

DELIBERA N. 141
del 20 marzo 2024

Oggetto

Richiesta di parere in relazione al documento recante la "Revisione della delibera n. 154/2019 in adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201"

E	
	Visto
COPIA CONFERMATE ALL'ORIGINALE DIGITALE	
Protocollo N.0031363 / 2024 del 26 / 03 / 2024 Firmatario: ALBERTO CUCCHIARELLI, Filippo Romano, GIUSEPPE BUSIA, VALENTINA ANGELUCCI	

Vista la nota assunta al protocollo dell'Autorità n. 109649 del 7 dicembre 2023 con cui l'Autorità di Regolazione dei Trasporti ha invitato l'Anac ad esprimere parere sul documento recante la "Revisione della delibera n. 154/2019 in adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201" nell'ambito della consultazione pubblica deliberata dal Consiglio dell'Autorità in data 5 dicembre 2023 (delibera n. 189/2023);

Visto l'articolo 37, comma 2, lettera d), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214;

Visti gli articoli 1 e 2 del Protocollo d'intesa tra l'Autorità di Regolazione dei Trasporti e l'Autorità Nazionale Anticorruzione del 27 agosto 2014;

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nell'adunanza del 20 marzo 2024

Delibera

di esprimere le seguenti considerazioni in merito al documento recante la Revisione della delibera n. 154/2019. La documentazione pervenuta consta di un allegato alla delibera n. 189/2023 ("Allegato A") che costituisce il documento posto in consultazione recante la "Revisione della delibera n. 154/2019 in adeguamento alle disposizioni del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201" e relativi Annessi, della connessa relazione illustrativa e dello schema di relazione AIR.

Definizioni

Si evidenzia che la denominazione del soggetto "a cui è attribuita la competenza a stipulare un contratto di servizio con un'impresa affidataria, con compiti di gestione, di monitoraggio, verifica e controllo del contratto di servizio" come Ente Affidante potrebbe ingenerare confusione. Detti affidamenti, infatti, qualora effettuati con gara, sono assoggettati agli articoli 141 e seguenti del codice, con obbligo del rispetto delle disposizioni ivi indicate. Sarebbe quindi opportuno adottare definizioni omogenee rispetto a quelle codistiche, per evitare il rischio di confusione sulla normativa applicabile. In luogo di Ente affidante sarebbe quindi opportuno utilizzare la definizione di Ente aggiudicatore che sarebbe idonea a ricoprendere sia i soggetti che affidano la concessione con gara (enti concedenti) che le amministrazioni che ricorrono agli affidamenti *in house*.

Misura 1. Oggetto, finalità e ambito di applicazione

Una delle proposte di modifica della Misura prevede l'estensione dell'ambito oggettivo di applicazione di alcune misure regolatorie ai contratti di servizio vigenti, in caso di proroga disposta ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 4, del Regolamento (CE) n. 1370/2007 (proroga della durata del contratto al massimo del 50% se l'operatore del servizio pubblico fornisce beni di entità significativa in rapporto all'insieme dei beni necessari per la fornitura dei servizi di trasporto e prevalentemente finalizzati ai servizi stessi).

Con l'integrazione in tal senso della Misura (punto 8) si intende evitare che il massiccio ricorso all'istituto della proroga (nelle varie forme previste dalla disciplina di settore), osservato in sede di monitoraggio, sterilizzi di fatto gli effetti delle misure regolatorie posponendone l'applicazione.

Al riguardo si rileva che, come noto, secondo un insegnamento generale, ispirato al rispetto dei principi eurounitari di libera concorrenza e parità di trattamento, la proroga dei contratti pubblici, quando ammessa, può determinare il solo differimento del termine finale del rapporto contrattuale, che, per il resto, rimane regolato dall'atto originario. La modifica del contenuto di un contratto pubblico in sede di proroga si tradurrebbe infatti nell'affidamento di un nuovo contratto senza gara.

