

dall'altra il significato da attribuirsi all'onere del promotore di apportare le modifiche richieste ai fini dell'approvazione del progetto preliminare.

Quanto al primo profilo, l'Autorità ha ritenuto che le "modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto" (art. 153, comma 10), non contemplano la possibilità, per l'amministrazione aggiudicatrice, di apportare ulteriori modifiche, oltre a quelle richieste in sede di approvazione del progetto, nell'ambito della conferenza di servizi; in linea con la giurisprudenza formatasi in base alla previgente normativa, l'Autorità ha stabilito che il progetto non fosse modificabile, nelle sue linee portanti, ma solo migliorabile in relazione ad elementi quantitativi, in virtù del principio di non modificabilità del progetto a base di gara.

Il citato orientamento è riferibile, *a fortiori*, alla nuova disciplina, in quanto le modifiche interverrebbero a valle della procedura di gara, con il rischio, quindi, di alterare la *par condicio* tra i concorrenti. In sostanza, l'amministrazione non può rimettere in discussione le scelte fondamentali già effettuate con lo studio di fattibilità.

Quanto al secondo aspetto, si è ritenuto che l'onere "di apportare le modifiche ai fini dell'approvazione del progetto" (art. 153, comma 10, lett. c)) fosse riferibile all'ipotesi in cui il promotore sia interessato alla stipula del contratto. In tale fase, pertanto, il promotore è tenuto ad apportare le modifiche progettuali richieste senza alcun compenso, ai fini dell'approvazione del progetto stesso. L'unica voce, quindi, che, ai sensi del comma 10, non comporta alcun compenso aggiuntivo, è quella delle spese di progettazione inerenti le modifiche richieste e delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte. Ciò significa, naturalmente, che qualsiasi altro incremento dei costi, inerenti sia la realizzazione delle opere che la gestione dei servizi, dovrà costituire oggetto di adeguamento del piano economico-finanziario, così come previsto dal comma 3, lettera a) dell'art. 153.

Se, invece, il promotore non è più interessato alla stipula del contratto, può rifiutare di apportare le modifiche richieste e l'amministrazione, di conseguenza, può provvedere allo scorrimento della graduatoria, per individuare il concorrente disposto ad uniformare la propria proposta a

quella del promotore già selezionata, comprese le modifiche non accettate dal promotore stesso. Anche in questo caso, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare l'adeguatezza dei requisiti di qualificazione del concorrente al nuovo progetto prima di procedere alla stipula della concessione, dopo aver approvato il progetto preliminare.

La disposizione, poi, non chiarisce cosa succede se il promotore e gli altri concorrenti non accettino le modifiche progettuali; considerato che l'opera è di interesse pubblico e, in quanto tale, inserita nel programma triennale, l'amministrazione aggiudicatrice può fare proprio il progetto preliminare, modificarlo ed adeguarlo al piano economico-finanziario, approvarlo ed indire una gara ex articolo 143 del Codice. L'amministrazione aggiudicatrice deve, comunque, inserire una clausola inerente la facoltà di acquisire il progetto nel bando di gara.

E' opportuno comunque, in questo caso, che la stazione appaltante, prima di procedere all'indizione della gara, approfondisca le motivazioni che hanno indotto i concorrenti a rifiutare le modifiche per comprendere se l'operazione posta in essere sia non adeguatamente remunerativa per il mercato.

La procedura della doppia gara

La seconda procedura, che mantiene una struttura a doppia gara, con il diritto di prelazione del promotore, presenta vari nodi interpretativi, cui si è cercato di dare risposta, tra cui, ad esempio, la questione relativa ai criteri di valutazione delle offerte nella prima e nella seconda gara.

Poiché il promotore, come si evince dalle regole procedurali, non partecipa alla seconda gara, è opportuno, al fine di evitare un eventuale svantaggio competitivo determinato dalla impossibilità per il promotore di mutare la propria offerta nella seconda gara, prevedere gli stessi parametri di valutazione delle offerte previsti per l'individuazione del promotore nella prima gara e la medesima ponderazione. È ammissibile limitare l'utilizzo dei criteri di valutazione soltanto ad alcuni tra quelli utilizzati nella prima gara; i pesi vanno modificati in proporzione, in modo da mantenere gli stessi rapporti previsti nella prima gara.

