Numero 01582/2018 e data 20/06/2018 Spedizione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 5 giugno 2018

NUMERO AFFARE 00547/2018

OGGETTO:
Autorità nazionale anticorruzione.

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".

LA COMMISSIONE SPECIALE del 5 giugno 2018

Vista la nota del 14 marzo 2018, prot. n. 3821, con la quale il Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione ha trasmesso lo schema delle Linee guida in oggetto al fine di acquisire il parere del Consiglio di Stato;
Visto il decreto 20 marzo 2018, n. 33, con il quale il Presidente del Consiglio di Stato ha istituito una Commissione speciale per l'esame dell'affare;
Visto il parere interlocutorio 2 maggio 2018, n. 1152, deliberato dalla Commissione speciale all'adunanza del 17 aprile 2018;

Vista la nota del 29 maggio 2018, prot. n. 45659, con la quale l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha fornito i chiarimenti richiesti;
Visti i contributi fatti pervenire dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, da Utilitalia –imprese acqua ambiente energia, dalla Aiscat e dalla Assaeroporti;
Esaminati gli atti e uditi i relatori, consiglieri Nicola Gaviano e Giulio Veltri, la Commissione speciale esprime le seguenti considerazioni.

1. La richiesta di parere concerne le Linee guida predisposte dall'ANAC in attuazione dell'art. 177 del Codice dei contratti pubblici.
1.1. La disposizione citata prevede che: *1. 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 relativi alle concessioni di importo 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.*
2. 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.
3. La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione.

Eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti indicati devono essere riequilibrate entro l'anno successivo. Nel caso di situazioni di squilibrio reiterate per due anni consecutivi, il concedente applica una penale in misura pari al 10 per cento dell'importo complessivo dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica.

1.2. Essa costituisce lo svolgimento del criterio direttivo previsto dall'art. 1, comma 1, lett. iii) della legge di delega n. 11/2016, il quale, sviluppando ulteriormente una previsione già in essere per i soli concessionari autostradali, l'ha contestualmente estesa a tutti i concessionari di lavori o di servizi pubblici di importo superiore a 150.000 euro, che non siano stati selezionati a mezzo di *projectfinancing* o di procedure di evidenza pubblica conformi al diritto dell'Unione, in guisa da imporre ai detti concessionari l'esternalizzazione, previa procedura ad evidenza pubblica, di una quota "*pari all'80 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture relativi alle concessioni*".

1.3. Trattasi di una disposizione, estranea al perimetro delle direttive UE 23, 24 e 25/2014, diretta ai concessionari in quanto tali, a prescindere dalla loro natura pubblica o privata, la cui *ratio* evidentemente risiede nella volontà del legislatore di restituire, a valle, parte della concorrenza "per il mercato" mancata a monte, secondo uno schema che ovviamente ha ad oggetto, in quota parte, le prestazioni relative alle concessioni a suo tempo affidate direttamente.

1.4. L'affidamento diretto è la condizione sufficiente per l'operatività della norma, non essendo necessario indagare se esso sia stato o meno legittimato da fonti primarie. E', infatti, estranea al portato dell'art. 177 la logica della sanzione. Ciò che emerge dalla disposizione citata, e dal criterio direttivo che l'ha ispirata, è piuttosto la decisione del legislatore di adeguare, seppur in via mediata e indiretta, l'originario rapporto concessorio al mutato approccio alla "concorrenza per il mercato", fatto proprio dal medesimo per il tramite del recepimento della direttiva 2014/23/UE e soprattutto dei principi generali della Costituzione e del Trattato, in modo da restituire al mercato quelle quote di lavori, servizi e forniture per lungo tempo

affidate senza l'uso di procedure ad evidenza pubblica, atteso il regime previgente al codice, al riparo dalla competizione, senza con ciò incidere sull'esistenza e la durata dell'originaria concessione, in un logica che può dirsi riequilibratrice e non sanzionatoria.

La norma riprende non solo la analoga norma già vigente nei confronti dei concessionari autostradali (art. 253, co. 25 del codice dei contratti n. 163/2006), ma anche la *ratio* sottesa all'art. 146 dello stesso codice 163/2006, a mente del quale, nel bando, poteva essere imposto a qualunque concessionario di lavori pubblici, comunque selezionato, di affidare almeno il 30 per cento dei successivi lavori mediante procedure ad evidenza pubblica.

I precedenti normativi manifestano la preoccupazioni del Legislatore che, nelle concessioni di lavori, si determini una sorta di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza e di aumentare i costi per la gestione della concessione stessa, traslandoli poi sugli utenti e contribuenti, atteso il necessario rispetto del principio del mantenimento dell'equilibrio economico finanziario di cui all'art. 3, co. 1, let. fff).

