutto in proprio (o tramite imprese collegate come meglio specificato di seguito) la concessione, anche di subappaltare a terzi (sub-concessionari) parti del contratto di concessione. In tale contesto e nello stesso articolo si specifica che non si considerano terzi le imprese collegate al concessionario;

- L'art. 177, viceversa, disciplina le modalità di affidamento dei contratti a valle (contratti di appalto di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni) da parte del concessionario (ovvero, ai sensi dell'art. 174, da parte dell'operatore economico affidatario della concessione o di una sua impresa collegata o da parte del sub-concessionario) a terzi, fatti salvi gli affidamenti ad imprese collegate.

In ogni caso, anche qualora non si ritenesse di poter seguire tale interpretazione, devono essere fatti salvi gli affidamenti dei concessionari effettuati alle società collegate di cui all'art. 7 del Codice, così come espressamente previsto dall'art. 177. Dovrebbe dunque essere ben specificato che l'art. 177 non si applica a quegli affidamenti operati dai concessionari nei settori speciali alle proprie società collegate in presenza dei requisiti indicati dall'art. 7.

- Sui contratti pluriennali

Ulteriormente condivisibile è la prospettata ripartizione pro quota (temporale) dei contratti pluriennali. Appare però necessario individuare strumenti alternativi alla imposizione di una contabilità separata, che si prospetta come un onere eccessivo e tale da comportare appesantimenti gestionali, non giustificati ai fini dell'applicazione della norma, sia dal punto di vista economico (si pensi all'implementazione di sistemi informativi idonei a tale scopo), sia dal punto di vista operativo e gestionale, soprattutto per quanto riguarda le società multiutility con un numero di concessioni elevato e attività riferibili a più concessioni e/o più servizi gestiti; e ciò anche considerando che, ad esempio, nei settori gas ed energia elettrica, è già vigente una rigorosa disciplina di separazione contabile.

Par. 3

- Scostamento rispetto alle percentuali previste dalla norma

Non pare condivisibile l'interpretazione per cui il recupero dello squilibrio si realizza aggiungendo all'anno successivo la percentuale di mancato rispetto dell'anno precedente.

L'art. 177 prevede che "Eventuali situazioni di squilibrio rispetto al limite indicato devono essere riequilibrate entro l'anno successivo". Tale previsione non può che leggersi in senso letterale come l'obbligo del concessionario, in caso di scostamento, di riportare entro l'anno successivo, le percentuali a quelle richieste dalla norma (80-20) e non altre; in tal senso la disposizione espressamente utilizza il termine riequilibrare e non recuperare. A ciò si aggiunga che la norma già prevede un meccanismo sanzionatorio nel caso in cui le percentuali non siano rispettate per due anni consecutivi. Dunque il legislatore ha previsto l'eventualità che in una certa annualità, il concessionario non riesca a rispettare le percentuali previste, prevedendo al contempo la possibilità per lo stesso di raggiungerle entro l'anno successivo. Solo nel caso non dovesse riuscirci, scatterebbe la sanzione.

La lettura offerta nel documento porterebbe invece alle situazioni paradossali ben evidenziate dalle stesse Linee Guida. Infatti, per il concessionario che non rispetta la percentuale al di sotto del 60% (esempio 50%) sarebbe impossibile ripianare lo scostamento nel senso indicato dall'Autorità entro l'anno successivo, così come espressamente previsto dalla norma; il concessionario dovrebbe infatti affidare nel secondo anno il 110% dei propri contratti (80+30=110%). Oltre a ciò, si ritiene che l'Autorità non possa estendere la portata di una norma già ampiamente vincolante come l'art. 177. La percentuale minima da rispettare per ottemperare alla norma è l'80% e non altra percentuale risultante peraltro da meccanismi non concretamente applicabili.

La soluzione prospettata nel documento, peraltro, condurrebbe alla penale anche nel caso di squilibrio limitato ad un anno (es. anno “x” 50/50, anno “x+1” 100/0, media 75/25, tale da far apparire uno “scompenso” per due anni consecutivi).

Sarebbe opportuno che al posto di detto meccanismo puramente algebrico (peraltro difficilmente attuabile in concreto) e riferito unicamente alle percentuali, fossero previsti meccanismi ulteriori e/o alternativi che, fermo il ripristino (nell’anno successivo) del rapporto percentuale minimo 80/20, considerino anche altri fattori, quali ad esempio il valore assoluto degli affidamenti (es. anno “x”, esternalizzazioni per 100, con riparto 50/50, anno “x+1”, esternalizzazioni per 1000. Solo considerando, oltre alla percentuale, anche il valore assoluto, si ha effettivamente modo di recuperare lo sfioramento dell’anno x).

Dovrebbero poi ipotizzarsi degli ulteriori parametri per consentire il ri-equilibrio nella situazione inversa (anno “x”, esternalizzazioni per 1000, con riparto 50/50, anno “x+1”, esternalizzazioni per 100), ad esempio prevedendo un piano pluriennale di rientro, che, fermo il rispetto del limite minimo 80/20, consideri sia le percentuali, sia i valori assoluti.

Ad ogni modo, per scostamenti di rilievo, può essere utile ipotizzare piani pluriennali di rientro, che non impattino eccessivamente sull’andamento dei concessionari e sulla gestione della concessione.

Anche con riferimento a tali questioni, si ribadiscono poi le peculiarità del settore della distribuzione del gas che, fino alle gare d’Ambito (successivamente alle quali non si applicherà l’art. 177), si caratterizzano per essere in un regime di gestione obbligata ex lege. Ciò determina, l’assenza di un rapporto concessorio contrattuale propriamente inteso e, soprattutto, l’impossibilità di svolgere una programmazione delle attività tale da far fronte alle suddette prescrizioni.

- Calcolo della penale

Il documento in consultazione stabilisce che la base di calcolo della penale sia rappresentata dallo scostamento rispetto al limite dell’ottanta per cento.

Si ritiene che la sanzione debba essere calcolata sullo scostamento del secondo anno rispetto alla suddetta percentuale. Come detto sopra, la norma prevede che sia lo sfioramento al secondo anno consecutivo a far scattare la penale. Facendo un esempio concreto: se nel primo anno il concessionario raggiunge una percentuale del 60% e il secondo anno non riesce a colmare lo scostamento arrivando solo al 70%, allora la penale sarà da calcolarsi sullo scostamento del 10% rispetto alla percentuale non raggiunta dell’80%.

Laddove, invece, si reputasse di assumere un parametro diverso (ad es. biennale), occorre valutare se considerare i) l’anno di sfioramento “peggiore”; ii) la media del biennio (dei due anni consecutivi).

In ogni caso, non può prescindersi dalla considerazione dei valori assoluti, riproponendosi la tematica sopra esplicitata.

- Contraddittorio

Trattandosi dell’applicazione di una sanzione, appare evidente che il concessionario debba poter svolgere le proprie difese nell’ambito di un procedimento che garantisca un contraddittorio pieno ed efficace.

- Integrazione delle concessioni

Le esigenze di conoscibilità rappresentate possono essere adeguatamente raggiunte anche evitando di ricorrere all’integrazione dei singoli atti concessori, che possono essere per ogni singolo Ente anche molto numerosi. Pare molto più agevole e meno dispendioso l’invio da parte degli Enti committenti di una formale comunicazione ai concessionari con il richiamo al rispetto dell’art. 177 e alle linee guida dell’Autorità.

Ciò risolverebbe, peraltro, la problematica propria delle concessioni di distribuzione del gas, le quali scontano l'assenza di un titolo convenzionale "attivo" da integrare.

Par. 4

- Parametro temporale

Con riferimento alle modalità di verifica del rispetto dei vincoli portati dall'art. 177, sarebbe particolarmente opportuno che il riferimento temporale sia parificato all'anno solare (quindi dal 01/01 al 31/12), in modo da rendere più agevole l'estrazione dei dati e consentire una migliore intellegibilità con le risultanze di bilancio e con le previsioni di budget. Nel caso, per il primo periodo, potrebbe ipotizzarsi eccezionalmente un riferimento dal 19/04/2018 al 31/12/2018.

- Pubblicazione dei dati

Nel complesso, la regolamentazione dettata da ANAC pare francamente eccessiva ed oltremodo impattante sulla gestione aziendale, con evidenti influssi negativi sui costi, quindi sull'economicità dell'attività imprenditoriale. Occorre, infatti, considerare che, in base al principio del buon andamento dell'azione amministrativa, l'attività volta alla realizzazione dell'interesse pubblico si deve conformare ai criteri dell'efficacia ed efficienza, senza aggravio ingiustificato del procedimento.

Le proposte interpretative ed applicative formulate non sembrano avere fondamento normativo sotto il profilo (a) del contenuto degli obblighi di comunicazione, (b) delle modalità di disclosure delle informazioni, e (c) all'ambito oggettivo di riferimento.

Ed invero, quanto:

a) al contenuto degli obblighi di comunicazione, si chiede la pubblicazione di "tutti i dati relativi alle concessioni assoggettate all'art. 177", con ciò lasciando intendere la volontà di includere, in tale espressione, oltre alle informazioni previste ai sensi dell'art. 29 del Codice e dell'art. 1, comma 32, della l. 190/2012, anche "ulteriori informazioni", quali ad esempio quelle attinenti lo "stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue"; non è chiaro cosa si intenda per stato della concessione, inoltre, l'indicazione delle attività svolte sembrerebbe presupporre la ricostruzione a posteriori di tutto quanto è stato affidato dall'inizio della concessione, attività eccessivamente onerosa (soprattutto laddove vi siano concessioni molto risalenti nel tempo la cui titolarità iniziale sia mutata a seguito di operazioni di fusioni e acquisizioni societarie) nonché inutile ai fini del rispetto della norma.

A ciò si aggiunga che i dati di cui si richiede la pubblicazione, da parte dei concessionari (se tenuti agli obblighi di pubblicazione) oppure da parte degli enti concedenti, sono in molti casi difficilmente attribuibili alla singola concessione. Si pensi alle società che gestiscono un numero di concessioni molto elevato. Al fine di garantire una gestione efficiente del servizio, le varie attività vengono plausibilmente esternalizzate mediante affidamenti che potrebbero non avere come perimetro la singola concessione ma più ragionevolmente il servizio svolto in più territori. L'attribuzione alla singola concessione delle attività esternalizzate diviene comprensibilmente molto onerosa e da effettuarsi con criteri non facilmente individuabili e che dovrebbero in ogni caso risultare univoci per tutti gli operatori.

Ciò è particolarmente evidente proprio con riferimento al settore della distribuzione del gas, stante l'assenza di un rapporto concessorio nel senso proprio del termine.