La procedura in caso di inerzia della Stazione Appaltante

La terza procedura, infine, presenta indubbi aspetti di interesse, in quanto consente agli operatori economici di superare l'eventuale inerzia

delle stazioni appaltanti, sollecitando la realizzazione di interventi in *project financing* già inseriti negli strumenti di programmazione, ma racchiude, altresì, diversi aspetti problematici collegati ai numerosi ed alternativi snodi procedurali.

L'Autorità ha chiarito che il privato è legittimato ad accedere allo *studio di fattibilità* predisposto dall'amministrazione poiché la sua proposta dovrà essere corredata, tra l'altro, del progetto preliminare, di una bozza di convenzione, di un piano economico-finanziario asseverato da una banca, nonché della specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione.

La procedura per la individuazione del promotore risulta lunga e complessa e richiede circa due anni dalla pubblicazione dell'elenco annuale. Si ritiene che la previsione di pubblicare l'avviso, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla presentazione di proposte da parte di soggetti privati, vada intesa in senso cogente. Tuttavia, le proposte dei privati riguardano unicamente la realizzazione di interventi per i quali la programmazione triennale preveda il concorso di capitali privati attraverso lo strumento della concessione, escludendo iniziative private rispetto ad interventi per i quali siano previsti altri strumenti di realizzazione. Quindi, affinché sia attivabile tale procedura, l'amministrazione aggiudicatrice dovrà avere già deliberato, nell'elenco annuale, l'utilizzo di una delle due procedure di affidamento previste dall'articolo 153, commi 1- 14 e 15.

Il percorso del comma 16 non è, quindi, utilizzabile nel caso di inerzia riferita alla realizzazione di opere pubbliche mediante gli appalti tradizionali. Rimane, infatti, prerogativa dell'amministrazione scegliere di realizzare l'opera pubblica mediante un contratto di appalto ovvero di concessione e le priorità da assegnare a ciascun intervento programmato. Le amministrazioni entro sei mesi dalla scadenza del termine di presentazione delle proposte esaminano tutte quelle pervenute e, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la migliore proposta. A seguito dell'approvazione del progetto preliminare ritenuto migliore e dopo averlo sottoposto a conferenza di servizi ex artt. 14 bis e seguenti

**Il dialogo
competitivo
per la
selezione
delle proposte**

della legge n. 241/1990, la S.A. ha diverse possibilità per la individuazione della migliore offerta. Se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 58, comma 2 del Codice, indicano un dialogo competitivo, ponendo a base di esso il progetto preliminare e il piano economico-finanziario. In questa circostanza il dialogo competitivo, dato il richiamo espresso della norma a tale procedura di aggiudicazione, è immediatamente applicabile alla fattispecie in esame, anche in assenza del regolamento attuativo del Codice. Se il progetto preliminare non necessita di modifiche, procedono ai sensi dell'articolo 143, oppure ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f) dell'articolo 153 del Codice, ponendo a base di gara lo stesso progetto e il piano economico-finanziario ed invitando alla gara il promotore.

Si ritiene che il dialogo competitivo debba svolgersi tra il promotore ed i soggetti che sono stati ammessi alla fase di selezione delle proposte.

Nei casi di cui al comma 16, lettere b) e c) dell'articolo 153 del Codice, può essere stabilito che l'offerta dei concorrenti, poiché a base di gara vi è un progetto preliminare, sia costituita soltanto da modifiche migliorative del progetto a base di gara, o anche da un progetto definitivo.

Ad eccezione del caso in cui il progetto preliminare necessiti di modifiche, il promotore gode del diritto di prelazione.

La disposizione non prevede quale sia l'esito della procedura nel caso in cui, sebbene il progetto necessiti di modifiche, non sussistano le condizioni per il ricorso al dialogo competitivo. Si potrebbe, in tal caso, ritenere che l'amministrazione stessa modifichi il progetto preliminare, adeguandolo alle modifiche richieste in sede di approvazione, predisponga il piano economico-finanziario ed indichi una gara ai sensi dell'articolo 143 del Codice; altrimenti l'amministrazione potrebbe procedere con le modalità del comma 15, lett. b), c), d) ed f), previa indicazione di entrambe le possibilità nell'avviso di gara.

