



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

Comunicato del 8 giugno 2016

Alle Stazioni Appaltanti
Alle Società Organismo di Attestazione
Alle Società concessionarie di servizi pubblici

Modalità di rilascio delle certificazioni di lavori svolti da concessionari di servizi pubblici

All'esito dell'indagine conoscitiva avviata dall'Autorità sulle modalità adottate dalle Società Organismo di Attestazione per il riconoscimento dei requisiti d'ordine speciale presupposti al rilascio dell'attestazione di qualificazione alle società concessionarie di servizi pubblici, operanti nei settori speciali sono emerse alcune criticità inerenti le modalità di rilascio delle certificazioni di esecuzione dei lavori svolti da tali società sia nell'ambito delle attività rientranti nel *core business* oggetto della concessione, sia in ambiti estranei al contratto di concessione.

Dette criticità, che possono ricondursi a tre tipologie differenti a seconda della natura della lavorazione eseguita (rientrante o meno nell'attività oggetto di concessione) e della effettiva diretta esecuzione da parte del concessionario, riguardano le certificazioni di esecuzione dei lavori valutate positivamente ai fini del riscontro del possesso del requisito minimo di idoneità tecnica, previsto dall'art. 79, c. 5, del d.p.r. 207/2010.

Precisamente si è riscontrato che:

1. **Le lavorazioni eseguite direttamente (dal concessionario o dal solo socio operativo) connesse all'esercizio delle attività oggetto di concessione sono state certificate con CEL immessi a cura del medesimo concessionario nella Banca dati telematica. Ne deriva che:**
 - a. **il soggetto committente e il soggetto esecutore coincidono, quest'ultimo certifica oltre che l'entità dei lavori anche il buon esito;**
 - b. **non viene fornita evidenza delle eventuali imprese sub-affidatarie intervenute nello svolgimento delle lavorazioni;**
 - c. **essendo inserito il CEL nella banca dati telematica le S.O.A. ritengono soddisfatto il proprio onere di accertamento, con il mero riscontro dell'inserimento della certificazione dei lavori nella banca dati telematica dei CEL pubblici;**

2. **I lavori affidati dai concessionari a terzi esecutori per la realizzazione di opere e/o lavori che riguardano le attività in concessione vengono utilizzati per la propria qualificazione e certificati come lavori in conto proprio, sebbene totalmente eseguiti da**



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

soggetti terzi. Tali lavori vengono ritenuti probanti del requisito di idoneità tecnica del concessionario, che pur assumendo la sola veste di committente, utilizza la facoltà prevista dall'art. 85 c. 1, del d.p.r. 207/2010, per i lavori subappaltati.

Ne deriva che i concessionari pur assumendo in dette circostanze la mera fisionomia di committenti utilizzano i lavori eseguiti da imprese terze ai fini della propria qualificazione, sfruttando il cosiddetto premio di coordinamento previsto per le imprese aggiudicatrici che sub-affidano opere a terzi esecutori;

3. I lavori affidati dai concessionari a terzi esecutori per la realizzazione di opere e/o lavori non direttamente collegate alle attività in concessione, vengono utilizzati per la propria qualificazione e certificati come lavori in conto proprio, in quanto considerati comunque connessi all'esercizio della propria attività.

Ne deriva che i concessionari, pur assumendo in dette circostanze la mera fisionomia di committenti, utilizzano i lavori eseguiti da altre imprese ai fini della propria qualificazione.

Preliminarmente si osserva che i servizi pubblici locali, a seguito dell'abrogazione referendaria dell'art. 23 bis del d.l. 112/2008 e della pronuncia di illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.l. 138/2011 (che riprendeva temi e contenuti dell'abrogato art. 23 bis) sono regolati, ad oggi, dal quadro giuridico comunitario - ora attratto anche nella disciplina del recente Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 - sulla scorta del quale l'affidamento del servizio può avvenire secondo tre diversi modelli:

1. tramite conferimento in favore di soggetti individuati mediante procedure ad evidenza pubblica (cd. esternalizzazione). I possibili modelli procedurali sono: appalto di lavori e/o servizi; concessione di lavori e/o servizi; concessione di costruzione e gestione; project financing; finanziamento tramite terzi;
2. tramite affidamento ad una società mista pubblico-privata. Il noto parere del Consiglio di Stato del 18 aprile 2007, n. 456, ha suggerito di equiparare la gara per l'affidamento del servizio pubblico alla gara per la scelta del socio, nel caso in cui quest'ultimo si configuri come un socio «industriale ed operativo». Tale posizione è stata avallata anche dalla Commissione Europea che, nella Comunicazione 5 febbraio 2008 (C/2007/661), ha sottolineato la difficile praticabilità di una doppia procedura di gara. La soluzione della gara unica aveva poi trovato riscontro normativo nella disciplina oggi abrogata dell'art. 4 che la declinava come gara cd. a doppio oggetto;
3. tramite affidamento diretto a società a totale capitale pubblico corrispondente al modello cd. *in house providing*, che a seguito delle abrogazioni di cui sopra ha visto venire meno diversi vincoli cui era soggetto¹.