Si evidenzia, in particolare, la questione data dalle c.d. "pluri-gestioni" in cui un'impresa di distribuzione è chiamata a condurre più impianti, facenti capo a diversi Comuni. In detti contesti, evidenti ragioni di economicità (principio richiamato dall'art. 30 del Codice e che hanno suggerito il passaggio alle concessioni per Ambiti) impongono unitari affidamenti di lavori, servizi e forniture, non riferiti/riferibili alle singole gestioni. Eventuali

ripartizioni si caratterizzerebbero per essere artefatte, o comunque frutto dell'applicazione di criteri "convenzionali" (es. rapporto al numero di utenze).

In tale contesto, la comunicazione dei dati ai singoli Enti (e la conseguente pubblicazione) appare oltremodo problematica, ponendosi la seguente alternativa:

1. indicare, ad ogni Comune, i dati riferiti a tutti gli impianti gestiti (con la conseguenza che lo stesso dato "complessivo" sarebbe riproposto nelle risultanze di ogni Ente);

2. comunicare al singolo Comune un dato stimato di pertinenza (frutto dell'applicazione di un criterio di ripartizione che, però, ove non regolato, potrebbe dar adito a contestazioni di diversa natura).

b) alle modalità di disclosure delle informazioni, partendo da un dato fattuale (difficoltà organizzative dei concedenti), il documento dispone 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» assoggettando quindi "tutti i dati relativi alle concessioni" al regime di diffusione che è attualmente previsto per solo alcuni di essi (art. 29 del Codice e art. 1, comma 32, della l. 190/2012).

Particolari problematiche suscita, poi, l'applicazione di tale regolamentazione alle Società con azioni quotate e le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e le loro controllate. Queste, infatti, non sono soggette all'obbligo di pubblicazione dei dati a portale nella sezione "Amministrazione trasparente", obblighi derivanti dalla l. n. 190/2012 (legge anticorruzione) e relativo d.lgs. n. 33/2013, di talché, come la stessa Autorità prevede, i suddetti obblighi ricadrebbero sui concedenti, che dovrebbero pubblicare sui loro portali i dati delle concessioni affidate, basandosi chiaramente sui dati che le società concessionarie dovranno comunicare annualmente ai concedenti stessi. L'esonero dagli obblighi di pubblicazione per le società quotate e per le loro controllate è stato confermato anche nella Circolare n. 1 del 14 febbraio 2014 del Ministero per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione che, al suo punto 3, così recita: "[...] è bene chiarire che le società partecipate da amministrazioni pubbliche che emettono strumenti finanziari, quotati in mercati regolamentati, pur non espressamente richiamate dal d.lgs. n. 33 del 2013, non possono ritenersi soggette agli obblighi di trasparenza indicati dal d.lgs. n. 33 del 2013, per evidenti ragioni di pubblico interesse e di coordinamento con le disposizioni di cui al d.lgs. n. 39 del 2013 (nel quale sono espressamente indicate), al pari delle società partecipate quotate in mercati regolamentati e delle loro controllate (invece indicate dall'art. 22, comma 6, del d.lgs. n. 33 del 2013) [...]"

A quanto sopra, si aggiunga la determinazione A.N.AC. n. 8/2015 inerente "Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici", che nelle premesse precisa chiaramente che "L'applicazione delle presenti Linee guida è sospesa per le società con azioni quotate e per le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e per le loro controllate. Ad avviso dell'Autorità e del MEF senza dubbio anche per queste società sussiste un interesse pubblico alla prevenzione della corruzione e alla promozione della trasparenza. Poiché, tuttavia, dette società sono sottoposte ad un particolare regime giuridico, specie in materia di diffusione di informazioni, a tutela degli investitori e del funzionamento delle regole del mercato concorrenziale, le indicazioni circa la disciplina ad esse applicabile saranno oggetto di Linee guida da adottare in esito alle risultanze del tavolo di lavoro che l'A.N.AC. e il MEF hanno avviato con la CONSOB" (la medesima impostazione è stata confermata dalla delibera dell'ANAC n. 1134/2017, destinata a sostituire le disposizioni della determinazione n. 8/2015, sulla base della presa d'atto della sottrazione delle quotate dalle norme concernenti le altre società pubbliche indicata dallo stesso Consiglio di Stato).

La pubblicazione dei dati da parte del concedente non tiene, quindi, conto della ragione dell'esonero, di recente rammentata dal Consiglio di Stato nel parere del 29 maggio 2017, n. 1257: "Le società quotate sono sottoposte

ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell'esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari". La pubblicazione di dati la cui visibilità potrebbe contrastare con le suddette esigenze di tutela degli investitori e dei mercati finanziari, vanificando di fatto l'esenzione delle società quotate dalla disciplina sulla trasparenza garantita dalla legge secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato e della stessa ANAC. Si propone pertanto che nelle linee guida in commento si faccia salva l'esigenza di non rendere pubblici dati relativi alle concessioni detenute da società quotate;

c) all'ambito oggettivo di riferimento, le concessioni "escluse" dall'ambito di applicazione dell'art. 177 non dovrebbero – conseguentemente – essere assoggettabili a verifica da parte dei concedenti e della Autorità. In tale prospettiva, la pubblicazione dei dati risulta ultronea ed eccedente rispetto al dettato normativo.

- Programmazione annuale

L'Autorità propone una sorta di programmazione annuale degli affidamenti, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva. Tale richiesta non risulta correlata ai poteri di verifica di cui al citato comma 3 dell'art. 177, che fanno riferimento a controlli "ex post" su attività già espletate.

Nell'introdurre un obbligo di programmazione annuale degli acquisti, occorre poi considerare che, in generale, il "Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici", previsto dall'art. 21, è applicabile alle sole amministrazioni aggiudicatrici in senso stretto. Pertanto, per tutti i soggetti che non rientrano in tale categoria, l'obbligo di programmazione potrebbe rivelarsi particolarmente gravoso, anche per la necessità di dotarsi di strumenti adeguati idonei allo scopo; dotazione che, realizzata unicamente per adempiere alla programmazione annuale degli affidamenti inerenti le singole concessioni, potrebbe incidere grandemente sul piano economico e organizzativo.

Si ripropone, inoltre, la problematica data dalla sostanziale impossibilità di effettuare una compiuta programmazione per le concessioni di distribuzione del gas, che versano nel regime di gestione obbligata ex lege di cui si è detto. In proposito, basti sottolineare che, allo stato, le uniche attività programmabili (peraltro con un perimetro temporale oltremodo limitato) sono quelle conseguenti all'ordinaria manutenzione ed agli obblighi sanciti dalla regolazione di settore (dettata, per lo più dall'AEEGSI, oggi ARERA). Tra questi, attualmente, il principale è quello di provvedere alla sostituzione dei misuratori tradizionali con modelli elettronici (destinato ad esaurirsi nel corrente anno). In connessione con quanto indicato in precedenza, si consideri che detto obbligo è esplicitamente riferito al totale delle utenze gestite (punti di riconsegna – PdR) non ai singoli impianti e pertanto (ancora una volta) non è ripartibile per singolo Comune.

C. Operatori economici

13. E-distribuzione

Osservazioni alle 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».

PUNTO 2.1

Le linee guida in oggetto, nel delineare l'ambito di applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici, confermano l'esclusione dall'applicazione della norma le concessioni aggiudicate in base ad un diritto esclusivo ai sensi dell'articolo 9, comma 2 del codice, e quindi le concessioni aggiudicate ad un operatore economico sulla

base di un diritto esclusivo concesso ai sensi del TFUE, di atti giuridici dell'unione europea e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'all. II.

In merito, dal combinato disposto dei commi 2 e 3 del richiamato art. 9, si desume chiaramente che ai fini dell'esclusione il diritto esclusivo può essere concesso anche sulla base della sola previsione di una norma nazionale, è ciò comunque in coerenza con il quadro comunitario di riferimento.

La possibilità di concedere diritti esclusivi, a favore di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale, è infatti riconosciuta dalla normativa comunitaria ed in particolare trova il suo fondamento nell'articolo 106 del TFUE dove viene previsto l'obbligo, per le imprese, di rispettare le norme dei trattati e in particolare le regole di concorrenza ma "nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata".

Una ulteriore conferma si trae dalla definizione di "diritto esclusivo" contenuta nella Direttiva 2014/23/UE articolo 5, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione. In particolare in tale definizione viene considerato diritto esclusivo "il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività". Tale definizione non prevede dunque che il "diritto esclusivo" debba essere concesso con una espressa previsione della normativa comunitaria ma anzi lo qualifica come diritto concesso da uno Stato membro, mediante un atto legislativo, purchè compatibile con i trattati comunitari.

Alla luce delle precedenti considerazioni, si ritiene opportuno che le indicazioni interpretative proposte nelle linee guida escludano espressamente dal campo di applicazione della norma, le imprese di distribuzione di energia elettrica alle quali la concessione è stata rilasciata/confermata sulla base del D.Lgs. 16 marzo 1999, n.79 (Decreto Bersani) intitolato "Attuazione della direttiva 96/92/CE recante norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica".

Tale previsione espressa consentirebbe di superare eventuali incertezze interpretative in ordine all'ambito soggettivo di applicazione della normativa in questione, incertezze interpretative alimentate anche dall'elencazione delle tipologie di concessione riportata nel Modulo allegato al Comunicato del Presidente del 17 maggio 2017.

In proposito occorre considerare come la stessa epigrafe del D.Lgs 79/99 riporti il riferimento alla normativa europea e ne costituisca attuazione e come lo stesso riferimento risulti espressamente indicato all'articolo 9, comma 2 (secondo periodo) del codice: il presente codice non si applica alle concessioni di servizi aggiudicate ad un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo concesso ai sensi del TFUE, di atti giuridici dell'Unione Europea e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II (tra cui rientra la distribuzione di energia elettrica).

Si sottolinea, inoltre, che lo stesso Decreto Legislativo è stato oggetto di rilievi da parte della Commissione Europea ma tali rilievi non hanno mai riguardato quanto previsto in merito al rilascio delle concessioni di distribuzione di energia elettrica, confermando la compatibilità delle disposizioni nazionali in materia con la normativa europea.

Ad ulteriore conferma delle precedenti considerazioni si rileva che anche l'articolo 114 del Codice, al comma 3, prevede che "ai fini del presente articolo, per diritti speciali o esclusivi si intendono i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali mediante disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata, compatibile con i Trattati avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività."

Si ritiene di dover precisare che l'articolo 177 del Codice, nel prevedere che i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni, siano obbligati ad affidare una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori servizi e forniture, mediante procedure ad evidenza pubblica mentre la restante parte può essere realizzata da società in house o società controllate/collegate, stabilisce espressamente che tale obbligo si applica "fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7".