Considerato tuttavia che i principi alla base di tale impostazione trovano ancora un'applicazione attenuata nel settore dei servizi di trasporto pubblico locale, che, rispondendo a obblighi di servizio pubblico, risulta caratterizzato da una concorrenza definita "regolata" (Consiglio di Stato, VI, n. 6268/2021), la novella può essere considerata coerente con le finalità regolatorie del settore senza al contempo rappresentare un *vulnus* per un mercato il cui assetto concorrenziale è ancora *in fieri*.

L'esigenza di introdurre anche nei contratti vigenti l'applicazione di misure finalizzate a migliorare la gestione del servizio oggetto dell'affidamento (matrice dei rischi, PEF, individuazione di obiettivi di efficacia ed efficienza e relativo monitoraggio e rendicontazione) appare dunque condivisibile, tenuto anche conto che la proroga del contratto ex articolo 4, paragrafo 4 del Regolamento, come osservato dal TAR Piemonte, costituisce un momento gestionale assimilabile alla chiusura e al riavvio di un periodo regolatorio (TAR Piemonte, II, n. 219/2020), in corrispondenza del quale la Misura n. 1, paragrafo 4, lettera c) sancisce l'applicazione delle misure contenute nella delibera.

Ciò posto, si rileva che la novella andrebbe coniugata con una serie di cautele al fine di garantirne l'efficacia e la sostenibilità.

In particolare, va considerato che matrice dei rischi e PEF sono parte integrante del contratto e contribuiscono a definirne l'assetto negoziale. Le clausole contrattuali devono essere formulate in modo da assicurare la corretta allocazione dei rischi come definite nella matrice, in cui sono richiamati i singoli articoli del contratto che definiscono il soggetto e le modalità di assunzione dei rischi.

L'introduzione della matrice dei rischi, del piano economico – finanziario e di obiettivi di efficacia ed efficienza in un contratto già in corso può comportare un notevole impatto sull'assetto dei reciproci rapporti negoziali, tale da spostarne gli equilibri. Per avere garanzia che si traduca in un effettivo miglioramento del servizio in condizioni di sostenibilità per l'operatore economico, si ritiene andrebbe svolta secondo modalità vigilate dall'Autorità di settore, similmente a quanto accade in occasione dell'affidamento di un nuovo contratto.

In considerazione di quanto sopra, si suggerisce di valutare di integrare il nuovo punto 8 con la previsione della redazione da parte dell'EA di una relazione (che potrebbe costituire una versione ridotta della RDA), in cui l'ente illustra la metodologia e i criteri adottati per la predisposizione del PEF con riferimento al periodo contrattuale prorogato, in relazione a tutti gli aspetti indicati nello schema di RDA, e descrive gli obiettivi che il gestore è tenuto a perseguire nel medesimo periodo contrattuale, definiti per ogni periodo regolatorio in cui anche la proroga contrattuale dovrebbe essere suddivisa. Prima della stipula della proroga, la relazione andrebbe trasmessa all'Autorità ai fini di vigilanza ai sensi della Misura n. 2, punto 2, per la valutazione delle scelte effettuate, con possibilità di richiesta di integrazione o revisione di quanto proposto. Sempre in conformità alla Misura n. 2, punto 2, come modificata secondo quanto proposto con l'atto di revisione in oggetto, le osservazioni formulate andrebbero pubblicate nel sito web dell'Autorità.

Misura 2. Criteri per l'individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo del CdS

Le modifiche proposte consistono, oltre che nella previsione della pubblicazione della documentazione dell'affidamento sul sito web dell'EA e della sua trasmissione all'Autorità, nell'introduzione di schemi-tipo per la redazione della relazione di affidamento (RdA), prevista al punto 2 della Misura, e nell'integrazione dei contenuti minimi del contratto di servizi, contenuti nell'Annesso 2, per uniformarli alle previsioni del d.lgs. n. 201/2022.

