

DELIBERA 26 giugno 2019.

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». (Delibera n. 570).

PREMESSA.

Le presenti linee guida sono adottate ai sensi dell'art. 177, comma 3, del decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50. La Parte I contiene indicazioni di natura interpretativa rese ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici al fine di favorire la corretta ed omogenea applicazione della normativa e, come tali, sono da considerarsi non vincolanti. La Parte II contiene indicazioni operative rese ai sensi dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici, aventi carattere vincolante.

PARTE I

1 - Ambito di applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici.

1.1. Nel silenzio della legge, la collocazione sistematica dell'art. 177 nell'ambito della Parte III del codice dei contratti pubblici depona per l'applicazione alle fattispecie in esso regolate delle disposizioni contenute in tale parte.

1.2. L'art. 177 si applica alle concessioni di lavori e di servizi di importo pari o superiore a 150.000 euro individuate dall'art. 164 del decreto legislativo n. 50/2016, affidate in data antecedente all'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 in difformità rispetto alle procedure di affidamento consentite.

1.3. La norma in esame si applica alle concessioni di cui al comma 1 affidate nei settori ordinari e, ad esclusione di quanto previsto al successivo punto 2, lettera f), nei settori speciali.

1.4. L'art. 177 non si applica alle fattispecie escluse dall'applicazione della Parte III del codice dei contratti pubblici, individuate dall'art. 164, oltre che ai contratti esclusi ai sensi degli articoli 4-18 del codice dei contratti pubblici. L'art. 177, non si applica, quindi:

a. ai provvedimenti con cui le amministrazioni aggiudicatrici autorizzano l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici, incluse le concessioni demaniali;

b. ai servizi non economici di interesse generale, riferiti ad attività connesse all'esercizio delle prerogative dei pubblici poteri, quali ad esempio il servizio sanitario nazionale, le attività relative all'esercito e alla polizia, la sicurezza della navigazione aerea, il controllo della circolazione marittima e la sicurezza marittima, la gestione dei regimi di assicurazione obbligatoria finalizzati al perseguimento di un obiettivo esclusivamente sociale, le prestazioni di insegnamento pubblico;

c. alle concessioni aggiudicate con le modalità previste dalla normativa in materia di affidamenti vigente al momento della sottoscrizione del contratto alle concessioni aggiudicate con la formula del *project financing* di cui all'art. 183 del codice e con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea, a condizione che l'affidamento sia avvenuto nel rispetto delle condizioni indicate all'art. 183 del codice per la scelta del partner privato;

d. alle concessioni affidate a organismi *in house* alle condizioni di cui agli articoli 5 e 192 del codice;

e. alle concessioni aggiudicate ad una *joint venture* o ad un ente aggiudicatore facente parte di una *joint venture* ai sensi dell'art. 6 del codice;

f. per effetto dell'art. 7 del codice dei contratti pubblici: alle concessioni nei settori speciali aggiudicate a un'impresa collegata o a una *joint venture*, alle condizioni previste al comma 2 del medesimo articolo;

agli appalti nei settori speciali che l'ente aggiudicatore titolare di una concessione assoggettata all'art. 177 del codice dei contratti pubblici affida a un'impresa collegata o a una *joint venture* per l'esecuzione della concessione medesima, alle condizioni previste all'art. 7, comma 2 del codice dei contratti pubblici. La condizione qui descritta si realizza, ad esempio, nel caso in cui, nei settori speciali, un concessionario affida una concessione ad un soggetto terzo, riservandosi l'esecuzione di parte delle prestazioni e decide poi di appaltare a un'impresa collegata uno specifico contratto attuativo della concessione. In tal caso, sebbene la concessione sia assoggettata all'art. 177, essendo carente il presupposto soggettivo della deroga prevista dall'art. 7, i contratti attuativi affidati al ricorrere dei presupposti soggettivi e oggettivi previsti dalla norma citata sono esclusi dall'applicazione del regime speciale dettato dall'art. 177 del codice dei contratti pubblici.

g. per effetto dell'art. 8 del codice dei contratti pubblici, alle concessioni aggiudicate da enti aggiudicatori se l'attività è direttamente esposta alla concorrenza;

h. per effetto dell'art. 9, comma 2, del codice dei contratti pubblici, alle concessioni aggiudicate ai soggetti ivi indicati sulla base di un diritto esclusivo e, con riferimento agli operatori economici, per le attività individuate all'allegato II del codice dei contratti pubblici;

i. per effetto dell'art. 12 del codice dei contratti pubblici, alle concessioni nel settore idrico aggiudicate per le finalità previste dalla norma citata;

j. per effetto dell'art. 14 del codice dei contratti pubblici, alle concessioni aggiudicate dagli enti aggiudicatori per scopi diversi dal perseguimento delle attività di cui agli articoli da 115 a 121 o per l'esercizio di tali attività in un Paese terzo, in circostanze che non comportino lo sfruttamento di una rete o di un'area geografica all'interno dell'Unione europea;

k. per effetto dell'art. 15 del codice dei contratti pubblici, alle concessioni principalmente finalizzate a permettere alle amministrazioni aggiudicatrici la messa a disposizione o la gestione di reti pubbliche di telecomunicazioni o la prestazione al pubblico di uno o più servizi di comunicazioni elettroniche;



l. per effetto dell'art. 16 del codice dei contratti pubblici alle concessioni aggiudicate o organizzate in base a norme internazionali;

m. alle concessioni aventi ad oggetto le fattispecie previste dall'art. 17 del codice dei contratti pubblici;

n. per effetto dell'art. 18, comma 1, lettera a), del codice dei contratti pubblici, alle concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio e alle concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007;

o. alle concessioni di cui all'art. 18, comma 1, lettera b) e c) del codice dei contratti pubblici;