Con atti di determinazione n. 3/2009 e n. 4/2009 l'Autorità, infine, ha messo a disposizione delle stazioni appaltanti gli schemi tipo di bando di gara per le diverse procedure aperte e ristrette previste dal Codice ed ha fornito indicazioni ed esempi sull'utilizzo dei metodi riportati nel DPR

554/99 per la valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.3 Il collaudo delle opere pubbliche

Un altro tema rilevante per la realizzazione delle opere pubbliche sul quale è intervenuto il terzo decreto correttivo è il collaudo. In particolare, all'articolo 120, comma 2-bis, del Codice dei contratti pubblici, è stato stabilito l'obbligo per le stazioni appaltanti di valutare in via prioritaria l'idoneità dei propri dipendenti, o di diversa amministrazione aggiudicatrice, all'espletamento dell'incarico di collaudo, sulla base di adeguati requisiti, ammettendo il ricorso a professionisti esterni, nel rispetto dei principi e della normativa comunitaria, solo in caso di carenza di personale idoneo alla prestazione, accertata dal responsabile del procedimento.

E' stato inoltre inserito all'articolo 91, commi 1 e 2, il riferimento espresso al collaudo nell'ambito delle attività rientranti nei servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura oggetto delle procedure concorsuali.

Il quadro normativo in materia, con riguardo ai lavori pubblici, è poi completato dalle disposizioni dell'articolo 141 ove, nel prevedere la nomina da parte della stazione appaltante da uno a tre tecnici per l'attività di collaudo e le incompatibilità con le attività di progettazione, direzione, vigilanza ed esecuzione lavori, si rinvia al regolamento *ex* articolo 5 del Codice la fissazione dei requisiti professionali dei collaudatori in relazione alle caratteristiche dell'opera, nonché le modalità di espletamento dell'incarico e la redazione del certificato di collaudo o del certificato di regolare esecuzione per lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro.

In passato l'incarico di collaudo veniva affidato in modo fiduciario ai funzionari interni all'amministrazione, a dipendenti pubblici o a professionisti esterni sulla base di elenchi appositamente predisposti. L'affidamento esterno su base fiduciaria è stato eliminato a seguito delle censure mosse dalla Commissione europea, in relazione alla natura di servizio del collaudo, ed assoggettato alle procedure ad evidenza pubblica per la scelta dell'affidatario dell'incarico. La Commissione Europea ha

**L'affidamento
dell'incarico di
collaudo**

infatti rilevato che tale attività rientra fra i servizi elencati nell'allegato IA della direttiva 92/50, ora allegato IIA della direttiva 2004/18, in particolare nella categoria 12 comprendente i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Il legislatore nazionale, a seguito della procedura d'infrazione (cfr. sentenza della Corte di giustizia C.E. 21 febbraio 2008 C412-04), ha adeguato la disciplina interna ai rilievi formulati dalla Commissione europea con l'abrogazione, introdotta dalla legge n.62/2005 (legge comunitaria 2004), all'articolo 24, comma 8, dei commi 8-11 dell'articolo 188 del d.P.R. n. 554/1999 recanti la previsione di elenchi dei collaudatori presso il Ministero dei lavori pubblici e le Regioni, nell'ambito dei quali le stazioni appaltanti potevano individuare il professionista cui affidare l'incarico di collaudo dei lavori pubblici.

Stante il rilievo della questione e l'interesse che riveste sia per le stazioni appaltanti sia per le categorie professionali coinvolte, l'Autorità, sulla base di apposite audizioni degli operatori del settore, ha fornito alcune indicazioni operative alle stazioni appaltanti con atto di determinazione n. 2/2009.

L'Autorità, in particolare, ha ribadito che il collaudo relativo ad un contratto pubblico di lavori è affidato in via prioritaria al personale interno della stazione appaltante, in possesso dei requisiti fissati preventivamente in relazione alla complessità della prestazione. Pertanto, si può ritenere che lo svolgimento di tale attività da parte dei dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici costituisca compito d'istituto: l'incarico è infatti espletato "*ratione officii*" e non "*intuitu personae*", risolvendosi la relativa prestazione in una "modalità di svolgimento del rapporto di pubblico impiego". E' stata sottolineata l'importanza della motivazione del conferimento dell'incarico, con riferimento alla esperienza e competenza dell'interessato, nel rispetto dei principi della proporzionalità, della trasparenza e della rotazione, a tal fine assicurando anche, con cadenza periodica, adeguata pubblicità degli incarichi affidati.

Momento saliente è dunque l'individuazione dei criteri da fissare preventivamente, che devono tener conto della tipologia e della complessità dell'intervento.

