



*Autorità Nazionale Anticorruzione*

## **Linee Guida n.....**

recanti «Indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'articolo 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici, 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».

## **Relazione AIR**

## Sommario

1. Fonte normativa dell'intervento dell'Autorità.....	3
2. Contesto dell'intervento.....	3
3. Obiettivi dell'intervento dell'Autorità.....	4
4. Attività di consultazione svolta .....	5
5. Opzioni alternative .....	5
5.1 <i>Ambito di applicazione</i> .....	6
5.1 <i>Ambito temporale</i> .....	9
5.2 <i>Contratti assoggettati alla norma</i> .....	10
5.3 <i>Ambito temporale di applicazione dell'articolo 177</i> .....	13
6. Situazioni di squilibrio e penali.....	15
7. Obblighi di pubblicazione.....	15
8. Attività di verifica .....	17

## 1. Fonte normativa dell'intervento dell'Autorità

L'articolo 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici stabilisce che, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 7, i soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni di lavori, servizi pubblici o forniture già in essere alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici, 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». Per i concessionari autostradali è previsto che, ferme restando le altre disposizioni, la quota percentuale di affidamenti esterni è quantificata nel 60%. La norma prevede che detti contratti debbano contenere clausole sociali e previsioni idonee a garantire la stabilità del personale impiegato e la salvaguardia delle professionalità. Per la restante parte dei contratti (20%), la norma prevede che gli stessi possano essere realizzati da società *in house* per i soggetti pubblici o da società direttamente o indirettamente controllate o collegate per i soggetti privati, oppure tramite operatori individuati mediante procedure di evidenza pubblica, anche di tipo semplificato.

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

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

## 2. Contesto dell'intervento

I dati in possesso dell'ANAC sulle concessioni assoggettate all'articolo 177 del codice dei contratti pubblici provengono da una rilevazione *ad hoc* effettuata nel 2017 nell'ambito della quale è stato richiesto ai concessionari titolari di concessioni aggiudicate senza gara prima dell'entrata in vigore del codice dei contratti pubblici di compilare e inviare uno specifico modulo preordinato alla raccolta di dati per finalità di monitoraggio. I questionari pervenuti ammontano a 6.655 e sono relativi a concessioni suddivise nei vari settori come riportato nella tabella seguente.

Tipologia di concessione	Numero moduli pervenuti
Servizio di distribuzione dell'acqua (in essere)	454
Servizio di distribuzione dell'acqua (scadute)	48
Autostradali	24

Energia (in essere)	107
Gas (in essere)	1414
Gas (scadute)	3728
Parcheggi	50
Igiene urbana	74
Impianti sportivi	7
Cimiteri	33
Rifiuti (in essere)	176
Rifiuti (scadute)	11
Rifiuti in house	83
Servizi pubblici non essenziali	54
RSA	1
Asili	2
Farmacia	2
Aeroportuali	11
Altro (impianti a fune, sistemi informatici automatizzati, gestione verde e dei cigli stradali, riscossione coattiva delle entrate)	376

Dai dati acquisiti emerge un rilevantisimo numero di concessioni scadute nel settore idrico e del gas che sono sottratte al confronto competitivo e sopravvivono con proroghe sistematiche limitate alla gestione ordinaria.

Nei diversi settori analizzati si riscontrano differenze sostanziali: in alcuni ambiti è già diffuso il ricorso all'esternalizzazione con l'utilizzo di procedure di gara pubbliche, mentre in altri il rispetto dei limiti percentuali minimi previsti dalla norma rappresenta un obiettivo ancora lontano. Di tali diversità si è tenuto conto nella formulazione delle disposizioni riferite all'individuazione della situazione di squilibrio, alla quantificazione della penale e alle modalità del recupero, introducendo meccanismi di agevolazione nella fase di prima applicazione della norma.

### 3. Obiettivi dell'intervento dell'Autorità

Le disposizioni richiamate impongono all'ANAC l'adozione di linee guida attuative del codice dei contratti pubblici che, come illustrato di seguito, hanno una duplice natura: interpretativa e precettiva. L'indicazione delle modalità delle verifiche rimesse ai soggetti preposti e all'ANAC non può, infatti, prescindere dall'interpretazione della norma in esame e dalla soluzione dei dubbi interpretativi che la stessa pone. Le disposizioni della parte I hanno natura interpretativa e devono ritenersi adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici, con conseguente non vincolatività delle relative previsioni; le disposizioni di carattere operativo, contenute nella parte II sono adottate al fine di rendere possibile le verifiche previste dall'articolo 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici e, pertanto, devono considerarsi vincolanti.

