

Documento di consultazione

Schema di Deliberazione dell’Autorità ai sensi dell’articolo 186 comma 2 del decreto legislativo n. 36 del 31/03/2023 recante “Indicazioni sulle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture da parte dei titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici non affidate conformemente al diritto dell’Unione europea”

Sommario

Documento di consultazione	1
Premessa	1
1. Ambito di applicazione	2
2. Base di calcolo delle quote di esternalizzazione: i contratti assoggettati alle previsioni dell’articolo 186 del codice dei contratti pubblici	3
3. Criteri per il calcolo delle quote di esternalizzazione.....	3
4. Servizi indivisibili	4
5. Definizione di operatori terzi	5
6. Modalità di adeguamento delle concessioni in essere	5
7. Misure di riequilibrio e controlli del concedente	5
9. Obblighi di pubblicazione e comunicazione	6

Premessa

Con le Linee Guida n. 11, era stata data attuazione all’articolo 177 del codice dei contratti pubblici, che demandava all’ANAC l’individuazione delle modalità per la verifica del rispetto delle quote di esternalizzazione 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 gara. Le Linee Guida sono state annullate in conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale dell’articolo 177 del codice dei contratti pubblici, ad opera della sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 23/11/2021.

L’articolo 186 del decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023 ripropone la disciplina degli affidamenti dei concessionari individuati senza gara, adeguandola alle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale nella sentenza su richiamata. La norma prevede che i titolari di concessioni di lavori e di servizi pubblici nei settori ordinari, già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza europea, che non siano state affidate conformemente al diritto dell’Unione europea vigente al momento dell’affidamento o della proroga, siano tenuti ad affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una quota tra il 50 per cento e il 60 per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture. La norma prevede che tale quota sia stabilita convenzionalmente dal concedente e dal concessionario, tenendo conto delle dimensioni economiche e dei caratteri dell’impresa, dell’epoca di assegnazione della concessione, della sua durata residua, del suo oggetto, del suo valore economico e dell’entità degli investimenti effettuati.

In caso di comprovata indivisibilità delle prestazioni di servizi dedotte in concessione, la disposizione prevede un meccanismo alternativo rispetto alla esternalizzazione, consistente nella corresponsione, da parte del concessionario, di un importo compreso tra il minimo del 5 per cento ed il massimo del 10 per cento degli utili previsti dal Piano economico-finanziario, tenendo conto dell'epoca di assegnazione della concessione, della sua durata, del suo oggetto, del suo valore economico e dell'entità degli investimenti.

Il comma 5 dell'articolo in esame demanda all'ANAC la definizione delle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione, assegnando, a tal fine, il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice.

Il comma 6 contiene ulteriori disposizioni che riguardano gli obblighi dei concessionari autostradali. In particolare, in relazione alle modalità di calcolo delle quote di cui al comma 2 si rinvia agli importi risultanti dai piani economici finanziari annessi agli atti convenzionali e sulla base del piano complessivo dei lavori, servizi e forniture presentato dai concessionari al concedente. Inoltre, si precisa che la verifica del rispetto delle quote è svolta con cadenza quinquennale e che in caso di squilibrio, il concedente può richiedere la presentazione di una garanzia fideiussoria.

Le concessioni già in essere devono essere adeguate alle predette disposizioni entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del codice.

In merito a detta disposizione, l'Autorità aveva rilevato delle criticità, in sede di audizione presso le Commissioni parlamentari sul disegno di legge recante il nuovo codice dei contratti pubblici, evidenziando la necessità di definire con norma primaria la base di calcolo delle quote di esternalizzazione, chiarendo quali affidamenti debbano essere conteggiati. Inoltre, aveva segnalato l'assenza di indicazioni in merito alle modalità e alle tempistiche di attuazione delle misure di riequilibrio, nonché alle conseguenze del mancato adeguamento. Infine, era stato sottolineato come la formulazione della disposizione concernente la definizione delle quote, renda ardua e problematica la predisposizione del provvedimento demandato all'ANAC e lo svolgimento dei poteri di vigilanza alla stessa attribuiti, tenuto conto anche dei ristretti termini assegnati e della particolare delicatezza della materia.