Tali preoccupazioni, estese nel vigente codice degli appalti anche alle concessioni di servizi, si sono appuntate maggiormente su quelle ipotesi in cui il concessionario fosse stato scelto senza un previo ricorso al mercato. Fattispecie, cioè, nelle quali il concessionario sia affetto da una sorta di colpa originale indipendente dalla sua volontà ma per se stessa tale da collocarlo in una "situazione permanente" di sostanziale violazione dei principi di concorrenza, pur senza colpa individuale.

L'art. 177 intende purgare questa stato di colpa originale imponendo, a valle, il rispetto della concorrenza in quegli atti nei quali la violazione originaria della concorrenza si perpetua.

Solo in questa ottica si possono spiegare alcune delle interpretazioni dell'art. 177, condivise anche da questo Consiglio e di cui avanti, le quali altrimenti

determinerebbero seri di dubbi di costituzionalità della norma per violazione dell'art. 41 della Costituzione. Viceversa, il perseguimento dell'interesse della realizzazione di un vero libero mercato concorrenziale, principio elevato a dignità costituzionale mediante la norma interposta del Trattato di Roma, autorizza, entro certi limiti che saranno evidenzianti soprattutto nel par. 5 di questo parere, misure di regolazione del mercato altrimenti invadenti la libertà dell'imprenditore.

E' da questo angolo prospettico che la Commissione speciale intende procedere all'esame delle Linee guida in oggetto: esame che verrà peraltro condotto senza addentrarsi in mere e minute questioni di specie, le quali dovranno essere lasciate, piuttosto, alla fase attuativa dei precetti normativi di cui si tratta (soluzione che tanto più s'impone rispetto a problematiche, quale quella dell'applicabilità o meno dell'art. 177 ai gestori aeroportuali, sulle quali risulti già pendente un giudizio).

A tale proposito, la Commissione non può esprimere alcun parere circa le eccezioni poste dalla associazione Assaeroporti, in ordine alla prospettata natura non concessoria del rapporto, poiché il quesito specifico, secondo quanto riferito dalla medesima Assaeroporti, è *sub judice* presso il giudice amministrativo. Tale circostanza preclude alle sezioni consultive di pronunciarsi.

1.5 Il primo problema da affrontare consiste nella individuazione delle eccezioni al disposto generale del primo comma dell'art. 177. Questi individua due piani di lettura.

Il primo attiene ai rapporti concessori cui si applica la norma, e dunque alle eventuali esclusioni soggettive, di cui al paragrafo 3.1 di questo parere.

Il secondo si riferisce ai contratti che il concessionario necessariamente deve stipulare per procurarsi beni e mezzi strumentali per eseguire la concessione, e che ovviamente non sono da confondersi con le eventuali sub concessioni o sub affidamenti permessi sotto il vigore del precedente codice. Per mera comodità

espositiva li definiremo contratti di attuazione o attuativi. Sul punto si vedano meglio i par. 4, 5 e 7 di questo parere.

2. Secondo quanto chiarito dall'ANAC dette Linee guida hanno una duplice natura: interpretativa e precettiva. La circostanza ha condotto l'Autorità a suddividere le stesse in due parti. Solo la seconda parte è direttamente attuativa del mandato legislativo contenuto nel comma 3 dell'art. 177 (*La verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 da parte dei soggetti preposti e dell'ANAC viene effettuata annualmente, secondo le modalità indicate dall'ANAC stessa in apposite linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione*). La prima parte costituisce, invece, esercizio del potere generale di "regolazione flessibile" contemplato dall'art. 213 del codice dei contratti pubblici ed è strutturata in modo da sciogliere una serie di nodi esegetici emergenti dalla lettura dei primi due commi dell'art. 177, segnalati anche dagli *stakeholder* nella fase della consultazione.

2.1. Nonostante sia specificata la diversa natura giuridica delle due parti, le stesse sono redatte con la medesima tecnica espositiva, ossia attraverso una serie di proposizioni organizzate in un articolato che traduce le considerazioni esegetiche a monte in specifiche regole. La complessità delle questioni ed il ragionamento ermeneutico seguito si evincono invece dalla relazione AIR, che accompagna le Linee guida, e rende chiare le opzioni alternative esaminate nonché le motivazioni della soluzione prescelta per ognuna di esse.

2.2. Ritiene la Commissione speciale che la doppia caratteristica evidenziata – complessità delle questioni da una parte, e natura non vincolante delle linee guida dall'altra - consigli, per la sola prima parte, l'adozione di una diversa tecnica espositiva, più discorsiva e al contempo esplicativa del percorso argomentativo seguito e delle ragioni delle soluzioni esegetiche adottate, maggiormente idonea, non solo a indirizzare e persuadere l'operatore in forza dell'autorevolezza e bontà del ragionamento illustrato, ma anche ad orientare il medesimo in relazione alle

numerose e ulteriori opzioni esegetiche che la fase applicativa non mancherà di sollevare, senza dover ricorrere all'ulteriore innalzamento dei livelli di regolazione

3. Tanto premesso, la Commissione ritiene che le Linee guida abbiano correttamente colto la *ratio* e le proiezioni necessitate del sintetico, ma importante, contenuto normativo dell'art. 177.