1.5. Al ricorrere dei presupposti previsti dal codice dei contratti pubblici e fatte salve le esclusioni previste ai punti 1.2 e 1.3, l'art. 177 si applica ai concessionari privati, anche se non tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

1.6. La disposizione in esame si applica anche ai concessionari tenuti all'applicazione del codice, atteso che la stessa introduce un regime più restrittivo, applicabile alle sole concessioni già in essere, affidate senza gara in vigore del decreto legislativo n. 163/2006. Anche nel caso del concessionario tenuto all'applicazione del codice dei contratti pubblici permane l'esigenza di recuperare il difetto di concorrenza nell'affidamento della concessione con l'applicazione dei limiti percentuali previsti dalla norma.

2. - I contratti assoggettati alle previsioni dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici.

2.1. I contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'art. 177 sono quelli che riguardano tutte le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessarie per l'esecuzione della stessa, anche se svolte direttamente dal concessionario.

2.2. Non sono inseriti nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'art. 177 i contratti stipulati per la gestione dell'attività del concessionario nel suo complesso quali, ad esempio, i contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, per le utenze, per la manutenzione degli immobili, se utilizzati promiscuamente con altre attività svolte dal concessionario.

2.3. I valori percentuali indicati all'art. 177 si riferiscono al valore complessivo dei contratti di cui al punto 2.1 calcolato ai sensi dell'art. 35 del codice dei contratti pubblici.

2.4. I contratti di durata pluriennale, o quelli che si riferiscono a più concessioni, contribuiscono al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota. Anche per tale finalità, i concessionari tengono una contabilità separata per ciascuna concessione.

3 - Ambito temporale di applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici.

3.1. Il termine indicato dall'art. 177, comma 2, del codice dei contratti pubblici, come modificato dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55 rappresenta il termine finale entro cui i

titolari di concessioni affidate senza gara prima dell'entrata in vigore del decreto legislativo n. 50/2016 devono adeguare la percentuale degli affidamenti esterni alle indicazioni normative. L'adeguamento è effettuato man mano che i contratti in essere vengono a scadenza.

3.2. Per i contratti affidati a partire dal 19 aprile 2016, i titolari di concessioni assoggettate alla deroga di cui all'art. 253, comma 25, del decreto legislativo n. 163/2006 sono tenuti a rispettare le percentuali indicate all'art. 177.

3.3. Le convenzioni in essere alla data di entrata in vigore del codice dei contratti pubblici sono integrate con l'indicazione degli obblighi derivanti dall'art. 177 del codice dei contratti pubblici e dalle presenti linee guida.

PARTE II

4 - Situazione di squilibrio e quantificazione della penale.

4.1. Le eventuali situazioni di squilibrio rispetto ai limiti percentuali indicati dall'art. 177 del codice dei contratti pubblici sono riequilibrare entro l'anno successivo rispettando, nel contempo, le percentuali di affidamento di pertinenza dell'anno in corso e considerando il valore dei contratti che avrebbero dovuto essere affidati con procedura di evidenza pubblica per ciascun anno.

4.2. Le situazioni di squilibrio sono sanate mediante:

a. nuove esternalizzazioni;

b. il rinnovo con procedure di evidenza pubblica delle esternalizzazioni già avvenute a mezzo di contratti, man mano che esse scadono;

c. la cessazione degli affidamenti diretti a società *in house* o collegate, eventualmente previo recesso.

4.3. Al fine del rispetto delle percentuali di legge possono essere considerate le procedure di affidamento avviate dal concessionario ma non ancora concluse. In tal caso, il concedente è tenuto ad accertare l'effettivo affidamento del contratto.

4.4. La penale di cui all'art. 177, comma 3, del codice dei contratti pubblici, è calcolata sull'importo complessivo dei contratti affidati senza gara oltre i limiti percentuali consentiti dalla norma nella misura in cui lo squilibrio non sia recuperato entro l'anno successivo.

4.5. L'applicazione della penale avviene dopo una preventiva contestazione con la quale si assegna un termine per controdedurre non inferiore a trenta giorni, nel rispetto del principio della partecipazione e del diritto di difesa.

5 - Obblighi di pubblicazione.