Come noto l'articolo 7 esclude dall'applicazione del Codice, gli appalti nei settori speciali, aggiudicati da un ente aggiudicatore ad una impresa collegata (comma 1) purchè siano rispettate le condizioni stabilite nel comma 2 dello stesso articolo 7.

Si chiede pertanto di specificare che per i settori speciali resta salva l'applicazione dell'articolo 7 del Codice.

PUNTO 2.4

Nell'ambito soggettivo di applicazione dell'articolo 177 del Codice è opportuno specificare che non rientrano nel campo di applicazione della norma i contratti nei settori speciali che non riguardano le prestazioni oggetto della concessione e non sono quindi necessari per l'esecuzione della stessa.

In proposito si richiama l'articolo 14 del Codice dove viene stabilito che non si applicano le disposizioni del Codice agli appalti aggiudicati dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121.

In materia si segnalano anche le sentenze del Consiglio di Stato (tra tutte :2639/15, 2026/14, 4934/13) dove viene confermata l'esclusione anche dalla disciplina dei settori speciali dei contratti non finalizzati al compimento delle attività che delimitano i predetti settori esclusi.

14. Infrastrutture distribuzione gas

Forniamo i nostri contributi alla presente consultazione finalizzata a raccogliere suggerimenti circa le soluzioni interpretative proposte nel documento in oggetto in merito alle disposizioni richiamate nell'art. 177 del Codice degli Appalti.

Spunto di cui al par. 2.1

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.

Si condivide, ed anzi si ritiene obbligata, l'interpretazione proposta secondo cui la disposizione contenuta nell'art. 164, comma 1, del codice (con le esclusioni in essa previste) va applicata anche all'art. 177 e alle concessioni da quest'ultimo considerate.

Il tenore letterale della norma di cui all'art. 164, infatti, non consente alcuna eccezione: in base ad esso, tutte le disposizioni della parte III - tra le quali indubbiamente ed innegabilmente rientra anche l'art. 177 - non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzano l'esercizio di un'attività economica, stabilendone le modalità e le condizioni di svolgimento, e, pertanto, non si applicano neppure alle concessioni demaniali.

D'altra parte, su questo punto, l'art. 164 si è limitato a recepire e ad attuare nel sistema giuridico italiano quanto previsto nelle premesse della Direttiva 2014/23/UE, secondo cui "non dovrebbero configurarsi come

concessioni”, ai sensi della medesima direttiva, quegli “accordi aventi per oggetto il diritto di un operatore economico di gestire determinati beni o risorse del demanio pubblico, in regime di diritto privato o pubblico, quali terreni o qualsiasi proprietà pubblica, in particolare nel settore dei porti marittimi o interni o degli aeroporti, mediante i quali lo Stato oppure l’amministrazione aggiudicatrice o l’ente aggiudicatore fissa unicamente le condizioni generali d’uso senza acquisire lavori o servizi specifici”.

La menzionata direttiva ed il d.lgs. di recepimento n. 50/2016, dunque, disciplinano solo ed esclusivamente le “concessioni delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l’acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere” (art. 1 Codice – Oggetto ed ambito di applicazione), escludendo espressamente dal loro ambito di applicazione le concessioni demaniali. Per le concessioni regolate viene quindi prescritto l’obbligo di evidenza pubblica nella fase di selezione del concessionario.

All’interno del descritto perimetro normativo, il legislatore italiano ha ritenuto opportuno introdurre una norma transitoria applicabile a quelle concessioni che, alla data di entrata in vigore del Codice, risultino affidate senza gara pubblica. Al posto di disporre la scadenza anticipata di tali concessioni, il legislatore ha preferito intervenire sulle modalità di affidamento dei relativi contratti di servizi, forniture, lavori e opere, introducendo una norma speciale, derogatoria rispetto al regime ordinario di cui alla Parte III del Codice, che troverà applicazione fino alla scadenza delle menzionate concessioni. Ai titoli concessori che verranno rilasciati al termine delle concessioni di cui all’art. 177 si applicheranno le regole previste nella Parte III del Codice. E’ dunque chiaro che le concessioni considerate dall’art. 177 sono proprio e solo quelle rientranti nell’ambito di applicazione del Codice (e d’altra parte non potrebbe essere altrimenti).

Con riguardo alle procedure di evidenza pubblica a cui, molto genericamente, il legislatore italiano ha assoggettato gli affidamenti di cui all’art. 177, si ritiene opportuno segnalare la necessità che vengano precisate meglio le modalità di selezione ritenute conformi al dato normativo e all’impianto complessivo del Codice, chiarendo, in particolare, se anche a tali affidamenti si possa considerare applicabile il sistema di affidamento diretto previsto dal Codice (art. 36) per gli appalti di importi fino a 40.000 euro.

Sia per gli appalti che per le concessioni, infatti, si pongono le medesime esigenze di tutela della concorrenza e di rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Come noto, in considerazione di tali principi, anche il sistema degli appalti è sottoposto (oramai da lungo tempo) all’obbligo di svolgimento di procedure di evidenza pubblica. Se, per gli appalti di importo fino a 40.000 euro, il legislatore italiano ha ritenuto il meccanismo degli affidamenti diretti rispettoso dei suddetti principi - arrivando, tra l’altro, di recente, con il d.lgs. 56/2017, ad eliminare l’obbligo espresso di motivazione per il caso di suo utilizzo e ad escludere l’obbligo di consultare preventivamente due o più operatori economici - non si ravvedono fondati motivi per impedire la medesima possibilità anche agli affidamenti dei concessionari di cui all’art. 177 se di valore pari, al massimo, a 40.000 euro.

Spunto di cui al par. 2.4

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.

Riguardo alla corretta definizione del concetto di “contratti relativi alle concessioni” si ritiene che in tale definizione debbano essere ricompresi solo quei contratti di servizi, forniture, lavori e opere inerenti alle prestazioni che sono oggetto specifico della concessione e che sono quindi strettamente funzionali all’esecuzione della concessione stessa. Si ritiene dunque che siano estranei all’applicazione dell’art. 177 tutti i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell’attività nel suo complesso, che non riguardino quindi il core business dell’impresa, in stretta analogia con quanto già accertato dal Cons. Stato, con riguardo agli appalti pubblici, nella

Adunanza Plenaria n. 16/2011 (es: contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, contratti per le utenze, contratti di manutenzione degli immobili etc.).

Si concorda con 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.

Restando a disposizione per chiarimenti ed approfondimenti, porgiamo i più cordiali saluti.

15. Terna

Linee Guida ANAC

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".

Contributo per consultazione pubblica relativo alla sezione "2. Ambito di Applicazione"

Premesse

L'ANAC ha posto in consultazione le Linee Guida relative alla verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del DLgs. 50/2016 (di seguito il "Codice Appalti" o il "Codice") secondo cui 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 Appalti, 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.

Come richiesto, in ordine al documento messo in consultazione, si formulano le seguenti osservazioni riferite in particolare alla sezione "2. Ambito di Applicazione" con il fine di fornire indicazioni interpretative in merito all'ambito di applicazione del citato art. 177.

Osservazioni generali

Come confermato dalle stesse Linee Guida poste in consultazione, ai sensi della parte I, titolo II, artt. 4-17 del Codice Appalti (di seguito "Codice"), non rientrano nell'applicazione dell'art. 177 e dell'intera Parte III dello stesso "le concessioni aggiudicate in base a un diritto esclusivo ai sensi dell'art. 9, comma 2 del Codice".

Costituisce, infatti, deroga all'applicazione della disciplina delle concessioni contenuta agli artt. 164 e segg. del Codice Appalti, di cui l'art. 177 rappresenta norma di chiusura, il richiamato art. 9, comma 2 secondo il quale "Il presente codice non si applica alle concessioni di servizi aggiudicate a un'amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore di cui all'articolo 3, comma 1, lettera e), numero 1), punto 1.1 o a un'associazione dei medesimi in base a un diritto esclusivo. Il presente codice non si applica alle concessioni di servizi aggiudicate a un operatore economico sulla base di un diritto esclusivo che è stato concesso ai sensi del TFUE, di atti giuridici dell'Unione europea e della normativa nazionale recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II".

La deroga costituisce applicazione dei principi e degli atti dell'Unione Europea come confermato dall'identico tenore dei considerando delle Direttive UE di cui il Codice costituisce attuazione (cfr. n. 5 della Direttiva 23, il n. 5 della Direttiva 24 ed il n. 7 della Direttiva 25) secondo i quali "E' opportuno rammentare che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva".

Tale premessa normativa spiega il pieno riconoscimento a livello comunitario del principio della “riserva di legge” che costituisce estrinsecazione del principio di sovranità nazionale e declinazione del principio di libera amministrazione delle autorità pubbliche, per il quale queste ultime sono libere di organizzare come meglio ritengono le prestazioni di servizi di rispettivo interesse.

La richiamata deroga, come previsto espressamente dal Codice all’art. 9, comma 2 e ribadito dalle Linee Guida in via di adozione, trova peraltro concreta applicazione nella materia dei settori speciali di cui agli artt. 114 e segg. del Codice Appalti, il cui esercizio viene riservato per legge a determinati soggetti mediante la concessione di diritti “speciali” o “esclusivi”, attribuiti con disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, tali da incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare le medesime attività.

L’esclusione di cui all’art. 9, comma 2, pone quale unico criterio di riferimento la conformità al diritto dell’Unione Europea del procedimento di concessione a prescindere quindi dal tipo di procedimento utilizzato per l’atto di concessione medesimo.

Per quanto concerne i concessionari nei settori speciali, l’esclusione sembra poter essere predicata anche per considerazioni di carattere sistematico e ordinamentale.

Come noto, infatti, i settori speciali riguardano particolari segmenti del mercato – gas ed energia termica, energia elettrica, acqua, servizi di trasporto, servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili – caratterizzati da una imperfetta esplicazione del regime della concorrenza, dovuta alle caratteristiche proprie del mercato stesso. Infatti, vuoi perché lo specifico mercato è caratterizzato da un monopolio o quasi monopolio naturale, vuoi per la necessità di mantenere un controllo pubblico su determinati settori considerati strategici per l’economia nazionale, per i settori speciali è prevista una riserva statale esercitata, generalmente, tramite lo strumento della concessione in favore di soggetti pubblici o privati di diritti speciali ed esclusivi attribuiti per legge (il che ne giustifica una disciplina speciale).

Proprio per tale ragione, la disciplina di detti rapporti concessori è sottratta all’applicazione del Codice; per quel che concerne il settore dell’energia elettrica, la materia è invece oggetto della Direttiva 2009/72/CE, recante “norme comuni per il mercato interno dell’energia elettrica”, attuata dal D. Lgs. 1 giugno 2011, n. 93.