Si è osservato che il primo necessario piano di lettura riguarda la definizione delle esclusioni soggettive dalla norma. Vale a dire la individuazione dei concessionari cui non si applica l'art. 177. Premesso che, in via generale, l'art. 177 si applica a tutti i concessionari a suo tempo scelti senza gara, si sottolinea che la norma si riferisce esplicitamente ad una previa gara e non a una qualsiasi procedura ad evidenza pubblica, con la conseguenza che, in astratto, l'art. 177 si applicherebbe anche alle concessioni assegnate a suo tempo, legittimamente, tramite procedure ad evidenza pubblica che non consistano in una procedura competitiva, ad esempio tramite *in house*.

Una tale conclusione, tuttavia, sarebbe contraria alla *ratio* finale della norma, la quale intende restituire ai meccanismi di mercato non già l'assegnazione della concessione stessa (che è ormai un dato storico assodato e irreversibile, almeno allo stato), ma i successivi contratti di attuazione. Ne consegue che l'interpretazione sulla applicabilità soggettiva della norma deve tenere conto della attuale disciplina del codice non pretendendo di raggiungere risultati eccedenti questa stessa.

3.1. Ne consegue che è condivisibile la scelta di sottrarre alla applicazione dell'art. 177, e quindi anche agli obblighi di esternalizzazione e di conseguente sottoposizione dei contratti a procedure di evidenza, di cui all'art. 177 cit, le fattispecie concessorie che lo stesso codice dei contratti, in via generale (art. 5 – 18) e particolare (art. 164), esclude dalla applicazione del codice stesso. Essa corrisponde alla logica secondo la quale sarebbe irragionevole imporre procedure di evidenza,

nella logica riequilibratrice sopra segnalata, quando lo stesso codice, in relazione a tali fattispecie, testimonia l'attuale estraneità o impermeabilità ai principi.

3.2. Così come appare obbligata la scelta di escludere i concessionari di servizi che operano, anche alla luce delle attuali previsioni del codice, in forza di diritti speciali ed esclusivi compatibili con il TFUE. Con il distinguo, basato sull'art. 9 commi 2 e 3 del codice, che se trattasi di concessionari privati non sussumibili nella categoria delle amministrazioni aggiudicatrici o in quella degli enti aggiudicatori, occorre, per legittimare l'esclusione, che le concessioni siano state rilasciate in applicazione, almeno, dei "principi" di trasparenza fissati dall'art. 29 del codice.

3.3. Nessun dubbio, inoltre, la Commissione nutre circa l'applicabilità dell'art. 177 ai concessionari privati. Sul punto è sufficiente richiamare il tenore testuale dell'*incipit* della disposizione, tra l'altro del tutto in linea con il criterio direttivo di cui all'art. 1 comma 1, lett. iii) della legge di delega n. 11/2016. Il fatto che i privati siano soggettivamente esclusi dall'applicabilità del codice dei contratti, non toglie che essi possano essere stati affidatari diretti di opere o servizi di titolarità pubblica, e che quindi, ai circoscritti fini dell'art. 177, debbano essere considerati quali stazioni appaltanti.

3.4.A identiche conclusioni non può che giungersi, in via generale, per i concessionari operanti nei settori speciali, partecipi della medesima *ratio*, sia pur con qualche peculiare eccettuazione (sul punto si rinvia a quanto detto al par. 7).

3.5. Quanto alla individuazione dei contratti attuativi da includere nella percentuale obbligatoria di esternalizzazione o da escludere oggettivamente dall'art. 177, un primo problema riguarda la importante questione se la soglia indicata dalla stessa (150.000 euro) ai fini applicativi, sia unicamente riferita al valore dell'originaria concessione, ovvero all'importo dei contratti a valle che il concessionario ha l'obbligo di stipulare in adempimento del dovere di esternalizzazione.

Il tenore testuale della norma non aiuta affatto nel dirimere la questione, sicché, l'impossibilità di valorizzare la formulazione testuale, invero così equivoca da rendere fallace ogni tentativo di erigervi una soluzione esegetica, induce la Commissione a preferire argomenti sistematici idonei a dare evidenza al necessario e coerente raccordo con la legge delega. Quest'ultima ha chiaramente previsto "*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*", omettendo qualsivoglia indicazione circa l'esistenza di una concorrente soglia anche in ordine ai contratti da affidare con gara .

