

Parere all’Autorità Nazionale Anticorruzione sullo schema di Linee guida “Indicazioni in materia di affidamenti *in house* di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.”.

L’Autorità di regolazione dei trasporti (di seguito: Autorità), nella seduta del 15 luglio 2021

premessi che:

- l’Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito ANAC) ha trasmesso all’Autorità, con nota del 22 giugno 2021 (prot. ART 9837/2021), una richiesta di parere, in relazione alle adottande Linee guida recanti “*Indicazioni in materia di affidamenti in house di contratti aventi ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza ai sensi dell’articolo 192, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i.*”;
- l’ANAC ha sottoposto le Linee guida citate ad una consultazione pubblica tenutasi tra il 12 febbraio e il 31 marzo 2021, raccogliendo le osservazioni da diversi soggetti sia pubblici sia privati;
- A corredo della nota, pertanto, sono stati trasmessi i seguenti documenti:
 - il documento di consultazione;
 - la relazione illustrativa;
 - i contributi pervenuti.
- Nella richiesta di parere trasmessa all’Autorità, l’ANAC evidenzia come nell’ambito dell’attività istruttoria volta all’analisi dei contributi pervenuti in sede di consultazione siano emersi ulteriori aspetti da approfondire per i quali ritiene particolarmente utile acquisire l’avviso dell’Autorità.

esaminata la documentazione pervenuta, ritiene di svolgere le seguenti considerazioni.

I. Profili giuridici e regolatori

Le Linee guida sulle quali ANAC ha richiesto il parere dell’Autorità, hanno ad oggetto l’art. 192, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (di seguito anche codice dei contratti pubblici), che impone alle stazioni appaltanti un onere motivazionale aggravato, in caso di affidamento *in house*, che presuppone lo svolgimento di un’indagine comparativa finalizzata a dimostrarne l’effettiva convenienza economica rispetto al ricorso al mercato, disponendo, in particolare, che:

“Ai fini dell’affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell’offerta dei soggetti in house, avuto riguardo all’oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche”.

L'esigenza di rendere effettiva tale disposizione ha indotto l'ANAC a fornire indicazioni utili per orientare l'azione degli enti verso comportamenti conformi alla disposizione dell'art. 192, comma 2 del codice dei contratti pubblici nel caso di affidamento *in house*, cercando di prevenire e scoraggiare la diffusa prassi che relega la motivazione nell'alveo degli adempimenti formali da soddisfare con un ampio ricorso a clausole di stile prive dell'effettiva ponderata valutazione che la norma richiederebbe.

A seguito della consultazione pubblica sullo schema di linee guida e nell'ambito dell'istruttoria finalizzata ad esaminare i contributi pervenuti, ANAC, tenuto conto delle competenze dell'Autorità che ai sensi dell'art. 37, comma 2, lett. f) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, tra l'altro, definisce gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni da inserire nei capitolati delle medesime gare, nonché gli schemi dei contratti di servizio per i servizi esercitati da società *in house* o da società con prevalente partecipazione pubblica ai sensi del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175, ha ritenuto di acquisirne il parere.

L'Autorità ha esercitato le competenze citate approvando la relativa disciplina regolatoria contenuta nell'Allegato A alla delibera n. 154 del 28 novembre 2019 (di seguito delibera n. 154/2019), nell'ambito della quale, per quanto qui di interesse, sono stati introdotti degli oneri informativi in capo agli enti affidanti anche al fine di contrastare le asimmetrie informative che connotano strutturalmente il settore. Nell'ambito della disciplina regolatoria le informazioni che devono essere rese pubbliche devono essere oggetto di apposita relazione, ai sensi della Misura 2, punto 2, della delibera n. 154/2019, definita Relazione di affidamento (di seguito RdA).

Le informazioni della RdA concorrono con gli ulteriori obblighi della stessa tipologia previsti dall'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 che, per i servizi pubblici locali di rilevanza economica, prevede che *"al fine di assicurare il rispetto della disciplina europea, la parità tra gli operatori, l'economicità della gestione e di garantire adeguata informazione alla collettività di riferimento, l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante, che dà conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta e che definisce i contenuti specifici degli obblighi di servizio pubblico e servizio universale, indicando le compensazioni economiche se previste"*.