La previsione normativa che demanda all'ANAC l'individuazione delle modalità delle verifiche è finalizzata a rendere effettivo il rispetto delle quote percentuali individuate dalla norma e quindi partecipa al raggiungimento dell'obiettivo generale di incentivare il ricorso alle procedure di evidenza pubblica. Gli obiettivi specifici dell'intervento dell'Autorità sono, invece, i seguenti:

- fornire indicazioni interpretative volte a chiarire l'ambito oggettivo, soggettivo e temporale di applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici, attesi i dubbi sollevati dagli

stakeholder in merito all'individuazione delle concessioni assoggettate alla norma, dei contratti che ricadono nell'obbligo di esternalizzazione, delle modalità di calcolo della percentuale di affidamenti da esternalizzare e degli eventuali sforamenti;

- individuare le modalità dei controlli e fissare obblighi di comunicazione che agevolino le verifiche a carico dell'Autorità previste dall'articolo 177 e dall'articolo 213, comma 2, del codice;
- individuare modalità di recupero delle situazioni di squilibrio che siano concretamente attuabili dai concessionari e, in prima applicazione, consentano un graduale adattamento alle nuove disposizioni.

Al fine di favorire al massimo il perseguimento dell'obiettivo generale e degli obiettivi speciali delle linee guida in esame, è demandato all'ANAC un ruolo di primo piano. In particolare, è previsto che la stessa vigili sia sull'attività del concedente che sull'attività dei concessionari (rispetto delle quote percentuali e dell'eventuale piano di riequilibrio biennale).

#### **4. Attività di consultazione svolta**

Attesa l'importanza delle questioni emerse e il notevole impatto che le indicazioni fornite dall'Autorità avranno sugli affidamenti dei contratti in argomento, l'Autorità ha avviato un tavolo tecnico preliminare con alcuni soggetti concedenti e le Autorità di regolazione, al fine di ottenere utili indicazioni nella predisposizione di una proposta di linee guida da sottoporre a consultazione pubblica. Alla successiva consultazione pubblica, svolta con modalità aperte, hanno partecipato 18 soggetti (1 Amministrazione pubblica, 11 associazioni di categoria dei concessionari, 3 concessionari, 1 altri soggetti e 2 partecipanti che hanno chiesto l'anonimato).

#### **5. Opzioni alternative**

Le scelte dell'Autorità sono state guidate dalla necessità di attuare l'obiettivo che il legislatore si è posto nel prevedere un regime particolare applicabile alle concessioni affidate senza gara prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo 50/2016 (il recupero dello strumento concorrenziale sacrificato in fase di affidamento della concessione) evitando l'introduzione di disposizioni che possano risultare di difficile od onerosa applicazione per gli operatori del settore. Le linee guida in esame sono previste come obbligatorie dal codice dei contratti pubblici, pertanto l'ANAC non può prescindere dall'individuare le modalità delle verifiche di cui all'articolo 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici. Inoltre, la previsione di nuove verifiche comporta inevitabilmente oneri ulteriori a carico dei concessionari e dei soggetti deputati ai controlli. Ne deriva che l'«opzione zero» deve essere qui intesa non come opzione di non intervento, ma come situazione di partenza, coincidente con il quadro normativo ante codice, da prendere a riferimento per la valutazione dell'impatto delle varie opzioni alternative e per la verifica di impatto della regolazione da svolgere a posteriori.

Le opzioni alternative, sinteticamente indicate nella presente relazione, sono emerse dalla consultazione pubblica e rappresentano le soluzioni interpretative ed operative sollecitate dagli Stakeholders intervenuti.

La scelta delle opzioni da preferire è avvenuta, per quanto attiene alle indicazioni interpretative, tenendo in considerazione la necessità di accedere a ricostruzioni che fossero coerenti con il dato normativo e con l'esigenza di rispettare il divieto di *gold plating*, e, per quanto riguarda le indicazioni operative,

valutando l'impatto delle decisioni assunte su concedenti e concessionari. Detta ultima valutazione è stata effettuata partendo dai dati raccolti in occasione di un censimento svolto dall'Autorità sulle concessioni affidate senza gara e verificando l'impatto delle decisioni attraverso la stima dei possibili oneri previsti a carico dei concessionari per ciascuna opzione. È prevista una verifica di impatto della regolazione a posteriori, a termine del secondo ciclo di monitoraggio finalizzata a valutare il raggiungimento degli obiettivi prefissati, il rispetto delle quote degli affidamenti esterni e l'eventuale applicazione di sanzioni. Le valutazioni di competenza saranno effettuate anche mediante sottoposizione di questionari predisposti ad hoc ad un campione di concessionari e concedenti.