Con riferimento a queste ultime due misure regolatorie di standardizzazione della documentazione della procedura di affidamento si esprime un generale apprezzamento per l'iniziativa di promozione di modelli standard, che, in generale, costituiscono un prezioso strumento di semplificazione dell'attività delle amministrazioni, di accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti e di deflazione del contenzioso.

In particolare, con la definizione di un contratto-tipo e di uno schema di RdA, si fornisce un valido supporto agli EA nella predisposizione della documentazione per l'affidamento del servizio, con riduzione dei tempi di lavorazione e miglioramento dell'efficacia e della qualità degli atti, e, al contempo, si favorisce la diffusione di *best practice*.

Con riferimento al CdS, nei prospetti 1 e 2 di cui all'Annesso 2 è riportato un elenco dei contenuti minimi del CdS, suddiviso in quattro sezioni (contenuti tecnico-operativi, contenuti economici, contenuti qualitativi, clausole generali), rispettivamente per i contratti di servizio del trasporto ferroviario e per i contratti di servizio del trasporto su strada. Quanto riportato soddisfa il livello minimo regolatorio del CdS come previsto comma 3 dell'articolo 24 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, con la sola apparente eccezione della previsione dell'obbligo del gestore di rendere disponibili all'ente affidante i dati acquisiti e generati nella fornitura dei servizi agli utenti, ai sensi dell'art. 50-quater del d. lgs., n. 82/2005 (articolo 24, comma 3, lett.o)), che non è espressamente menzionato tra gli obblighi assunti dell'operatore economico con la stipula del CdS.

Al riguardo, si evidenzia tuttavia che l'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 prevede che, negli ambiti di competenza, le autorità di regolazione predispongono schemi di bandi di gara e schemi di contratti tipo.

L'elenco dei contenuti minimi di un atto negoziale, per quanto completo, non ha la stessa efficacia in termini di supporto agli EA e di miglioramento della qualità degli atti e, indirettamente, anche dei servizi resi, di uno schema-tipo di contratto. La definizione di clausole standard massimizza la possibilità di raggiungere gli obiettivi di efficienza, elevati standard di qualità e omogeneità dell'azione amministrativa.

Si invita pertanto l'Autorità a valutare la predisposizione di contratti-tipo, in conformità a quanto previsto dell'articolo 7, comma 2, del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201.

Per ciò che concerne lo schema di RdA, si evidenzia che tale atto si inserisce nel ciclo in vita dei contratti pubblici e va in particolare coordinata con gli adempimenti richiesti a carico dell'EA dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. In questa ottica di semplificazione, si esprime apprezzamento per il coordinamento con la relazione ex art. 14 d.lgs. n. 201/2022, che precede temporalmente la RdA, e a cui è possibile fare riferimento per la parte di contenuti sovrapponibili, e con la delibera di affidamento *in house*, ex art. 17 d.lgs. n. 201/2022, che a sua volta può basarsi su quanto indicato nella RdA.

Misura 4. Beni essenziali, indispensabili e commerciali. Consultazione dei soggetti portatori di interesse.

Con l'inserimento nella Misura 4 del punto 7 e la coordinata modifica dei punti 5 e 6, si è inteso prevedere la consultazione dei soggetti portatori di interesse anche in caso di affidamento al Gestore Uscente e modulare il perimetro della consultazione in ragione della modalità di affidamento prescelta.

Nell'ottica di evitare inutili aggravii procedurali, appare proporzionata la decisione di sottrarre alla consultazione, in caso di affidamento diretto o *in house*, gli aspetti del servizio che sono stati già definiti a monte dall'EA.

Sempre in caso di affidamento diretto o *in house*, come previsto dalla misura, acquista invece particolare significato la consultazione degli utenti e delle loro associazioni in materia di definizione delle condizioni di qualità del servizio, non essendo oggetto di confronto concorrenziale.