In considerazione dei ristretti termini assegnati e della particolare delicatezza della materia, ancor prima della pubblicazione del nuovo codice l'Autorità ha inviato una richiesta di contributo alle Istituzioni, Autorità e Amministrazioni interessate, già coinvolte nella redazione delle Linee guida n. 11 - sulle previsioni contenute nello schema di articolo 186.

Pertanto, nella predisposizione del presente documento sono stati tenuti in considerazione i riscontri già pervenuti.

Questa Autorità, con il presente atto, fornisce le necessarie indicazioni agli enti concedenti chiamate a definire le predette quote e a verificarne il raggiungimento delle stesse da parte dei concessionari nelle tempistiche prescritte.

In coerenza con l'obiettivo del Legislatore che, a propria volta, ha inteso tener conto delle indicazioni offerte dalla Corte Costituzionale nella già citata sentenza n. 218 del 2021, i successivi indirizzi sono finalizzati a consentire agli enti concedenti di tener conto, nel calcolo della quota, delle specifiche caratteristiche della concessione considerata.

Il presente atto è stato redatto riproponendo quelle opzioni adottate all'esito dell'attività di consultazione che aveva preceduto l'approvazione delle Linee Guida ANAC n. 11, che si ritiene possano trovare conferma anche in relazione alla nuova impostazione della disciplina.

Inoltre, sono stati tenuti in considerazione i contributi che, su richiesta di questa Autorità, sono già stati inviati da alcune Istituzioni, Autorità e Amministrazioni interessate.

1. Ambito di applicazione

1.1 L'articolo 186 si applica alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del codice, di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea e non affidate conformemente al diritto dell'Unione europea vigente al momento dell'affidamento o della proroga. Pertanto, sotto un profilo oggettivo, in base a quanto testualmente previsto al comma 2 dell'articolo 186, *a contrario*, non ricadono nell'ambito di applicazione delle disposizioni in esame:

- le concessioni che, **tenuto conto anche di eventuali rinnovi o proroghe**, non superino la soglia di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a) del codice;
- le concessioni assegnate **successivamente all'entrata in vigore del nuovo codice**, che devono essere affidate nel rispetto delle procedure ivi previste;

- le concessioni **affidate conformemente** al diritto dell'Unione europea, vigente al momento dell'affidamento o della proroga.

1.2 Dall'applicazione dell'articolo 186 sono escluse **tutte le concessioni afferenti ai settori speciali**, di cui al libro III del codice, ossia: gas e energia termica, elettricità, settore idrico, trasporto ferroviario, tranviario, filoviario, mediante autobus, sistemi automatici o cavo, porti e aeroporti servizi postali, estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi. Per queste concessioni **restano fermi gli obblighi di affidamento a terzi previsti nelle corrispondenti clausole contrattuali, in quanto definite anche sulla base di puntuali obblighi normativi.**

1.3 L'articolo 186 non si applica alle **concessioni escluse** dall'applicazione del codice di cui all'art. 181, che rinvia ai corrispondenti articoli della direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014. Sono, pertanto, escluse le concessioni di cui agli articoli 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17 della predetta direttiva.

1.4 **Sotto un profilo soggettivo**, l'art. 186 si applica:

- ai concessionari privati, anche se non tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici;
- ai concessionari pubblici o, comunque, tenuti all'applicazione del codice, trattandosi di un regime più restrittivo, applicabile alle sole concessioni già in corso. Anche nel caso per i concessionari tenuti 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. Base di calcolo delle quote di esternalizzazione: i contratti assoggettati alle previsioni dell'articolo 186 del codice dei contratti pubblici

2.1 I contratti da inserire nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 186 sono quelli che riguardano tutte le prestazioni da eseguire **nel periodo considerato**, 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'articolo 186 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 contratti di lavori, servizi o forniture 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. Criteri per il calcolo delle quote di esternalizzazione

3.1 Le parti definiscono la quota di esternalizzazione da applicare alla specifica concessione incrementando la quota minima individuata dall'articolo 186 comma 2 (50%), secondo le indicazioni contenute nei punti seguenti. A tal fine, le parti tengono conto dei singoli criteri di valutazione individuati dalla norma.