### *5.1 Ambito di applicazione*

L'individuazione dell'ambito di applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici riveste notevole importanza e rappresenta un momento preliminare rispetto all'individuazione delle modalità della verifica annuale, da parte dei soggetti preposti e della stessa ANAC, del rispetto del limite di cui al comma 1 della norma in esame. Nel corso della consultazione sono emersi numerosi dubbi interpretativi in ordine alla possibilità di ricondurre alcune categorie di concessione alle fattispecie assoggettate all'applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici. La scelta operata dall'Autorità è stata nel senso di fornire mere indicazioni di principio, senza esprimersi sull'applicabilità della norma a specifiche fattispecie, anche in considerazione della necessità di rispettare l'ambito della delega prevista dal codice dei contratti pubblici.

La soluzione di problematiche specifiche, infatti, deve necessariamente essere rimessa alla fase attuativa delle Linee guida, presupponendo approfondimenti ulteriori e valutazioni da svolgersi caso per caso.

Ciò posto, di seguito sono rappresentate le principali questioni esaminate e le soluzioni scelte, con indicazione delle motivazioni che hanno guidato le scelte dell'Autorità.

#### *Opzioni alternative:*

1. L'articolo 177 è assoggettato al regime proprio della parte III del codice dei contratti pubblici, ivi comprese le esclusioni previste dall'articolo 164 del codice;
2. La norma in esame è istitutiva di un regime speciale per tutte le concessioni già in essere, affidate senza gara, ivi comprese quelle escluse dall'applicazione della parte III del codice dei contratti pubblici;

#### *Opzioni scelte:*

Si ritiene che nel silenzio della legge, la collocazione sistematica dell'articolo 177 nell'ambito della parte III del codice dei contratti pubblici faccia propendere per l'applicazione alle fattispecie in esso regolate dalle disposizioni contenute in tale parte. Ciò posto, 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** ai sensi degli artt. 4-18 del codice dei contratti pubblici. L'opzione 2 è stata ritenuta inapplicabile sulla base del dato normativo e dell'interpretazione sistematiche delle norme della parte III del codice dei contratti pubblici. È stata pertanto scelta l'opzione 1. Inoltre, al fine di agevolare l'applicazione della norma, l'Autorità ha ritenuto opportuno presentare un'elencazione espressa delle concessioni escluse dall'applicazione dell'articolo 177.

#### *Opzioni alternative*

1. L'articolo 177 si applica ai settori speciali;
2. L'articolo 177 non si applica ai settori speciali.

#### *Opzioni scelte*

Alcuni Stakeholder hanno sostenuto che la possibilità in esame sarebbe esclusa dalla previsione dell'articolo 114 del codice dei contratti pubblici secondo cui «ai contratti pubblici di cui al presente capo si applicano le norme che seguono e, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. da 1 a 59, ad esclusione delle disposizioni relative alle concessioni». In realtà la norma richiamata, inserita nel titolo VI, capo I – «appalti nei settori speciali», si applica, appunto, agli appalti e non alle concessioni. In questo senso va intesa l'esclusione della sua applicazione alle concessioni prevista dalla norma. A conferma di tale ricostruzione, si evidenzia che l'articolo 177 fa salve le sole previsioni dell'articolo 7 del codice dei contratti pubblici che annovera tra i contratti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici le sole concessioni nei settori speciali aggiudicate a un'impresa collegata o a 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. Si ritiene, quindi, che la norma in esame si applichi ai settori speciali, con la sola esclusione delle concessioni di cui all'articolo 7 del codice dei contratti pubblici, espressamente fatte salve.

#### *Opzioni alternative:*

1. L'articolo 177 si applica ai concessionari che operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi;
2. L'articolo 177 non si applica ai concessionari che operano in virtù di diritti speciali ed esclusivi;

#### *Opzioni scelte:*

La scelta dell'opzione da adottare può essere effettuata facendo riferimento al dato normativo e, in particolare all'articolo 9, comma 2, del codice dei contratti pubblici; pertanto, devono ritenersi escluse dall'applicazione dell'articolo 177 le concessioni di servizi aggiudicate a un'amministrazione aggiudicatrice o a un ente aggiudicatore in base a un diritto esclusivo e le concessioni di servizi aggiudicate a 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, purché siano rispettati i principi dell'evidenza pubblica.