Misura 13. Criteri di individuazione e allocazione dei rischi negli affidamenti.

La revisione della Misura contempla la previsione della trasmissione della matrice dei rischi da parte dell'EA all'Autorità, unitamente alla RdA, al fine di consentire le opportune verifiche di coerenza, e un intervento sul modello di matrice dei rischi volto ad accorpore tutti i rischi di offerta, che comportano l'aumento dei costi e/o la riduzione dei ricavi, in modo tale da porli tutti, entro una determinata soglia stabilita dall'EA, in capo all'impresa affidataria del servizio. Quest'ultimo emendamento sarebbe finalizzato a superare le difficoltà, riscontrate in sede di verifica dell'equilibrio economico finanziario, nell'isolare gli effetti che ciascuno di tali rischi può avere sui costi e sui ricavi e conseguentemente determinare l'entità dell'intervento dell'EA necessario per ristabilire l'equilibrio.

La matrice dei rischi è il documento in cui sono trasfuse la valutazione e l'analisi dei rischi, nonché la loro ripartizione tra le parti, e costituisce parte integrante del contratto di concessione. È elaborata dal RUP o da altro soggetto individuato in conformità al regolamento organizzativo dell'amministrazione e ha l'obiettivo di disciplinare ex-ante l'allocazione dei rischi; è utilizzata in fase di programmazione della procedura di gara, per verificare la convenienza del ricorso alla concessione rispetto ad un appalto, e per la corretta indizione della fase procedimentale ed è posta a base di gara e utilizzata come elemento di valutazione dell'offerta.

Data la sua rilevanza già nella fase di programmazione dell'affidamento, la sua trasmissione all'Autorità unitamente alla RdA appare pertanto coerente con l'esigenza di supervisionare scelte dell'EA che incidono sull'equilibrio economico finanziario del contratto e, di conseguenza, sull'efficace, e al tempo stesso proficuo, svolgimento del servizio.

Quanto alla sua strutturazione, ciò che rileva è che indichi con chiarezza quali sono i rischi assunti dall'EA e quali dall'affidatario del servizio, che tale allocazione sia coerente con la qualificazione del contratto come concessione (ovvero che sia trasferito all'affidatario del servizio il rischio operativo sul lato della domanda o sul lato dell'offerta o entrambi) e che lo schema di contratto abbia recepito correttamente, attraverso clausole contrattuali adeguate, l'allocazione dei rischi stabilita nella matrice.

Per quanto riguarda l'allocazione dei rischi si ricorda che l'articolo 192 del Codice dei contratti pubblici prevede che: "1. Al verificarsi di eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili, ivi compreso il mutamento della normativa o della regolazione di riferimento, purché non imputabili al concessionario, che incidano in modo significativo sull'equilibrio economico-finanziario dell'operazione, il concessionario può chiedere la revisione del contratto nella misura strettamente necessaria a ricondurlo ai livelli di equilibrio e di traslazione del rischio pattuiti al momento della conclusione del contratto. L'alterazione dell'equilibrio economico e finanziario dovuto a eventi diversi da quelli di cui al primo periodo e rientranti nei rischi allocati alla parte privata sono a carico della stessa." Nella matrice dei rischi proposta, per la verità piuttosto sintetica, si prevede che il rischio normativo sia in carico all'IA. Andrebbe anche specificato meglio quali sono i rischi relativa a "Eventi straordinari accidentali che inficiano lo svolgimento del servizio" che restano a carico dell'IA diversi da quelli relativi a "eventi sopravvenuti straordinari e imprevedibili" che possono portare ad una revisione del PEF e, come tali, non in carico al concessionario.

