

SEGNALAZIONE
89/2019/I/COM

**SEGNALAZIONE A PARLAMENTO E GOVERNO IN MERITO AI POSSIBILI
EFFETTI DERIVANTI DALL'ATTUAZIONE DELL'ARTICOLO 177 DEL
DECRETO LEGISLATIVO 18 APRILE 2016, N. 50, RECANTE "CODICE DEI
CONTRATTI PUBBLICI"**

Segnalazione a Parlamento e Governo
ai sensi dell'articolo 2, comma 6, della legge 14 novembre 1995, n. 481

12 marzo 2019

L'Autorità di Regolazione per Energia Reti e Ambiente (di seguito: Autorità), nell'esercizio dei propri poteri di segnalazione (*ex* articolo 2, comma 6, della legge 14 novembre 1995, n. 481), con la presente intende richiamare l'attenzione del Governo e del Parlamento sui possibili effetti applicativi derivanti dall'attuazione dell'articolo 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici", sui concessionari operanti nei settori di competenza e, in particolare, nel settore della distribuzione elettrica.

Tale disposizione, al comma 1, ha previsto, in capo ai concessionari, titolari di concessioni già in essere alla data del 19 aprile 2016 non affidate con la formula della finanza di progetto o con procedure di gara ad evidenza pubblica, l'obbligo di affidare a terzi, mediante procedura ad evidenza pubblica, una quota pari all'80% dei contratti di lavori, servizi e forniture riferiti alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, potendo ricorrere per la restante percentuale a società *in house*, a società direttamente o indirettamente controllate o collegate o tramite operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. Il termine per l'adeguamento a tale disposizione è stato fissato, nel comma 2 del richiamato articolo 177, in ventiquattro mesi dalla data di entrata in vigore del codice (quindi, definito alla data del 19 aprile 2018).

Il comma 3 demanda all'Autorità nazionale anticorruzione (di seguito: 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 indicato devono essere bilanciate entro l'anno successivo (e, quindi, entro il prossimo 19 aprile) 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.

Ai sensi dell'articolo 177, comma 3, quindi, l'ANAC ha approvato, con la deliberazione n. 614 del 4 luglio 2018, le Linee Guida n. 11¹, che contengono sia indicazioni di natura interpretativa - che, come tali, sono da considerarsi non vincolanti - sia indicazioni operative aventi carattere vincolante, relative alle eventuali situazioni di squilibrio

¹ Linee Guida 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*».

rispetto ai limiti percentuali indicati dall'articolo 177, agli obblighi di pubblicazione e all'attività di verifica delle quote degli affidamenti di cui all'articolo 177, commi 1 e 3.

Nel dettaglio, nel paragrafo 2.1 delle menzionate Linee Guida, l'ANAC ha precisato che, tra i contratti da computare nella base di calcolo delle percentuali individuate dall'articolo 177, rientrano quelli che riguardano tutte le prestazioni oggetto della concessione, che sono, quindi, necessari per l'esecuzione della stessa, anche se svolti direttamente dal concessionario con propri mezzi e proprio personale.

Una tale previsione impone, pertanto, un'esternalizzazione a terzi mediante procedure di evidenza pubblica che, di fatto, "svuoterebbe" la concessione. Infatti, in questa prospettiva, i concessionari sarebbero sostanzialmente privati delle attività proprie del servizio in concessione, divenendo meri soggetti appaltatori, a fronte di una polverizzazione dei compiti operativi e gestionali presso soggetti terzi che, lungi dal garantire l'emergere di benefici in termini di riduzione di costo (almeno nel breve termine), fa sorgere preoccupazioni in relazione a possibili ricadute negative sulla efficacia nell'erogazione e qualità del servizio.

Lasciando impregiudicate le valutazioni in merito ai profili legati a questioni di specie e nodi interpretativi posti dalla complessa materia in disamina, l'Autorità, nell'ambito delle proprie competenze, ritiene opportuno segnalare a Parlamento e Governo alcuni probabili effetti che deriveranno dall'applicazione di dette prefigurate esternalizzazioni dei servizi, così come tratteggiate nelle modalità dall'articolo 177 e dalle Linee guida ANAC, in capo ai concessionari che operano nei settori di riferimento e, in particolare, nel settore della distribuzione elettrica e di gestione dei rifiuti. Più limitato risulterebbe l'impatto nella distribuzione del gas naturale, dove le concessioni sono state affidate nella quasi totalità dei casi tramite procedure di gara.