Appare senz'altro corretta, quindi, la soluzione sposata dalle Linee guida in esame, nel senso di considerare la soglia dei 150.000 euro riferita al valore della concessione e non già ai contratti esternalizzandi. Del resto, la mancanza di soglie minime che correlino gli affidamenti da effettuare in attuazione del predicato obbligo di esternalizzazione, e gli obblighi di evidenza pubblica da adempiere in relazione all'importo dei contratti d'appalto da stipulare, costituisce lacuna che ben può essere agevolmente colmata attraverso il ragionamento analogico, in forza dell'applicazione delle pertinenti norme dettate in via generale dal codice dei contratti (a partire, quindi, dal suo art. 36) e dalla regolazione dell'ANAC.

4. Sempre in ordine alla individuazione qualitativa dei contratti attuativi, per definire la eventuale esclusione oggettiva *sub specie* della determinazione della loro natura, la Commissione speciale è, invece, di diverso avviso in relazione all'affermata riferibilità della quota dell'80% (o del 60% per i concessionari autostradali) a ciascuna delle tipologie di affidamento (lavori, servizi, forniture) partitamente considerate.

Secondo l'ANAC la soluzione restrittiva del necessario computo dell'80% su ciascuna delle tipologie predette sarebbe maggiormente aderente alla *ratio legis*, oltre

che funzionale a prevenire eventuali comportamenti dei concessionari tesi a "scaricare" la percentuale predetta su singole categorie (ad es. servizi e prestazioni) mantenendo tendenzialmente *in house* le altre (ad es. lavori).

Ritiene, per converso, la Commissione che debba esser preferita l'opposta conclusione esegetica. Oltre agli argomenti testuali (la quota è declinata dalla disposizione al singolare e con riferimento indistinto a tutte le tipologie di appalto), rilevano concorrenti considerazioni ispirate al criterio della ragionevolezza complessiva della previsione: a) *in primis* rileva il principio di necessaria coerenza fra la fattispecie sanzionata ed il criterio di quantificazione della sanzione in caso di mancato raggiungimento della quota d'obbligo, quest'ultimo fissato dal legislatore con riferimento all'importo "complessivo" dei lavori, servizi o forniture che avrebbero dovuto essere affidati con procedura ad evidenza pubblica; b) un'ineludibile ruolo gioca altresì il necessario rispetto del principio di stretta proporzionalità nell'imposizione di prestazioni di *facere* che in qualche modo incidono sulle scelte organizzative e di autonomia imprenditoriale, tanto che, ad evitare di incorrere nella violazione dell'art. 41 della Costituzione, devono essere interpretate in maniera assolutamente restrittiva; c) da ultimo la constatazione che, pur costituendo i lavori e i servizi i settori di maggiore rilevanza ai fini dell'esternalizzazione, la fissazione della percentuale d'obbligo all'80% del totale delle prestazioni oggetto dell'originaria concessione, è di per se idonea a prevenire ogni serio rischio di elusione rispetto agli obiettivi ultimi del legislatore, nella logica pro-concorrenziale innanzi segnalata.

5. Quanto fin qui affermato anticipa la posizione della Commissione in ordine alla diversa questione, di fondo, del "monte prestazioni" sul quale computare l'80%, o, in altri termini, di quale sia la qualificazione oggettiva dei contatti attuativi e quali le eventuali esclusioni. L'ANAC nella sua relazione riferisce che alcuni *stakeolder* hanno sostenuto che tale percentuale debba avere a riferimento non già il totale delle

prestazioni oggetto dell'originaria concessione comprensive del valore delle prestazioni effettuate in proprio (poiché altrimenti il concessionario verrebbe espropriato persino della propria operatività), ma le sole prestazioni che il concessionario non è capace di svolgere direttamente e per le quali sia già intervenuta, o si intenda adottare, una esternalizzazione a mezzo di contratti di appalto stipulati con società *in house*, collegate o comunque con altri soggetti privati. Secondo questa tesi l'art. 177 si limiterebbe a sancire un obbligo di evidenza pubblica per la sola attività già contrattualizzata o da contrattualizzare, ossia per le sole prestazioni che il concessionario, nell'ambito della propria autonomia imprenditoriale, abbia deciso di esternalizzare, disponendo quindi una esclusione oggettiva dall'art. 177 delle prestazioni eseguite in proprio.

Essa non può essere condivisa allo stato della attuale interpretazione della lett. iii) del comma 1 dell'art. 1 della legge delega n. 11 del 2016. La Commissione, sul punto, non può che rinviare ai contenuti del parere n. 782 reso da questo Consiglio sul "correttivo" al codice appalti, in data 30 marzo 2017.

