

Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici

Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sulla predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'art. 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99

INDICE

1. La struttura del mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.
2. L'oggetto della segnalazione
3. Estendere a tutto il mercato i benefici della concorrenza nelle procedure di affidamento
 - 3.1 Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando nei lavori pubblici
 - 3.2 Le concessioni di lavori
 - 3.3 Le concessioni di servizi
 - 3.4 L'affidamento dei servizi pubblici locali
 - 3.5 Le procedure emergenziali
4. Migliorare le condizioni di sviluppo ed accesso al mercato
 - 4.1 La qualificazione delle stazioni appaltanti
 - 4.2 La qualificazione delle imprese
 - 4.3 L'istituto dell'avvalimento
5. Vigilanza/regolazione e liberalizzazione: un binomio indissolubile
 - 5.1 Il rafforzamento dei poteri dell'Autorità
 - 5.2 Regolazione e liberalizzazione nei servizi di trasporto

1. La struttura del mercato dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

L'Autorità, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettere e) ed f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici), intende formulare alcune osservazioni e proposte in vista della predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, disciplinata dall'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, con particolare riferimento al corretto funzionamento del mercato dei contratti pubblici di servizi, lavori e forniture. Attualmente, nonostante il periodo recessivo, le gare d'appalto allocano, in regime di concorrenza, un significativo ammontare di risorse, pari al 6,6% del PIL (dati relativi all'anno 2009).

La complessità del mercato scaturisce, oltre che dal rilevante ammontare delle risorse, anche dall'elevato numero di contratti pubblici banditi ogni anno.

I dati in possesso dell'Osservatorio dell'Autorità mostrano che il numero degli appalti, di importo superiore a 150.000 euro, aggiudicati nel 2009, risulta pari a 50.688, per un importo di 79,3 miliardi di euro; mentre gli appalti relativi a servizi e forniture, di importo compreso tra 20.000 e 150.000 euro, e quelli relativi a lavori, di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro, risultano pari a 74.757, per un ammontare complessivo di 4,6 miliardi di euro¹.

Sotto il profilo della numerosità delle stazioni appaltanti, si rileva che sono state censite 13.321 amministrazioni, che hanno attivato gare di piccole e medie dimensioni, localizzate sull'intero territorio nazionale.

Relativamente agli aspetti connessi all'offerta di contratti pubblici, occorre effettuare una distinzione con riferimento alle tre fattispecie contrattuali di lavori servizi e forniture. In particolare, per i lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, la normativa prevede la qualificazione obbligatoria delle imprese di costruzione effettuata *ex ante* da

soggetti privati denominati Società Organismo di Attestazione (SOA). L'intero sistema è vigilato dall'Autorità che, tra l'altro, autorizza le SOA all'esercizio dell'attività di certificazione. Il numero di SOA attive è attualmente di 33 e, nel corso degli anni, si è ridotto a seguito di revocche effettuate dall'Autorità e di fusioni spontanee tra le stesse società organismi di attestazione. Le imprese qualificate dalle SOA e presenti nel Casellario informatico dell'Osservatorio sono circa 37.000.

2. L'oggetto della segnalazione

L'Autorità ha come missione istituzionale quella di vigilare sulla corretta applicazione del Codice dei contratti pubblici, con particolare riferimento al rispetto dei principi di trasparenza e correttezza nelle procedure di scelta del contraente, di economicità ed efficienza nell'esecuzione dei contratti, ma soprattutto è custode della concorrenza nelle singole procedure di gara (cfr. art. 6, comma 5 del Codice).

Il corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici è condizione per massimizzare l'efficienza della spesa pubblica ed incrementare la competitività del Paese: chiarezza e certezza delle regole costituiscono, a tal fine, due elementi fondamentali per proseguire il processo di razionalizzazione della normativa avviato con l'adozione del Codice dei contratti pubblici. Per altro verso, una gestione oculata e trasparente del processo di acquisizione di beni e servizi è indicativa della capacità di programmazione progettuale, tecnica e giuridica delle pubbliche amministrazioni necessaria affinché la spesa pubblica per beni e servizi possa essere veicolo di sviluppo, qualità ed innovazione. La qualità e l'efficienza dell'allocazione delle risorse pubbliche, come si è visto di rilevante entità, sono strettamente connesse al livello di trasparenza dei procedimenti amministrativi ed al grado di concorrenza tra gli operatori economici.

Nel contesto delineato, l'Autorità intende segnalare taluni ambiti prioritari di intervento atti a rimuovere alcuni dei principali ostacoli che tuttora si frappongono al pieno dispiegarsi del confronto concorrenziale nel mercato dei contratti pubblici.

A tal fine si ritiene necessario, da una parte, riconsiderare le aree e le condizioni di non applicazione o di parziale deroga delle procedure competitive (procedure negoziate, concessioni di servizi, appalti affidati dai concessionari, procedure emergenziali, servizi pubblici locali) e, dall'altra, intervenire sulle condizioni di accesso al mercato, migliorando la qualificazione degli attori, committenti ed imprese.

Inoltre, in considerazione delle peculiarità del mercato, appare auspicabile un arretramento della esorbitante normazione primaria, a vantaggio di disposizioni regolatorie più flessibili che andrebbero affiancate da un rafforzamento dei poteri dell'Autorità di vigilanza e di regolazione sul mercato dei contratti pubblici.

3. Estendere a tutto il mercato i benefici della concorrenza nelle procedure di affidamento

3.1 Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando nei lavori pubblici

Nel nostro ordinamento la procedura negoziata può essere utilizzata sia sopra che sotto soglia comunitaria. Per gli appalti sopra soglia comunitaria si può ricorrere a tale procedura solo nei casi tassativamente indicati agli articoli 56 e 57 del Codice.

Per gli appalti sottoglia comunitaria occorre fare alcune distinzioni:

1. per i lavori pubblici, vi è una soglia di 500.000 euro al di sotto della quale l'utilizzo della procedura negoziata senza bando di gara è legittimata dal solo valore economico, mentre al di sopra di tale soglia il ricorso alla procedura in esame è ammissibile qualora ricorrano le medesime condizioni previste per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria;
2. per i servizi e le forniture, è sempre prescritto il rispetto delle condizioni comunitarie, con eccezione dei servizi di ingegneria, per i quali è possibile utilizzare la procedura negoziata qualora l'importo dell'appalto sia inferiore a 100.000 euro.

A queste ipotesi, si aggiungono gli affidamenti degli appalti mediante cottimo fiduciario, che il Codice dei contratti pubblici assimila ad una procedura negoziata. Per i lavori, il cottimo è ammesso fino alla soglia di 200.000 euro, mentre, per i servizi e forniture, tale soglia coincide con quella comunitaria.