#### *Opzioni alternative:*

1. L'articolo 177 si applica ai concessionari privati;
2. L'articolo 177 non si applica ai concessionari privati;

#### *Opzione scelta:*

Partendo dal dato letterale della norma, appare come la stessa si riferisca ai «soggetti pubblici o privati, titolari di concessioni». La definizione, con riferimento ai soggetti privati, è più ampia rispetto a quella riferita ai concessionari privati tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici, che si desume dal combinato disposto degli artt. 1, comma 2, lettera c) e d) e 164, commi 4 e 5, del codice dei contratti

pubblici. 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 dei contratti pubblici per i loro affidamenti. L'estensione dell'ambito soggettivo di applicazione della norma sarebbe giustificata dalla considerazione che i concessionari in argomento non sono stati selezionati con procedure di evidenza pubblica, pertanto, la previsione è volta a recuperare a posteriori un meccanismo pro-concorrenziale che è mancato in fase di affidamento della concessione. Per tali motivi, si ritiene di adottare detta interpretazione facendo rientrare nel campo di applicazione dell'articolo 177 tutti i concessionari privati, siano o meno tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici. Alcuni Stakeholder intervenuti hanno evidenziato 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 dei contratti pubblici. Sulle base delle considerazioni svolte, è stata scelta l'opzione di considerare assoggettati alla norma anche i concessionari privati, seppure non tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici. Naturalmente, il presupposto per l'applicazione della disciplina in esame si concretizza nel caso in cui l'affidamento al concessionario privato sia stato svolto in difformità rispetto alla disciplina previgente sugli affidamenti.

*Opzioni alternative:*

1. L'articolo 177 si applica ai concessionari tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici;
2. L'articolo 177 non si applica ai concessionari tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

*Opzione scelta:*

Dal tavolo tecnico svolto è emersa la richiesta di escludere dall'ambito di applicazione della norma i concessionari che sono tenuti all'applicazione delle disposizioni in materia di affidamento previste dal codice dei contratti pubblici, atteso che in questi casi mancherebbe l'esigenza di recuperare il meccanismo di concorrenza che è mancato in fase di aggiudicazione della concessione e il risultato perseguito dalla norma verrebbe comunque raggiunto per altra via, inoltre, si avrebbe un cortocircuito tra soglie: quelle considerate dall'articolo 177 sono, infatti, del tutto scoordinate rispetto a quelle previste in generale dal medesimo codice dei contratti pubblici. Sul punto, in primis, si pongono dubbi sull'equivalenza del risultato raggiunto nei due casi. Nel caso di applicazione dell'articolo 177, infatti, il concessionario selezionato senza gara sarebbe tenuto ad affidare al mercato almeno l'80% dei contratti, mentre potrebbe, ad esempio, affidare direttamente a un organismo *in house* o ad una società controllata/collegata al massimo il 20% dei contratti. Nel caso in cui si stabilisse che lo stesso soggetto debba applicare le disposizioni del codice dei contratti pubblici, invece, questi potrebbe affidare la totalità dei contratti a un organismo *in house* ai sensi dell'articolo 5 oppure ai soggetti indicati agli artt. 6 e 7 del codice dei contratti pubblici. Riguardo al presunto cortocircuito tra soglie, si evidenzia che il rischio non è realizzabile in concreto, dovendo distinguere tra le soglie applicate per individuare la procedura da seguire per l'affidamento della concessione e la soglia di euro 150.000 prevista dall'articolo 177 che, seppur riferita al valore della concessione, individua la disciplina applicabile ai contratti a valle. Ciò posto, si è optato per l'opzione che prevede l'applicazione dell'articolo 177 anche ai concessionari tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici, atteso che detta norma introduce un regime particolare, applicabile alle sole concessioni già in essere, affidate senza gara in vigenza del vecchio codice.

#### *Opzioni alternative:*

1. L'art. 177 si applica alle concessioni di sola costruzione aggiudicate ante legge 109/94;
2. L'art. 177 non si applica alle concessioni di sola costruzione aggiudicate ante legge 109/94.

#### *Opzione scelta:*

L'ANCE ha chiesto di specificare che l'art. 177 non si applica alle concessioni di sola costruzione in quanto qualificabili come appalti.