Per quanto riguarda il mancato pagamento dei corrispettivi, nel contratto standard per il PPP, è stato indicato che "Fermo restando quanto previsto all'articolo 40, nel caso di ritardo da parte del Concedente nella corresponsione del Corrispettivo, sono dovuti, sulle somme non pagate, gli interessi moratori nei termini di legge." (art. 28). L'articolo 40 riguarda la risoluzione per inadempimento del concedente. Sarebbe, quindi, opportuno definire quando il ritardo diventa un rischio da gestire e cosa comporta il verificarsi dell'evento.

Misura 14. Redazione del PEF simulato negli affidamenti di gara.

Misura 15. Redazione del PEF simulato negli affidamenti diretti o in house.

Simmetricamente a quanto previsto per la matrice dei rischi, la revisione di entrambe le Misure prevede che il PEF simulato, predisposto dall'EA, sia trasmesso all'Autorità unitamente alla RdA.

Il PEF, tramite i valori di specifici indicatori, fornisce la rappresentazione dell'equilibrio economico finanziario alla base della concessione, che si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte. Trattandosi di un documento di rilevanza fondamentale per la valutazione della sostenibilità dell'affidamento appare condivisibile l'intento di consentire all'Autorità di supervisionarlo nella sua completezza prima dell'avvio della procedura, in caso di gara, e prima della stipula, in caso di affidamento diretto o in house.

Misura 16. Determinazione degli obiettivi di efficacia e efficienza

Per quanto concerne l'integrazione delle tipologie di performance rientranti tra gli obiettivi del CdS con le prestazioni riguardanti la sostenibilità ambientale (efficienza energetica, inquinamento atmosferico, acustico, vibrazioni, soluzioni di waste management), si evidenzia che, con riferimento ai servizi di trasporto pubblico su strada, è stato adottato il Decreto sui criteri ambientali minimi relativi all'acquisto, leasing, locazione, noleggio di veicoli adibiti al trasporto su strada e per i servizi di trasporto pubblico terrestre, servizi speciali di trasporto passeggeri su strada, approvato con decreto ministeriale del 17 giugno 2021, pubblicato in G.U.R.I. n. 157 del 2 luglio 2021. L'articolo 83, comma 2, del codice dei contratti pubblici prevede che i bandi di gara indichino i criteri ambientali minimi di cui all'articolo 57, comma 2. Tale disposizione richiede che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscano al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica. Tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5. La norma prevede, altresì, che le stazioni appaltanti valorizzino economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. In ragione di quanto considerato, occorre che la revisione della Misura riguardante gli obiettivi di sostenibilità ambientale vada coordinata con le previsioni del decreto del 17 giugno 2021 e con gli obblighi imposti dal codice dei contratti pubblici.

Con riferimento al sistema di premialità che dovrà essere messo a punto dall'EA nel contratto di servizio, cui si fa cenno nel documento di consultazione, si condivide la preoccupazione di evitare che il premio possa generare sovraccompensazioni. Tuttavia, si ritiene che la previsione di un premio che agisca esclusivamente sulla mitigazione delle penali comminate possa introdurre una disparità di trattamento tra gli operatori economici. Paradossalmente, infatti, il meccanismo così come delineato consente di avvalersi del premio soltanto agli operatori cui sono state applicate delle penali e non a quelli, più virtuosi, che non hanno fatto registrare inadempimenti. Si suggerisce quindi di prevedere la possibilità di riconoscere delle premialità anche in assenza di penali da scontare.

Infine, per quanto concerne il nuovo punto 4, nella parte in cui prevede che gli indicatori di *performance*, in caso di affidamento con gara, possono essere oggetto di offerta migliorativa, per esigenze di trasparenza e di parità di trattamento, si suggerisce di specificare che i punteggi attribuiti alle offerte migliori devono essere predeterminati e calcolati nel rispetto del principio di proporzionalità.

Misura 24-Criteri di nomina della Commissione giudicatrice

La revisione è volta ad adeguare la Misura alla disciplina introdotta dal nuovo codice dei contratti pubblici. Si rileva che tra le nuove norme riguardanti la nomina della Commissione giudicatrice, l'art. 28 prevede la pubblicazione nella

sezione Amministrazione Trasparente (AT) del sito della stazione appaltante de “*la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti*”. Si ritiene pertanto che il testo del punto 3 andrebbe riformulato per renderlo maggiormente aderente al citato dettato normativo.