II. Osservazioni dell'Autorità

Alla luce del quadro normativo delineato, relativo agli obblighi informativi cui gli EA devono adempiere nell'ambito della disciplina legislativa e regolatoria attinente agli affidamenti dei servizi pubblici di trasporto, si forniscono di seguito le valutazioni dell'Autorità in relazione a ciascuno degli specifici quesiti formulati da ANAC:

- 1. Definizione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici. Il dato letterale della norma deporrebbe, infatti, per l'applicazione generale delle indicazioni ivi fornite alle amministrazioni aggiudicatrici, ai soggetti aggiudicatori e ai soggetti privati tenuti all'applicazione del codice.**

Nel quesito si richiede una valutazione dell'Autorità circa l'interpretazione di una norma del codice dei contratti pubblici non espressamente riconducibile alle competenze dell'Autorità. Infatti, i servizi di trasporto pubblico sono normalmente affidati secondo lo schema concessorio e quindi, esclusi dall'ambito applicativo del codice dei contratti, secondo le norme del Regolamento CE n. 1370/2007, alla cui disciplina fa riferimento la regolazione ART dei servizi di trasporto pubblico su strada e per ferrovia.

Tuttavia, si osserva, al riguardo, che il testo del punto 1.1 dello schema di linee guida indentifica il campo soggettivo di applicazione dell'art. 192, comma 2 con le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'articolo 5 del codice, iscritti nell'elenco, istituito presso l'ANAC ai sensi del primo comma del medesimo articolo. Tale scelta si ritiene condivisibile in ragione dell'evidente connessione tra i due commi, entrambi finalizzati a rendere trasparenti sia l'elenco dei soggetti che legittimamente possono ricorrere agli affidamenti *in house* (comma 1) sia le giustificazioni anche economiche alla base di tale scelta (comma 2). Inoltre, il mantenimento di tale connessione agevola l'attività di verifica dell'ottemperanza alla disposizione del comma 2.

2. Ambito oggettivo di applicazione della norma e, in particolare, possibile estensione ai contratti aventi ad oggetto lavori e forniture. A tal proposito si evidenzia che l'art. 192, comma 2, si riferisce ai soli servizi, mentre l'articolo 5 del d.lgs. 175/2017 consente alle società *in house* lo svolgimento di attività ulteriori. Ci si interroga, pertanto, sulla motivazione sottesa alla previsione di discipline differenti per servizi, da un lato, e lavori e forniture dall'altro.

Si osserva che la disposizione richiamata, nell'individuazione del proprio ambito oggettivo, si riferisce all'*"affidamento in house di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza"*, adottando una formulazione rivolta esclusivamente ai servizi.

Non pare, peraltro, che le attività consentite dall'art. 4 del d.lgs. 175/2016 alle società *in house* possano incidere sul dato letterale della norma di cui si discute autorizzandone una interpretazione estensiva. Pur condividendo le perplessità circa la motivazione sottesa alla diversa disciplina per i servizi rispetto ai lavori e alle forniture, pare pertanto difficilmente sostenibile un'estensione oggettiva della disposizione dell'art. 192, comma 2, anche a ulteriori tipologie di attività che non siano i *"servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza"*. Tuttavia, in caso di appalto "misto" – e sempre che esso, ai sensi dell'art. 28 del codice dei contratti pubblici, sia assoggettabile, per prevalenza della componente "servizi", alla disciplina dell'articolo 192 del medesimo codice – potrebbe essere opportuno specificare nelle linee guida che le stazioni appaltanti, nella relazione che deve dare conto della preventiva valutazione degli effetti positivi dell'affidamento *in house*, possono includere anche eventuali aspetti in relazione alle altre componenti dell'appalto (lavori e/o forniture). Si rappresenta tuttavia al riguardo che trattasi di fattispecie che non ha trovato espressione negli affidamenti di cui alle RdA fino ad ora sottoposte all'esame di questa Autorità.

3. Momento di pubblicazione della motivazione. Sul punto, si evidenzia che l'art. 192, comma 2, del codice dei contratti pubblici impone alle stazioni appaltanti di dare atto della motivazione del mancato ricorso al mercato nel provvedimento di affidamento. Tale indicazione potrebbe ritenersi riferita al solo contenuto del provvedimento richiamato e non al momento della pubblicazione della motivazione che, quindi, resterebbe assoggettato alle disposizioni generali in materia di trasparenza (pubblicazione tempestiva sul profilo di committente di tutti gli atti connessi all'affidamento). Tale interpretazione consentirebbe la conoscibilità della motivazione in un momento antecedente rispetto all'affidamento, rendendo effettiva e concreta la possibilità di controllo e di contestazione da parte dei soggetti interessati.