L'istituto in questione è stato espunto dall'ordinamento giuridico ormai da vari decenni, dal momento che, come osservato anche dalla Corte dei Conti nella deliberazione 28 dicembre 2017, n. 20/2017/G, la legge n. 584/1977 ha espressamente equiparato, ai fini dell'applicazione delle disposizioni normative in essa contenute, la concessione di sola costruzione all'appalto. Inoltre, per quanto concerne le concessioni relative alle infrastrutture, il d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, ha previsto che "per le concessioni già affidate, relative a infrastrutture, ovvero rinnovate e prorogate ai sensi della legislazione vigente, i concessionari sono tenuti ad appaltare a terzi una percentuale minima del 40 per cento dei lavori", vietandosi, inoltre, di procedere a estensioni al di fuori delle ipotesi della direttiva. Successivamente, dette concessioni sono state assoggettate al regime transitorio previsto dall'art. 253, comma 27, lett. g) del d.lgs. 163/06 secondo cui, per la realizzazione delle infrastrutture di loro competenza, i soggetti aggiudicatori, possono stipulare, con riferimento alle concessioni in corso alla data del 10 settembre 2002 e nel rispetto degli elementi essenziali dei relativi atti convenzionali, atti di loro adeguamento ai nuovi strumenti offerti dal sistema, tra i quali l'affidamento a contraente generale.

Le concessioni di sola costruzione esistenti, come ad esempio quella relativa alla Metropolitana di Napoli, risultano quindi avere una rilevanza assolutamente marginale. Peraltro, dette concessioni costituiscono fattispecie a sé stanti, regolate dalle specifiche convenzioni sottoscritte con il concedente e più volte aggiornate negli anni proprio per perseguire quell'adeguamento che era richiesto dalla normativa sopravveduta. Pertanto, l'individuazione della normativa applicabile alle singole fattispecie presuppone un'approfondita analisi, da svolgere caso per caso, delle convenzioni in essere che non può essere effettuata in via generale, ma sarà demandata alla fase della vigilanza.

Per tali ragioni, si è ritenuto di non affrontare la problematica segnalata nel testo delle Linee guida che si limitano a fornire indicazioni interpretative di principio al solo fine di poter individuare le modalità delle verifiche demandate all'ANAC e agli altri soggetti preposti.

### ***5.1 Ambito temporale***

#### *Opzioni alternative:*

1. L'articolo 177 si applica alle concessioni affidate anteriormente all'entrata in vigore del decreto legislativo 50/2016;
2. L'articolo 177 si applica anche alle concessioni «di nuova aggiudicazione» affidate senza gara in vigenza del decreto legislativo 163/06.

#### *Opzione scelta:*

La legge delega, all'articolo 1, comma 1, lettera ii) individua, tra i principi e criteri direttivi specifici l'«obbligo per i soggetti pubblici e privati, titolari di concessioni di lavori o di servizi pubblici già

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

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

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

### ***5.2 Contratti assoggettati alla norma***

#### *Opzioni alternative:*

1. Le percentuali individuate dalla norma si riferiscono al valore delle concessioni;
2. Le percentuali si riferiscono al valore dei contratti a valle.

#### *Opzioni scelte:*

La disposizione afferma che i soggetti titolari delle concessioni come sopra individuate sono obbligati ad affidare mediante procedura ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea una quota pari all'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro e relativi alle concessioni. La formulazione letterale della norma depone per l'interpretazione che riferisce il limite di 150.000 al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti, anche se il contenuto della Relazione illustrativa lasciava intendere un obiettivo diverso, almeno nella fase di predisposizione del codice dei contratti pubblici. Sul punto, si evidenzia che nello schema di decreto correttivo era stato previsto di modificare la norma nel senso che

i concessionari dovessero affidare con procedure di evidenza pubblica una quota pari all'ottanta per cento «dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo superiore a 150.000 euro, relativi alle concessioni...». La modifica non ha superato il vaglio del Consiglio di Stato che, nel parere reso sullo schema di decreto correttivo, ha affermato che la formulazione proposta avrebbe creato «una soglia al di sotto della quale non vi è nessun obbligo di esternalizzazione, soglia dunque aggirabile mediante il frazionamento delle prestazioni». Inoltre, il Consiglio di Stato, evidenziando che tale modifica avrebbe rappresentato una deroga alla normativa vigente posta dalla legge delega, avrebbe potuto essere introdotta soltanto con una legge ordinaria e non con un decreto correttivo. Ciò posto, si ritiene che l'intervento dell'Autorità in materia sia vincolato e non possa discostarsi dall'interpretazione letterale della legge delega e dell'articolo 177.

#### *Opzioni alternative*

1. Il valore dei contratti deve essere distinto per tipologia di affidamento (lavori, servizi, forniture);
2. Il valore dei contratti deve essere considerato nel suo complesso.

