

Linee Guida ANAC

“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”

Osservazioni e proposte ANIGAS

Premessa

In termini preliminari si ritiene opportuno, al fine di consentire la proposizione di osservazioni il più possibile costruttive nell’ottica del più stringente rispetto della normativa *de quo* trattata, delineare le specificità del settore della distribuzione del gas naturale il quale, come già espresso e condiviso negli incontri tenutisi presso gli uffici ANAC nello scorso anno, ha particolari caratteristiche di cui si deve tenere adeguatamente conto.

Pertanto in estrema sintesi, relativamente al settore rappresentato si evidenziano nuovamente qui di seguito le seguenti caratterizzazioni:

- ai sensi degli artt. 14 e 15 D.Lgs n.164/2000, le migliaia di concessioni comunali del servizio di distribuzione del gas naturali esistenti alla data di entrata in vigore della norma (quasi il 90% delle concessioni esistenti), sono scadute o naturalmente o per effetto delle suddette norme di legge;
- la gestione delle concessioni è quindi per la maggior parte effettuata ai sensi dell’art. 14, comma 7 D.Lgs n.164/2000 e cioè, in attesa delle nuove gare d’ambito per l’assegnazione del servizio, limitatamente alla ordinaria amministrazione;
- le regole della gara per l’affidamento del servizio di distribuzione del gas sono determinate dall’art.14 D.Lgs. n.164/2000, art.46 *bis* D.L. n.159/2007 e dal D.M. 12 novembre 2011 n. 226 (cd. “D.M. gare”). Tale decreto ha, tra le altre cose, definito le regole per l’individuazione della stazione appaltante per ambito territoriale minimo ai sensi dell’art.46 bis D.L. n.159/2007 e stabilito i compiti di quest’ultima (art. 2). In particolare, la stazione appaltante svolge e aggiudica la

gara per delega degli enti locali concedenti e cura ogni rapporto con il gestore. A tal proposito, i gestori sono tenuti a una serie di obblighi informativi (di natura tecnica, finanziaria, contrattuale e tariffaria) nei confronti degli enti locali concedenti (art. 4).

Alla luce delle considerazioni esposte, così come evidenziato e condiviso durante gli incontri di approfondimento in ANAC, si evidenzia che **le concessioni rilevanti per l'applicazione dell'art. 177 del D.Lgs. 50/2016 siano quelle affidate senza procedura ad evidenza pubblica, che non siano scadute e che abbiano opere ancora da realizzare che esulino dall'ordinaria gestione.**

Partendo da tale presupposto si passano in rassegna i seguenti aspetti del documento di consultazione sulle indicazioni per la verifica del rispetto del limite di cui all'art. 177, comma 1, del Codice, sui quali si ritiene di potere fornire un fattivo contributo.

2. AMBITO DI APPLICAZIONE

In termini generali, specularmente a quanto evidenziato in premessa, si evidenzia che **non rientrano nella specifica pertinenza dell'art. 177 del Codice le concessioni:**

- **senza opere da realizzare**
- **affidate a gara**
- **scadute (scadenza naturale o ope-legis).**

Riguardo le concessioni rientranti nell'ambito di applicazione della norma (punto 2.1), si condivide la definizione adottata di procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea come "*qualsiasi procedura di gara che garantisca un confronto competitivo*", ricomprendendo correttamente anche le procedure negoziate (unica modalità prevista per le concessioni di servizi nel D.Lgs. 163/2006).

Relativamente all'ambito temporale di applicazione (punto 2.3), si condivide l'assunto per cui l'art. 177 si applichi alle concessioni già in essere alla data di entrata in vigore del Codice, ovvero stipulate in data antecedente al 19 aprile 2016; anche attraverso tale precisazione si escludono implicitamente le concessioni scadute, che nel settore rappresentato comprendono quelle scadute per decorso del termine di durata ivi previsto sia quelle scadute anticipatamente ex art.15, comma 5 D.Lgs. n.164/2000.

In merito ai contratti assoggettati alla norma (punto 2.4), si condivide la interpretazione che riferisce il limite di 150.000 euro al valore della concessione piuttosto che all'importo dei singoli contratti.

Inoltre in merito al valore della concessione, come già evidenziato in occasione del censimento delle gare distribuzione gas dello scorso anno, si concorda sul fatto che il

valore del contratto debba essere determinato sulla base delle norme di legge in vigore e dunque in sostanza che si debba far riferimento al valore indicato nel contratto stesso.