Riguardo alle diverse possibili soluzioni prospettate nel quesito in esame, la formulazione letterale della disposizione normativa non pare lasciar residuare ampi spazi per interpretazioni che possano discostarsi dalla lettera della legge. Infatti, una diversa e anticipata collocazione temporale della pubblicazione della motivazione comporterebbe la fissazione di uno specifico termine o un provvedimento logicamente antecedente, che dovrebbe contenerla, sui quali non si rinvergono indicazioni nella disposizione in argomento.

Inoltre, la collocazione della motivazione nel provvedimento di affidamento appare speculare alla previsione dell'art. 5 comma 1 del d.lgs. 175/2016 che richiede che l'atto deliberativo di costituzione di una società a partecipazione pubblica *“deve essere analiticamente motivato con riferimento alla necessità della società per il perseguimento delle finalità istituzionali di cui all'articolo 4, evidenziando, altresì, le ragioni e le finalità che giustificano tale scelta, anche sul piano della convenienza economica e della sostenibilità finanziaria, nonché di gestione diretta o esternalizzata del servizio affidato. La motivazione deve anche dare conto della compatibilità della scelta con i principi di efficienza, di efficacia e di economicità dell'azione amministrativa”*. Anche in tal caso, infatti, pur trattandosi di un onere con la finalità di rendere pubblici gli elementi giustificativi del ricorso alla società partecipata, dal tenore e finalità non molto dissimili da quelli di cui si discute, l'onere di motivazione analitica viene incardinato nell'atto con cui si adotta la decisione finale.

Tuttavia, sul punto appare necessaria una specificazione relativa ai servizi pubblici locali di rilevanza economica. In tali casi, infatti, come correttamente riportato al punto 2.2 dello schema di Linee guida, le stazioni appaltanti sono tenute alla pubblicazione della relazione ex art. 34, comma 20 del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, nella quale ai fini del rispetto delle norme europee, della necessità di garantire la parità tra gli operatori, di garantire l'economicità della gestione e un'adeguata informazione alla collettività di riferimento, gli organi di governo devono dare conto delle ragioni e della sussistenza dei requisiti previsti dall'ordinamento europeo per la forma di affidamento prescelta, definendo, inoltre, gli obblighi di servizio pubblico e le relative compensazioni economiche. La disposizione non fissa un termine specifico ma si limita a stabilire che *“l'affidamento del servizio è effettuato sulla base di apposita relazione, pubblicata sul sito internet dell'ente affidante”*. Dal tenore della norma è possibile dedurre che la pubblicazione della relazione debba comunque precedere l'atto con il quale si dispone l'affidamento o al più coincidere temporalmente con lo stesso come peraltro confermato anche in sede giurisdizionale¹.

A tal proposito, con riferimento ai servizi di TPL, che, come è noto, sono esclusi dall'ambito di applicazione del codice (ai sensi degli artt. 17, comma 1, lett. i) e 18, comma 1 lett. a)), al medesimo fine di garantire la trasparenza delle scelte amministrative e nella consapevolezza degli impatti positivi circa il controllo sulla legittimità dell'agire amministrativo che una tempestiva pubblicazione degli elementi informativi può avere, la già citata delibera ART n. 154/2019 ha introdotto un obbligo specifico di redazione, pubblicazione e trasmissione all'Autorità di una Relazione di affidamento che contiene una serie di informazioni che completano quelle previste nella relazione ex art. 34. In tale caso l'Autorità ha previsto un termine di 45 giorni entro i quali può esprimere le proprie osservazioni e seppur non essendo esplicitato il momento in cui tale relazione debba essere trasmessa/pubblicata appare evidente che, al fine di consentire all'Autorità di poter esercitare gli opportuni compiti di vigilanza, l'adempimento dovrà essere assolto almeno 45 giorni prima dell'adozione del provvedimento di affidamento. Entro tale termine l'Autorità, all'esito dell'istruttoria condotta anche per verificare la fondatezza delle ipotesi dei PEFs e conseguentemente accertare la sussistenza dei presupposti per un'equa compensazione degli obblighi di servizio pubblico e dell'equilibrio economico-finanziario dei CdS, può formulare le proprie osservazioni, disponendo, ove necessario, le opportune rettifiche e richiedendo di integrare i contenuti della RdA e della documentazione di affidamento. Peraltro, limitatamente al settore del TPL, nei casi in cui l'EA eserciti la facoltà prevista dalla citata delibera ART n. 154/2019 di redigere congiuntamente, in un unico documento, la Relazione di affidamento e la relazione di cui all'art. 34, comma 20, del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, è in tal modo assicurata la conoscibilità della motivazione – e dunque il relativo controllo, da parte dei soggetti interessati, su di essa – in un momento antecedente all'affidamento, come auspicato da ANAC.