Da quanto precede deriva che: a) i settori speciali sono tendenzialmente per loro natura sottratti alla normale espressione della concorrenza e b) i procedimenti in virtù dei quali gli enti concedenti affidano in concessione la loro gestione con la formula del “diritto speciale ed esclusivo” sono conformi al diritto dell’Unione europea, ancorché non siano riconducibili ad alcuno dei procedimenti di affidamento presi in considerazione dal Codice (o dalla pregressa normativa applicabile *ratione temporis*), caratterizzati dall’evidenza pubblica e dal confronto competitivo.

Ora, come detto sopra, (i) la ratio dell’obbligo di esternalizzazione previsto dall’art. 177 del Codice va individuata nell’esigenza di esporre alla concorrenza fette di mercato che sono state sottratte in virtù degli affidamenti in concessione, mentre, coerentemente, (ii) la stessa disposizione espressamente esclude dall’obbligo di esternalizzazione le concessioni affidate secondo “procedure (di gara) conformi al diritto dell’Unione europea”.

In detto contesto, se si considera che i settori speciali sono tendenzialmente per loro natura sottratti alla libera esplicazione della concorrenza e che detta sottrazione è conforme al diritto dell’Unione europea, ne discende che, in primo luogo, l’obbligo di esternalizzazione previsto dall’art. 177 non dovrebbe trovare applicazione (e giustificazione razionale) nei settori speciali – rispetto ai quali non vi è la necessità di riesperire il gioco della concorrenza – mentre, in secondo luogo, il procedimento in virtù del quale l’ente concedente ha affidato la concessione risulta essere assolutamente conforme al diritto dell’Unione europea.

Con specifico riferimento a Terna Rete Elettrica Nazionale Società per Azioni

Di seguito si fornisce evidenza del sussistere delle condizioni di esclusione sopra citate per la società Terna S.p.A. che opera in virtù di diritti esclusivi concessi ai sensi del Trattato di Funzionamento dell'Unione Europea, di atti giuridici dell'Unione europea e della normativa nazionale e che, pertanto, ai sensi dell'art. 9, comma 2 del Codice Appalti non rientra nel campo di applicazione dell'art. 177 Codice Appalti.

L'attribuzione della gestione unificata della rete elettrica di trasmissione nazionale e la concessione in esclusiva delle attività di trasmissione e dispacciamento a Terna S.p.A. risulta coerente con:

il diritto dell'Unione Europea. Si richiama a tale proposito

- la possibilità di concedere diritti esclusivi a favore di imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale è infatti riconosciuta dalla normativa comunitaria e in particolare trova il suo fondamento nel TFUE, che all'art. 106, comma 2, afferma unicamente che “Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale ... sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata”;

- nell'ambito della normativa di settore, la Direttiva 96/92 CE e da ultimo la Direttiva 2009/72/CE sul mercato interno dell'energia elettrica prevede che “Le imprese proprietarie di un sistema di trasmissione che sono state certificate dall'autorità nazionale di regolamentazione come imprese che hanno osservato le prescrizioni” in materia di gestione del sistema di trasmissione “sono approvate e designate dagli Stati membri quali gestori di sistemi di trasmissione”;

- la normativa in materia di appalti, in particolare la Direttiva 2014/23/UE in materia di aggiudicazione dei contratti di concessione, secondo la quale “La presente direttiva riconosce e riafferma il diritto degli Stati membri e delle autorità pubbliche di decidere le modalità di gestione ritenute più appropriate per l'esecuzione dei lavori e la fornitura di servizi. In particolare, la presente direttiva non dovrebbe in alcun modo incidere sulla libertà degli Stati membri e delle autorità pubbliche di eseguire lavori o fornire servizi direttamente al pubblico o di esternalizzare tale fornitura delegandola a terzi. Gli Stati membri o le autorità pubbliche dovrebbero rimanere liberi di definire e specificare le caratteristiche dei servizi da fornire, comprese le condizioni relative alla qualità o al prezzo dei servizi, conformemente al diritto dell'Unione, al fine di perseguire i loro obiettivi di interesse pubblico” (cfr. considerando n. 5).

La medesima Direttiva definisce come diritto esclusivo, ai sensi dell'art. 5, “il diritto concesso da un'autorità competente di uno Stato membro mediante qualsiasi disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i trattati avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività”: tale definizione non prevede dunque che il diritto esclusivo debba essere concesso con una espressa previsione della normativa comunitaria ma anzi lo qualifica come diritto concesso da uno Stato membro, mediante un atto legislativo, purché compatibile con i trattati comunitari.

In particolare per le concessioni di servizi “aggiudicate sulla base di un diritto esclusivo di cui l'operatore gode ai sensi di disposizioni legislative o regolamentari nazionali o di disposizioni amministrative nazionali pubblicate e che è stato concesso ai sensi del TFUE e di atti dell'Unione recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II, dal momento che tale diritto esclusivo rende impossibile seguire una procedura competitiva per l'aggiudicazione” (cfr. considerando n. 33), tra le quali rientra la messa a disposizione o la gestione di reti fisse destinate alla fornitura di un servizio al pubblico in connessione con la produzione, il trasporto o la distribuzione di elettricità.

la normativa nazionale di recepimento degli atti dell'Unione Europea. A tale proposito

- l'art. 1, comma 1, DLgs. n. 79/1999 sul mercato interno dell'energia elettrica stabilisce che “Le attività di trasmissione e dispacciamento sono riservate allo Stato ed attribuite in concessione al gestore della rete di

trasmissione nazionale” il quale “esercita le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale”;

- Terna S.p.A. è stata costituita in data 31 maggio 1999 ed ai sensi dell'art. 1, comma 3 del D.P.C.M. dell'11 maggio 2004 recante “Criteri, modalità e condizioni per l'unificazione della proprietà e della gestione della rete elettrica nazionale”: “Terna S.p.A. assume la titolarità e le funzioni di Gestore di cui all'articolo 1 e 2 del decreto legislativo n. 79 del 1999”;

- ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. b) della L. 23 agosto 2004, n. 239 recante il “Riordino del settore energetico, nonché delega al Governo per il riassetto delle disposizioni vigenti in materia di energia”, è previsto che “ le attività di trasporto e dispacciamento del gas naturale a rete, nonché la gestione di infrastrutture di approvvigionamento di energia connesse alle attività di trasporto e dispacciamento di energia a rete, sono di interesse pubblico e sono sottoposte agli obblighi di servizio pubblico derivanti dalla normativa comunitaria, dalla legislazione vigente e da apposite convenzioni con le autorità competenti”. Lo stesso articolo, al comma 8, lett. a), conferma che “resta riservata allo Stato il rilascio della concessione per l'esercizio delle suddette attività.”;

- in attuazione del D. Lgs. n. 79/1999 è stata adottata con Decreto del Ministero Sviluppo economico la Convenzione di Concessione in data 20 aprile 2005, con una durata di 25 anni, a favore della società Terna S.p.A. come recentemente modificata con Decreto del Ministero dello Sviluppo Economico del 15.12.2010;

- successivamente, l'art. 36, comma 1, D. Lgs. n. 93/2011 di recepimento della direttiva europea 2009/72/CE, afferma che “L'attività di trasmissione e dispacciamento di energia elettrica è riservata allo Stato e svolta in regime di concessione da Terna Spa, che opera come gestore del sistema di trasmissione ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legislativo 16 marzo 1999, n. 79, secondo modalità definite nella convenzione stipulata tra la stessa Terna e il Ministero dello sviluppo economico per la disciplina della stessa concessione”;

- Terna S.p.A. è concessionaria esclusiva delle attività di trasmissione e dispacciamento sul territorio nazionale ed ai sensi dell'art. 4 dello Statuto sociale (nel testo vigente a valle delle modifiche apportate dall'Assemblea del 23 marzo 2017), la società ha per oggetto: “l'esercizio delle attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica, ivi compresa la gestione unificata della rete di trasmissione nazionale, inclusiva delle linee di trasporto e delle stazioni di trasformazione, di cui può essere proprietaria. ...”;

- in attuazione degli artt. 9 Direttiva 2009/72/CE e dell'art. 36 DLgs. n. 93/2011, nel 2013 Terna ha ricevuto da parte dell'Autorità per l'energia elettrica ed il gas (delibera 142/2013/R/EEL) la certificazione della qualità di gestore del sistema di trasmissione, notificata alla Commissione europea come previsto dall'art. 10 Direttiva 72/2009/CE.

il Codice Appalti e le Direttive Europee 2014/23/24/25/UE, dal primo recepite, in quanto:

- Terna S.p.A. esercita, in regime di concessione le proprie attività istituzionali operando in virtù di diritti esclusivi concessi dall'autorità competente; in attuazione della Convenzione del 2010, annessa alla Concessione, è disposto che “Il ricorso della Concessionaria a contratti di appalto, somministrazione e fornitura è effettuato nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria...”, ai sensi dell'art. 12 comma 3 della Convenzione medesima;

- la normativa nazionale e comunitaria relativa agli appalti pubblici sottopone univocamente Terna S.p.A. all'applicazione del codice dei contratti pubblici e, più specificatamente, in quanto ente aggiudicatore operante nel settore dell'elettricità, alle norme relative ai settori speciali, con particolare riferimento alle norme del titolo VI, capo I del Codice (artt. 114-141).;

- in particolare, l'art. 114, comma coerentemente con l'art. 5 della Direttiva 2014/23/UE 2 prevede che “Ai fini del presente articolo, per diritti speciali o esclusivi si intendono i diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali

mediate disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati avente l'effetto di riservare a uno o più enti l'esercizio delle attività previste dagli articoli da 115 a 121 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività”.

Conclusioni

Per tutto quanto sopra, in virtù dei diritti esclusivi derivanti dal TFUE e dalle normative comunitaria e nazionale attribuiti a Terna S.p.A. per effetto di espressa riserva di legge conforme al diritto dell'Unione Europea, le attività di gestione unificata della rete elettrica di trasmissione nazionale, nonché le attività di trasmissione e dispacciamento dell'energia elettrica e gli affidamenti alle stesse connesse, sono escluse dall'ambito di applicazione della Parte III del Codice Appalti e, per quanto rileva ai fini della consultazione in oggetto, escluse dall'ambito di applicazione dell'art. 177 in virtù dell'art. 9, comma 2 del Codice Appalti e dalle connesse attività ricognitive.

D. Altri

16. Arpinge s.p.a. (società di investimenti per imprenditori privati)

ARPINGE SPA (“Arpinge”) è una società di investimenti per investitori istituzionali privati (assicurazioni, fondi pensione e altro) inizialmente lanciata da tre casse di previdenza private (D.Lgs. 509/94) – CIPAG, EPPI e Inarcassa – che hanno acquisito esperienza in materia di infrastrutture nell'ambito di F2i e che rappresentano le principali professioni attive sul territorio (architetti, geometri, ingegneri e periti industriali), al fine di contribuire al rilancio degli investimenti nei cantieri di opere infrastrutturali e immobiliari in Italia.