A fronte del quadro normativo descritto, l'Autorità ha potuto constatare, nel corso del 2009, un deciso incremento del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando: a titolo esemplificativo, si possono citare i dati relativi agli affidamenti dei contratti pubblici di lavori nei settori ordinari che evidenziano l'impiego della procedura negoziata senza bando nel 33,4%, degli affidamenti, mentre nell'anno 2008 il ricorso alle procedure negoziate con e senza bando ammontava al 16,8% degli affidamenti.

Le procedure negoziate senza pubblicazione di bando hanno poi rappresentato, sul totale dei contratti aggiudicati, il 24,6% (2.999 interventi su 12.196) e sul valore delle aggiudicazioni il 12,6% (1,3 miliardi di euro su 10,3 miliardi di euro). L'importo medio di aggiudicazione per queste procedure è stato di 432.502 euro. I ribassi medi espressi da procedure negoziate senza previa pubblicazione, sono stati pari al 16,9%, circa 5,5 punti percentuali in meno rispetto alla media dei ribassi delle procedure aperte.

Il confronto percentuale tra il 2008 e il 2009, per tipologia di stazione appaltante, tra l'utilizzo delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, mostra una crescita molto accentuata per le procedure di importo compreso tra 150.000 e 500.000 euro; in questo caso l'aumento del numero delle procedure negoziate è stato del 327%. A tale aumento ha corrisposto un aumento del valore delle aggiudicazioni associato alle stesse procedure pari al 362%.

L'incremento del ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, evidenziato dai dati sopra riportati, non può che essere logicamente riconducibile all'aumento della soglia di ammissibilità di tale procedura effettuato dal decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, convertito con legge 22 dicembre 2008, n. 201, fino a 500.000 euro. Il comma 7-bis all'articolo 122 del Codice dei contratti prevede, infatti, che *"i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero"*. Viene così elevata la precedente soglia di 100.000 euro per il ricorso alla procedura negoziata senza bando per l'affidamento di appalti di lavori pubblici. La procedura negoziata di cui al comma 7-bis è legittimata dal solo valore economico del contratto che, come rilevato, deve essere pari o inferiore a 500.000 euro.

L'importo medio dei contratti affidati mediante tale procedura nell'anno 2009 è, infatti, poco al di sotto dei 500.000 euro. Inoltre, se si guarda la distribuzione per classe di importo dei bandi e degli inviti per affidamenti di lavori, si può constatare che il numero di gare di lavori di importo inferiore a 500.000 euro, nell'ambito dei settori ordinari, rappresenta più del 70% del complesso dei bandi in questi settori.

Risulta chiara, allora, la preoccupazione dell'Autorità sull'utilizzo di uno strumento che, lungi dal riguardare contratti di modesto importo, in assenza di una delimitazione temporale riferita alla sfavorevole congiuntura economica, consente il consolidarsi nell'ordinamento di procedure non concorrenziali per l'attribuzione di una quota di mercato, molto consistente, del settore dei lavori pubblici.

Per le considerazioni svolte, l'Autorità auspica un intervento normativo al fine di individuare, in caso di procedura negoziata senza bando, specifici criteri di rotazione dei soggetti chiamati alla negoziazione dalle amministrazioni aggiudicatrici, in base ad un elenco annualmente predisposto con apposito bando. E' inoltre necessario richiamare, tra i principi elencati dall'art. 122, comma 7-bis, anche quello della pubblicità, nonché introdurre una delimitazione temporale dell'innalzamento della soglia.

Per quanto riguarda, poi, gli affidamenti con procedura negoziata senza bando di importo superiore alla soglia comunitaria a seguito di una precedente gara deserta, l'Autorità ha riscontrato, nell'ambito della propria attività di vigilanza, una tendenza, soprattutto nei settori speciali, degli enti aggiudicatori ad affidare con offerte in aumento.

Dalle rilevazioni effettuate dall'Autorità, emerge che, nei settori speciali, la procedura negoziata senza bando di gara è utilizzata per il 45,2% dei contratti di lavori.

La prassi sopra descritta è elusiva dei principi comunitari, secondo i quali la procedura negoziata senza bando, a seguito di gara deserta, è ammissibile a condizione che non vengano modificati i presupposti essenziali del contratto, quale ad esempio il prezzo. Nell'ipotesi in cui il prezzo, posto a base di gara, non fosse da considerarsi remunerativo, occorrerebbe, infatti, indire una nuova procedura competitiva, ponendo a base di gara un importo più elevato e non avviare una negoziazione che si concluderà, poi, con un rialzo dell'importo del contratto.

Per ovviare a tale pratica anticoncorrenziale, si suggerisce di modificare l'articolo 221, comma 1, del Codice dei contratti pubblici (Procedura negoziata senza bando), prescrivendo che il successivo affidamento con procedura negoziata non possa avvenire con aumenti d'asta.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art. 122, comma 7-bis

prevedere una delimitazione temporale (31/12/2012), inserire il richiamo al principio di pubblicità e prevedere l'obbligo di un previo avviso per la costituzione di un elenco a cui le stazioni appaltanti possono attingere per i bandi specifici con il criterio della rotazione.

Effetti

pur mantenendo la semplificazione delle procedure per appalti sotto soglia, realizza, incrementando la trasparenza, un ampliamento della concorrenza nelle procedure negoziate. La delimitazione temporale evita il consolidarsi nell'ordinamento di procedure non concorrenziali.

Art. 221 (procedura negoziata senza previa indizione di bando)

inserire nell'articolo il divieto di aumenti d'asta.

Effetti

spezza la prassi evidenziatasi nei settori speciali di mandare deserte le gare (pur con prezzi adeguati) e di aggiudicare a soggetti ricorrenti, con aumenti d'asta incontrollabili.

Art. 57, comma 2, lett. a) (procedura negoziata senza bando)

inserire nel comma il divieto di aumenti d'asta nel riaffidamento del contratto.

3.2 Le concessioni di lavori

L'Autorità, nell'ambito dell'attività di vigilanza svolta, ha riscontrato la sussistenza di numerose criticità nel settore delle concessioni di lavori pubblici, in particolare sotto il profilo del rispetto degli obblighi di affidamento a terzi di una quota dei lavori oggetto della concessione.

Al riguardo, per invertire la tendenza del mercato, si ritengono necessarie alcune modifiche normative. Un primo intervento normativo sarebbe opportuno al fine di stabilire, attraverso l'introduzione di un nuovo comma nell'articolo 143 del Codice, l'obbligo, sia per i concessionari amministrazioni aggiudicatrici che per i concessionari non amministrazioni aggiudicatrici, di documentare, nel caso la concessione preveda il livello delle tariffe a carico dell'utenza in rapporto agli investimenti (come ad esempio nei servizi autostradali), le quote di appalti affidati a soggetti terzi, conformemente ai piani di investimento prestabiliti nel contratto di concessione.

Inoltre, dovrebbe essere espressamente stabilito l'obbligo di comunicare all'Autorità, con cadenza periodica, lo stato di attuazione del piano di investimenti.