Riguardo poi i contratti relativi alle concessioni si ritiene, conformemente a quanto ci pare già sostenuto nel documento di consultazione, che debbano essere ricompresi in tale definizione solo i contratti che riguardano le prestazioni oggetto della concessione e sono quindi necessari per l'esecuzione della concessione stessa, e non debbano essere quindi altresì computati anche i contratti stipulati dal concessionario per la gestione dell'attività nel suo complesso e che non riguardano quindi il *core business* dell'impresa (es: contratti per l'acquisto di buoni pasto per i dipendenti, contratti per le utenze, contratti di manutenzione degli immobili etc., si veda anche Cons. Stato Ad Pl. n. 16/2011).

Si ritiene poi di fondamentale importanza la interpretazione correttamente posta per cui l'attività eseguita direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale debba considerarsi esclusa dalla base di calcolo delle percentuali indicate nella norma; ovvero in altri termini la soglia dell'80% debba essere riferita ai contratti di lavori, servizi e forniture e non alle prestazioni svolte con proprio personale. Come già evidenziato (Prot. N. 194/17) una interpretazione difforme da quella esposta, oltre ad essere contraria al divieto di *golden plating* (visto che la previsione dell'art. 177 non trova riscontro nelle direttive attuate tramite il D.Lgs. n. 50/2016) e ai principi costituzionali di autonomia d'impresa, causerebbe conseguenze gravemente pregiudizievoli per il settore rappresentato, in particolar modo sotto il profilo occupazionale, costringendo i concessionari a ridurre drasticamente la propria forza lavoro non più utilizzabile per effettuare direttamente le attività relative alle concessioni di cui sono titolari.

Con riferimento poi alle prestazioni per le quali la norma consente un affidamento a società controllate/collegate si ritiene che la possibilità di affidamento senza gara ad evidenza pubblica debba essere estesa agli affidamenti alle società facenti parte dello stesso gruppo (compresa ad esempio la società controllante o la società controllata dalla stessa controllante) o addirittura ritenere che le prestazioni svolte dalla società controllante rientrino tra quelle svolte direttamente dall'impresa e dunque escluse dal conteggio delle percentuali di cui all'art.177 D.Lgs. n.50/2016.

Con riguardo ai contratti di durata pluriennale si ritiene corretto che gli stessi debbano contribuire al calcolo delle percentuali indicate dalla norma pro-quota per anno, ma si considera inopportuno richiedere una contabilità separata per ciascuna concessione in quanto tale ipotesi comporterebbe oneri sproporzionati all'obiettivo prefissato. Si evidenzia che nel settore rappresentato esistono già normative che impongono già di comunicare (ad altri fini) ad autorità pubbliche dettagliate informazioni contabili.

4. L'OGGETTO E LE MODALITA' DELLE VERIFICHE

Si condivide l'orientamento espresso secondo il quale i soggetti naturalmente deputati alle verifiche debbano essere i concedenti, parti del contratto di concessione e deputati all'applicazione delle penali che conseguono al mancato rispetto del limite percentuale previsto dalla norma, escludendo che le funzioni di vigilanza possano essere rimesse in via esclusiva all'ANAC.

Si condivide altresì l'individuazione di un meccanismo di pubblicazione dei dati relativi alle concessioni in essere quale meccanismo di verifica dell'applicazione dell'art. 177, limitatamente però all'ambito delle concessioni soggette all'art. 177 stesso.

Si propone poi, per una questione di semplificazione e praticità, che l'obbligo di pubblicazione debba riguardare dati riferiti all'anno solare (ovvero scadenza 31/12) e non l'impostazione immaginata, ovvero infra annuale, quantomeno per gli anni successivi al primo.

L'obbligo dei concessionari di pubblicare i dati sui siti degli enti concedenti potrebbe discendere direttamente dal provvedimento di codesta Autorità, senza necessità di modificare o integrare in tal senso le concessioni in essere.

Infine si ritiene inutilmente gravosa l'ipotizzata elaborazione di una sorta di programmazione annuale degli affidamenti dei contratti di lavori, servizi e forniture, da trasmettere al concedente ed eventualmente all'ANAC in via preventiva.