Con la presente comunicazione Arpinge intende dare il proprio contributo alla procedura di consultazione degli stakeholders sulla bozza di linee guida 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 (il “Documento di Consultazione”).

Si segnala che le considerazioni esposte nel seguito sono state elaborate anche con il contributo della società Gespar S.p.A., attiva nel settore dei parcheggi, che ha partecipato alla “Verifica degli affidamenti dei concessionari ai sensi dell'art. 177 del d.lgs. n. 50/2016” di cui al Comunicato del Presidente del 17 maggio 2017, presentando le informazioni richieste dall'Autorità.

Con riferimento all'ambito di applicazione delle disposizioni trattate nel Documento di Consultazione, ed in particolare quanto al punto 2.1 – Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma - sarebbe opportuno, a fini di certezza del diritto, confermare che le convenzioni ex art. 9 L. 122/1989 (cd. Legge Tognoli), essendo convenzioni che disciplinano la messa a disposizione (tramite vendita, locazione, servitù etc.) di immobili a soggetti privati per l'esercizio di attività commerciali, non rientrano nell'ambito di applicazione della normativa sui contratti pubblici. L'esclusione di questo tipo di convenzioni dall'ambito di applicazione della normativa sui contratti pubblici è stata peraltro affermata dalla Direttiva 2004/18/CE come recepita dal d.lgs. 163/2006, nonché, dalle norme oggi vigenti, come correttamente ricordato da questa Spett.le Autorità nel Documento di Consultazione.

Fermo il chiarimento sopra riportato in ordine all'ambito di applicazione, con riferimento alle concessioni oggetto delle emanande linee guida si segnala quanto segue:

1. Al punto 2.4 - I contratti assoggettati alla norma - è ragionevole calcolare le percentuali con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso (servizi, forniture e lavori), in quanto, in particolare nella fase di gestione operativa, si ha di frequente l'esigenza di affidare contratti misti che contengono elementi sia di forniture che di lavori che di servizi.

2. Sempre al punto 2.4 è condivisa l'impostazione data dall'Autorità in relazione ai seguenti aspetti:

- sono da considerarsi solo le prestazioni strettamente necessarie per l'esecuzione della concessione, in quanto le spese generali e di funzionamento societario dipendono dal tipo e dall'organizzazione della società concessionaria a prescindere dalla concessione in essere;

- l'attività eseguita direttamente dal concessionario deve essere esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma;

- i nuovi contratti, man mano che i contratti affidati precedentemente all'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti vanno a scadenza, sono da affidare mediante gara nella misura minima dell'80%.

In particolare, su questo ultimo punto andrebbe chiarita l'esclusione dalla base di calcolo dei contratti di durata pluriennale affidati precedentemente al nuovo codice appalti e con scadenza naturale successiva al 19 aprile 2018, in quanto il loro contributo annuale pro-quota potrebbe portare al mancato rispetto della percentuale minima prevista, con conseguenti oneri, al momento imprevedibili ed imprevedibili, qualora fosse necessaria la risoluzione anticipata di tali contratti; oneri che ricadrebbero in capo ai concessionari e ciò in netto contrasto con la logica di semplificazione e di efficienza che ha sempre ispirato l'ANAC nella predisposizione delle proprie linee guida.

Inoltre si ritiene che le attività svolte da imprese collegate in virtù di contratti affidati con procedura ad evidenza pubblica debbano essere ricomprese nella quota dell'80%, in quanto è prevalente la modalità di affidamento rispetto alla natura soggettiva del fornitore.

3. Per quanto concerne gli obblighi di comunicazione indicati al punto 4 - L'oggetto e le modalità delle verifiche - questi ci sembrano già assolti con la pubblicazione annuale dei dati a consuntivo con riferimento all'anno precedente senza che ci sia la necessità di una preventiva programmazione annuale, tra l'altro suscettibile di ampie variazioni in corso di attuazione degli affidamenti, in quanto rappresenterebbe un onere aggiuntivo rispetto a quelli previsti dalla norma.

Ne consegue, inoltre, che la base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma non debba essere costituita dai valori a base d'asta delle gare, ma dai valori dei contratti effettivamente affidati agli aggiudicatari delle gare stesse.

Di particolare rilievo è, infine, la considerazione per cui l'adeguamento alle emanate linee guida comporterà maggiori oneri per i concessionari, i cui principali sono di seguito sintetizzati:

- obbligo di una contabilità separata per ciascuna concessione;

- necessità di modifica delle concessioni al fine di recepire le previsioni delle emanate disposizioni;

- preparazione, pubblicazione ed espletamento di gare di affidamento di lavori, servizi e forniture;

- obbligo di pubblicazione e trasmissione annuale entro il 31 luglio di ogni anno (a partire dal 2019) dei dati consuntivi riferiti all'anno precedente.

Per quanto ovvio, si rammenta che gli oneri derivanti dall'applicazione delle richiamate disposizioni sono qualificabili come maggiori oneri, verificatisi per fatti non riconducibili ai concessionari, tali da alterare l'equilibrio del piano economico finanziario delle concessioni con conseguente obbligo di loro revisione così come previsto

dall'art. 165 comma 6 del d.lgs. n. 50/2016, al fine di ripristinare le condizioni di equilibrio compromesse dalla sopravvenuta normativa.

E. Contributi anonimi

17. Anonimo 1

Bozza delle linee guida 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»

Per quanto non espresso di seguito, si rinvia alle osservazioni formulate da Utilitalia che sono condivise (anche se non riprese onde non appesantire il testo).

2. Ambito di applicazione.

2.1 Le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma

“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.”

Tra le concessioni che vengono escluse dal perimetro di applicazione della norma sono menzionate “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...”.

Si osserva quindi che nel perimetro di applicazione della norma non appare legittimo rientrano quelle concessioni che, a oggi permanenti in conformità al diritto comunitario, siano state legittimamente assegnate quando l'attuale concessionario – oggi privatizzato anche in ottemperanza ad altre disposizioni di legge - rivestiva i caratteri dell'impresa che poteva, coerentemente all'ordinamento all'epoca vigente, divenire affidatario diretto di concessioni. La previsione di tale vincolo su questi soggetti sarebbe in contrasto con la esclusione dall'obbligo normativo riservata alle società in house, attuale forma ammessa di autoproduzione, in qualche modo assimilabile alle riferite precedenti organizzazioni, andando ad assoggettare operatori originariamente assimilabili a regimi diversi. Inoltre, le privatizzazioni intervenute consistono già in una evidente apertura al mercato che ora la previsione vuole tutelare e sono state realizzate nel presupposto della immutabilità degli affidamenti rispetto alla privatizzazione stessa (si veda tra gli altri il regime di tutela dell'affidamento dettato per esempio dall'art. 113, comma 12 D.lgs. 267/00 e s.m.i.)

Contraddire una simile lettura si porrebbe anzitutto in frontale contrasto con uno dei principi cardine del diritto pubblico secondo cui la legittimità di un atto va valutata al momento in cui esso è stato adottato (*tempus regit actum*).

D'altra parte, la ratio della norma è assoggettare a precise disposizioni sul procurement quelle concessioni che siano state affidate contrariamente alle disposizioni vigenti al momento del loro affidamento. Mentre le

concessioni qui in parola sono state a loro tempo affidate nel solco delle norme all'epoca vigenti e gli attuali concessionari continuano a gestirle in ossequio all'incarico ricevuto.

*

2.2 I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma

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.

L'inclusione, nel perimetro di applicazione della norma, di quei concessionari che siano – per altre ragioni – tenuti all'applicazione del codice appare anzitutto suscettibile di implicare cortocircuiti normativi.

Una esegesi di quel genere (che comprenda cioè anche i concessionari già soggetti per altre ragioni alle norme di contrattualistica pubblica) finirebbe, infatti, per porsi in contraddizione con tutte le altre norme del d.lgs. 50/16 (c.d. codice dei contratti pubblici – “CCP”).

Basti considerare le soglie. Le soglie considerate dall'art. 177 CCP sono infatti del tutto scoordinate rispetto a quelle previste in generale dal medesimo CCP. Il risultato di applicare ai concessionari, già soggetti al CCP per altre ragioni, alle norme ex art. 177 CCP avrebbe effetti paradossali: quei concessionari infatti (talora società di diritto privato addirittura quotate in borsa) finirebbero per essere soggetti a vincoli più stringenti rispetto a quelli connotanti il procurement delle pubbliche amministrazioni. Le quali sono tenute a osservare il codice dei contratti pubblici non solo a fini pro-concorrenziali ma anche istituzionalmente (cfr. art. 97 Cost.) nonché per ragioni di corretta amministrazione dell'erario.

- . -

Tra le tipologie di concessionari titolari di affidamenti diretti validamente assentiti e quindi validamente vigenti a cui non può essere applicata la previsione dell'art. 177, vi sono in primis i concessionari nei c.d. settori speciali.

Anzitutto le norme relative ai settori speciali escludono l'applicabilità delle norme sulle concessioni (art. 114 comma 1 primo periodo CCP).

Inoltre, gli affidatari diretti di concessioni nei settori speciali sono già soggetti a una disciplina specifica secondo regole e disposizioni ben chiarite tra l'altro da Ad. Plen. 16/11, confermata successivamente.

Nella bozza di linee guida si osserva che “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.”

Crediamo la preoccupazione più teorica che reale.

Si veda anzitutto il concreto dato empirico. Gruppi come lo scrivente affidano infatti all'esterno, nel rispetto delle norme del CCP, la massima parte delle proprie commesse. Prendendo ad esempio la filiera reti e calore di questo Gruppo, emerge che almeno il 90% delle commesse è assegnato all'esterno nel rispetto delle previsioni del CCP. E solo il 10% al massimo è assegnato a società infragrupo. Si tenga oltretutto presente che in quest'ultimo dato numerico rientrano pure casi in cui una società del gruppo mette a disposizione delle proprie sister companies, con clausole ad hoc, propri fornitori a loro volta scelti con procedure rispettose del CCP.

D'altronde, nessun concessionario dispone di una società in house che (a) svolga almeno l'80% della propria attività in favore del medesimo concessionario e (b) sia contestualmente in grado di soddisfarne la totalità, ma nemmeno la gran parte, delle esigenze di procurement.

Insomma lo scenario paventato non sussiste in concreto.

Ma non sussiste neppure in astratto.

Le stesse norme sull'assegnazione infragruppo, contenute nel CCP, sono al riguardo estremamente restrittive: proprio al fine di scongiurare scenari come quelli paventati da Codesta Spettabile Autorità.