La *ratio* di tali disposizioni risiede in due motivazioni: la prima è quella di garantire che l'attività di collaudo sia svolta da tecnici in possesso di adeguata professionalità e la seconda è quella di consentire una equa ripartizione dei vantaggi economici collegati a tale attività. Tale seconda motivazione, in realtà, non pare più attuale in quanto il collaudo rientra tra le attività per le quali è riconosciuto l'incentivo di cui all'articolo 92 del Codice (ridotto in modo consistente da recenti modifiche normative).

La stazione appaltante, in caso di carenza del proprio organico, è tenuta a verificare la possibilità di affidare il collaudo a dipendenti di diversa amministrazione. È auspicabile che la remunerazione della prestazione svolta dai dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici in favore della stazione appaltante sia oggetto di apposite intese fra le pubbliche amministrazioni, utilizzando l'incentivo ex articolo 92, comma 5 del Codice come termine di raffronto, fatto salvo il rimborso delle spese sostenute per l'espletamento dell'incarico.

L'Autorità ha poi chiarito che l'affidamento esterno dell'incarico di collaudo, rientrante nella categoria 12 dei servizi attinenti l'ingegneria e l'architettura, di cui all'all. IIA del Codice, avviene mediante procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto delle disposizioni concernenti l'affidamento di tali servizi, ai sensi degli artt. 90 e 91 del Codice.

E' consentito l'affidamento in economia dell'incarico di collaudo, qualora la stazione appaltante abbia indicato tale attività nel proprio regolamento interno, ai sensi e nei limiti dell'articolo 125 del Codice.

Un altro profilo rilevante riguarda la possibilità di partecipare alle gare per i dipendenti pubblici: al riguardo si è chiarito che la partecipazione alla gara è preclusa in via generale ai dipendenti pubblici, ad eccezione dei casi in cui è consentito lo svolgimento della libera professione dalle norme sul pubblico impiego (articolo 53 del d.lgs. n.165/2001).

Per quanto riguarda i requisiti per la partecipazione alla gara, gli stessi devono essere proporzionati alla prestazione richiesta, favorendo la più ampia partecipazione dei soggetti interessati; a tal fine, l'esperienza maturata è valutata con riguardo non solo all'attività di collaudo, ma anche ad altre attività attinenti ai servizi di ingegneria ed architettura.

Infine, l'individuazione del soggetto affidatario avviene utilizzando il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base della scelta discrezionale dell'amministrazione.

2.4 Le nuove disposizioni normative in merito ai servizi pubblici locali

L'articolo 23 *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133, ha definito una nuova disciplina dei servizi pubblici locali a rilevanza economica finalizzata ad un differente assetto del mercato, regolato da principi omogenei, trasversali rispetto a quelli settoriali, soprattutto con riferimento al profilo dell'affidamento e della gestione dei rispettivi servizi.

Il principio di fondo della riforma è quello, delineato al comma 1, di "favorire la più ampia diffusione dei principi di concorrenza, di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi di tutti gli operatori economici interessati alla gestione di servizi di interesse generale in ambito locale ... con modalità tali da garantire il diritto di universalità ed accessibilità dei servizi per tutti gli utenti nonché il livello essenziale delle prestazioni ai sensi dell'art.117 comma 2 lettera e) ed m) della Costituzione".

La disciplina introdotta dall'art. 23 *bis* è destinata ad essere completata, ai sensi del comma 10, da uno o più regolamenti che avranno natura delegificante e dovranno disciplinare aspetti di particolare rilievo per lo sviluppo industriale delle società che, a vario titolo, già forniscono servizi pubblici locali di natura economica e di quelle che vorrebbero entrare su tali mercati.

E' opportuno sottolineare che la nuova normativa, sebbene debba essere completata dai regolamenti, contiene una serie di disposizioni (commi da 1 a 9) che si possono considerare immediatamente precettive, ancorché limitate dal fatto che l'art. 23-bis, comma 10, lett. m) rimette al Regolamento il compito di individuare espressamente le norme da abrogare, dando così espressa esecuzione al disposto del comma 11 ove si afferma genericamente che l'art. 113 del d.lgs. n. 267/2000 deve ritenersi abrogato nelle parti incompatibili con le disposizioni dell'articolo 23 bis.