Appare, inoltre, utile ai fini dello sviluppo del mercato, accrescere l'aliquota minima di appalti che il concessionario di lavori pubblici deve affidare a terzi, disponendo, con un emendamento al comma 1, lett. a) dell'articolo 146 del Codice, che la percentuale passi dall'attuale 30% al 40%.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art.143 (caratteristiche delle concessioni di lavori pubblici)

inserire un comma (11) che preveda sia per i concessionari amministrazioni aggiudicatrici, sia per i concessionari non amministrazioni aggiudicatrici, l'obbligo tassativo di documentare al concedente l'appalto delle aliquote da affidare a terzi in un arco temporale non superiore ad anni tre, secondo piani di investimento prestabiliti dalle parti. L'ottemperanza al piano di investimenti, va comunicata all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con modalità analoghe alle comunicazioni da rendere all'Osservatorio.

Effetti

non eludere l'affidamento a terzi dell'aliquota di lavori prevista nella convenzione. Ciò consente una più rapida e certa restituzione al mercato di importanti quote di contratti, altrimenti occultate dalle proroghe delle convenzioni.

Art.146 (obblighi del concessionario)

aumentare dal 30% al 40% l'aliquota dei lavori da affidare a terzi ai sensi del comma 1 lett. a) del medesimo articolo.

Effetti

3.3 Le concessioni di servizi

Sempre nell'ambito dell'attività di vigilanza, sono emerse distorsioni nell'affidamento delle concessioni di servizi, attualmente disciplinate dall'articolo 30 del Codice².

Una criticità, frequentemente riscontrata nel settore delle concessioni di servizi, consiste proprio nella mancata indicazione nel bando, accanto alla base d'asta "a rialzo" (canone minimo che il concessionario dovrà corrispondere all'amministrazione), dell'autentico "valore dell'affidamento" inteso quale remuneratività presunta per il concessionario (flussi di cassa stimati per la durata della concessione).

Ai sensi degli articoli 29, comma 1, e 143, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 (espressamente richiamato, quest'ultimo, nell'art. 30 in tema di concessioni di servizi), è necessario che l'amministrazione concedente stimi prioritariamente, sulla base ad esempio dell'esperienza pregressa e dell'estensione materiale e temporale del nuovo servizio, i flussi di cassa previsti ed indichi gli stessi, ancorché in via presuntiva, nel bando/avviso pubblico, accanto poi al canone minimo che si richiede al concessionario. Ciò in quanto l'art. 29, comma 1, del D.Lgs. 163/2006 prevede che *"il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori e servizi pubblici è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dalle stazioni appaltanti"*, importo che, nel caso delle concessioni, proviene dall'utenza. La corretta individuazione nel bando del "valore della concessione" è, del resto, di capitale importanza, sia ai fini della ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione (specie di fatturato), sia ai fini della valutazione del livello di pubblicità del bando/avviso di gara, in quanto più è appetibile per i potenziali concessionari l'affidamento in termini di remuneratività, tanto maggiore dev'essere l'estensione della pubblicità del bando (l'art. 30 del D.Lgs. 163/2006 richiama, del resto, il principio di adeguata pubblicità); alla stregua della Comunicazione interpretativa della Commissione europea del 12.4.2000 (G.U.C.E. n. C 121 del 29/4/2000), i principi di evidenza pubblica, da attuare in modo proporzionato e congruo all'importanza della fattispecie, vanno applicati, in quanto dettati in via diretta dal Trattato CE, anche alle fattispecie non interessate, come la concessione di servizi, da specifiche disposizioni che regolamentino una puntuale procedura competitiva, in quanto principi con valenza generale e di diretta applicazione.

In particolare, si ritiene sicuramente necessario stabilire *ex ante* quali siano gli obblighi di pubblicità da assolvere in ambito nazionale e sovranazionale (prevedendo il metodo di calcolo del valore dell'affidamento e che in tale valore rientrino anche gli introiti che si stima deriveranno dalla gestione del servizio, nonché le relative soglie di rilevanza), gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità, a fini di vigilanza e monitoraggio, i requisiti di partecipazione alle gare (mutuandoli da quelli stabiliti dal Codice). Per quanto riguarda le procedure di affidamento, data la complessità dei contratti di concessione, una procedura in grado di coniugare la flessibilità con la concorrenza e la trasparenza è il dialogo competitivo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di superare le asimmetrie informative.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art.30 (concessioni di servizi)

inserire un rinvio agli obblighi di pubblicità di cui all'art. 66 del Codice; inserire la possibilità di utilizzare il dialogo competitivo; prescrivere che, ai fini del calcolo del valore stimato, debbano essere considerati anche gli introiti che si stima possano derivare dalla gestione del servizio; prevedere gli obblighi informativi nei confronti di AVCP.

Effetti

garantire l'apertura alla concorrenza del mercato delle concessioni di servizi che riguardano anche i servizi pubblici locali.

3.4 L'affidamento dei servizi pubblici locali

L'Autorità è già intervenuta due volte sulla materia dei servizi pubblici locali, mediante la segnalazione al Governo ed al Parlamento *"Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133"* del 26 novembre 2008 e mediante la recentissima

segnalazione del 3 giugno 2010. L'Autorità ha, altresì, condotto, nel corso degli ultimi anni, diverse indagini conoscitive settoriali³.

In numerosi casi tali indagini hanno portato a riscontrare la non conformità degli affidamenti alle normative generali e settoriali applicabili, unitamente ad un diffuso ricorso all'*in house providing* oltre i limiti consentiti.

Le delibere adottate hanno evidenziato la persistente incompiutezza del processo di transizione dei servizi pubblici locali verso assetti di mercato concorrenziali, dovuta ad alcuni profili critici propri dell'architettura complessiva del sistema. L'applicazione del principio dell'evidenza pubblica nell'affidamento della gestione dei servizi non ha, nella prassi applicativa, trovato un reale riscontro per ragioni essenzialmente imputabili all'eccessiva instabilità del quadro normativo ed alla connessa mancanza di un'adeguata regolazione economica del mercato dei servizi finali agli utenti. Stabilità e chiarezza delle regole costituiscono per tutti i servizi di valenza strategica per lo sviluppo industriale del Paese due elementi irrinunciabili per garantire *standard* di efficienza gestionale e livelli di servizio adeguati, nonché al fine di consentire un reale confronto concorrenziale ed un'equa remunerazione degli investimenti nei mercati interessati. A tale scopo, come avvenuto per altri settori, appare necessario un intervento regolatorio che stabilisca alcuni punti cardine (come il metodo tariffario, i livelli essenziali di servizio e le forme di monitoraggio).

L'Autorità, nella segnalazione del 3 giugno 2010, ha offerto alcuni suggerimenti volti a favorire la chiarezza e la stabilità del quadro normativo, con riferimento in particolare alla costituzione delle società miste, alle regole dell'evidenza pubblica, all'interpretazione del regime transitorio, alle problematiche delle gestioni *in house*, alla necessità di costituire un sistema di monitoraggio.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

1. Rafforzare la regolazione del settore mediante l'attribuzione di tali compiti ad un'autorità indipendente.
2. Introdurre alcune modifiche al regolamento previsto dall'articolo 23-bis volte a chiarire il regime transitorio, la costituzione delle società miste, l'affidamento *in house* ed a costituire un sistema di monitoraggio.