5.1. Per le concessioni in essere assoggettate all'art. 177 del codice dei contratti pubblici, i soggetti concedenti pubblicano sul profilo di committente, nella sezione «amministrazione trasparente», sotto-sezione «Bandi di gara e contratti», sezione «Concessioni assoggettate all'art. 177 del decreto legislativo 50/2016», le seguenti informazioni:

data di sottoscrizione della concessione;



oggetto della concessione;
 valore stimato della concessione;
 stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue;
 dati del concessionario.

5.2. I soggetti concedenti pubblicano i dati e le informazioni richiesti ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici e all'art. 37 del decreto legislativo n. 33/2013 riferiti alle concessioni in essere escluse dall'applicazione dell'art. 177 del codice dei contratti pubblici, sul profilo di committente nella sezione «Amministrazione trasparente» sotto-sezione «Bandi di gara e contratti» sezione «Concessioni escluse dall'applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici», indicando altresì lo stato della concessione e i motivi che legittimano l'esclusione.

5.3. I concessionari elaborano un programma annuale degli affidamenti, da trasmettere al concedente entro il 31 dicembre dell'anno precedente, contenente i lavori, servizi e forniture programmati nell'anno di riferimento, specificando, per ciascuno, la modalità di esecuzione e l'incidenza percentuale sul totale dei contratti da eseguire.

5.4. I concessionari pubblicano sul profilo di committente nella sezione «Amministrazione trasparente» sotto-sezione «Bandi di gara e contratti» sezione «Contratti riferiti a concessioni assoggettate all'applicazione dell'articolo 177 del codice dei contratti pubblici» i dati e le informazioni riferiti ai contratti affidati con procedura di evidenza pubblica richiesti ai sensi dell'art. 29 del codice dei contratti pubblici e all'art. 37 del decreto legislativo n. 33/2013, oltre alle seguenti informazioni:

programma annuale degli affidamenti;
 incidenza percentuale dei contratti affidati con gara sul totale dei contratti relativi alla concessione;
 entità delle eventuali situazioni di squilibrio e interventi proposti per il riequilibrio, con indicazione del relativo cronoprogramma.

5.5. I concessionari pubblicano, inoltre, con le modalità di cui al punto precedente, le seguenti informazioni riferite ai contratti affidati senza gara:

contratti riferiti alla concessione realizzati da società *in house*, da società collegate/controllate o mediante operatori individuati con procedure di evidenza pubbliche anche semplificate, con indicazione del soggetto esecutore e, nel caso si tratti di operatori, della procedura utilizzata per l'affidamento, nonché dell'oggetto, del valore e della percentuale di incidenza sul totale dei contratti relativi alla concessione;

5.6. Gli obblighi di pubblicazione di cui ai punti precedenti devono essere assolti, in prima applicazione, entro il 31 gennaio 2022 con riferimento al periodo 1° gennaio 2021 - 31 dicembre 2021 e, successivamente, entro il 31 gennaio di ogni anno con riferimento all'anno solare precedente.

5.7. I dati e le informazioni di cui al presente paragrafo sono pubblicati in formato digitale *standard* aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici e restano accessibili per cinque anni dalla data della pubblicazione.

5.8. La mancata pubblicazione dei dati indicati nel presente paragrafo è segnalata dal concedente all'ANAC.

6 - Attività di verifica.

6.1. La verifica delle quote degli affidamenti di cui all'art. 177, commi 1 e 3, del codice dei contratti pubblici è effettuata dai soggetti concedenti secondo un calendario di controlli che preveda almeno un controllo annuale.

6.2. Il concedente effettua le verifiche sulle attività del concessionario secondo le modalità di cui all'art. 31, comma 12, del codice dei contratti pubblici.

6.3. I concedenti verificano il rispetto delle quote percentuali indicate dall'art. 177, comma 1, del codice dei contratti pubblici, secondo le indicazioni fornite nelle presenti linee guida. I dati necessari alla verifica sono acquisiti sia mediante attività di verifica presso le sedi dei concessionari, sia mediante accesso diretto al profilo di committente dei concessionari. I concedenti richiedono ai concessionari i dati e le informazioni ulteriori necessari allo svolgimento delle verifiche di competenza.

6.4. L'esito delle verifiche effettuate dai concedenti è trasmesso all'ANAC senza ritardo unitamente ad una relazione sulle situazioni di squilibrio accertate e sulle ipotesi che hanno dato luogo all'applicazione delle penali, secondo modelli predisposti da ANAC.

6.5. L'ANAC, oltre a operare controlli a campione sui concessionari, ai sensi dell'art. 213, comma 13, del codice dei contratti pubblici, 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.

6.6. Ai sensi dell'art. 213, comma 6, del codice dei contratti pubblici, l'ANAC segnala agli organi competenti l'accertamento di irregolarità, inadempimenti o ritardi nello svolgimento delle verifiche di competenza da parte dei concedenti.

Roma, 26 giugno 2019

Il Presidente: CANTONE

Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 614 del 4 luglio 2018, aggiornate al decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno 2019, n. 55, con delibera n. 570 del 26 giugno 2019.

Depositate presso la Segreteria del Consiglio in data 12 luglio 2019.

Il Segretario: ESPOSITO

19A04987