In primis, infatti, la fase di esternalizzazione della quasi totalità delle prestazioni attualmente eseguite dal concessionario con propri mezzi e proprio personale, richiedendo tempi difficilmente comprimibili (con tutta probabilità nell'ordine di diversi mesi), comportando rilevanti complessità in termini di completa revisione dei processi organizzativi interni e di gestione del servizio potrebbe determinare per tale periodo seri rischi per la continuità e qualità di un servizio essenziale e critico quale la distribuzione di energia elettrica e la gestione dei rifiuti.

Il trasferimento della quasi totalità dei servizi verso l'esterno, inducendo in un breve termine i concessionari a rideterminare la propria attività e la propria organizzazione interna per assicurare l'esecuzione massiccia di procedure di gara, comporterebbe, inoltre, un prevedibile aumento dei costi economici e sociali, con impatti negativi destinati a scaricarsi, con tutta probabilità, anche sul costo del servizio e, dunque sulle bollette di famiglie e imprese.

Infatti, da un lato, si determinerebbe *ex nunc* una duplicazione di costi (per il concessionario e, in definitiva, per il consumatore finale), in quanto il concessionario si troverebbe a dover coprire i costi sostenuti e non ancora ammortizzati per la fornitura del servizio effettuata con propri mezzi e contemporaneamente a sostenere, per i medesimi servizi, i costi derivanti dall'affidamento sul mercato.

Si rileva come la possibilità della riferita duplicazione dei costi sia legata al numero elevato di esuberi che si avrebbe rispetto al totale dei dipendenti impiegati direttamente nel comparto (ad alta intensità di manodopera, in particolare nel settore ambientale, in cui, peraltro, vengono svolte in maniera diretta la maggior parte delle attività). Se si considera, inoltre, che per quanto afferisce alla distribuzione dell'energia elettrica le attività relative alla gestione, al controllo, allo sviluppo e alla sicurezza della rete, soprattutto per i profili che richiedono maggiore specializzazione, sono solitamente svolte da personale interno della stessa impresa di distribuzione, la prevista esternalizzazione delle attività determinerebbe un significativo e immediato esubero delle risorse umane fino a quel momento operative e impiegate nell'organizzazione aziendale del concessionario, a detrimento di esperienza, competenza e conoscenza specifica di ciascuna rete e impianto. Anche se nel disposto dell'articolo 177 vi è un preciso rimando alla previsione di clausole sociali per la stabilità del personale impiegato e per la salvaguardia delle professionalità, si rileva come, a ridosso delle scadenze previste dalla normativa, dette clausole non siano state ancora introdotte.

I profili di criticità oggetto della presente segnalazione, peraltro, ricalcano ampiamente le perplessità e le preoccupazioni già espresse anche dal Consiglio di Stato che, nel parere richiesto da ANAC sulla bozza di Linee Guida (parere n. 1582/2018), ha evidenziato *“le problematiche 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””* che *“potrebbero meritare una rinnovata attenzione da parte del legislatore ordinario”*. Nel citato parere, tra l'altro, viene anche evidenziata *“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.”*. In ultimo, va precisato che il richiamato articolo 177 non trova fondamento in norme comunitarie, con particolare riferimento alla disciplina dettata dalla direttiva 2014/23/UE o da altre direttive europee in materia di concessioni.

Alla luce delle criticità esposte, con specifico riguardo ai rischi di ricadute negative sulla continuità e sulla qualità del servizio reso e al possibile aumento dei costi per la gestione delle concessioni e conseguente loro traslazione sui clienti finali, l'Autorità ritiene, dunque, opportuno segnalare la necessità di valutare possibili tempestivi interventi normativi diretti a modificare l'articolo 177 o a fornirne un'interpretazione più restrittiva, al fine di limitare i possibili esiti descritti.