Data la rilevanza economica e sociale dei settori coinvolti e la esigenza di non ritardare la realizzazione degli investimenti in corso necessari per lo sviluppo del settore, l'Autorità ha sottolineato l'importanza di una celere definizione del quadro giuridico mediante l'emanazione dei regolamenti entro i termini previsti dall'articolo 23 bis e, nell'ambito dei compiti ad essa assegnati, ha ritenuto opportuno predisporre un Atto di Segnalazione per il Governo e il Parlamento su alcuni aspetti della riforma particolarmente critici, anche con riferimento alla disciplina dell'affidamento e della gestione dei servizi pubblici locali.

Le questioni oggetto della Segnalazione hanno riguardato:

- 1) l'armonizzazione della nuova disciplina con le norme di settore vigenti;
- 2) la disciplina dell'affidamento in via ordinaria;
- 3) la disciplina del modello organizzativo *in house*;
- 4) il regime transitorio;
- 5) il miglioramento del sistema di indirizzo, rilevazione dati e controllo e degli strumenti di tutela non giurisdizionale.

Per quanto riguarda il primo aspetto, a parere dell'Autorità, l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella settoriale, sicuramente auspicabile sotto il profilo dell'obbligo di apertura del mercato alla concorrenza, non può tuttavia prescindere dalle peculiarità dei singoli mercati settoriali e dalle loro dinamiche industriali in corso e, soprattutto, non dovrebbe determinare l'abrogazione delle discipline compatibili con le finalità pro concorrenziali enunciate nel comma 1 dell'articolo 23-bis, in tutti i casi in cui la normativa di settore abbia già provveduto ad introdurre, nel proprio ambito di applicazione, un sistema che garantisca un grado di apertura del mercato ed un livello di concorrenza fra gli operatori analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23-bis.

**La
armonizzazione
della nuova
disciplina con le
norme di settore**

Con riguardo alla disciplina dell'affidamento in via ordinaria, l'Autorità ritiene opportuno definire specificamente il tipo di procedure di cui gli enti locali possono avvalersi per l'affidamento dei servizi pubblici locali nel rispetto dei principi comunitari, altrimenti sarebbe elevato il rischio di assistere ad una molteplicità di procedure di affidamento la cui

**L'affidamento in
via ordinaria**

conformità ai principi potrebbe essere verificata solo caso per caso. Inoltre la genericità delle norme causerebbe incertezze nel sistema, con il rischio di alimentare il contenzioso esistente.

Inoltre l'Autorità ha suggerito di chiarire che le procedure ad evidenza pubblica comprendano anche l'affidamento mediante creazione di società miste pubblico-private (PPPI), in cui il socio è scelto con gara ad evidenza pubblica per l'esecuzione dello specifico servizio.

Tale modello è stato recentemente oggetto di una Comunicazione interpretativa con cui la Commissione Europea (2008/C91/02, GUCE C91 del 12 aprile 2008) ritiene ammissibile l'effettuazione di una unica gara per la scelta del partner "operativo" per il contestuale affidamento del servizio alla compagine societaria mista allo scopo costituita. Inoltre, la Commissione ritiene ammissibile sia la costituzione di una nuova società il cui capitale sia detenuto congiuntamente dall'amministrazione aggiudicatrice e dal socio privato, sia la partecipazione del socio privato ad una società già esistente.

L'Autorità ritiene che il ricorso alle società miste debba comunque avvenire a condizione che sussistano garanzie tali da fugare dubbi e ragioni di perplessità in ordine alla restrizione della concorrenza.

Si pone inoltre il problema del rapporto tra il modello "comunitario" di società mista e le regole dell'evidenza pubblica per i cd. appalti "a valle".

L'articolo 32 del Codice dei contratti già prevede che le società di cui agli artt. 113 e ss. del T.U.E.L. siano sottoposte alla disciplina del Codice stesso per gli appalti di lavori, servizi e forniture ad esse affidati. Il comma 3 prevede tuttavia per le società miste una deroga all'applicazione del Codice, limitatamente alla realizzazione delle opere o del servizio per i quali le stesse sono state appositamente costituite a condizione che il socio privato sia stato scelto con gara ed abbia i requisiti di qualificazione previsti e che la società provveda in via diretta alla realizzazione dell'opera o del servizio in misura superiore al 70% del relativo importo.