La stessa direttiva 2014/25/UE introduce norme proprio tese a scongiurare che le assegnazioni infragruppo possano correre il rischio di provocare "distorsioni della concorrenza a beneficio di imprese o joint-venture che sono collegate agli enti aggiudicatori" (considerando 38). E proprio in applicazione di questa norma, l'art. 7 del CCP stabilisce requisiti molto stringenti per gli affidamenti a imprese collegate.

Insomma i requisiti di cui all'art. 7 CCP rispondono esattamente al fine che Codesta Spettabile Autorità si pone. Sicché, se non altro in un quadro di interpretazione sistematica, sarebbe sproporzionato (art. 5 TFUE) applicare anche l'art. 177 ai concessionari già tenuti ad applicare il CCP per altre ragioni. Inoltre, ciò non risponderebbe alle finalità che questa norma si pone, visto che altre disposizioni sono all'uopo specifiche dettate dall'ordinamento comunitario. Questo infatti appresta strumenti specifici onde scongiurare che i concessionari (già per altre ragioni tenuti ad applicare il codice) possano sottrarre quote di mercato invece contendibili. All'uopo è infatti previsto un istituto ad hoc che restringe molto la possibilità di ricorrere ad affidamenti infra-gruppo. Lo stimolo alla concorrenza per il mercato insomma è già garantito aliunde.

I timori paventati risultano perciò non configurabili.

La norma de qua non ha poi alcun avallo nelle direttive che il CCP mira ad attuare. Se letta come si ventila supra, la norma finirebbe per porsi in contrasto con la direttiva 2014/25/UE, appunto relativa ai settori speciali. La direttiva dichiara infatti di applicarsi in via residuale e tassativa. L'estendere ora lo spettro di applicazione della norma avrebbe l'effetto di assoggettare a regole di procurement ben più stringenti soggetti che, dice la direttiva medesima, soggiacciono a norme pubblicistiche in materia di procurement solo in via interinale (considerando 1 direttiva 2014/25/UE).

La direttiva, inoltre, ribadisce la propria applicabilità solo al di sopra delle soglie da essa previste (considerando 2 direttiva 2014/25/UE). L'estensione della norma anche ai concessionari nei settori speciali finirebbe per tradire la direttiva anche sotto questo aspetto.

Il riferimento nella bozza di linee guida a commenti e osservazioni derivanti solo dalla legge delega deve essere letto in coerenza con l'obbligo di lettura costituzionalmente (e comunitariamente) orientata che deve rispettare il divieto di gold plating.

*

2.3 L'ambito temporale di applicazione

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.

La ratio della norma è assoggettare a precise disposizioni sul procurement quelle concessioni che siano state affidate contrariamente alle disposizioni vigenti al momento del loro affidamento. Pertanto la profondità di verifica dei concessionari assoggettati all'ambito di applicazione dell'art. 177 deve considerare la legittimità degli

affidamenti originari, escludendo tutte le concessioni a loro tempo affidate correttamente che gli attuali concessionari continuano a gestire in ossequio all'incarico ricevuto, anche quanto ad organizzazione di impresa.

*

2.4 I contratti assoggettati alla norma

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.

Quanto al valore dei contratti, si richiamano le osservazioni di cui sopra. L'applicare la norma ai concessionari già assoggettati al CCP per altre ragioni finirebbe per stravolgere (rectius obliterare) le soglie stabilite dal diritto comunitario. Il quale fissa quelle soglie proprio "al fine di assicurare l'apertura alla concorrenza degli appalti pubblici di enti che operano nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali è opportuno stabilire disposizioni di coordinamento per i contratti con valore superiore a una certa soglia. Tale coordinamento è necessario per assicurare l'effetto dei principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza. In considerazione della natura dei settori interessati, il coordinamento delle procedure d'appalto a livello di Unione, pur continuando a salvaguardare l'applicazione di detti principi, dovrebbe istituire un quadro per pratiche commerciali leali e permettere la massima flessibilità." (considerando 3 direttiva 2014/25/UE). Mentre i contratti al di sotto di quelle soglie debbono comunque rispondere ai principi del TFUE (considerando 3 direttiva 2014/25/UE). Questa è del resto la ragione per la quale le soglie sono periodicamente aggiornate (considerando 28 direttiva 2014/25/UE).

L'imporre diverse soglie di valore ai concessionari che già per altre ragioni soggiacciono alle norme di contrattualistica pubblica, poi, finirebbe per appesantirne gli oneri interni pregiudicando la possibilità per quei soggetti di competere con i propri concorrenti europei che invece soggiacerebbero alle sole regole imposte dal diritto comunitario.

L'art. 177 dovrebbe, si reputa, essere letto alla luce del principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), ossia come destinato ai quei soggetti che sino ad ora non erano altrimenti rientranti, nella gestione della concessione affidata senza procedure ad evidenza pubblica, nel perimetro di applicazione del Codice.

In ogni caso, sempre nella prospettata lettura, la locuzione "evidenza pubblica" non potrebbe che essere letta come "nel rispetto del d.lgs. 50/16", incluso l'art. 36. Diversamente la norma minerebbe lo stesso impalcato del d.lgs. 50/16.

Si prende atto dell'accoglimento della lettura secondo 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 condivide la lettura, giacché a diversamente opinare, anche i soli concessionari soggetti alla norma, escludendo per quanto riferito sopra tutti quelli tenuti a osservare il CCP per altre ragioni, sarebbero stati sostanzialmente espropriati delle proprie concessioni e della propria attività, con una violazione del principio dell'affidamento e del rispetto dei contratti che invece impronta anche l'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni, tanto più considerando la genesi della prevalenza delle concessioni. Pare importante sottolineare infatti che le concessioni, prive di una disciplina comunitaria fino alla direttiva 2014/24, hanno rappresentato forme di partenariato contrattuale tra enti pubblici e operatori privati che hanno permesso al primo di acquisire le competenze e le funzionalità dei secondi, permettendo uno sviluppo delle infrastrutture strumentali allo sviluppo di servizi economici rilevanti per il benessere delle collettività. La modifica improvvisa di tali contratti, naturalmente di lunga durata, esporrebbe le Amministrazioni a contenziosi il cui esito sarebbe difficilmente

prevedibile dato che le innovazioni organizzative conseguenti alla norma potrebbero intaccare anche l'equilibrio economico finanziario di medio lungo periodo che, invece, è posto a base dell'istituto concessorio e deve essere conservato per tutta la vigenza del contratto.

*

Ferme le considerazioni che precedono anche sul piano soggettivo, non si ritiene invece che possano rientrare nel perimetro di applicazione della norma i contratti solo strumentalmente connessi alla concessione.

Anzitutto, nell'ambito dei settori speciali, essi sono soggetti ad autonoma regola (art. 114 CCP). Ancora una volta, una lettura ampia dell'art. 177, tesa a ricomprendere nell'alveo di applicazione della norma anche soggetti che per altre ragioni soggiacciono al medesimo CCP, finirebbe per obliterare l'applicazione di altre norme del medesimo codice, di derivazione – oltretutto – comunitaria (art. 19 direttiva 2014/25/UE e art. 14 CCP): a differenza dell'art. 177 cit.

L'unica lettura ragionevole e coerente con il dato normativo, ma del tutto subordinata all'assorbente argomento secondo cui i concessionari già soggetti al CCP non soggiacciono all'art. 177 cit. tout court, è quella secondo cui qualora un concessionario (diverso da quelli già aliunde tenuti a osservare il CCP) intenda esternalizzare una quota delle attività di cui è titolare, dovrà indire procedure coerenti con le regole del CCP. Ossia, qualora il concessionario (per affidamento diretto) scelga di esternalizzare una o più delle attività direttamente oggetto della concessione, dovrà assegnarne almeno l'80% attraverso procedure di cui al CCP (soglie ex art. 35 d.lgs. 50/16 incluse).

E, naturalmente, si ritiene che non possano rientrare nel perimetro quei contratti che non siano neppure direttamente strumentali alla concessione. La possibilità di estenderlo anche ai contratti non strettamente riferiti alle attività oggetto della concessione non pare coerente con il testo della disposizione, che non richiama tali contratti. E comunque sarebbe contraria al complesso delle disposizioni del CCP (art. 14 in primis e art. 19 direttiva 2014/25/UE).

*

3 SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE

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

Sempre subordinatamente all'assorbente argomento secondo cui i concessionari già soggetti al CCP non soggiacciono all'art. 177 cit. tout court, appare condivisibile la proposta, per i concessionari che vi soggiacciono (v. supra) di “prevedere la possibilità di un piano pluriennale di rientro per gli scostamenti superiori al 20%.”

*

4 L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE

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.

Ancora subordinatamente all'assorbente argomento secondo cui i concessionari già soggetti al CCP non soggiacciono all'art. 177 cit. tout court, considerato che le linee guida saranno pubblicate a 2018 avviato e visti i costi di adeguamento, per i concessionari che vi siano soggetti (v. amplius supra), alle relative previsioni, si chiede di prevedere che le verifiche di cui all'art. 177 avvengano senza la irrogazione delle sanzioni.

Si segnala che Gruppi di grandi dimensioni, onde conseguire naturali economie di scala, acquistano in maniera massiva e accentrata. Sicché, fermo restando quanto espresso ai paragrafi che precedono, non sempre risulterà oggettivamente possibile “driverizzare” i dati per singola concessione.

Sempre nella stessa prospettiva di subordinate, si condivide la proposta, per i concessionari che vi soggiacciono (v. supra) di “prevedere la possibilità di un piano pluriennale di rientro per gli scostamenti superiori al 20%.”

*

Le società con azioni quotate e le società con strumenti finanziari quotati in mercati regolamentati e le loro controllate non soggiacciono alle norme connotanti le altre società pubbliche e quindi neppure all’obbligo di pubblicazione dei dati a portale nella sezione “Amministrazione trasparente”, obblighi derivanti dalla l. n. 190/2012 (legge anticorruzione) e relativo d.lgs. n. 33/2013. L’esonero è stato confermato dalla Circolare n. 1/14 del Ministero per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione e poi dalla determinazione di Codesta Spettabile Autorità n. 8/15 . L’impostazione è stata rinnovata da ultimo con la deliberazione ANAC n. 1134/17, sulla base della presa d’atto della sottrazione delle quotate dalle norme concernenti le altre società pubbliche, anche sulla base del rilievo, formulato dal Consiglio di Stato nel parere del 29 maggio 2017, n. 1257, che le quotate soggiacciono “ad un sistema di obblighi, di controlli e di sanzioni autonomo, in ragione dell’esigenza di contemperare gli interessi pubblici sottesi alla normativa anticorruzione e trasparenza con la tutela degli investitori e dei mercati finanziari”. La pubblicazione di dati la cui visibilità potrebbe contrastare con le suddette esigenze di tutela degli investitori e dei mercati finanziari. Si propone pertanto che nelle linee guida in commento si faccia salva, nel solco delle indicazioni già date dall’ordinamento, l’esigenza di non rendere pubblici dati relativi alle concessioni detenute da società quotate.