Effetti

facilitare lo sviluppo industriale e competitivo dei servizi pubblici, pervenire ad un miglior soddisfacimento dei bisogni essenziali della collettività ed assicurare un'equa remunerazione degli investimenti nei mercati interessati.

3.5 Le procedure emergenziali

Nel corso dell'anno, l'Autorità ha condotto un'indagine sugli interventi emergenziali, rivolgendo in particolare l'attenzione a quelli realizzati a seguito di ordinanze di protezione civile. A tal fine, sono state analizzate 764 ordinanze (dalla n. 3101 del 22.12.2000 alla n. 3864 del 31.3.2010), tutte pubblicate in Gazzetta Ufficiale dal 1° gennaio 2001 al 31 marzo 2010, che sono state classificate per tipologie, importi ed oggetto degli interventi.

Le ordinanze di protezione civile trovano il loro fondamento normativo nell'art. 5 della legge n. 225/92 istitutiva del servizio nazionale della Protezione Civile che consente, al verificarsi di calamità naturali, catastrofi o altri eventi che per intensità ed estensione devono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari, di provvedere agli interventi di emergenza a mezzo di ordinanze in deroga ad ogni disposizione vigente, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, previa deliberazione dello stato di emergenza da parte del Consiglio dei Ministri, su proposta del Presidente del Consiglio.

Il terzo comma dell'art. 5 della legge n. 225/92 prevede, inoltre, che, per l'attuazione degli interventi di emergenza, il Presidente del Consiglio dei Ministri o, per sua delega, il Ministro per il Coordinamento della Protezione Civile, si avvalgano di commissari delegati, indicando nel provvedimento di delega il contenuto dell'incarico, i tempi e le modalità del suo esercizio.

Come è stato in concreto riscontrato nel corso dell'analisi condotta, le ordinanze riportano sia gli importi massimi stanziati per gli interventi ritenuti necessari, sia la specifica indicazione delle norme di legge alle quali è consentito derogare. In diversi casi gli importi dei finanziamenti originariamente ed immediatamente stanziati sono stati successivamente integrati da provvedimenti di analoga natura.

Nell'indagine sono state, altresì, incluse le ordinanze emanate ai sensi dell'art. 5-*bis* comma 5 della legge n. 401/2001 che ha esteso la disciplina dettata dall'art. 5 legge n. 225/92, in tema di stato di emergenza e potere di ordinanza, alla dichiarazione dei "grandi eventi" rientranti nella competenza del Dipartimento della Protezione Civile e diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato di emergenza.

Dall'analisi delle ordinanze di protezione civile, emanate dal 1° gennaio 2001 al 31 marzo 2010, è emerso che quelle relative al settore degli appalti, nell'ambito del quale è stato previsto uno stanziamento complessivo di risorse pubbliche per la realizzazione degli interventi ivi indicati pari ad euro 12.894.770.574,38, sono 302.

L'Autorità, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, ha segnalato il rischio, insito nel frequente ricorso alle procedure di gestione emergenziale, di distorsioni del mercato, in quanto viene consentito l'affidamento di lavori e servizi in via diretta, senza il rispetto delle regole del Codice poste a tutela della concorrenza. Dai dati sopra riportati emerge come il ricorso a tali procedure derogatorie riguardi una parte rilevante del mercato.

L'Autorità, approfondendo le problematiche di carattere generale relative alle ipotesi di deroga alle ordinarie procedure di aggiudicazione, nel caso di interventi connessi ad eventi eccezionali, ha già avuto modo di chiarire⁴ che le ordinanze *extra ordinem* c.d. "di necessità", sono provvedimenti riferibili ad evenienze di carattere eccezionale, determinate da un fatto imprevisto, in presenza delle quali è impossibile l'utilizzo dei normali mezzi predisposti dall'ordinamento: la loro adozione, quindi, è giustificata e legittimata dal verificarsi di una situazione sopravvenuta, che presenti il carattere dell'eccezionalità - come un evento naturale straordinario (terremoto, inondazione, incendio, epidemia, ecc.) - per cui si impone di provvedere con un'urgenza incompatibile con i tempi connaturali alla rigorosa osservanza della normativa in materia. Una deroga così sensibile al regime ordinario, quindi, risulta compatibile con i principi costituzionali solo se contenuta in un lasso temporale circoscritto e limitato: se gli interventi vengono attuati dopo che è decorso un periodo di tempo considerevole, da valutare chiaramente caso per caso, viene meno proprio il concetto di emergenza. L'operatività dello schema proprio delle situazioni di emergenza è stata estesa anche ad avvenimenti qualificati come "grandi eventi" da d.P.C.M. attraverso il richiamo dell'articolo 5-bis, comma 5, della legge 9 novembre 2001, n. 401 (conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 7 settembre 2001, n. 343, recante disposizioni urgenti per assicurare il coordinamento operativo delle strutture preposte alle attività di protezione civile).

A riguardo, l'Autorità, ritenendo che la dichiarazione di grande evento abbia dato luogo, negli anni, ad un uso improprio e strumentale del concetto di emergenza, auspica l'abrogazione del comma 5 dell'articolo 5-bis della legge 9 novembre 2001, n. 401 che consente l'assimilazione menzionata.

In via generale, si rappresenta, poi, che anche nelle situazioni di emergenza le esigenze di tempestività nella realizzazione degli interventi possono essere coniugate con il rispetto dei principi di trasparenza e concorrenza, giungendo all'affidamento dei contratti pubblici attraverso l'esperimento di una gara informale a cui siano invitati, dove possibile, almeno cinque operatori economici.

Si rileva, altresì, che nei provvedimenti legislativi di emergenza sussiste un frequente ricorso alla deroga agli articoli del Codice dei contratti che disciplinano i poteri di vigilanza dell'Autorità. L'Autorità ritiene che il potere derogatorio delle ordinanze contingibili ed urgenti non debba minare l'applicazione delle norme riguardanti il controllo e la vigilanza sui contratti pubblici, mancando in tal caso il nesso di strumentalità tra esigenza di tempestivo intervento e deroga al procedimento di controllo. Quest'ultimo, infatti, è teso a garantire il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dall'art. 2 del Codice (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità), che non possono in alcun caso essere derogati. Inoltre, l'attività di vigilanza svolta dall'Autorità, lungi dall'essere un aggravio della procedura di scelta del contraente e, più in generale, del procedimento per addvenire alla stipula del contratto ed alla realizzazione dell'opera, risulterebbe quanto mai opportuna in funzione della verifica, tra l'altro, dell'importo degli appalti, della durata degli stessi in vigenza dello stato di emergenza o nel limite stabilito dal concretizzarsi dell'evento, del dovuto possesso delle prescritte qualificazioni e/o requisiti e delle varianti intervenute.