Il modello di società mista rispetta i principi comunitari quando il partner privato è un socio operativo. Quindi per coerenza con tale modello comunitario di società mista si ritiene che l'articolo 32, comma 3 del Codice

per “esecuzione in via diretta” intenda realizzazione dell’attività da parte del socio privato. La previsione della lettera a) del comma 10 dell’articolo 23 bis dovrebbe pertanto riferirsi alle società già esistenti il cui socio non è stato scelto in gara o non è socio operativo, ovvero agli affidamenti che non riguardano lo scopo fondamentale per il quale è stata costituita la società mista. Per lo svolgimento delle attività ulteriori, come ha precisato la Commissione europea, il socio non può giovare della propria posizione privilegiata per ottenere l’affidamento di compiti aggiuntivi senza gara. Se la società mista fosse invece composta da socio finanziatore, l’esecuzione dei lavori deve essere affidata con procedura di gara. Nello stesso modo dovranno agire le società *in house* per l’affidamento esterno di lavori, servizi e forniture.

Il comma 3 dell’articolo 23 *bis* prevede che in deroga alle procedure competitive si possa ricorrere a modalità di affidamento comunque previste dalla disciplina comunitaria.

La norma sembrerebbe consentire l’utilizzo della formula *in house*, anche dopo il periodo transitorio, ma solo in fattispecie specifiche caratterizzate dalla peculiarità delle situazioni economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche sottostanti. Essa prevede inoltre che la loro sussistenza sia rimessa ad un provvedimento motivato dell’Amministrazione, previa pubblicità della scelta stessa e parere favorevole delle Autorità competenti.

La norma tuttavia non stabilisce come assicurare il rispetto dell’obbligo di pubblicità, né come gestire la procedura per raccogliere i pareri delle Autorità competenti e garantire la loro corretta applicazione.

L’Autorità ha segnalato inoltre che i regolamenti devono chiaramente attribuire la responsabilità della gestione di tutto il processo derogatorio e soprattutto quella della decisione sulla definizione del procedimento in caso di pareri divergenti o condizionati, nonché la vigilanza sulla loro corretta applicazione.

Un altro aspetto rilevante anche e soprattutto dal punto di vista economico e di politica industriale, riguarda il regime transitorio. L’articolo 23 *bis*, ai commi 8, 9 e 10 lettera e), contiene norme concernenti la disciplina

**Il regime
transitorio**

transitoria applicabile alle concessioni in essere, la quale però si presta ad interpretazioni differenti e tra loro anche confliggenti.

In particolare, l'art. 23 *bis* demanda al Regolamento (comma 10, lett. e)) la disciplina del regime transitorio al fine del progressivo allineamento delle gestioni alla nuova disciplina, fermo restando il limite temporale massimo stabilito dall'ordinamento nei settori diversi da quello idrico, per l'affidamento con procedure diverse dall'evidenza pubblica o dall'affidamento *in house* ed il divieto di rinnovo o di proroga. Tale previsione deve essere coordinata con quanto previsto dal comma 9, il quale stabilisce che, in ogni caso, entro la data del 31 dicembre 2010 si proceda all'affidamento mediante procedura competitiva ad evidenza pubblica. Ai sensi del comma 8, poi, le concessioni relative al servizio idrico integrato rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica cessano comunque entro la data del 31 dicembre 2010, senza necessità di deliberazione alcuna da parte dell'ente affidante, ad esclusione delle concessioni affidate *in house*.

Il comma 8 fissa al 31 dicembre 2010 la data per la cessazione della generalità delle concessioni rilasciate con procedure diverse dall'evidenza pubblica, prevedendo poi eccezioni a siffatta regola. Al riguardo, l'Autorità ha rappresentato l'opportunità di chiarire con il Regolamento che tra le concessioni affidate tramite procedura ad evidenza pubblica - che dunque proseguono fino alla naturale scadenza - si devono includere anche quelle in favore di società miste, purché rispondenti al modello comunitario e quindi riconducibili alle "procedure ad evidenza pubblica".

Con riferimento al servizio idrico integrato, ed in particolare alle concessioni rilasciate con procedura diversa dall'evidenza pubblica, l'art. 113, comma 15 *bis* del T.U.E.L. ha stabilito la cessazione degli affidamenti al 31/12/2007, mentre l'art. 26 *ter* del d.l. n. 159/2007 convertito con legge n. 222 del 2007 ha previsto la c.d. "moratoria" delle gare. Si pongono quindi problemi interpretativi sul rapporto tra il termine del 31/12/2010 ed i termini stabiliti dalla disciplina di settore per le concessioni attualmente in essere poiché il termine stabilito dall'articolo 23 *bis* potrebbe essere inteso come una nuova proroga.