*

La programmazione degli acquisti vige solo per le amministrazioni aggiudicatrici (art. 21 CCP). Per tutti i soggetti che non rientrano in tale categoria, l’obbligo di programmazione potrebbe rivelarsi particolarmente gravoso, anche per la necessità di dotarsi di strumenti adeguati idonei allo scopo; dotazione che, realizzata unicamente per adempiere alla programmazione annuale degli affidamenti inerenti le singole concessioni, potrebbe incidere grandemente e sproporzionatamente sul piano economico e organizzativo.

La problematica della sostanziale impossibilità di effettuare una compiuta programmazione per le gestioni, si pone a maggior ragione per le gestioni, prorogate ope legis, del servizio di distribuzione del gas (v. infra): spesso in attesa dell’aggiudicazione delle gare.

*

Considerazioni ulteriori.

Ferme e ribadite le considerazioni espresse ai paragrafi che precedono - e nella prospettiva di subordinate all’assorbente argomento secondo cui i concessionari già soggetti al CCP non soggiacciono all’art. 177 cit. tout court - si formulano di seguito talune considerazioni circa alcune specifiche tipologie di concessioni, in relazione alle quali risultano ragioni ulteriori di esenzione dal perimetro di applicazione dell’art. 177 cit.

Quanto al perimetro oggettivo. Le concessioni idriche.

Si prende anzitutto atto di come, anche ai sensi dell’art. 12 CCP, le concessioni idriche non soggiacciono all’art. 177 CCP.

- . -

Quanto al perimetro oggettivo. Le concessioni di distribuzione dell’energia elettrica.

Si ritiene che, seppure per ragioni diverse, non vi soggiacciono neppure le concessioni di distribuzione di energia elettrica.

Fermo quanto sopra, l'art. 177 CCP non pare idoneo a indirizzarsi ai distributori di energia elettrica.

L'art. 177 si indirizza, infatti, 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 gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea”. La norma non censisce coloro che, all'atto dell'entrata in vigore del CCP, sono affidatari di una concessione ope legis. Come invece è per i distributori di energia.

La distribuzione di energia elettrica “è il trasporto e la trasformazione di energia elettrica su reti di distribuzione a media e bassa tensione per le consegne ai clienti finali” (art. 2 comma 14 d.lgs. 79/1999).

I distributori operano sulla base di concessioni affidate in un ambito territoriale di competenza. Ai sensi dell'art. 9 comma 1 secondo periodo d.lgs. 79/1999 (c.d. decreto Bersani), “le imprese distributrici operanti alla data di entrata in vigore del presente decreto [ivi comprese, per la quota diversa dai propri soci, le società cooperative di produzione e distribuzione di cui all'articolo 4, numero 8, della legge 6 dicembre 1962, n. 1643,] continuano a svolgere il servizio di distribuzione sulla base di concessioni rilasciate entro il 31 marzo 2001 dal Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato e aventi scadenza il 31 dicembre 2030”.

Insomma, gli affidatari di concessioni di distribuzione di energia elettrica - in essere alla data di entrata in vigore del c.d. decreto Bersani – dovevano essere destinatari diretti di provvedimenti ad hoc che permettessero loro di proseguire nella medesima attività sino al 31 dicembre 2030. La norma non contemplava che l'affidamento delle concessioni potesse avvenire con procedure a evidenza pubblica. Questo regime è previsto, sempre dall'art. 9 cit., solo per gli affidamenti futuri: ossia, successivi al 31 dicembre 2030. Il comma 2 dell'art. 9 infatti

(a) delega a un “regolamento del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sentite la Conferenza unificata, istituita ai sensi del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281 e l'Autorità dell'energia elettrica e il gas” il compito di stabilire “le modalità, le condizioni e i criteri, ivi inclusa la remunerazione degli investimenti realizzati dal precedente concessionario, per le nuove concessioni da rilasciare alla scadenza del 31 dicembre 2030, previa delimitazione dell'ambito, comunque non inferiore al territorio comunale e non superiore a un quarto di tutti i clienti finali”;

(b) stabilisce che il servizio – alla scadenza indicata – sarà “affidato sulla base di gare da indire, nel rispetto della normativa nazionale e comunitaria in materia di appalti pubblici, non oltre il quinquennio precedente la medesima scadenza”.

In sintesi, le concessioni di distribuzione di energia elettrica non potevano (e non possono, sino al 31 dicembre 2030) essere affidate con gara. L'opzione era esclusa ex lege. L'affidamento diretto è stato dunque un comportamento necessitato per la p.a. concedente (il Ministero) e non una scelta. E una scelta operata a monte dal legislatore non può legittimamente essere oggi ribaltata in capo ai concessionari.

Anche in ossequio al criterio ermeneutico *lex specialis derogat generali*, si deve dunque concludere – fermo quanto detto sopra in generale - che per lo specifico settore della distribuzione dell'energia elettrica la norma in questione non operi.

Le concessioni di distribuzione di energia elettrica infatti non sono state rilasciate in contrasto con il diritto comunitario né nazionale, essendo stato proprio quest'ultimo a stabilire

(i) le modalità di loro affidamento (diretto);

(ii) la durata per le quali gli affidamenti dovranno permanere;

(iii) che le gare, per l'affidamento delle concessioni stesse, potranno essere indette solo a scadenza di quel periodo.

La conclusione, logica e giuridicamente coerente, pare confermata da Codesta Spettabile Autorità (bozza linee guida § 2.1). Inoltre, come già ricordato, a tali concessionari si applicano altre previsioni del CPP giusta artt. 114 e ss. CCP.

*

Quanto al perimetro oggettivo. Le concessioni di distribuzione del gas.

Analoghe conclusioni valgono per il particolare regime delle concessioni nel settore di distribuzione del gas, che presenta una regolazione speciale ex d.lgs. n. 164/00 ora formalmente riconosciuta ed avallata dal CCP. In forza della disciplina specifica, le attuali gestioni del servizio non possono considerarsi come concessioni in affidamento diretto, dovendo essere invece qualificate come “obbligate ex lege”. La normativa ha infatti imposto ai gestori “storici” di proseguire la gestione (limitatamente all’ordinario) in attesa delle gare d’Ambito.

Alla data di entrata in vigore della norma, quindi, le concessioni non in precedenza rinnovate mediante procedura ad evidenza pubblica non erano in essere. Le imprese di distribuzione, allo stato, non sono dunque definibili come “concessionari” ai sensi del Codice, configurandosi, invece, quali gestori ope legis e pro tempore (i.e. solo sino all’affidamento conseguente alle gare d’Ambito).

Perciò, l’applicabilità dell’art. 177 ai concessionari del servizio di distribuzione del gas deve ritenersi esclusa. Nell’ambito di questa si presentano, infatti, due casistiche, rispetto alle quali, in forza della disciplina legale, l’art. 177 non dovrebbe trovare applicazione:

(a) ovviamente, alle concessioni attribuite con procedura ad evidenza pubblica, per le quali l’inapplicabilità dell’art. 177 è sancita esplicitamente dalla medesima norma;

(b) ma anche alle gestioni obbligate ex lege, rispetto alle quali manca il presupposto dato dalla presenza di un rapporto concessorio propriamente detto.

18. Anonimo 2

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

2.1 Le concessioni rientranti nell’ambito di applicazione della norma

La società ritiene che non si possa prescindere da una lettura sistematica delle norme del Codice di Contratti onde assicurare una applicazione delle disposizioni dello stesso conforme e coerente con l’intero quadro normativo di riferimento – comunitario e nazionale – al quale le imprese sono chiamate a conformarsi e nel cui ambito operano.

Quanto detto viene, altresì confermato da quanto affermato dal Consiglio di Stato nel parere del 21 marzo 2016 reso sullo “Schema di decreto legislativo recante Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell’articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11”. In esso si legge che «la legge delega coglie il recepimento delle tre direttive come occasione e sfida per un ripensamento complessivo del sistema degli appalti pubblici ... Si tratta di una sfida storica affidata a un delicato equilibrio in cui è assolutamente indispensabile tenere insieme “il combinato disposto” degli istituti e strumenti previsti, di cui ciascuno non può essere disgiunto da altri, pena il fallimento degli obiettivi perseguiti». (cfr punto I.c).9 del citato parere).

In tale prospettiva deve, pertanto, riconoscersi che all’art. 177, ed in particolare alle fattispecie in esso regolate, debbano applicarsi le disposizioni contenute nell’intera parte III del codice, ivi comprese le esclusioni previste dall’art. 164 del codice.

Infatti, l'art. 164 del Codice dei Contratti (norma di apertura dell'intera parte III del Codice, e norma di dettaglio quanto all'oggetto e all'ambito di applicazione della stessa) prevede espressamente che «le disposizioni di cui alla presente Parte [senza alcuna esclusione per determinate disposizioni] definiscono le norme applicabili alle procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi indette dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavori o i servizi siano destinati ad una delle attività di cui all'allegato II». [parte tra parentesi dalla Scrivente].

La Società ritiene quindi condivisibile quanto espresso dall'Autorità in ordine alle concessioni che non rientrano nell'applicazione della norma, nelle quali si annoverano sicuramente «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 tale prospettiva, onde assicurare un coordinamento con l'espressa esclusione fatta dall'Autorità con riferimento a taluni settori (i.e. settore idrico) e al fine di una maggiore chiarezza applicativa della disposizione in esame, si suggerisce di indicare espressamente come esclusa dall'applicazione dell'art. 177 – in quanto rientrante nell'ambito delle concessioni aggiudicate in base a un diritto esclusivo ai sensi dell'art. 9, comma 2, del codice – la distribuzione di energia elettrica e, più in generale le concessioni ex lege, ovvero tutte quelle concessioni rilasciate sulla base di normative di recepimento di atti comunitari nel cui ambito si colloca sicuramente il D.Lgs. 16-3-1999 n. 79, atto nazionale di recepimento e attuazione della direttiva 96/92/CE (norme comuni per il mercato interno dell'energia elettrica), come da espressa delega attribuita al Governo dalla legge 24 aprile 1998, n. 128, con l'art. 36 (“disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee”).

Non potrebbe, infatti, essere diversamente.

In primis, lo stesso Codice definisce, all'art. 3, comma 1, punto III), «diritto esclusivo» il «il diritto concesso da un'autorità competente mediante una disposizione legislativa o regolamentare o disposizione amministrativa pubblicata compatibile con i Trattati, avente l'effetto di riservare a un unico operatore economico l'esercizio di un'attività e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri operatori economici di esercitare tale attività».