Misura 26 – Verifica dell’equilibrio economico-finanziario e meccanismi incentivanti

Con la revisione sono stati introdotti nella Misura la disciplina dei casi di sovra-compensazione (punto 4) e sotto-compensazione (punto 5) e un meccanismo di premialità incentivante che, in caso di riduzione dei costi o aumento dei ricavi a cui sia associato un rischio allocato all’impresa affidataria, consente all’EA di riconoscere all’impresa una premialità *una tantum* corrispondente ad una quota parte del risparmio ottenuto.

Premesso che l’Anac da sempre ritiene corretta la previsione di misure compensative a favore dell’Ente affidante al fine di evitare un indebito arricchimento dell’Impresa, mentre le disposizioni contenute nell’art. 192 del Codice dei contratti pubblici sollevano dubbi sulla possibilità di prevedere misure compensative a vantaggio dell’EA, si ritiene che i nuovi punti della Misura debbano essere attentamente coordinati con quanto previsto nella Misura 13, e nella matrice dei rischi in essa richiamata, circa l’allocazione dei rischi tra le parti (nel testo vi è un richiamo alla Misura 12, che probabilmente non è corretto).

Si rileva infatti che, secondo quanto riportato nella matrice dei rischi, tutti i rischi connessi alle variazioni non prevedibili del prezzo dei fattori impiegati per la gestione del servizio sono a carico dell’impresa. Mentre il nuovo punto 4, in caso di riduzione delle voci di costo, sembra distinguere il caso in cui essa non è associata ad un rischio allocato all’IA (per il quale prevede misure compensative a favore dell’EA), da quello in cui lo è (per il quale prevede la possibilità di riconoscere all’IA una premialità). La previsione non sembrerebbe allineata con la matrice dei rischi; si ritiene che, per consentire la corretta applicazione, sia del meccanismo compensativo che di quello premiale, sarebbe opportuno definire in modo più puntuale l’allocazione dei rischi connessi alla variazione dei costi in capo all’IA.

Similmente, per il rischio connesso alla variazione dei ricavi, che secondo la matrice dei rischi è a carico dell’IA, i nuovi punti 4 e 5 distinguono le ipotesi in cui detta variazione è associata o meno a un rischio allocato all’IA. Anche in questo caso, si ritiene che occorra stabilire con chiarezza quando la variazione dei ricavi è associata a un rischio allocato in capo all’IA e, dunque, in caso di aumento può comportare il riconoscimento di una premialità, mentre in caso di riduzione non dà diritto ad una sovra-compensazione.

Osservazioni in tema di Trasparenza

Nell’atto di regolazione sottoposto a consultazione, con riferimento a diverse Misure, si prevede la pubblicazione di alcuni dati e documenti sul sito web dell’EA, anche ai fini di trasparenza.

Si fa riferimento ad esempio:

- alla Misura 1” Oggetto, finalità ed ambito di applicazione”, che al punto 8 prevede che *ai fini di garantire adeguate condizioni di trasparenza*, gli atti amministrativi relativi ai Cds sono pubblicati sul sito web dell’EA” e trasmessi all’ART.
- alla Misura 2 ”Criteri per l’individuazione delle modalità di affidamento e contenuto minimo del CdS” in cui è disposto quanto segue. L’EA redige la RdA secondo gli schemi tipo di cui all’Annesso 8 (con riferimento sia agli affidamenti con gara, sia agli affidamenti in house, sia per altri affidamenti diretti). La RdA, che costituisce parte integrante della ”documentazione che disciplina la procedura di affidamento”, è pubblicata sul sito web istituzionale dell’EA ed è contestualmente trasmessa all’ART, volta a garantire adeguate condizioni di trasparenza. Quest’ultima può formulare, entro 60 giorni dal ricevimento della RdA, osservazioni da pubblicare sul sito della stessa Autorità (punto 2). ”*Al fine di garantire adeguate condizioni di trasparenza la documentazione che disciplina la procedura di affidamento*” e il contratto di servizio stipulato con l’impresa affidataria sono pubblicati sul sito web istituzionale dell’EA e trasmessi contestualmente all’ART (punto 4);