E' inoltre necessario prevedere che venga comunicato all'Autorità anche il piano indicativo degli interventi da realizzare mediante procedure derogatorie, con indicazione delle esigenze sottese, dei costi stimati di realizzazione e dei tempi previsti, nonché l'eventuale conclusione di accordi di sponsorizzazione e/o acquisizione di forniture, servizi o lavori a titolo non oneroso.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

1. Abrogare l'art. 5-*bis* comma 5 della legge n. 401/2001;
2. Prevedere all'articolo 5, comma 2 della legge 24.2.1992 n. 225 il rispetto degli obblighi di comunicazione all'Autorità e dei poteri di vigilanza di quest'ultima.

Effetti

4 Migliorare le condizioni di sviluppo ed accesso al mercato

Un mercato dei contratti pubblici pienamente competitivo presuppone un generale accrescimento della qualità delle imprese e della pubblica amministrazione che vi partecipano anche al fine della piena assunzione delle responsabilità operative che ne discendono. Ciò significa che contestualmente ad un intervento di rivisitazione del sistema di qualificazione delle imprese, accompagnato, ove necessario, da un corredo di criteri quantitativi e qualitativi, appare necessario intervenire anche per una corrispondente qualificazione delle stazioni appaltanti.

Esiste nel nostro Paese un problema strutturale di efficienza della domanda e dell'offerta. Da una parte si collocano le stazioni appaltanti molte delle quali con professionalità e strumenti non adeguati al compito. Dall'altra, si registra un'offerta molto frammentata: solo nel settore dei lavori pubblici si contano circa trentaseimila imprese qualificate SOA.

Appare quindi ineludibile un'acquisizione da parte del sistema delle imprese di quelle caratteristiche imprenditoriali che consentono di competere sul mercato sia nazionale che internazionale: da questo punto di vista, un'evoluzione del sistema di qualificazione non è più rinviabile. Tale evoluzione dovrebbe avvenire mediante una rivisitazione dei requisiti delle imprese, accrescendo quelli di natura qualitativa rispetto a quelli di natura esclusivamente quantitativa ed economica.

Un altro profilo di intervento concerne l'istituto dell'avvalimento al fine di evitarne un uso distorto e non concorrenziale.

4.1 La qualificazione delle stazioni appaltanti

L'inefficienza delle amministrazioni nel mercato dei lavori pubblici può riflettersi in maggiori costi, in tempi più lunghi di esecuzione ma allo stesso tempo, come per il caso delle forniture, può incidere negativamente anche sul lato dell'offerta. Considerando, infatti, l'elevata probabilità per un'impresa che si aggiudica un appalto di lavori di dover ricontrattare le iniziali condizioni e considerando, altresì, che nella risoluzione delle controversie attraverso lodi arbitrali le amministrazioni sono spesso soccombenti, si capisce come le imprese aggiudicatrici più che tendere al raggiungimento dell'efficienza produttiva investano molte risorse in attività che si definiscono, usando una terminologia economica, di *rent seeking*.

Un passo nella direzione di un mercato degli appalti più trasparente ed efficiente può essere, quindi, costituito dalla razionalizzazione delle funzioni amministrative delle stazioni appaltanti, pur nel rispetto dell'autonomia garantita dalla Costituzione agli enti locali.

Tale risultato potrebbe essere conseguito attraverso una sorta di "qualificazione delle stazioni appaltanti", per certi versi analoga a quella richiesta per le imprese, in modo da consentire alle stazioni appaltanti non strutturate di delegare le funzioni amministrative di committente ad amministrazioni più organizzate. Occorrerebbe, pertanto, delineare un sistema di valutazione delle capacità amministrative e gestionali delle stazioni appaltanti al fine di classificarle per classi di importo o per tipologia di contratti. Ciò consentirebbe che ciascuna amministrazione indicasse e gestisca contratti in maniera proporzionata alle proprie capacità organizzative e gestionali.

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti non dovrebbe risolversi in una mera centralizzazione della committenza, sull'esempio, appunto, delle centrali di committenza, ma in una delega, a soggetti più efficienti e meglio strutturati, di gran parte del ciclo dell'appalto (progettazione ed esecuzione), in base all'importo e alla complessità delle opere e, quindi, alla "sostenibilità" della procedura da parte delle singole amministrazioni.

Di conseguenza, vi sarebbe una redistribuzione dei compiti fra le stazioni appaltanti in funzione delle loro effettive capacità e del rapporto dei relativi costi e benefici.

La valutazione della capacità amministrativa delle singole stazioni appaltanti dovrebbe essere effettuata in relazione alle diverse fasi di un appalto: in particolare, sull'esempio di quanto fa la Banca Mondiale, occorre approfondire, anche sulla base di questionari, gli aspetti organizzativi, le capacità della struttura tecnica e del personale, i sistemi di controllo interno, le procedure utilizzate, le iniziative anticorruzione adottate, il contesto ambientale, le misure di contrasto del lavoro nero, il controllo dei subappalti, ecc..

Un simile sistema di attestazione sarebbe, quindi, volto a verificare l'effettiva capacità dell'amministrazione aggiudicatrice di gestire il proprio sistema di approvvigionamento, in modo rispettoso della normativa, efficiente, efficace e trasparente in relazione ad una determinata classe di importo del contratto o ad una tipologia di appalto

complessa o che richiede economie di scala. È evidente che tutto ciò necessita dell'introduzione di una norma che imponga l'obbligo (attualmente non esistente) per tutte le stazioni appaltanti di qualificarsi come tali attraverso l'iscrizione obbligatoria in una apposita "anagrafe" da istituirsi presso l'Osservatorio della Autorità, pena la impossibilità di operare sul mercato dei contratti pubblici.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Introdurre nel Codice dei contratti un sistema di attestazione delle procedure delle stazioni appaltanti finalizzato a:

- a) promuovere nelle stazioni appaltanti l'introduzione di modelli organizzativi per la gestione del ciclo dei contratti pubblici di sistemi qualità;
- b) promuovere un sistema di attestazione delle stazioni appaltanti per la gestione della fase di affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

Prevedere l'obbligo per le s.a. di iscriversi ad un' anagrafe istituita presso l'AVCP.

Effetti

controllare l'efficienza della spesa pubblica mediante un sistema di censimento obbligatorio delle stazioni appaltanti (circa 13.000 soggetti di spesa).

4.2 La qualificazione delle imprese

Per quanto riguarda, invece, l'accesso al mercato da parte delle imprese, la qualificazione deve basarsi su di un insieme di parametri qualitativi/quantitativi che consentano di classificare le imprese sulla base delle effettive capacità, attinenti non solo alla fase dell'esecuzione, ma anche alla qualità delle *performance* operative ed alla struttura economico patrimoniale.