#### *Opzione scelta*

Per quanto concerne la possibilità di riferire le percentuali al valore dei contratti nel loro complesso oppure distinguendo per ciascuna categoria (lavori, servizi e forniture), la maggior parte degli operatori intervenuti è dell'avviso che il tenore letterale della norma – che parla di “quota” e non di “quote” dei contratti, riferendosi quindi al complesso delle esternalizzazioni – 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 riferirebbe al complesso delle esternalizzazioni, senza imporre la percentuale dell'ottanta per cento per singola categoria. Ritengono inoltre che l'interpretazione contraria sarebbe troppo gravosa, oltre a contrastare con la previsione dell'ultimo periodo del terzo comma dell'articolo 177, nel quale è previsto che, 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 indicherebbe che anche l'inadempimento si riferisce ai lavori, servizi e forniture nel loro complesso e non distinti per categorie. Altri operatori intervenuti hanno evidenziato che qualora non si facesse distinzione tra le categorie, si potrebbe raggiungere il limite minimo di affidamenti da effettuare con gara anche ricorrendo esclusivamente ad una sola delle tipologie contrattuali (es. le forniture di beni), con ciò arrivando, di fatto, a depotenziare fortemente la norma. Una parte minoritaria degli Stakeholder intervenuti ha ritenuto che il limite degli affidamenti delle concessionarie 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*.

Si ritiene che l'applicazione delle quote generalizzata e non riferita alle singole categorie di prestazioni consentirebbe ai concessionari di sottrarre alla competizione intere categorie di prestazioni. Di fatto, i concessionari potrebbero raggiungere le quote richieste esternalizzando soltanto forniture e servizi e sottraendo all'applicazione della norma i lavori. Inoltre, occorre considerare che in vigenza del d.lgs. 163/06, l'obbligo di esternalizzazione era previsto in relazione ai soli lavori, considerati la parte più rilevante degli affidamenti. Pertanto, non appare opportuno che l'estensione della previsione ai servizi e

alle forniture comporti l'effetto di ridurre l'efficacia della norma proprio in relazione ai lavori. Per tali motivi, è stata accolta l'opzione n. 1, ritenuta maggiormente rispettosa della *ratio legis*.

#### *Opzioni alternative*

1. Tra i contratti relativi alle concessioni sono ricompresi i contratti necessari all'esecuzione della concessione e strettamente connessi ad essa;
2. Tra i contratti relativi alle concessioni sono ricompresi anche i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell'attività nel suo complesso.

#### *Opzione scelta*

La norma parla di contratti relativi alle concessioni. Si ritiene debbano essere ricompresi in tale definizione i contratti che riguardano le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessari per l'esecuzione della concessione stessa. È stato ritenuto opportuno fornire indicazioni per il caso di contratti riferiti a più concessioni o ai contratti pluriennali, per i quali è stata prevista un'attribuzione pro-quota.

#### *Opzioni alternative*

1. Nella base di calcolo delle percentuali devono essere escluse le prestazioni eseguite direttamente, affidate in subappalto, svolte da società controllate/collegate;
2. Le prestazioni di cui sopra sono da ricomprendere nella base di calcolo delle percentuali.

#### *Opzione scelta:*

Nel Codice dei contratti pubblici la percentuale dell'ottanta per cento è riferita ai «contratti di lavori, servizi e forniture» e non alle prestazioni, in ciò discostandosi dal previgente articolo 253, comma 25, del decreto legislativo 163/06 che faceva riferimento ai «lavori». L'interpretazione letterale della norma potrebbe condurre a ritenere che la percentuale in argomento si applichi alle prestazioni che il concessionario intenda esternalizzare, con esclusione dell'attività che lo stesso ha intenzione di eseguire in proprio. Alcuni Stakeholder hanno sostenuto che, diversamente opinando, si annullerebbe completamente la possibilità per il concessionario di eseguire direttamente alcune delle prestazioni oggetto della concessione, dal momento che la norma andrebbe intesa nel senso che l'80% delle prestazioni deve essere affidata con gara e il 20% può essere realizzato da società *in house*, società controllate o collegate o affidate a terzi con procedure ad evidenza pubblica anche semplificate. L'esecuzione diretta delle prestazioni rimarrebbe, quindi, fuori da entrambe le fattispecie. Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel parere reso sul decreto correttivo, ha però affermato che «la previsione per cui nella quota dell'80% non rientrano i contratti di manutenzione ordinaria o quelli eseguiti direttamente dai concessionari [che si proponeva di introdurre con il decreto correttivo] appare in evidente distonia con il criterio di delega di cui alla lettera iii) del comma 1 dell'articolo 1 della legge n. 11 del 2016 che prevede l'obbligo di affidare una quota pari all'80% dei contratti di lavori servizi e forniture relativi alle concessioni di importo superiore a 150.000 mediante procedura di evidenza pubblica ...». Tale