¹ cfr. art. 113 del d.lgs. 267/2000.



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

La travagliata gestazione di una disciplina unitaria in tema di affidamenti in concessione di tali servizi, trova organica sistematizzazione, almeno per quanto qui di interesse, nell'art. 164 del d.lgs. 50/2016, in base al quale per l'affidamento del servizio pubblico la stazione appaltante (amministrazione aggiudicatrice e/o ente aggiudicatore)² è chiamata all'applicazione del codice dei contratti pubblici parte II e/o III a seconda che si versi o meno nelle attività di cui all'allegato II del d.lgs. 50/2016³.

Stante l'esplicito rinvio, riportato al comma 2, dell'art. 164, all'applicabilità della parte I del codice si evince chiaramente che nell'affidamento del servizio (mediante concessione) la Stazione appaltante (amministrazione aggiudicatrice e/o ente aggiudicatore) dovrà necessariamente individuare l'entità e la tipologia dei lavori connessi allo svolgimento del servizio da affidare, stante l'applicazione della previsione di cui all'art. 23 (rubricato: "Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi") che contempla già nel "progetto di fattibilità" "[...] *l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche* [...]".

Rivelatrici, sotto altro aspetto, sono sia la previsione dell'art. 28 (rubricato: "Contratti misti di appalto") del d.lgs. 50/2016 laddove si stabilisce che: "[...] *L'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per*

² Cfr. d.lgs. 50/2016, Art. 3. (Definizioni), comma 1, "lett. a) «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti; [...] lett. e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla **parte II** del codice, gli enti che:

1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli **articoli da 115 a 121**;

1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli **articoli da 115 a 121** e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente;

al fine della disciplina della **parte III** del codice, si considerano «enti aggiudicatori» gli enti che svolgono una delle attività di cui all'**allegato II** ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

2.1. le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;

2.2. le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma;

2.3. gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'**allegato II**.

Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3".

³ Cfr. d.lgs. 50/2016 Allegato II - Attività svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori di cui all'**articolo 164, comma 1**



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

*ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto*⁴, sia quella dell'art. 71 del Codice che, richiamando le informazioni obbligatorie che devono essere presenti nei bandi di gara, contempla ai sensi dell'allegato XIV, parte I, lettera C (settori ordinari) e parte II, sezione A (settori speciali) del d.lgs. 50/2016 la natura ed entità dei lavori e dei servizi oggetto di affidamento.

Anche la previsione di cui al comma 1 dell'art. 170 del nuovo Codice dei Contratti, d.lgs. 50/2016, (rubricato: "Requisiti tecnici e funzionali") per cui: *"I requisiti tecnici e funzionali dei lavori da eseguire o dei servizi da fornire oggetto della concessione sono definiti nei documenti di gara"*, ed ancora quella dell'art. 171, comma 3, lett. b) del citato codice ove segnatamente si prescrive che: *"nel bando di concessione o nell'invito a presentare offerte (deve essere inserita la previsione) che la concessione è vincolata alla piena attuazione del piano finanziario e al rispetto dei tempi previsti dallo stesso per la realizzazione degli investimenti in opere pubbliche [...]"*, impongono la necessità che la concessione di servizio pubblico laddove, in termini generali, è subordinata ad un piano di ammodernamento e/o ampliamento dell'infrastruttura, debba individuare l'entità e la tipologia dei "lavori" già nella fase di affidamento della stessa.

Tale assunto trova conferma nel comma 1 dell'art. 167 del d.lgs. 50/2016, laddove si prevede che nel calcolo del valore della concessione, venga contemplata la stima del fatturato totale del concessionario generato per tutta la durata del contratto, quale corrispettivo dei lavori e dei servizi oggetto della concessione.

Nel senso sopra indicato vanno anche le discipline di settore, quale ad esempio quella del servizio idrico integrato che al comma 2-bis dell'art. 149-bis del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, prescrive che: *"[...] le procedure di gara per l'affidamento del servizio includono appositi capitoli con la puntuale indicazione delle opere che il gestore incaricato deve realizzare durante la gestione del servizio [...]"*; ed ancora per l'affidamento della gestione integrata dei rifiuti solidi urbani, si prevede all'art. 202 del medesimo decreto legislativo (d.lgs. 152/2006) che lo stesso affidamento dovrà svolgersi *"mediante gara disciplinata dai principi e dalle disposizioni comunitarie, secondo la disciplina vigente in tema di affidamento di servizi pubblici locali ..."* (attuale art. 113 del d.lgs. 207/2000).