Da questo punto di vista, un'evoluzione del sistema di qualificazione delle imprese nel settore dei lavori pubblici ed una considerazione di requisiti qualitativi nel settore dei servizi e forniture, non è più rinviabile, anche per premiare i comportamenti di eccellenza (sociale, ambientale e dal punto di vista del rispetto delle norme sulla sicurezza).

Per quanto riguarda il sistema di qualificazione nel settore dei lavori pubblici, si ritiene indispensabile segnalare un profilo specifico che necessita di un' immediata modifica normativa, riguardante la partecipazione al capitale delle SOA da parte degli organismi di certificazione di qualità.

La partecipazione di tali organismi, a giudizio dell'Autorità, è contraria ai principi di indipendenza degli organismi SOA ed a quello della necessaria assenza, in capo agli stessi, di interessi commerciali e finanziari che possano comprometterne l'imparzialità e la neutralità.

L'articolo 66 della bozza di regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici prevede opportunamente che gli organismi di certificazione " *non possono possedere a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale di una SOA*".

Al fine di evitare il protrarsi di uno stato di incertezza e di eliminare la situazione non concorrenziale tra le SOA che si è venuta a creare (almeno una SOA continua a svolgere sia l'attività di attestazione che quella di certificazione), occorre anticipare nel Codice dei contratti pubblici la previsione contenuta nella bozza di regolamento.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art. 40 (qualificazione)

modificare i requisiti di qualificazione delle imprese nel settore dei lavori pubblici stabilendo indici di qualità delle imprese ed incrementare l'affidabilità dell'impresa sotto il profilo economico modificando i requisiti attualmente previsti per la qualificazione prevedendo una combinazione di indici basati su: capitale netto pari o superiore ad una percentuale della cifra d'affari; Indici finanziari quali il ritorno sul capitale impiegato (ROI) o il ritorno sul capitale netto (ROE).

Effetti

Riqualificare il sistema delle imprese consentendo una migliore competizione anche sui mercati internazionali.

Art. 40 (qualificazione)

prevedere che gli organismi di certificazione non possono possedere a qualsiasi titolo, direttamente o indirettamente, una partecipazione al capitale di una SOA

Effetti

ripristinare la concorrenza tra le SOA e tutelarne l'indipendenza.

4.3 L'istituto dell'avvalimento

Un operatore che non possenga i requisiti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, può far valere, presso la stazione appaltante, le capacità di terzi a cui conti di rivolgersi qualora risulti vincitore della procedura selettiva: si tratta del cd. "avvalimento" disciplinato dall'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici, in recepimento della direttiva 18/2004/UE.

Il medesimo articolo prevede, al comma 11, l'obbligo, a carico delle stazioni appaltanti, di comunicare all'Autorità per l'esercizio della vigilanza e per la pubblicità sul sito informatico presso l'Osservatorio, tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando l'aggiudicatario.

Nel corso del 2009 è stata, pertanto, avviata un'indagine conoscitiva sull'istituto in commento, attraverso il monitoraggio delle modalità applicative ed il riscontro di eventuali fenomenologie incidenti sulla corretta applicazione dell'istituto stesso.

Dall'esame effettuato è emerso, in primo luogo, che gli accordi di avvalimento riportano enunciazioni dell'oggetto oltremodo generiche e che gli stessi non risultano corredati dalla prevista dichiarazione di avvalimento, né da alcuna altra documentazione che possa suffragare l'effettiva messa a disposizione dei requisiti di ordine speciale.

Tutti gli accordi di avvalimento esaminati evidenziano come i requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica dell'operatore economico siano conferiti all'ausiliato attraverso la sola esibizione di documentazione che ne attesta il possesso in capo all'ausiliario.

Nel corso dell'accertamento istruttorio, sono state rilevate altre problematiche attinenti la prova dell'effettiva disponibilità, da parte dell'ausiliato, dei mezzi e delle risorse del soggetto terzo. Tale prova si presenta più semplice ed immediata per requisiti tangibili, come le attrezzature ed il personale specializzato, mentre appare più sfuggente per quando concerne i requisiti immateriali.

Seppure la giustizia amministrativa abbia sciolto il nodo della possibilità di avvalersi di qualsiasi requisito, anche a carattere immateriale, in quanto la finalità dell'istituto è quella, non già di arricchire la capacità del concorrente, ma di consentire a soggetti che ne siano privi di partecipare alla gara ricorrendo ai requisiti minimi di altri (cfr. sent. Cons. Stato, Sez. V, n.1589 del 17.03.2009), più volte è stato sottolineata la necessità che il soggetto ausiliato dimostri di poter disporre dei mezzi dell'ausiliario.

Proprio a tale riguardo, occorre stabilire modalità atte a fornire in concreto la prova del possesso di requisiti indicativi della reale capacità dell'impresa, quale garanzia del compimento delle obbligazioni contrattuali. Solo rendendo effettivo l'insieme organizzato dei fattori produttivi, di cui si compone l'azienda, può sgomberarsi il campo dal rischio che l'avvalimento si risolva in un fatto meramente formale tale da creare effetti distorsivi al buon andamento del mercato.

Tuttavia, l'avvalimento e la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti richiesti dal bando di gara sembrano più coerenti con la *ratio* dell'istituto laddove abbiano ad oggetto elementi tangibili, quali la messa a disposizione di attrezzature e di personale specializzato. Più problematico appare, invece, avvalersi dei requisiti di capacità economica e finanziaria, quali il capitale sociale minimo, il fatturato, ovvero anche dei requisiti di capacità tecnica, ma di natura per così dire "storica", quali, ad esempio, i servizi analoghi svolti.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza è stato verificato un uso distorto dello strumento da parte delle stazioni appaltanti, tenuto conto che, nonostante l'indubbia portata pro-competitiva dell'avvalimento, lo stesso non può essere invocato per giustificare l'inserimento di requisiti più restrittivi per la partecipazione alla gara.

Uno dei problemi da affrontare riguarda, poi, la conciliabilità dell'avvalimento con l'affidamento degli incarichi professionali quali la progettazione, il collaudo, la direzione lavori ed il coordinamento della sicurezza, che non comportano l'utilizzo di risorse e mezzi, ma sono prestazioni di carattere unipersonale.

Inoltre, per quanto riguarda in particolare il settore dei lavori pubblici, occorre rilevare che l'attuale quadro normativo nazionale prevede un sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori. La qualificazione non è, tuttavia, un mero requisito per la partecipazione, bensì un requisito soggettivo dell'impresa che consente alla stessa di essere parte di un appalto durante tutta la sua durata.

Il sistema unico di qualificazione, pertanto, dimostra il possesso da parte del concorrente di una serie di requisiti necessari ai fini della partecipazione alle gare, in relazione ai relativi importi, sintetizzati nell'iscrizione a una specifica categoria, in riferimento ad una determinata soglia del valore dell'appalto.