Inoltre, la Direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione al considerando (33) prevede che «È altresì opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva alcune concessioni di servizi aggiudicate a operatori economici, se aggiudicate sulla base di un diritto esclusivo di cui l'operatore gode ai sensi di disposizioni legislative o regolamentari nazionali o di disposizioni amministrative nazionali pubblicate e che è stato concesso ai sensi del TFUE e di atti dell'Unione recanti norme comuni in materia di accesso al mercato applicabili alle attività di cui all'allegato II [tra cui rientra la distribuzione di energia elettrica], dal momento che tale diritto esclusivo rende impossibile seguire una procedura competitiva per l'aggiudicazione».

Peraltro, si sottolinea come ai concessionari operanti nei c.d. settori speciali non sembrerebbe doversi applicare – dato il tenore letterale e sistematico delle norme ad essi espressamente riferibili – la previsione dell'art. 177. Lo stesso Codice (art. 114 comma 1 primo periodo) precisa espressamente che «Ai contratti pubblici di cui al presente Capo [ovvero Appalti nei settori speciali] si applicano le norme che seguono ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni». Tale assunto, infatti, è espressamente riconducibile alla direttiva n. 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione che, al considerando (2) specifica che «Le norme del quadro legislativo applicabile all'aggiudicazione di concessioni dovrebbero essere chiare e semplici. Esse dovrebbero tenere debito conto della specificità delle concessioni rispetto agli appalti pubblici».

2.2 I concessionari assoggettati al rispetto delle percentuali previste dalla norma

Posto il carattere assorbente di quanto affermato al punto che precede, l'interpretazione proposta dall'Autorità, non sembrerebbe tener conto del dato testuale fondamentale della disposizione in esame, costituito dal fatto che il primo comma dell'art. 117 si apre con l'inciso «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7».

Pertanto, è la stessa disposizione che richiede una precisa lettura di “contesto” della previsione in essa recata, introducendo una specifica ed espressa indicazione (e non eccezione) per i settori speciali e le imprese pubbliche in essi operanti. Non si ritiene si possa parlare di una deroga alla ratio dell’art. 177 proprio perché il rispetto delle regole della concorrenza e dell’evidenza pubblica non viene derogata ma – nell’ambito e in coerenza con i principi comunitari che regolano l’operato delle imprese pubbliche e delle operazioni infragruppo – resta comunque assicurata rispetto al regime degli affidamenti disposti a valle dall’impresa collegata.

Si ritiene, quindi, per le ragioni sopra esposte che, qualora, nonostante quanto prospettato al punto precedente, l’Autorità concluda per l’assoggettamento all’art. 177 delle imprese pubbliche operanti nei settori speciali, vada dalla Autorità chiarito in maniera espressa che queste ultime – e comunque ferme restando le esclusioni di cui al paragrafo 2.1 – possano, anche alla luce del dato letterale e di contesto dell’art. 177, affidare direttamente ad una impresa collegata parte o financo la totalità dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alla concessione (nel rispetto ovviamente delle condizioni poste dall’art. 7) e che per la sola ed eventuale parte residuale delle attività inerenti la concessione che intendano esternalizzare siano tenute al rispetto delle prescrizioni dell’art. 177 secondo le percentuali ivi previste.

2.4 I contratti assoggettati alla norma

Quanto:

1. alla richiesta dell’Autorità inerente le modalità di calcolo della percentuale minima di affidamenti e se la stessa «debba essere calcolata con riferimento al valore dei contratti nel loro complesso oppure distinguendo per ciascuna categoria (lavori, servizi e forniture)»

la Scrivente ritiene, alla luce del tenore letterale della normativa, che il limite dell’80% debba essere riferito alla platea di tali contratti da valutarsi pertanto nel loro complesso. Tale interpretazione risulterebbe confermata anche dall’ultimo periodo del terzo comma dell’articolo 177, ove si prevede l’applicazione di una penale per la reiterata violazione della disposizione rapportata all’ «importo complessivo dei lavori, servizi e forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura a evidenza pubblica».

2. alla imputazione della percentuale dell’80% ai «contratti di lavori, servizi e forniture» e non anche alle prestazioni e alla conseguente «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»

la Scrivente concorda pienamente con la soluzione cui perviene l’Autorità. Una lettura coordinata della norma – necessaria, come più volte sottolineato, al fine di garantire la coerenza del sistema – infatti induce a ritenere illegittima una diversa e contraria interpretazione della disposizione comportante un annullamento completo della possibilità per il concessionario di eseguire direttamente alcune delle prestazioni oggetto della concessione, con tutte le eventuali ricadute in termini organizzativi oltre che occupazionali, anche alla luce del fatto che si interverrebbe su concessioni (e dunque rapporti) già in essere.

3. alla proposta di escludere dalla 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 e al connesso “dubbio” riferito alle prestazioni eseguite dalle imprese collegate al concessionario (anche rispetto alla lettura operata dall’Autorità del rapporto tra gli articoli 174 e 177 del Codice

la Scrivente ritiene che le disposizioni di cui agli artt. 174 e 177 del Codice si riferiscano a due fattispecie distinte, da leggersi in coordinamento e che non diano luogo all’ “apparente contrasto” riferito dall’Autorità tale da giustificare la lettura proposta nel documento.

Ed invero:

- l'art. 174 detta una disciplina riferita alla fase di affidamento della concessione da parte del Concedente, e alla individuazione del soggetto tenuto all'esecuzione della stessa. La norma in esame prevede, in altri termini, la possibilità per l'operatore economico, oltre che di espletare del tutto in proprio (o tramite imprese collegate come meglio specificato di seguito) la concessione, anche di subappaltare a terzi (sub-concessionari) parti del contratto di concessione. In tale contesto e nello stesso articolo si specifica – come correttamente indicato dalla Autorità – che non si considerano terzi le imprese collegate al concessionario;

- l'art. 177, viceversa, disciplina le modalità di affidamento dei contratti a valle (contratti di appalto di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni) da parte del concessionario (ovvero, ai sensi dell'art. 174, da parte dell'operatore economico affidatario della concessione o di una sua impresa collegata o da parte del sub-concessionario) a terzi, fatti salvi gli affidamenti ad imprese collegate.

Ne consegue che questi ultimi siano fuori dai vincoli percentuali previsti dalla disposizione, e che quanto affermato nel documento circa la necessaria ricomprensione delle attività svolte da imprese collegate nel limite della quota del 20% non sia applicabile alla fattispecie.

3. SITUAZIONE DI SQUILIBRIO E QUANTIFICAZIONE DELLA PENALE

Il terzo comma dell'art. 177 prevede la necessità di “riequilibrare” eventuali situazioni di squilibrio entro l'anno successivo. A fronte di tale dato testuale, tuttavia, l'Autorità ritiene che la previsione debba essere letta nel senso che l'eventuale scostamento debba essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in questione. Per l'Autorità «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».

Non si concorda con tale impostazione per una serie di motivazioni.

In primo luogo – come sopra evidenziato – si pone una questione di tipo testuale: la disposizione espressamente utilizza il termine riequilibrare e non recuperare.

In secondo luogo si pone una questione di ratio e volontà della norma: è prevista una specifica conseguenza (applicazione di una penale) in caso di reiterato squilibrio e non anche uno specifico obbligo di “recupero” dello stesso.

A ciò si aggiunga che dalla tesi prospettata dall'Autorità – per cui il recupero dello squilibrio dovrebbe avvenire aggiungendo all'anno successivo la percentuale di mancato rispetto dell'anno precedente – deriverebbe una “estensione applicativa” della portata del limite minimo (normativamente ed espressamente previsto) dell'80%.

Quanto all'aspetto procedurale e alla forma, modalità e contenuto del contraddittorio tra concedente e concessionario con particolare riferimento alla possibilità di discutere della entità della penale, si ritiene che tali profili – stante il tenore letterale della norma – non siano attinenti allo specifico contenuto delle linee guida che, per espressa previsione, dovrebbero riguardare le sole modalità di verifica del rispetto dei limiti posti dal comma 1 dell'art. 177.

Sempre in virtù di tale ultimo profilo – ovvero specifico contenuto delle linee guida – non si ritiene possibile che l'Autorità vigili altresì sull'applicazione delle penali da parte dei concedenti, né che sia necessaria una integrazione delle convenzioni in essere con il richiamo al disposto dell'art. 177, comma 3, del codice.

4. L'OGGETTO E LE MODALITÀ DELLE VERIFICHE

Le proposte interpretative ed applicative formulate dall'Autorità nel paragrafo 4 (oggetto e le modalità delle verifiche) non sembrano avere fondamento normativo sotto il profilo (a) del contenuto degli obblighi di comunicazione, (b) delle modalità di disclosure delle informazioni, (c) all'ambito oggettivo di riferimento e (d) della qualità dei dati richiesti.

Ed invero, quanto:

a) al contenuto degli obblighi di comunicazione:

L'Autorità parla di “tutti i dati relativi alle concessioni assoggettate all'art. 177” e include, in tale espressione, oltre alle informazioni previste ai sensi dell'art. 29 del codice e dell'art. 1, comma 32, della l. 190/2012, anche “ulteriori informazioni” quali ad esempio quelle attinenti lo stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue che esulerebbero o comunque travalicherebbero gli ambiti di verifica descritti dall'art. 177.

b) alle modalità di disclosure delle informazioni:

L'Autorità, partendo da un dato fattuale (difficoltà organizzative dei concedenti) 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» assoggettando quindi “tutti i dati relativi alle concessioni” al regime di diffusione previsto da specifiche disposizioni per solo alcuni di essi (art. 29 del codice e art. 1, comma 32, della l. 190/2012).

Inoltre, dovrebbero essere previste specifiche previsioni per i concessionari che sono società quotate e dunque tenute al rispetto di precisi e speciali obblighi e modalità informative.

c) all'ambito oggettivo di riferimento e, in particolare alla opportunità di chiedere la pubblicazione dei dati relativi anche alle concessioni in essere escluse dall'applicazione dell'art. 177:

Le concessioni “escluse” dall'ambito di applicazione dell'art. 177 non sono – conseguentemente – assoggettabili a verifica da parte dei concedenti e della Autorità. In tale prospettiva, la pubblicazione dei dati risulta ultronea ed eccedente rispetto al dettato normativo.

d) alla qualità dei dati richiesti:

L'Autorità propone una sorta di programmazione annuale degli affidamenti, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva. Tale richiesta non risulta correlata ai poteri di verifica di cui al citato comma 3 dell'art. 177 che fanno esclusivo riferimento a controlli “ex post” su attività già espletate.