Lo stesso dicasi nella concessione di distribuzione del gas *"affidata esclusivamente mediante gara ... aggiudicata sulla base delle migliori condizioni economiche e di prestazione del servizio, del livello di qualità e sicurezza, dei piani di investimento per lo sviluppo e il potenziamento delle reti e degli impianti, per il loro rinnovo e manutenzione, nonché dei contenuti di innovazione tecnologica e gestionale presentati dalle imprese concorrenti"* (cfr. art. 14, decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164), rimandando, per l'individuazione dell'entità e la tipologia dei lavori da eseguirsi sull'infrastruttura, al Decreto Ministeriale 20 maggio 2015, n. 106 (G.U. serie generale n. 161 del 14 luglio 2015)⁵.

⁴ Tale norma è generalmente applicabile anche nei settori speciali stante il richiamo di cui all'art. 114, comma 1, del codice.

⁵ Regolamento per i criteri di gara e per la valutazione delle offerte per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale, in attuazione dell'art. 46 bis del decreto legge 1° ottobre 2007, n. 159, convertito in legge, con



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Lo stesso vale per il servizio di trasporto ferroviario regionale, di cui al decreto legislativo 19 novembre 1997, n. 422 ove il comma 2 dell'art. 18 prevede “[...] *Allo scopo di incentivare il superamento degli assetti monopolistici e di introdurre regole di concorrenzialità nella gestione dei servizi di trasporto regionale e locale, per l'affidamento dei servizi le regioni e gli enti locali si attengono ai principi dell'articolo 2 della legge 14 novembre 1995, n. 481, garantendo in particolare: a) il ricorso alle procedure concorsuali per la scelta del gestore del servizio o dei soci privati delle società che gestiscono i servizi, sulla base degli elementi del contratto di servizio di cui all'articolo 19 e in conformità alla normativa comunitaria e nazionale sugli appalti pubblici di servizi e sulla costituzione delle società miste [...]*”.

Nel ritenere dunque che i concessionari di un servizio pubblico sono sempre tenuti ad eseguire, ovvero ad affidare a terzi, i “lavori” nel rispetto della disciplina di settore degli appalti pubblici, si ritiene che con l'affidamento del servizio pubblico la stazione appaltante (amministrazione aggiudicatrice e/o ente aggiudicatore)⁶ è chiamata all'applicazione del codice dei contratti pubblici parte II e/o III a seconda che si versi o meno nelle attività di cui all'allegato II del d.lgs. 50/2016⁷.

modificazioni, dalla legge 29 novembre 2007, n. 222 testo coordinato dm 12 novembre 2011 n. 226 con dm 20 maggio 2015).

⁶ Cfr. d.lgs. 50/2016, Art. 3. (Definizioni), comma 1, “lett. a) «amministrazioni aggiudicatrici», le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti; [...] lett. e) «enti aggiudicatori», ai fini della disciplina di cui alla **parte II** del codice, gli enti che:

1.1. sono amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche che svolgono una delle attività di cui agli **articoli da 115 a 121**;

1.2. pur non essendo amministrazioni aggiudicatrici né imprese pubbliche, esercitano una o più attività tra quelle di cui agli **articoli da 115 a 121** e operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente;

al fine della disciplina della **parte III** del codice, si considerano «enti aggiudicatori» gli enti che svolgono una delle attività di cui all'**allegato II** ed aggiudicano una concessione per lo svolgimento di una di tali attività, quali:

2.1. le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico o le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da uno o più di tali soggetti;

2.2. le imprese pubbliche di cui alla lettera t) del presente comma;

2.3. gli enti diversi da quelli indicati nei punti 2.1 e 2.2, ma operanti sulla base di diritti speciali o esclusivi ai fini dell'esercizio di una o più delle attività di cui all'**allegato II**.

Gli enti cui sono stati conferiti diritti speciali o esclusivi mediante una procedura in cui sia stata assicurata adeguata pubblicità e in cui il conferimento di tali diritti si basi su criteri obiettivi non costituiscono «enti aggiudicatori» ai sensi del presente punto 2.3”.

⁷ Cfr. d.lgs. 50/2016 Allegato II - Attività svolte dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori di cui all'**articolo 164, comma 1**



Autorità Nazionale Anticorruzione

Il Presidente

Anche dal richiamo alla parte I del codice discende chiaramente che nell'affidamento del servizio (mediante concessione) la stazione appaltante (*rectius*: amministrazione aggiudicatrice e/o ente aggiudicatore) dovrà necessariamente individuare l'entità e tipologia dei lavori strumentali all'esecuzione del servizio che viene posto a gara, stante l'applicazione della previsione di cui all'art. 23 (rubricato: "Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi") che contempla già nel "progetto di fattibilità" "[...] *l'individuazione delle caratteristiche dimensionali, volumetriche, tipologiche, funzionali e tecnologiche dei lavori da realizzare e le relative stime economiche* [...]".