In quell'occasione lo schema del decreto correttivo aveva espressamente introdotto un temperamento dell'obbligo di esternalizzazione dell'80%, sottraendovi, tra l'altro, proprio le prestazioni eseguite direttamente dal concessionario (la norma stabiliva, cioè, esattamente quello che gli *stakeolder* oggi deducono in via esegetica). Ebbene, il parere ha ritenuto che siffatta previsione fosse da considerare "*in evidente distonia con il criterio di delega di cui alla lett. iii) del comma 1 dell'art. 1 della legge n. 11 del 2016, che prevede l'obbligo di affidare una quota pari all'80 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*", tant'è che la norma è stata poi stralciata dallo schema. Sul tema non è

quindi necessario indugiare oltre, se non per segnalare che le problematicità legate alla concreta applicazione dell'obbligo di esternalizzazione, e all'incidenza che lo stesso potrebbe avere, così come concepito dal legislatore, sulla struttura aziendale (soprattutto) dei piccoli concessionari, sino ad ora operanti "in proprio", potrebbero meritare una rinnovata attenzione da parte del legislatore ordinario (il parere n. 782/2017, cit., riguardando un decreto delegato, risentiva ovviamente dall'ineludibile vincolo della legge delega).

Tuttavia, nel ribadire che l'interpretazione dell'art. 177 relativamente alla sorte della così detta produzione in proprio non può che essere, allo stato, quella fatta propria dalla Commissione speciale nel parere succitato, non si può al contempo non segnalare la sussistenza di alcuni dubbi di costituzionalità della norma così interpretata. In particolare l'obbligo di esternalizzare, per raggiungere la soglia dell'80%, anche attività che potrebbero essere eseguite in proprio avvalendosi esclusivamente della propria organizzazione aziendale, e dei mezzi, strumenti e risorse esclusivamente appartenenti al concessionario, sembra in contraddizione con i principi scaturenti dall'art. 41 cost.

Ferma restando, per altro, la valutazione già operata nel parere di questa Commissione n. 782/2017 sopra citato, la Commissione ritiene opportuna, per i motivi suesposti, la trasmissione del presente parere alla Cabina di regia, istituita presso il Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri dall'art. 212 del nuovo codice dei contratti pubblici al fine di valutare una proposta di revisione o di interpretazione autentica della norma della legge delega, e quindi del decreto legislativo, alla luce di una più attenta lettura dell'art. 41 della Costituzione.

6. Una volta convenuto con l'ANAC su gran parte dei nodi interpretativi di fondo posti dalla complessa materia in disamina, la Commissione può passarsi ora alla

ricognizione di aspetti più specifici, molti dei quali hanno formato già oggetto della richiesta di chiarimenti di cui al parere interlocutorio 2 maggio 2018, n. 1152.

7. Il primo punto sottoposto alla richiesta di chiarimenti riguarda il rapporto tra gli artt. 177 e 7 del codice dei contratti pubblici, il primo dei quali si apre con una previsione di salvezza di quanto disposto dal secondo.

L'art. 7 stabilisce che, in presenza delle condizioni fissate dal suo comma 2, il codice non si applica alle concessioni né agli appalti aggiudicati nei settori speciali a un'impresa collegata per svolgere le attività descritte agli articoli da 115 a 121 e di cui all'allegato II.

Ora, l'Autorità richiedente, nella nota di chiarimenti del 29 maggio 2018, ha osservato, pianamente quanto persuasivamente, che i contratti previsti dall'art. 7 sono esclusi dall'applicazione del codice e, quindi, anche dell'art. 177 (vedi par. 3.3 di questo parere).

La Commissione condivide pienamente tale conclusione, che però deve essere condotta ad ulteriori conseguenze, per dare un significato concreto e non semplicemente formale alla salvezza contenuta nel primo inciso dell'art. 177.

A tale proposito, oltre al significato di esclusione soggettiva dall'art. 177 di cui si è già trattato al par. 3.3, ad avviso della Commissione speciale la salvezza dell'art. 7 induce altresì un significato di esclusione oggettiva, cioè riferita ai contratti attuativi. Pertanto, nell'ambito dei settori speciali, nel caso in cui il concessionario sia in astratto sottoposto all'art. 177 (cioè non rientri nella esclusione soggettiva), i contratti attuativi che egli stipuli con le collegate sono esclusi dal computo della quota obbligatoria. Essi, in sostanza, sono sempre "salvi", anche oltre il limite del 20%. Se questo non fosse il senso della specifica "salvezza" dell'art. 7 fatta dall'*incipit* del 177, cioè riferita anche alle esclusioni oggettive, essa sarebbe *inutiliter data*, poiché la esclusione soggettiva di tali concessionari deriva già direttamente dalla interpretazione sistematica adottata ai par. 3 e 3.1 del presente parere.