L'avvalimento si traduce nella messa a disposizione di requisiti e, di conseguenza, non implica necessariamente il coinvolgimento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto, anche perché il nostro sistema prevede rigorosi limiti al subappalto. La ricostruzione logica delineata comporterebbe, tuttavia, un'elusione del sistema unico di qualificazione che si basa su un sistema di categorie di qualificazione quale elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti e che, conseguentemente, non consente quella scomposizione dei requisiti sui quali l'avvalimento si fonda.

Le considerazioni sopra svolte valgono, evidentemente, soprattutto per il settore dei lavori pubblici, per il quale è appunto previsto il sistema unico di qualificazione, fermo restando che il pericolo di formazione sul mercato di imprese che non hanno concreta capacità realizzativa esiste per tutti i settori.

Occorre, infatti, evidenziare che il Codice dei contratti pubblici sembra consentire il prestito dei requisiti, in misura illimitata; in queste circostanze una stessa impresa potrebbe "avvalere" più operatori contemporaneamente, provocando la creazione di un mercato parallelo in cui i soggetti economici provvisti di requisiti di ordine speciale esplicano la loro attività unicamente come ausiliarie.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art. 49 (avvalimento)

occorre precisare quali sono i possibili requisiti oggetto di avvalimento; vietare l'avvalimento in più contratti contemporaneamente (prestare l'attestazione SOA in appalti diversi); disciplinare il rapporto tra avvalimento e subappalto; disciplinare l'avvalimento in caso di servizi tecnici, quali progettazione, direzione lavori, collaudo; disciplinare meglio l'avvalimento nei lavori pubblici evitando l'elusione del sistema di qualificazione

Effetti

evitare che l'avvalimento falsi la concorrenza tra le imprese riducendo le garanzie di buona esecuzione delle prestazioni per la stazione appaltante.

5 Vigilanza/regolazione e liberalizzazione: un binomio indissolubile

5.1 Il rafforzamento dei poteri dell'Autorità

Come detto, la missione istituzionale dell'Autorità consiste nella vigilanza e garanzia della concorrenza nelle singole procedure di gara.

L'AVCP ove, nel corso delle ispezioni da essa condotte o su segnalazioni degli operatori interessati, abbia riscontrato violazioni della normativa introdotta dal Codice dei contratti pubblici, è intervenuta aprendo un procedimento istruttorio per l'accertamento dei fatti, registrando in proposito, anche in assenza di uno specifico potere di annullamento degli atti delle pubbliche amministrazioni illegittimi, un adeguamento "spontaneo" degli enti coinvolti alle obiezioni sollevate. Ciò è conforme alla funzione di prevenzione e di *moral suasion* svolta dall'Autorità che fornisce alle amministrazioni pareri, sia pure non vincolanti, circa il modo di esercizio delle attività loro assegnate e, una volta individuato un vizio nell'applicazione della normativa codicistica, sollecita l'organo competente ad effettuare l'intervento necessario.

Tuttavia, proprio il perseguimento dei principi di efficacia ed economicità dell'azione amministrativa richiederebbe l'attribuzione all'Autorità di poteri più pregnanti rispetto a quelli su cui la stessa può attualmente fare affidamento: il

corretto espletamento della funzione di vigilanza sul settore dei contratti pubblici, connotato da un peculiare tecnicismo, necessita spesso di una complessa attività istruttoria ed ispettiva, destinata, poi, a sfociare solo in eventuali segnalazioni e proposte.

Per rafforzare l'incisività dell'azione dell'Autorità, appare necessaria l'attribuzione di un potere provvedimento di carattere sanzionatorio nei confronti degli atti posti in essere, in violazione della normativa nazionale, dalle stazioni appaltanti tenute al rispetto del Codice dei contratti pubblici. Di qui la necessità di prevedere - nelle ipotesi in cui l'Autorità, accertata l'esistenza di cause di illegittimità e/o di irregolarità, inviti la stazione appaltante ad un riesame dei provvedimenti adottati - l'obbligo a carico della stessa di comunicare all'Autorità ed ai soggetti interessati l'esito del procedimento di riesame ed a motivare, in maniera congrua, l'eventuale volontà di non recepire le indicazioni dell'Autorità. Il mancato rispetto del predetto obbligo di riesame e di comunicazione all'Autorità dovrebbe, inoltre, essere punibile mediante una sanzione amministrativa pecuniaria, nei limiti previsti dall'articolo 6 del Codice dei contratti pubblici. In tal modo si riconosce ai provvedimenti dell'Autorità maggiore incisività ed effetti deterrenti anche nei confronti del fenomeno corruttivo.

Si tratta di una richiesta assolutamente in linea con lo spettro dei poteri assegnati dal legislatore alle Autorità indipendenti, preposte alla cura di settori caratterizzati dalla presenza di interessi particolarmente sensibili ed importanti.

Il potere sanzionatorio sopra specificato può essere affiancato dall'attribuzione all'Autorità della legittimazione ad impugnare, davanti agli organi della giustizia amministrativa, per i profili di competenza, gli atti posti in essere dalle stazioni appaltanti non conformi alla normativa nazionale e comunitaria, avvalendosi dell'Avvocatura dello Stato. L'impugnativa in questione verrebbe configurata come *extrema ratio* nelle ipotesi in cui, nonostante le contestazioni mosse dall'Autorità in un procedimento in contraddittorio, i soggetti su cui la stessa esplica il potere di vigilanza, attribuite dall'art. 6 del Codice dei contratti pubblici, si rifiutassero di modificare gli atti illegittimi in modo conforme alle osservazioni effettuate dall'Autorità.

Tale previsione, oltre a rappresentare un rafforzamento dei poteri dell'Autorità, attribuendo maggiore incisività ai relativi provvedimenti, sembra costituire anche un valido deterrente per i comportamenti negligenti delle stazioni appaltanti le quali, al fine di evitare un contenzioso con l'Autorità, procederanno con maggiore probabilità al riesame dei provvedimenti colpiti dai rilievi di quest'ultima.

Un caso peculiare in cui potrebbe trovare applicazione il potere sanzionatorio dell'Autorità è rappresentato, poi, dall'ipotesi di cui all'articolo 245, comma 2, del Codice dei contratti pubblici che, nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, prevede che "*il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dalla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando*". Se sono omessi gli avvisi o le informazioni oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, "*il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dalla data di stipulazione del contratto*". La portata della previsione, la cui *ratio* risiede nell'intento di garantire stabilità ai rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione, appare tuttavia eccessivamente ampia, giacché essa consente un sostanziale consolidamento di una gravissima situazione di illegittimità. Le due opposte esigenze (certezza e rispetto delle procedure previste dal Codice dei contratti pubblici) potrebbero essere temperate prevedendo, in alternativa al ricorso giurisdizionale, la possibilità di segnalazione all'Autorità da parte di chiunque vi abbia interesse ed entro un termine decorrente dall'effettiva conoscenza dell'atto lesivo, con conseguente apertura di un procedimento sanzionatorio. Quest'ultimo sarebbe volto, ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lettera d) del Codice dei contratti pubblici all'irrogazione di sanzioni pecuniarie a carico della stazione appaltante, unitamente al deferimento alla Corte dei conti per i provvedimenti di competenza. La sanzione pecuniaria potrebbe essere stabilita in percentuale al valore del contratto sulla scorta di quanto previsto dall'articolo 245-*quater* del Codice per il caso in cui, nonostante le violazioni accertate in sede di giudizio amministrativo, il contratto sia considerato efficace o qualora l'inefficacia sia limitata temporalmente.