Quanto agli altri settori, i regolamenti dovrebbero chiarire la portata della lettera e) del comma 10, in relazione all'ultimo periodo del comma 9, ai fini della applicazione delle diverse legislazioni di settore che già prevedono specifici regimi transitori e quindi termini maggiori o minori per la vigenza degli affidamenti diretti.

In particolare, si può ritenere che il termine del 2010 fissato al comma 9, qualora fosse inteso come termine ultimo per gli affidamenti diretti, riguardi unicamente le concessioni affidate direttamente a società miste laddove la scelta del socio privato è avvenuta senza gara, ovvero gli affidamenti diretti a società pubbliche con riferimento alle quali non ricorrono i presupposti per l'affidamento *in house*.

Ciò lo si ricava, oltre che da una lettura sistematica dell'articolo di legge in questione, anche dal criterio di cui al comma 10, lett. e), in virtù del quale la disciplina della cessazione anticipata dovrà riguardare "gli affidamenti effettuati con procedure diverse dall'evidenza pubblica o da quella di cui al comma 3", considerando, come già affermato, gli affidamenti a società mista secondo l'ordinamento comunitario riconducibili all'evidenza pubblica.

Inoltre, il comma 9 dell'articolo 23 *bis* esclude dal divieto di partecipazione alle gare le società quotate nei mercati regolamentati. Per le stesse ragioni poste a favore di tale scelta si ritiene che sarebbe ragionevole chiarire nel Regolamento che tale esclusione vale altresì per il termine del 2010.

Infine, l'Autorità ritiene che all'ampliarsi dell'apertura alla concorrenza dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e all'autonomia degli enti locali nell'organizzazione della produzione ed erogazione dei servizi medesimi, debbano corrispondere sempre maggiori garanzie di controllo a livello centrale al fine di evitare la frammentazione del mercato ed assicurare la tutela del diritto ad un livello essenziale delle prestazioni come previsto dall'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione.

Problemi politicamente e socialmente rilevanti come quello della definizione delle tariffe dei servizi, della universalità e sostenibilità

economica delle prestazioni e dell'individuazione del livello di qualità che un servizio pubblico deve garantire, vanno gestiti in modo dinamico in linea con l'evoluzione del mercato, della tecnologia e della relativa integrazione nazionale e comunitaria.

In tale contesto, sarebbe opportuno costruire un sistema regolatorio più coerente ed organico, garantendone un'applicazione uniforme e dinamica su tutto il territorio nazionale.

Sarebbe opportuno che il Regolamento ribadisse l'obbligo per gli enti affidanti della pubblicazione dei bandi di gara sul sito dell'Autorità, nonché della motivazione nella scelta dell'affidamento diretto, della trasmissione della documentazione di gara, come anche dell'invio dei dati inerenti il rapporto concessorio in essere, al fine di consentire un adeguato monitoraggio dell'andamento di tali contratti.

In particolare, per gli affidamenti diretti, il monitoraggio potrà essere confrontato con quello degli affidamenti tramite gara al fine di verificare *ex post* se in presenza di situazioni analoghe, vi sono stati comportamenti diversi da parte degli enti affidanti, ad esempio per territorio o bacino di utenza.

2.5 Le offerte anomale

La tempistica del procedimento di verifica delle offerte anomale effettuato dalle Stazioni Appaltanti nella fase di aggiudicazione riveste particolare importanza in un contesto economico negativo come quello attuale, dove, per fronteggiare la crisi economica, i governi di quasi tutti i paesi industrializzati tendono ad accelerare la spesa pubblica. Una tempistica eccessivamente lunga della fase di valutazione delle offerte potrebbe infatti inficiare l'obiettivo principale delle misure anticrisi in considerazione di quanto previsto dal terzo decreto correttivo in merito all'ampliamento della casistica degli appalti per i quali occorre effettuare la verifica delle offerte anomale, conseguente alla riduzione dell'importo a base di gara per l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte dalla soglia comunitaria ad € 1.000.000 per i lavori pubblici e ad € 100.000 per servizi e forniture.