La Commissione ravvisa, dunque, senz'altro l'opportunità d'integrare le previsioni del punto 1.3 delle Linee guida dandosi atto che l'esclusione dell'applicazione dell'art. 177 che risale al disposto dell'art. 7 vale, oltre che per le concessioni, anche per gli appalti indicati da quest'ultimo articolo.

8. Il secondo punto oggetto di chiarimenti attiene agli eventuali effetti, sui contratti in corso, della scadenza del termine biennale che il comma 2 dell'art. 177 assegna per l'adeguamento alla disciplina del relativo comma 1.

8.1. L'interpretazione illustrata in proposito dall'Autorità nella sua nota del 29 maggio 2018 può essere in buona parte condivisa.

La medesima, nel ricordare che l'obbligo di adeguamento imposto dall'art. 177 riguarda il rispetto delle percentuali previste dalla norma, da applicarsi al complesso dei contratti stipulati per l'esecuzione della concessione, rettamente non ricollega – come, del resto, nemmeno la legge fa - alcuna conseguenza automatica, sull'efficacia dei contratti in corso, né all'entrata in vigore dell'art. 177, né al fatto successivo della pura e semplice scadenza del biennio assegnato dal comma 2 per l'adeguamento alla disciplina in discussione.

Condivisibilmente l'ANAC osserva, quindi, che il concessionario, man mano che i precedenti contratti vengono a scadenza, deve assegnare i relativi affidamenti mediante gara, dal momento che l'obbligo di evidenza pubblica posto dall'art. 177 è immediatamente operativo.

8.2. L'Autorità soggiunge però poi, incidentalmente, che in caso di mancato rispetto della percentuale prevista dalla legge, il singolo concessionario, nel perseguimento del risultato del riequilibrio prescritto dal comma 3 dell'art. 177, e quindi, nello scegliere quali affidamenti esternalizzare, potrebbe eventualmente determinarsi, per non incorrere in una violazione della disciplina in discorso, anche ad agire sulla leva del recesso/risoluzione anticipata di affidamenti ancora in corso.

La Commissione deve tuttavia osservare che quest'ultima possibilità non può affatto essere reputata né obbligatoria, né generale, né incondizionata.

In assenza di una espressa previsione imperativa che *ab externo* integri la disciplina del rapporto contrattuale tra il concessionario e il terzo appaltatore fiduciariamente scelto, il recesso costituirebbe infatti un illecito contrattuale o comunque un comportamento foriero di un sicuro pregiudizio patrimoniale per il recedente, esposto al "prezzo" del recesso eventualmente pattuito o all'obbligazione risarcitoria per aver infranto il vincolo contrattuale.

Né può accettarsi una logica che ponga il concessionario (debitore verso il mercato nella *ratio* riequilibratice sopra segnalata, ma incolpevole) dinanzi alla frustrante alternativa di soggiacere alla penale di cui al comma 3 della norma in commento, per mancato raggiungimento della soglia, o compiere un illecito contrattuale nei confronti del (parimenti incolpevole) terzo appaltatore. Si deve, tra l'altro, considerare che il prezzo del recesso o il risarcimento del danno incidono sui costi della concessione e dunque, applicando il principio dell'equilibrio finanziario di cui all'art. 3, co. 1, let. fff) del codice, sussiste il concreto rischio della traslazione di essi sugli utenti o sui contribuenti.

Sarà piuttosto l'amministrazione concedente a valutare caso per caso, in sede di verifica annuale e di eventuale procedimento per l'applicazione della penale, l'esigibilità del comportamento del concessionario secondo quanto poc'anzi chiarito, sì da "sanzionarlo" soltanto nei casi in cui abbia violato l'obbligo di esternalizzazione con evidenza pubblica nella misura di legge omettendo l'adozione di comportamenti, però, giuridicamente possibili e leciti, oltre che dovuti.

Giova precisare che quanto appena affermato non può valere per i contratti di appalto stipulati dal concessionario con società *in house* (oltre i limiti del 20%). E' pacifico che in tali casi l'appaltatore non è soggetto realmente terzo rispetto al

concessionario, e dunque non si pongono, nella sostanza, i problemi di esigibilità, sopra, in via generale, profilati.

In altri termini, per i contratti affidati *in house* (o anche a una collegata), nel periodo transitorio e in quello di osservazione, ben può ipotizzarsi un onere, se non un obbligo, del concessionario di recedere quanto prima, se del caso immediatamente, da tali contratti per rientrare nella soglia fissata dall'art. 177. Fermo restando che qualsiasi decisione circa il recesso, deve essere contemperata con l'interesse pubblico soddisfatto dalla concessione, e dunque opportunamente coordinata con le procedure ad evidenza pubblica sostitutive, in maniera che non si verifichi alcun vulnus alla corretta erogazione del servizio pubblico. Tali decisioni andranno opportunamente concordate con il concedente di cui all'ultimo paragrafo del presente punto e al punto 11.