- alla Misura 4 "Beni essenziali indispensabili e commerciali. Consultazione dei soggetti portatori di interesse" in cui al punto 10 è prevista la pubblicazione in forma anonima delle eventuali osservazioni pervenute in sede di consultazione;

-alla Misura 25 "Misura di monitoraggio e rendicontazione del servizio" che al punto 5 prevede la pubblicazione sul sito web dell'EA di alcuni dati e documenti e al punto 7 la pubblicazione della relazione sull'andamento economico, dell'efficienza, della qualità e del rispetto dell'obbligo di servizio pubblico indicati nel CdS ai sensi dell'art 30 del d.lgs. 201/2022

In merito agli obblighi di pubblicazione, si osserva, in via generale, che in caso di svolgimento di una procedura di affidamento di un contratto pubblico, oltre alla normativa di settore, valgono le disposizioni del codice dei contratti pubblici, volte a garantire, attraverso la digitalizzazione, anche la trasparenza dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. Ciò in coordinamento con le disposizioni in materia di trasparenza di cui al decreto legislativo 13 marzo 2013, n. 33, richiamato dallo stesso codice dei contratti pubblici.

Si rammenta in particolare che la digitalizzazione si realizza mediante un sistema di interoperabilità che coinvolge le banche dati esistenti e individua la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) gestita da Anac come unico collettore di tutti i dati e delle informazioni comunicate dalle Stazioni appaltanti ed enti concedenti attraverso le piattaforme di approvvigionamento digitali.

Inoltre, occorre considerare che Anac, in conformità a quanto previsto dal codice, ha fornito indicazioni sugli obblighi di pubblicazioni in materia con apposite delibere.

In particolare, nella delibera n. 261 del 20/6/2023, in attuazione dell'articolo 23 del codice, sono stati individuati tutti i dati e le informazioni che devono essere acquisiti dalla BDNCP, anche ai fini di trasparenza.

Con la delibera 264/2023, in attuazione dell'art. 28 del codice, si è inoltre precisato che, per le procedure avviate dall'1 gennaio 2024, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti comunicano tempestivamente alla BDNCP tutti i dati e le informazioni individuati nell'articolo 10 del provvedimento Anac n. 261/2023 ed inseriscono sul sito istituzionale, nella sezione "Amministrazione trasparente", un collegamento ipertestuale che rinvia ai dati relativi all'intero ciclo di vita del contratto contenuti in tale Banca dati. Ciò assicura la trasparenza dell'intera procedura contrattuale, assolvendo gli obblighi di pubblicazione in materia di contratti pubblici di cui all'articolo 37 del decreto legislativo 13 marzo 2013, n. 33 (come sostituito dal nuovo codice).

Nella delibera 264 si è altresì chiarito che le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono tenute a pubblicare nella sezione "Amministrazione Trasparente", sottosezione "bandi di gara e contratti", del proprio sito istituzionale gli atti, i dati e le informazioni che non devono essere comunicati alla BDNCP e che sono comunque oggetto di pubblicazione obbligatoria, individuati nell'Allegato1 alla citata delibera.