Il procedimento di verifica delle offerte anomale

Al fine di verificare la tempistica occorrente per l'aggiudicazione dell'appalto nei due casi previsti dal codice dei contratti con il criterio del prezzo più basso (esclusione automatica delle offerte e non), sono stati considerati tutti gli appalti di lavori che prima dell'entrata in vigore del terzo decreto correttivo avevano un importo prossimo alla soglia comunitaria, compreso nell'intervallo di due milioni di euro a cavallo della soglia stessa. In questo modo è possibile confrontare la tempistica per l'aggiudicazione in quanto, verosimilmente, la complessità degli appalti è comparabile.

**La tempistica
del
procedimento
di verifica**

La tabella 1 mostra i risultati dell'elaborazione degli appalti di importo compreso tra la soglia comunitaria e la soglia stessa aumentata di un milione di euro.

Quasi la metà degli appalti (48,1%) sono stati aggiudicati all'offerta di massimo ribasso e in questi casi, quindi, la stazione appaltante ha accettato le giustificazioni del miglior offerente. Nel restante 51,9% la stazione appaltante, dopo aver proceduto alla verifica in contraddittorio con gli offerenti, ha escluso le offerte ritenute anomale. La tempistica di aggiudicazione è pressoché simile sia nei casi in cui non vi siano state offerte anomale (112 giorni in media) sia nei casi in cui le stazioni appaltanti abbiano verificato la presenza di offerte anomale (125 giorni in media). Il maggior tempo necessario per addivenire all'aggiudicazione (13 giorni circa in media) nelle gare in cui si riscontrano offerte anomale è dovuto alla necessità di procedere alla valutazione delle giustificazioni dei concorrenti successivi a quello che ha presentato il massimo ribasso.

Tab. 1- Appalti di importo compreso nell'intervallo: soglia ÷ soglia + € 1.000.000

	N. appalti	% del numero appalti	Tempo medio intercorrente tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione (gg)
Presenza di offerte anomale (aggiudicazione ad una offerta con ribasso inferiore a quella di massimo ribasso)	56	51,9	125,5
Assenza di offerte anomale (aggiudicazione all'offerta di massimo ribasso)	52	48,1	112,3
TOTALE	108	100	

La tempistica cambia radicalmente per gli appalti di importo ricadente nell'intervallo tra la soglia comunitaria e la stessa soglia ridotta di un milione di euro. Nella banca dati dell'Osservatorio sono stati individuati in questo intervallo 303 appalti per i quali si è proceduto all'esclusione automatica delle offerte. Per questi 303 appalti il tempo intercorrente tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione è mediamente pari a 48 giorni.

Il confronto tra questi dati mostra che la verifica dell'anomalia delle offerte richiede in media circa 70 giorni in più rispetto ai procedimenti in cui non si effettua alcuna verifica.

In linea generale, estendendo l'analisi a tutti gli appalti presenti in banca dati, i dati mostrano che per gli appalti sottosoglia (appalti per i quali vigeva l'esclusione automatica delle offerte) il tempo medio intercorrente tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione è pari a circa 46 giorni. La tempistica media per gli appalti sopra soglia (appalti per i quali non può effettuarsi l'esclusione automatica) risulta invece pari a 127 giorni, nel caso in cui non si riscontrino offerte anomale, dopo le verifiche richieste dalle norme, ed a 155 giorni, nel caso in cui si riscontrino offerte anomale e si proceda pertanto all'esclusione.

In sintesi, l'aggiudicazione che richiede la verifica delle offerte anomale necessita di tempi due-tre volte maggiori rispetto al procedimento che non richiede alcuna verifica (esclusione automatica).

Conseguentemente, la riduzione della soglia per l'applicazione del metodo automatico di esclusione delle offerte comporterà nel prossimo futuro una considerevole crescita dei tempi intercorrenti tra la presentazione delle offerte e l'aggiudicazione, per gli appalti ricadenti tra 1.000.000 € e la soglia comunitaria (circa 2.500÷3.000 appalti di lavori all'anno).

La problematica delle offerte anomale è stata già oggetto di analisi critica da parte dell'Autorità nella Relazione presentata al Parlamento per l'anno 2005. L'Autorità ha rilevato in quella circostanza che la criticità di tutto il meccanismo di esclusione e verifica risiede principalmente nel

**Le criticità del
meccanismo di
esclusione delle
offerte anomale**