3.2 In applicazione del **criterio dimensionale**, la quota minima di esternalizzazione è incrementata tenendo conto del valore complessivo della concessione, in applicazione delle percentuali di seguito individuate:

Importo complessivo della concessione	> 5.3 Mio < 10 Mio	> 10 Mio < 15 Mio	> 15 Mio < 20 Mio	> 20 Mio < 25 Mio	> 25 Mio < 30 Mio	> 30 Mio
punti percentuali da sommare alla quota minima di esternalizzazione (50%)	+ 0%	fino a +0,8%	fino a +1,6%	fino a +2,4%	fino a +3,6%	fino a +4,4%

3.3 Al fine di tener conto dell'**oggetto della concessione**, le parti definiscono la quota di esternalizzazione, applicando gli incrementi di seguito indicati:

Solo servizi (non indivisibili)	Lavori e Servizi
fino a + 1,6%	fino a + 2,6%

3.4 Nella definizione della quota di esternalizzazione, le parti tengono conto della **durata residua** della concessione (**criterio storico**), secondo le modalità di seguito individuate:

Durata residua > 5 anni	Durata residua < 5 anni
fino a + 0,5%	fino a + 1,5%

3.5 Nel determinare la quota di esternalizzazione, le Parti tengono in considerazione le **dimensioni economiche** del concessionario (**caratteristiche del concessionario**), assumendo come criterio di riferimento i requisiti dimensionali individuati nella Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione UE per le PMI e applicando il seguente schema:

dimensioni economiche ≤ PMI	dimensioni economiche > PMI
fino a + 0,5%	fino a + 1,5%

3.6 La quota di esternalizzazione incrementata ai sensi dei punti precedenti, può essere riparametrata mediante l'applicazione di decurtazioni ritenute congrue, al ricorrere delle seguenti circostanze:

- a) il concessionario ha effettuato investimenti recenti non ancora ammortizzati. È esclusa o limitata la rilevanza degli investimenti non autorizzati dal concedente o da questi ritenuti non efficienti o non conformi rispetto all'oggetto della concessione.
- b) il concessionario ha esternalizzato, in misura superiore al 50 per cento, le prestazioni oggetto della concessione riferite alla parte di contratto già eseguita.

3.7 Le decurtazioni di cui al punto precedente non possono superare la misura massima di 1,5% per ciascuna fattispecie e non possono condurre alla determinazione di una quota di esternalizzazione finale inferiore alla quota minima stabilita dalla norma.

4. Servizi indivisibili

4.1 Ai sensi dell'art. 186 comma 3, per le concessioni di soli servizi o per quelle in cui, essendo state completate le opere, residui la sola gestione, le parti verificano l'eventuale indivisibilità delle prestazioni.

4.2 Qualora sussista tale condizione, il concessionario si limita a corrispondere all'ente concedente un importo compreso tra il minimo del 5% ed il massimo del 10% degli utili previsti dal Piano economico-finanziario.

4.3 Nella determinazione della predetta percentuale, l'Ente concedente può tener conto dei criteri indicati nei paragrafi da 3.1 a 3.7.

5. Definizione di operatori terzi

5.1 L'obbligo di esternalizzazione può ritenersi assolto solo se la quota di prestazioni, determinata sulla base dei criteri definiti nel precedente paragrafo, sia eseguita da operatori terzi rispetto al concessionario.

