



## *Autorità Nazionale Anticorruzione*

**Delibera n. 255 del 17 marzo 2020**

**Oggetto:** Richiesta di parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sull'articolo 177 del codice dei contratti pubblici e le Linee guida n. 11 recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice, da parte dei soggetti pubblici o privati titolari di concessioni di lavori, servizi 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».

**Riferimenti normativi:** Articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. e Linee guida n. 11 adottate con delibera n. 614 del 04/07/2018 e aggiornate con delibera n. 570 del 26 giugno 2019.

**Parole chiave:** Ambito di applicazione delle penali previste dall'articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 – Estensione ai concessionari che non si trovino nelle condizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo - Divieto.

**Massima:** *Le penali previste dall'articolo 177, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 si applicano esclusivamente ai concessionari che si trovino nelle condizioni di cui al comma 1 del medesimo articolo per i quali, all'esito delle verifiche previste dalla norma, sia stata accertata una situazione di squilibrio reiterata per due anni consecutivi. Non è consentita l'estensione della norma ai concessionari esclusi dall'applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici.*

### **Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**

nell'adunanza del 17 marzo 2020;

**VISTA** la richiesta di parere Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti acquisita al prot. Autorità n. 17947 del 3/3/2020 in merito alla possibilità di estendere l'applicazione delle penali previste dall'articolo 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici ai concessionari esclusi dall'applicazione dello stesso articolo 177.

**VISTO** l'articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.;

**VISTE** le Linee guida n. 11 adottate con delibera n. 614 del 04/07/2018 e aggiornate con delibera n. 570 del 26 giugno 2019;

### **DELIBERA**

L'articolo 177 del codice dei contratti pubblici prevede una disciplina particolare volta a rendere compatibili con il diritto eurounitario gli affidamenti di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture

già in essere alla data di entrata in vigore del codice che non siano state affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea. La disposizione prevede che questo risultato si ottenga recuperando, a valle, la concorrenza che è mancata nel momento della scelta del contraente. In particolare, la norma dispone che il concessionario scelto senza gara sia obbligato ad affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo di importo pari o superiore a 150.000 euro. Con riferimento alla restante parte degli affidamenti, è previsto che la stessa possa 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, la quota di affidamenti esterni è pari al sessanta per cento.

Il terzo comma dell'articolo 177 prevede che eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati siano riequilibrare entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, è previsto che il concedente applichi una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

È evidente che la penale prevista dal comma 3 dell'articolo in esame possa essere applicata esclusivamente al verificarsi di tutte le condizioni previste dalla norma e, specificamente, delle circostanze previste al comma 1 dell'articolo 177 (con riferimento alla data di sottoscrizione della concessione e alle modalità di affidamento della stessa) e dei presupposti previsti dallo stesso comma 3 (con riferimento alla perdurante situazione di squilibrio).

Si evidenzia, inoltre, che, come chiarito nelle Linee guida n. 11, l'articolo 177 non si applica alle fattispecie escluse dall'applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici, individuate dall'articolo 164, oltre che ai contratti esclusi dall'ambito di applicazione del codice ai sensi degli articoli 4-18 del codice dei contratti pubblici.

Sulla base delle suesposte considerazioni, la penale prevista al comma 3 dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici non si applica ai casi esclusi dall'applicazione della norma. Si evidenzia che l'estensione in via analogica della disposizione configurerebbe la violazione del principio di legalità che impone la riserva di legge nella previsione di sanzioni amministrative.

Il Presidente f.f.  
*Francesco Merloni*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 2 aprile 2020

Il Segretario Maria Esposito