Ricapitolando, e traendo le necessarie conclusioni su tale specifico e delicato punto, è opportuno allora che le Linee guida, nello stabilire le "modalità" di "verifica del rispetto", da parte dei soggetti preposti, degli obblighi di adeguamento, chiariscano che questi ultimi hanno ad oggetto a) le (nuove) esternalizzazioni, b) il rinnovo con procedure di evidenza pubblica delle esternalizzazioni già avvenute a mezzo di contratti, man mano essi scadono, c) eventualmente previo recesso, ove gli stessi siano qualificabili come affidamenti *in house* o a collegata.

Ove ciò non basti a raggiungere la soglia, l'amministrazione concedente dovrà, previo esame in contraddittorio con il concessionario, eventualmente anche in sede di programmazione annuale degli affidamenti (sul punto v. par.11 di questo paragrafo), esaminare caso per caso i rapporti contrattuali in corso, nel rispetto del criterio guida secondo il quale non è esigibile un comportamento suscettibile di essere configurato quale illecito a danno di terzi, o comunque foriero di pregiudizio patrimoniale per il concessionario.

9. Altro punto oggetto di richiesta di chiarimenti riguardava l'esigenza di puntualizzare se ai fini dell'adempimento dell'obbligo di legge rilevi unicamente il momento a valle dell'effettivo affidamento contrattuale dietro procedura di evidenza pubblica, oppure possa rivestire valore anche, a monte, l'indizione della gara a ciò diretta.

Anche sotto questo aspetto si rivela condivisibile l'impostazione illustrata dall'ANAC.

Secondo l'Autorità, pur se la lettera della legge comporta che il calcolo dell'ammontare dei contratti affidati con procedura di evidenza pubblica debba, in via di principio, tener conto dei contratti effettivamente sottoscritti, nondimeno, in sede di verifica, il concessionario può essere ammesso a chiedere che al fine del rispetto delle percentuali di legge possano essere considerate, *mediotempore*, anche le procedure da lui avviate ma non ancora concluse, in un caso siffatto essendo poi cura del concedente accertare che una simile richiesta non sia volta ad eludere la norma primaria.

Questa posizione ha il pregio della coerenza rispetto alla natura procedimentalizzata degli adempimenti che l'art. 177 esige dai suoi destinatari, e tiene inoltre debito conto dei cospicui tempi non di rado occorrenti a portare a conclusione una procedura di evidenza pubblica.

Pare, allora, senz'altro utile che il paragr. 4 dell'articolato delle Linee guida venga integrato in aderenza alla posizione appena illustrata.

10. La Commissione ritiene di poter aderire anche, per le ragioni da questa esposte, all'interpretazione dell'Autorità secondo la quale l'art. 177 non prevede modalità di affidamento differenziate in base alla natura soggettiva dei concessionari, ma sottende comunque l'applicazione delle procedure di evidenza pubblica delineate dalla disciplina generale del codice.

La posizione dell'ANAC non può essere seguita, invece, nella parte in cui questa esprime l'ulteriore avviso che la disciplina codicistica applicabile debba essere necessariamente circoscritta a quella dettata per i settori ordinari (che viene identificata negli artt. 59 e ss. del d.lgs. n. 50/2016).

In assenza di un preciso vincolo legislativo sul punto, infatti, la Commissione è del parere che non sarebbe giustificabile negare ai concessionari la possibilità di disporre, di fronte alla diversità delle fattispecie concrete, di quella stessa varietà di modelli procedurali che la disciplina generale appresta per le Pubbliche Amministrazioni, a partire dalle regole dettate per i contratti sotto soglia dall'art. 36 del codice (con l'esclusione però, beninteso, dello strumento degli affidamenti *in house*, che nell'art. 177 ha già trovato una puntuale regolamentazione speciale con una limitazione massima al 20/40 per cento del fatturato passivo).

Anche sotto questo profilo l'articolato in disamina dovrebbe perciò essere opportunamente integrato.

11. Si reputano infine persuasive le considerazioni con le quali nella nota dell'ANAC del 29 maggio 2018 è stata confermata la valutazione d'imprescindibilità già espressa dall'Autorità a proposito del programma annuale degli affidamenti oggetto della previsione del paragr. 5.3 dello schema. I chiarimenti pervenuti sono coerenti, tra l'altro, anche con la circostanza che le penali recate dall'art. 177 possono essere inflitte unicamente in presenza di un risultato di squilibrio, non sanato, rispetto all'assetto imposto dal comma 1 del medesimo articolo. E, d'altra parte, l'essenzialità del predetto strumento di programmazione annuale acquista evidenza ancora maggiore alla luce delle osservazioni che sono state fatte al n. 8 del presente parere sul tema della gestione dei contratti in corso in capo al concessionario.