5.2 Non possono considerarsi operatori terzi quelli controllati o, comunque collegati al concessionario; qualora il concessionario sia un Consorzio o un RTI, sono da escludere, altresì, tutti i consorziati ed i controllati/collegati degli operatori consorziati o tutti gli operatori che fanno parte del Raggruppamento ed i loro controllati/collegati.

6. Modalità di adeguamento delle concessioni in essere

6.1 Ai sensi dell'articolo 186 comma 4, le concessioni già in esecuzione sono adeguate alle disposizioni in esame, entro il termine di sei mesi dall'entrata in vigore del codice e dunque entro il 1° ottobre 2023.

6.2 Entro il termine indicato, le parti definiscono con apposito atto aggiuntivo la quota di esternalizzazione valevole nel contratto considerato.

6.3 In seguito alla sottoscrizione dell'atto aggiuntivo che definisce la quota di esternalizzazione, il concessionario presenta un Piano degli affidamenti all'Ente Concedente ed avvia, senza indugio, le procedure di evidenza pubblica, previa acquisizione del CIG.

7. Misure di riequilibrio e controlli del concedente

7.1 Per le concessioni diverse da quelle autostradali, nell'atto aggiuntivo che definisce la quota di esternalizzazione, tenuto conto della durata residua del contratto, le Parti fissano, altresì, le tempistiche con le quali l'ente concedente effettua la verifica dell'avvenuto adeguamento.

7.2 Con l'atto aggiuntivo, le parti definiscono misure di riequilibrio, da applicarsi in caso di accertato scostamento. A tal fine, viene data priorità agli interventi che consentono di conseguire effettivamente la percentuale di esternalizzazione, mediante: la pianificazione di nuove procedure di evidenza, il rinnovo con procedure di evidenza pubblica delle esternalizzazioni già avvenute, alla scadenza dei relativi contratti, la cessazione degli affidamenti diretti a società *in house* o collegate, eventualmente previo recesso.

7.3 Nelle more del conseguimento della quota prevista, per effetto delle misure di riequilibrio applicate, l'ente concedente può richiedere la presentazione di garanzie fideiussorie, da svincolare al momento del raggiungimento della stessa.

7.4 L'applicazione di eventuali penali, può essere prevista solo nei casi in cui non sia più possibile ridefinire il Piano degli affidamenti. Le penali possono essere modulate proporzionalmente allo scostamento dalla percentuale di esternalizzazione fissata.

7.5 Per i casi di persistente scostamento dalla quota di esternalizzazione individuata, le parti possono prevedere l'introduzione di una clausola risolutiva da attivare all'esito della verifica da parte dell'Ente concedente.

8. Concessionari autostradali

8.1 Anche per le concessioni autostradali, le Parti definiscono la quota di esternalizzazione, tenendo conto dei criteri indicati nei paragrafi da 3.1 a 3.7, ad integrazione delle disposizioni dell'art. 186 comma 6.

9. Gli obblighi in materia di trasparenza

9.1 Entro il 1° ottobre 2023 gli enti concedenti pubblicano in formato aperto, sul proprio sito istituzionale, sezione «amministrazione trasparente», sotto-sezione «Bandi di gara e contratti», sezione «Concessioni assoggettate all'articolo 186 del decreto legislativo 36/2023», le seguenti informazioni riferite a ciascuna concessione:

- a. data di sottoscrizione;
- b. oggetto della concessione;
- c. valore stimato;
- d. stato della concessione, con indicazione delle attività svolte e delle attività residue;
- e. dati del concessionario;
- f. percentuale di esternalizzazione concordata con il concessionario;
- g. cronoprogramma delle esternalizzazioni.

9.2 Ulteriori obblighi in materia di trasparenza a carico degli enti concedenti e dei soggetti concessionari sono definiti dall'ANAC con il provvedimento di cui all'articolo 28 del codice e sono efficaci a decorrere dal 1/1/2024.

10. Entrata in vigore

10.1 Il presente provvedimento entra in vigore il 1° luglio 2023.