Infine, un ulteriore strumento per rafforzare la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, potrebbe essere costituito dalla previsione di attribuire all'Autorità il potere di annullare l'aggiudicazione e di disporre la privazione di effetti del contratto nelle sole ipotesi previste nell'articolo 245-bis del Codice dei contratti pubblici, vale a dire in caso di omessa pubblicazione del bando o dell'avviso di gara, di procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti o di avvenuta stipulazione del contratto senza rispettare il termine dilatorio di trentacinque giorni o senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Art. 6 comma 7 lettera a (Autorità)

dovere di riesame e di comunicazione in capo alle stazioni appaltanti a seguito di deliberazioni dell'Autorità che accertino cause di illegittimità o irregolarità nelle procedure, nonché previsione di sanzioni in caso di mancata ottemperanza. Conseguentemente potere dell'AVCP di impugnare le delibere innanzi al G.A. Introduzione in casi di gravi violazioni della normativa in materia di appalti (ad es. mancata pubblicazione di bando) del potere di annullamento dell'aggiudicazione, nonché di irrogazione di sanzioni pecuniarie.

Effetti

Rafforzare i poteri di vigilanza e controllo sul settore dei contratti al fine di garantire l'apertura delle concorrenza.

5.2 Regolazione e liberalizzazione nei servizi di trasporto

Il settore dei trasporti ferroviari, autostradali e aeroportuali è stato interessato da un radicale processo di liberalizzazione e privatizzazione volto a razionalizzare il mercato e a introdurre elementi di concorrenza in un settore tradizionalmente caratterizzato da assetti monopolistici e da una forte presenza dell'operatore pubblico.

In particolare, per i servizi di trasporto ferroviario è necessaria una normativa che definisca l'ambito del servizio universale e l'obbligo di procedere sempre tramite gara all'aggiudicazione della gestione dei servizi di trasporto, mentre per i servizi autostradali l'affidamento della concessione, in cui di fatto consiste l'accesso al mercato, deve avvenire attraverso l'utilizzo di procedure di selezione competitiva e deve essere di breve durata, compatibilmente con il livello degli investimenti da sostenersi, e di ambito delimitato, nonché appare cruciale la regolazione delle tariffe attraverso schemi che creino incentivi all'efficienza da parte del soggetto regolato, con la contestuale garanzia che una parte del beneficio di riduzione dei costi vada a favore dei consumatori finali.

La necessità di una regolazione indipendente è dovuta alla necessità: a) di individuare un meccanismo che imponga al proprietario/gestore una scala di priorità di investimento pensata per la massimizzazione del benessere sociale, e non dei suoi profitti soggettivi; b) di adottare un sistema tariffario che gli garantisca l'afflusso di risorse sufficienti; c) di stabilire un corpus di sanzioni non irrisorie, ma incisive, credibili, e commisurate all'entità del danno all'interesse pubblico causato dall'eventuale inadempimento dell'obbligo di sviluppo della rete.

Per realizzare questi tre obiettivi occorre approntare un modello istituzionale che consenta di distinguere in maniera netta e trasparente fra funzioni di carattere politico o di indirizzo e funzioni tecniche/esecutive. Solo in questo caso sarà possibile attribuire efficacemente *ex post* le relative responsabilità e queste ultime fungeranno da incentivo per comportamenti virtuosi.

Il processo di *audit* dovrebbe, infatti, essere affidato ad un organismo che sia dotato di competenze tecniche adeguate, ma che sia soprattutto terzo ed indipendente rispetto ai soggetti che negoziano il piano di investimento. La soluzione più naturale è quella di fare riferimento alle Autorità di regolazione settoriali esistenti, potenziandone opportunamente le strutture operative.

SINTESI INTERVENTI NORMATIVI

Rafforzare le funzioni di regolazione nel settore dei servizi di trasporto. In particolare, è necessario regolare:

- a) le condizioni di accesso alle infrastrutture autostradali e ferroviarie, inclusi le relative pertinenze ed i servizi accessori e complementari;
- b) i servizi di trasporto, limitatamente agli ambiti in cui ancora non sussistono condizioni di effettiva concorrenza, modale o intermodale, al fine di garantire la salvaguardia degli interessi degli utenti e dei consumatori.

Effetti

liberalizzare settori cruciali per lo sviluppo dell'economia, rafforzando i poteri di regolazione , nell'interesse della collettività.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 16 giugno 2010

Firmato:

Il relatore: Andrea Camanzi

Il Presidente: Luigi Giampaolino

¹ Si precisa che i dati relativi ai contratti di importo inferiore a 150.000 euro sono fortemente sottostimati in quanto, per tali contratti, non sussistendo l'obbligo di pagamento del contributo e di richiesta del Codice Identificativo Gara (CIG) all'Autorità e, quindi, nemmeno l'esclusione dalla gara delle imprese inadempienti, le stazioni appaltanti non sono tenute a comunicare i dati all'Osservatorio.

² Cfr. deliberazione n. 93/2009

³ Cfr., in particolare, Deliberazione n. 16 del 24 marzo 2010 "*Procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato. Indagine relativa alle gestioni affidate a società interamente pubbliche*", Deliberazione n. 15 del 24 marzo 2010 "*Procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato. Indagine relativa all'affidamento a società miste*", Deliberazione n. 2 del 13 gennaio 2010 "*Procedimento di accertamento della legittimità degli affidamenti in house ai soggetti gestori pubblici del Servizio di Gestione Integrata dei rifiuti urbani*", Deliberazione n. 24 del 1 aprile 2009, "*Procedimento volto ad accertare l'osservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato*", Deliberazione n. 53, del 17 giugno 2009 "*Indagine conoscitiva sul settore dei Servizi di Gestione Integrata dei rifiuti urbani*", Deliberazione n. 16 del 7 maggio 2008 "*Avvio di procedimento volto ad accertare l'eventuale inosservanza della normativa per l'affidamento del servizio idrico integrato*", Deliberazione n. 53 del 26 novembre 2008 "*Indagine conoscitiva sul settore dei Servizi di Gestione Integrata dei rifiuti urbani*".

⁴ Cfr. *inter alia*: atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 2 aprile 2008; relazione annuale al Parlamento del 2007; atto di segnalazione al Governo e al Parlamento del 26 luglio 2007; deliberazione n. 10 del 19 marzo 2008; determinazione n. 1 del 14 gennaio 2004; determinazione n. 20 del 30 luglio 2002.