Alla luce di quanto premesso si osserva che i concessionari di un servizio pubblico sono sempre tenuti ad eseguire, ovvero ad affidare a terzi, i "lavori" nel rispetto della disciplina di settore degli appalti pubblici (odierno d.lgs. n. 50/2016).

Dunque, anche alla luce dell'art. 31, comma 4, lettera i), del d.lgs. 50/2016, che impone al RUP la verifica e vigilanza sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni, l'immissione nella Banca dati telematica delle certificazioni dei lavori eseguiti dai concessionari deve necessariamente rimanere incardinata in capo alla stazione appaltante (concedente), una volta verificata la sussistenza delle condizioni di legge.

L'immissione nella Banca dati telematica delle certificazioni dei lavori rilasciate dai soggetti concedenti dovrà tenere in debito conto che, ai sensi del decreto del d.p.r. 445/2000, Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (Testo A), il "certificato" è "il documento rilasciato da una amministrazione pubblica avente funzione di ricognizione, riproduzione o partecipazione a terzi di stati, qualità personali e fatti contenuti in albi, elenchi o registri pubblici o comunque accertati da soggetti titolari di funzioni pubbliche".

Che a tale specie si riconduce lo stesso certificato di esecuzione dei lavori (*ex* art. 83, comma 4, del d.p.r. 207/2010 tuttora vigente ai sensi dell'art. 216, comma 14, del d.lgs. 50/2016), ossia l'atto con cui il committente - di opere pubbliche e private - dichiara nei modi indicati dall'allegato B e B1 del d.p.r. 207/2010, ai fini della certificazione SOA, che i lavori eseguiti sono stati realizzati regolarmente e con buon esito dietro il mero riscontro tecnico della tipologia del lavoro effettuato e della sua rispondenza alle categorie di classificazione.

Per quanto sopra, si ritiene ragionevole e proporzionato indicare alle S.O.A., alle S.A. ed ai concessionari di servizi pubblici quanto segue:

Per quanto concerne le certificazioni delle lavorazioni eseguite direttamente dal concessionario o dal socio operativo, in esercizio delle attività oggetto di concessione, tali certificazioni dovranno essere immesse nella Banca dati telematica dei Cel pubblici a cura del soggetto concedente (esclusivamente di natura pubblica).



Autorità Nazionale Anticorruzione
Il Presidente

Per quanto concerne le lavorazioni affidate dal concessionario a imprese terze, si ritiene che tali lavorazioni devono essere attribuite e certificate dal concessionario ai soli soggetti esecutori a meno che il medesimo concessionario appaltante non dimostri di aver assunto diretta responsabilità nei confronti del concedente. Il CEL dovrà, pertanto, essere rilasciato con le modalità previste dall'art. 86, c. 2 e 5 del d.p.r. 207/2010 alle imprese effettivamente esecutrici e non potrà concorrere alla qualificazione del concessionario.

Tali lavorazioni potranno essere, altresì, valutate anche a favore del concessionario, con la metodologia disciplinata dall'art. 85, c. 1, del d.p.r. 207/2010 qualora il concessionario committente compri con idonea documentazione di aver assunto un concreto ruolo di coordinamento e sorveglianza per le opere affidate a terzi. In tal caso almeno la progettazione dell'intervento e la direzione tecnica dell'esecuzione dovrà essere curata direttamente dal concessionario e la documentazione idonea a tale dimostrazione dovrà essere prodotta alla SOA e oggetto di opportuni riscontri di veridicità.

Per quanto concerne la modalità di rilascio, il CEL potrà seguire la logica di rilascio dei CEL pubblici, ove l'affidamento sia stato disposto con procedure ad evidenza pubblica, in applicazione delle regole del Codice dei contratti pubblici, oppure quella dei CEL privati (art. 86, commi 2 e 5, del d.p.r. 207/2010) ove l'affidamento sia stato effettuato senza procedura ad evidenza pubblica. In tale ultimo caso - anche se immesso in banca dati - il CEL dovrà essere corredato della documentazione prevista dalle disposizioni regolamentari richiamate.

Le Società Organismo di Attestazione, uniformando il proprio comportamento, dovranno procedere alla revisione di tutte le attestazioni già rilasciate, in occasione della verifica triennale o in occasione del primo rinnovo, con la valutazione delle sole certificazioni di esecuzione lavori rilasciate nel senso suindicato.

Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 15 giugno 2016

Il Segretario, Maria Esposito