



## DELIBERA N. 265

20 giugno 2023

### Oggetto

Provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 186 commi 2 e 5, del decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 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".

## Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

### Visto

l'articolo 186 del Codice secondo cui 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, sono 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

### Visto

l'articolo 186, comma 5, che demanda all'ANAC la definizione delle modalità di calcolo delle quote di esternalizzazione, entro il termine di sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice

### Tenuto conto

della sentenza della Corte Costituzionale n. 218 del 23/11/2021

### Tenuto conto

della consultazione pubblica svolta in relazione al documento di consultazione, approvato dal Consiglio nell'adunanza del 3 maggio 2023

## DELIBERA

### 1. Ambito di applicazione



- 1.1** L'articolo 186 del codice 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. Non ricadono nell'ambito di applicazione delle disposizioni richiamate:
- 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 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. 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'articolo 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** L'articolo 186 si applica:
- ai concessionari privati, anche se non tenuti, in base ad altra disposizione, all'applicazione del codice dei contratti pubblici;
  - ai concessionari pubblici o, comunque, tenuti all'applicazione del codice.

## 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. 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, sulla base 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** L'importo complessivo della concessione è calcolato secondo quanto stabilito dall'art. 179 del codice.

**3.4** 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%

**3.5** 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%

**3.6** Le parti possono determinare l'incremento percentuale definito nel punto. 3.4, considerando anche l'epoca di assegnazione della concessione, ampliando la forbice di esternalizzazione, sempre entro il limite indicato, ove si tratti concessioni assegnate in data precedente al 19 aprile 2016.

**3.7** 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, come definiti dall'articolo 2 decreto del Ministero delle Attività produttive del 18/04/2005 - Adeguamento alla disciplina comunitaria dei criteri di individuazione di piccole e medie imprese, pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 238 del 12 ottobre 2005 e applicando il seguente schema:

dimensioni economiche ≤ PMI (articolo 2 decreto del 18/04/2005)	dimensioni economiche > PMI (articolo 2 del decreto del 18/04/2005)
---	---



fino a + 0,5%	fino a + 1,5%
---------------	---------------

- 3.8** Per le società di scopo di cui all'articolo 194 del codice, sono considerate le dimensioni economiche dei soci.
- 3.9** 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. Per investimenti effettuati si intende il valore dell'attivo, immobilizzato in investimenti indispensabili ai fini dell'esercizio della concessione. 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.
- 3.10** 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'articolo 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 3.10.

## 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 della quota di esternalizzazione e controlli del concedente per le concessioni diverse da quelle autostradali

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



h. 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 è pubblicato sul sito dell'Autorità e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana ed entra in vigore il 1° luglio 2023.

Il Presidente

*Avv. Giuseppe Busia*

Depositato presso la Segreteria del Consiglio il 28 giugno 2023

Il Segretario Valentina Angelucci

Originale firmato digitalmente