interpretazione è coerente con quanto già sostenuto dall’Autorità nella Delibera n. 856 del 3 agosto 2016, avente ad oggetto “richiesta di parere sulla normativa – art. 177, comma 1, d.lgs. 50/2016”, nella quale si indicava che la norma è rivolta a ripristinare «il principio di concorrenza comunitario, nel caso in cui l’affidamento della concessione sia stato effettuato senza ricorrere a procedure ad evidenza pubblica, imponendo a tal fine al concessionario l’esternalizzazione con gara dell’80% dei lavori, servizi e forniture relativi alla tipologia di concessioni sopra indicate». Ciò posto, si ritiene che possa essere sostenuta l’interpretazione per cui l’attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi inclusa nella base di calcolo delle percentuali indicate dalla norma.

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

#### *Opzioni alternative:*

1. L’obbligo di esternalizzazione secondo le percentuali indicate dalla norma opera a partire da ventiquattro mesi dopo l’entrata in vigore della norma;
2. L’obbligo di evidenza pubblica è immediatamente operativo e il termine di ventiquattro mesi è da intendersi come termine finale entro cui deve essere raggiunta l’aliquota minima prevista dalla norma.

#### *Opzione scelta*

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

piani economico-finanziari che l'adeguamento alle nuove disposizioni impone. Sulla base delle considerazioni esposte, è stata scelta l'opzione n. 2.

*Opzioni alternative:*

1. Alle concessioni assoggettate alla deroga prevista dall'articolo 253, comma 25, del decreto legislativo 163/06 continua ad applicarsi la disciplina regolatoria ivi prevista;
2. Alle concessioni di cui sopra si applica l'articolo 177 del codice dei contratti pubblici.

*Opzione scelta:*

Ai concessionari di lavori pubblici che non erano amministrazioni aggiudicatrici si applicava l'articolo 142, comma 4. Per l'effetto, detti soggetti erano tenuti all'osservanza degli artt. 149-151 in materia di pubblicità dei bandi e, in quanto compatibili, delle disposizioni della parte I, parte IV, parte V, nonché le norme della parte II, titolo I e titolo II, in tema di pubblicità dei bandi, termini delle procedure, requisiti generali e qualificazione degli operatori economici, subappalto, progettazione, collaudo, piani di sicurezza, che non fossero specificamente derogate.

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

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

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

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

## 6. Situazioni di squilibrio e penali

### *Opzioni alternative:*

1. L'obbligo di riequilibrio è da intendersi nel senso che l'eventuale scostamento deve essere recuperato entro l'anno successivo, rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in questione.
2. L'obbligo di riequilibrio va inteso nel senso che, in caso di sfioramento, le percentuali degli affidamenti vanno riportate a quelle richieste dalla norma entro l'anno successivo. Gli Stakeholder che sostengono tale interpretazione ritengono che deponga in tal senso la lettera della norma che 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, secondo tale interpretazione, il legislatore avrebbe 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. Inoltre, gli Stakeholder hanno osservato che la diversa interpretazione non consentirebbe il recupero di sfioramenti superiori al 60% e che, in ogni caso, dovrebbero essere 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.

### *Opzione scelta:*

È stata scelta l'opzione n. 1, atteso che l'opzione alternativa consentirebbe al concessionario di rispettare le percentuali indicate dalla norma soltanto ad anni alterni. Le criticità relative all'impossibilità di recuperare sfioramenti superiori al 20%, è stata risolta prevedendo che in caso di squilibri significativi, in fase di prima applicazione, il concessionario possa essere autorizzato dal concedente ad attuare un piano biennale di recupero. È stato accertato, infatti, che, in particolare per alcuni settori, i concessionari sono ben lontani dal rispetto dei limiti previsti dalla norma. L'obiettivo delle linee guida è, infatti, quello di favorire il rispetto della norma prevedendo misure che si rivelino in concreto attuabili e che non vadano ad incidere in maniera troppo onerosa sugli operatori, almeno in sede di prima applicazione. Ciò anche in considerazione del fatto che la prima annualità, quella relativa al 2018, è stata ridotta per permettere di allineare i tempi della programmazione con quelli del quadro regolatorio stabilito dall'articolo 177 del Codice dei contratti pubblici.

Inoltre, è stato previsto che l'entità dello sfioramento debba essere calcolata con riferimento al valore assoluto dei contratti che eccedono le percentuali consentite per gli affidamenti senza gara e che detto valore rappresenti la base di calcolo della penale.