¹ TAR Lombardia, sez. III, sentenza del 3 ottobre 2016, n. 1781.

4. Possibile applicazione delle emanande linee guida, come indicazioni di best practice, anche agli affidamenti esclusi dall'applicazione del codice dei contratti pubblici ai sensi degli articoli 17, co. 1, lett. i) (esclusione degli appalti o delle concessioni di servizi riguardanti il trasporto pubblico di passeggeri per ferrovia e metropolitana) e 18, co. 1, lett. a) (concessioni ai sensi del Regolamento CE n. 1370/2007) e dalle Direttive UE del 2014. Ciò in considerazione del fatto che indicazioni analoghe a quelle contenute nell'articolo 192 del codice si rinvengono nella disciplina di settore e negli atti di regolazione.

Riguardo al quesito in esame e a quanto si afferma circa la disciplina di settore, prima di procedere con il riscontro alla richiesta di parere, occorre svolgere alcune considerazioni preliminari.

Allo scopo di superare la strutturale esistenza, nel settore di riferimento dell'Autorità, di asimmetrie informative che costituiscono potenziali barriere all'ingresso, con l'adozione della delibera 154/2019 è stato introdotto l'obbligo per gli enti affidanti di rendere pubbliche una serie di informazioni aggiuntive rispetto al contenuto della relazione ex art. 34, allo scopo di illustrare gli esiti della procedura di consultazione (con riferimento in particolare alla disciplina dei beni strumentali essenziali/indispensabili, agli aspetti qualitativi del servizio da affidare, al trasferimento del personale e al Piano di accesso al dato), i criteri adottati per definire il PEF simulato, le motivazioni poste a sostegno dell'introduzione di ogni requisito di partecipazione aggiuntivo (in caso di gara), nonché eventuali altri aspetti della procedura di affidamento ritenuti opportuni. Tali informazioni aggiuntive, nella disciplina regolatoria della delibera 154/2019, hanno trovato la propria collocazione nell'ambito della RdA, pertanto, in un documento distinto e autonomo, con contenuti diversi e più di dettaglio rispetto alla relazione ex art. 34, tuttavia rispondente al medesimo fine di illustrare le motivazioni poste alla base delle scelte dell'EA e di fornire informazioni utili anche agli operatori interessati alla partecipazione alla procedura.

Tuttavia, occorre evidenziare la diversa connotazione degli obblighi informativi previsti dalla RdA (per tutte le tipologie di affidamento) rispetto a quelli imposti (solo per l'*in house*) dall'art. 192 comma 2 del codice. La RdA, infatti non impone informazioni differenziate² a seconda della tipologia di affidamento che denotino una preferenza per l'una o per l'altra, né di dare conto dell'analisi comparativa preventivamente svolta dall'EA³. La regolazione dell'Autorità, infatti, si pone in linea con i principi espressi dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia che costituisce il riferimento principale per l'affidamento dei servizi di TPL e che ammette in maniera paritaria l'affidamento mediante gara (art. 5.3) e *in house* (art. 5.2), tuttavia, in quest'ultimo caso, subordinandone il ricorso all'inesistenza di un espresso divieto della legislazione nazionale, ammettendo, quindi, che gli Stati membri possano vietare o introdurre limitazioni per determinate tipologie di affidamento. Il legislatore nazionale non ha introdotto divieti riguardo al ricorso all'*in house* dei servizi di TPL⁴.