12. Un ultimo aspetto sostanziale, estraneo alla precedente richiesta di chiarimenti, merita a questo punto attenzione.

Il comma 3 dell'art. 177 stabilisce che la verifica del rispetto dei limiti di cui al comma 1 compete tanto ai soggetti preposti quanto all'ANAC, attribuendo specificamente ai primi la sola inflizione della penale ivi comminata.

Orbene, l'assetto disegnato dal paragr. 6 dell'articolato non sembra pienamente conforme al modulo di competenza concorrente previsto in materia di verifiche, il quale, pur essendo declinabile senza dubbio nel senso che la competenza in discussione spetti in prima battuta ai concedenti, esige, però, che anche l'Autorità disponga di un adeguato strumentario di poteri d'intervento.

Per quanto detto, nel corpo del paragr. 6 andrebbe inserito un nuovo punto 6.5 (con conseguente nuova numerazione dell'attuale punto ora così denominato come 6.6), il quale potrebbe avere il seguente tenore:

"6.*5 L'ANAC, oltre a operare controlli a campione sui concessionari, può in qualsiasi momento chiedere ai concedenti dati, informazioni e chiarimenti. In caso di reiterato e grave inadempimento o inescusabile inerzia di un concedente nelle verifiche di competenza, essa si sostituisce al medesimo, previa diffida, nell'esercizio dei compiti di cui al presente paragrafo*."

13. La Commissione desidera, infine, conclusivamente segnalare, a titolo collaborativo, anche la possibilità di una revisione formale di taluni punti dell'articolato delle Linee guida (segnalazione che viene estesa, per completezza, anche alla sua prima parte, per la quale comunque rimane l'invito di cui al par. 2.2.).

In primo luogo si osserva che nel corpo delle Linee guida le singole partizioni di primo livello sono indicate alle volte come punti, talvolta paragrafi o anche articoli, contraddistinti con il sistema dell'elenco numerato. A loro volta, le partizioni di secondo livello sono talvolta indicate con il sistema numerato (1.1.1), talvolta invece con il nome di "commi" accompagnato dall'ordinale o dal numerale corrispondente. E' quindi necessario che si scelga una denominazione unitaria per le partizioni di primo livello che non ingeneri confusioni. All'uopo appare la soluzione più conveniente quella di usare esclusivamente il sostantivo "punto", o se si preferisce

"paragrafo", evitando "articolo", e usando il sistema dell'elenco numerato. Le partizioni di secondo livello saranno più opportunamente indicate, senza apposizioni di sorta, solo con il sistema dell'elenco numerato: 1.1.1. ed evitando sempre il sostantivo "comma".

Ritiene la Commissione che questo suggerimento di *drafting* possa valere anche per i successivi elaborati di codesta Autorità.

I punti interessati vengono, qui di seguito, schematicamente indicati.

Nel punto 1:

- al punto 1.2, il richiamo al comma 2, lett. g), andrebbe riformulato avendo riguardo al punto 3, lett. f);
- al punto 1.4, nella parte in cui si rimanda al punto 1.2, il richiamo dovrebbe essere esteso anche al punto 1.3.

Nel punto 2:

la delicatezza del compito di definire i contratti assoggettati all'articolo 177 consiglierebbe di allontanarsi il meno possibile dalla lettera della legge. La Commissione è quindi dell'avviso che il punto 2.1 possa essere limitato alla disposizione "*I contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 177 sono quelli che riguardano le prestazioni oggetto della concessione*.", e che il successivo punto 2.2 possa essere eliminato.

Nel punto 4:

- al punto 4.2, dopo le parole "*consentiti dalla norma*", il testo potrebbe concludersi con le seguenti: "*nella misura in cui lo squilibrio non sia stato recuperato entro l'anno successivo*.";
- al punto 4.4, le parole "*all'esito di un regolare contraddittorio con il concessionario*," potrebbero essere sostituite dalle seguenti: "*dopo una preventiva contestazione con la quale si assegna un termine per controdedurre non inferiore a trenta giorni*,".

Nel punto 6:

- al punto 6.2, il secondo periodo potrebbe essere eliminato: la trasmissione all'ANAC dell'esito delle verifiche è difatti prevista anche al punto 4 del paragrafo;
- al punto 6.4, dopo le parole "*trasmesso all'ANAC*" andrebbero aggiunte le seguenti: "*senzaritardo*".

P.Q.M.

nelle considerazioni esposte in motivazione è il parere della Commissione speciale.

GLI ESTENSORI
Nicola Gaviano, Giulio Veltri

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO
Cinzia Giglio