Con specifico riferimento ai servizi pubblici locali, il citato Allegato 1 richiama anche i documenti che, ai sensi dell'art. 31 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, sono da pubblicare "senza indugio" sul sito istituzionale dell'Ente e da trasmettere contestualmente all'Anac per la pubblicazione nella sezione «Trasparenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica - Trasparenza SPL» del sito. Si tratta, in particolare, dei seguenti documenti: 1) deliberazione di istituzione del servizio pubblico locale (art. 10, co. 5); 2) relazione contenente la valutazione finalizzata alla scelta della modalità di gestione (art. 14, co. 3); 3) deliberazione di affidamento del servizio a società *in house* o di altri affidamenti diretti di importo superiore soglia di rilevanza europea (art. 17, co. 2 e 3), ivi inclusi quelli nei settori del trasporto pubblico locale e dei servizi di distribuzione di energia elettrica e gas naturale; 4) contratto di servizio sottoscritto dalle parti che definisce gli obblighi di servizio pubblico e le condizioni economiche del rapporto e che, nel caso di affidamento *in house*, va pubblicato decorsi 60 giorni dalla pubblicazione della sopra citata deliberazione sul sito di Anac (artt. 17, co.3, 24 e 31 c. 2); 5) relazione periodica contenente le verifiche periodiche sulla situazione gestionale (art. 30, co. 2); 5) Carta di servizio, ex art. 2, comma 461, lett. a), legge 24 dicembre 2007, n. 244, corredata delle informazioni relative alla composizione della tariffa che contiene il livello effettivo di qualità dei servizi offerti, il livello annuale degli investimenti effettuati e della loro programmazione fino al termine dell'affidamento (art. 25).

Alla luce della normativa e delle delibere di Anac sopra richiamate, si osserva che il documento in consultazione nel prevedere la pubblicazione sul sito web dell'EA, laddove i dati non debbano essere comunicati alla BDNCP, deve essere conforme alla disciplina generale in materia di pubblicazione in AT volta a consentire di rintracciare tutti di dati, i documenti e informazioni riferiti ai singoli contratti relativi agli affidamenti oggetto della delibera. Ciò in conformità a quanto previsto sia dal codice dei contratti e sia dalle delibere di Anac.

Inoltre, sarebbe opportuno un maggiore allineamento del documento sotto il profilo della trasparenza al d.lgs. 201/2022, soprattutto rispetto a quanto disposto all'art. 31 del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, con riguardo anche alla trasmissione ad Anac. Ciò tenuto conto che tale rilevante disposizione sulla trasparenza non risulta menzionata nel testo, se non negli annessi. A tale proposito, si fa presente che, per quanto riguarda la trasmissione ad Anac ai fini della pubblicazione dei documenti sul sito dell'Autorità, ai sensi del citato art. 31, decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201, con il Comunicato del Presidente del 27 giugno 2023 sono state fornite indicazioni in merito alla disponibilità, all'interno della sezione dedicata alla Trasparenza SPL, di un'applicazione informatica attraverso cui i RUP inviano ad Anac la documentazione. La sezione offre pertanto sia un accesso riservato ai RUP per l'invio dei documenti sia la possibilità di ricercare liberamente i documenti relativi ai SPL pubblicati da Anac nel rispetto di quanto previsto dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. Con il Comunicato si informa altresì che l'Autorità, allo scopo di supportare gli enti, mette a disposizione schemi quale riferimento per la redazione degli atti in argomento (cfr. sul sito di Anac, gli schemi relativi a: relazione sulla modalità di gestione del servizio, ex art. 14; motivazione qualificata per gli affidamenti *in house*, ex art. 17; relazione annuale ex art. 30).

In tale ottica, appare quindi opportuna un'integrazione al testo del documento oggetto di consultazione, avendo cura di garantire altresì il coordinamento sia con la disciplina generale sui SPL sia con la disciplina del codice dei contratti, richiamando, tra l'altro, gli obblighi di comunicazione alla BDNCP, in base al nuovo sistema di digitalizzazione dei contratti e di trasmissione mediante l'applicativo nell'apposita sezione Trasparenza SPL del sito di Anac.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data

Il Segretario Valentina Angelucci