Ciò premesso, considerati i potenziali impatti positivi che un maggior ricorso agli affidamenti con gara potrebbe avere sull'efficienza, la qualità e l'innovazione nei servizi di TPL - tanto che anche il legislatore europeo, nell'ultima modifica del Regolamento (CE) n. 1370 del 2007, apportata dal Regolamento (UE) 2338 del 2016, ha introdotto limitazioni di durata e specifiche condizioni per le procedure di affidamento diretto, a dimostrazione di un *favor* verso le procedure competitive - l'estensione come indicazioni di

² Se non nei limiti in cui ciò sia inevitabile in considerazione delle specifiche caratteristiche della procedura.

³ Riguardo all'analisi comparativa è tuttavia, possibile che, nel caso in cui l'EA decidesse di presentare un'unica relazione inglobando anche i contenuti previsti dall'art. 34, comma 20, del d.l. 179/2012, incidentalmente anche tale valutazione potrebbe essere comunque nota, ma si tratterebbe di una scelta dell'EA e non di un obbligo imposto dalla regolazione ART.

⁴ L'unica limitazione di rilevanza appare essere la previsione dell'art. 4-bis del d.l. 1 luglio 2009, n. 78 convertito con modificazioni dalla legge 3 agosto 2009, n. 102 con il quale si è disposto che: "Al fine di promuovere l'efficienza e la concorrenza nei singoli settori del trasporto pubblico, le autorità competenti, qualora si avvalgano delle previsioni di cui all'articolo 5, paragrafo 2, del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, devono aggiudicare tramite contestuale procedura ad evidenza pubblica almeno il 10 per cento dei servizi oggetto dell'affidamento a soggetti diversi da quelli sui quali esercitano il controllo analogo".

best practice delle Linee guida ANAC – ferma restando in capo agli EA la discrezionalità della decisione sulla scelta della procedura e presupposta comunque la verifica in concreto, i cui esiti vanno sottoposti a questa Autorità, in merito alla gestibilità con un modello effettivamente "market" dello specifico servizio di trasporto considerato – può essere accolta favorevolmente laddove sia espressamente previsto che, in tal caso, debba essere comunque garantita la piena compatibilità di tali indicazioni con la regolazione adottata dall’Autorità.

Risulta infatti evidente che laddove le Linee guida oggetto del presente parere costituissero riferimento, pur quali *best practice*, anche per i servizi esclusi dall’applicazione dell’art. 192 del codice, si dovrebbe comunque tenere conto dell’adozione di specifici atti di regolazione da parte delle Autorità di settore.

Oltre ai già menzionati obblighi informativi di cui alla delibera n. 154/2019 e ai contenuti economici della RdA, rilevano infatti, ai fini della valutazione sulla congruità economica dell’offerta della società *in house*, per i servizi di trasporto ferroviario, la delibera dell’Autorità n. 120/2018 del 29 novembre 2018 recante “*Conclusione del procedimento avviato con delibera n. 69/2017. Approvazione dell’atto di regolazione recante Metodologie e criteri per garantire l’efficienza delle gestioni dei servizi di trasporto ferroviario regionale*”, nonché, in riferimento alla valutazione dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, la delibera n. 16/2018 del 8 febbraio 2018 recante “*Condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, nazionali e locali, connotati da oneri di servizio pubblico ai sensi dell’articolo 37, comma 2, lettera d), del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, avviato con delibera n. 54/2015. Conclusione del procedimento*”.

La delibera n. 120/2018, si applica infatti ai servizi di trasporto ferroviario affidati in tutte le modalità consentite dall’ordinamento (e pertanto anche attraverso *l’in house providing*), e reca metodologie, criteri e procedure orientati a garantire l’efficienza delle gestioni, nonché le condizioni di trasparenza, assenza di sussidi incrociati ed accessibilità delle informazioni pertinenti, anche al fine di assicurare un’adeguata commisurazione dei corrispettivi e delle compensazioni dei servizi stessi. Con la delibera n. 16/2018, l’Autorità ha invece approvato le condizioni minime di qualità (indicatori e livelli) che devono essere incluse nei contratti di servizio per l’affidamento del trasporto ferroviario passeggeri.

Il presente parere è trasmesso all’Autorità Nazionale Anticorruzione e pubblicato sul sito *web* istituzionale dell’Autorità.

Il Presidente

Nicola Zaccheo

(documento firmato digitalmente
ai sensi del D.Lgs 82/2005 s.m.i.)