## 7. Obblighi di pubblicazione

### *Opzioni alternative:*

1. Prevedere l'obbligo di pubblicazione di tutti i dati necessari ai concedenti per lo svolgimento delle verifiche di competenza sul rispetto dei limiti percentuali e all'ANAC per l'attività di vigilanza;

2. Prevedere l'obbligo di pubblicazione dei dati soltanto se supportati da norme di legge, in ottemperanza al divieto di gold-plating;
3. Prevedere l'obbligo di pubblicazione soltanto per i concessionari tenuti all'applicazione della disciplina sulla trasparenza.

*Opzione scelta:*

È stata scelta l'opzione n. 1, considerando che la verifica del rispetto dei limiti previsti dalla norma presuppone la conoscenza dei dati di cui si chiede la pubblicazione e, quindi, trova copertura normativa nello stesso articolo 177 del codice dei contratti pubblici. Peraltro, l'ANAC, per le finalità di vigilanza di cui all'articolo 213, comma 3, del codice dei contratti pubblici, gestisce la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nella quale confluiscono, oltre alle informazioni acquisite per competenza tramite i propri sistemi informatizzati, tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, onde garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive. Pertanto, il sistema riconosce in linea generale la legittimazione dell'ANAC ad acquisire i dati e le informazioni necessari a garantire, da un lato, i presidi di trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e, dall'altro, lo svolgimento dell'attività di vigilanza.

Al fine di perseguire logiche di semplificazione e razionalizzazione e di rispettare il divieto di introdurre livelli di regolazione non necessari, si è tentato di evitare la previsione di oneri troppo onerosi per gli operatori, cercando di sfruttare al massimo le possibilità già esistenti. In particolare, si è tenuto conto degli obblighi di pubblicazione previsti dall'articolo 29 del codice dei contratti pubblici, dall'articolo 1, comma 32, della legge 190/12 e dall'articolo 37 del decreto legislativo 33/2013, al fine di evitare la duplicazione degli stessi. Pertanto, per le concessioni già assoggettate agli obblighi di pubblicazione, è stato previsto che i dati e le informazioni da pubblicare ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 37 del decreto legislativo 33/2013 siano inserite in apposite sezioni della sottosezione «Bandi di gara e contratti», denominate «concessioni assoggettate/escluse dall'articolo 177 del codice dei contratti pubblici». Ciò al fine di differenziare detti affidamenti e renderli agevolmente individuabili. Inoltre, è stato previsto l'obbligo di indicare alcune informazioni aggiuntive ritenute imprescindibili per le verifiche di competenza come ad esempio lo stato della concessione con indicazione delle attività svolte e delle attività residue.

Per i concessionari, oltre alle informazioni già oggetto di pubblicazione ai sensi dell'articolo 29 del codice dei contratti pubblici e dell'articolo 37 del decreto legislativo 33/2013, è stata prevista la pubblicazione delle informazioni necessarie a consentire le verifiche di competenza. Gli obblighi di pubblicazione sono estesi anche ai concessionari privati in quanto gli stessi agiscono come stazioni appaltanti per i contratti affidati con procedura di evidenza pubblica. Per i contratti non affidati con procedura di evidenza pubblica, gli obblighi di pubblicazione sono giustificati dalla necessità di consentire le verifiche demandate dalla norma ai concedenti e all'ANAC.

Tra i dati assoggettati a pubblicazione rientra il documento di programmazione annuale degli affidamenti redatto dal concessionario. Tale documento è ritenuto imprescindibile, atteso che l'impegno effettivo e concreto al rispetto delle percentuali individuate dalla norma non può prescindere da un'adeguata programmazione degli acquisti e dall'individuazione a priori delle modalità di affidamento ritenute più idonee.

## **8. Attività di verifica**

*Opzioni alternative:*

1. Attività di verifica demandata ai soggetti concedenti;
2. Attività di verifica demandata a strutture indipendenti (es. ANAC e MIT), con la partecipazione, rispettivamente, delle associazioni dei concessionari e delle imprese di costruzioni.

*Opzione scelta:*

I soggetti naturalmente deputati alle verifiche sono i concedenti, parti del contratto di concessione e competenti in merito all'applicazione delle penali che conseguono al mancato rispetto dei limiti percentuali previsti dalla norma. Il tenore della norma, d'altronde, esclude che le funzioni di vigilanza possano essere rimesse in via esclusiva all'ANAC, correttamente indicata quale soggetto incaricato delle verifiche unitamente ad altri, essendo già chiamata, in via generale, alla vigilanza sugli affidamenti di contratti pubblici tra cui rientrano i contratti che qui interessano.