

La segnalazione contiene, inoltre, un'analisi sia dei modelli "ordinari" per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia del modello "eccezionale" dell'*in house*, nonché una disamina delle limitazioni all'operatività dei gestori sul mercato imposte dal comma 9 dell'articolo 23 *bis*, con particolare riguardo alle società miste. Da ultimo, l'Autorità ha ritenuto opportuno approfondire il regime transitorio degli affidamenti non conformi, al fine di garantire una transizione ordinata verso l'esternalizzazione totale o parziale dei servizi gestiti secondo modalità non più consentite dalla normativa nazionale.

### **B.3.2 Segnalazione del 16 giugno 2010 – “Proposte di modifiche normative per incrementare la concorrenza nel settore dei contratti pubblici”**

La segnalazione, ai fini della predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza (Legge 99/2009), contiene alcune osservazioni e proposte di modifica della legislazione in materia di contratti pubblici di servizi, lavori e forniture, con l'individuazione di taluni ambiti prioritari di intervento: ridurre le aree di non applicazione delle procedure competitive (procedure negoziate, concessioni di servizi, appalti affidati dai concessionari) e intervenire sull'accesso al mercato accrescendo la qualità degli attori, committenti ed imprese.

Sotto il profilo delle procedure emergenziali, l'Autorità 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.

L'Autorità ha ritenuto 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. L'Autorità, poi, ha evidenziato che 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. 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, ha proposto l’abrogazione del comma 5 dell’articolo 5-bis della legge 9 novembre 2001, n. 401 che consente l’assimilazione menzionata.

L’Autorità, nell’ambito dell’attività di vigilanza svolta, ha riscontrato la sussistenza di numerose criticità sotto il profilo dell’apertura alla concorrenza e del rispetto delle condizioni contrattuali in relazione alle concessioni di lavori pubblici.

Per invertire la tendenza del mercato, l’Autorità ha proposto di stabilire, attraverso l’introduzione di un nuovo comma nell’articolo 146 del Codice, l’obbligo, sia per i concessionari amministrazioni aggiudicatrici che per i concessionari non amministrazioni aggiudicatrici, nel caso la concessione preveda il livello delle tariffe a carico dell’utenza in rapporto agli investimenti, di documentare le quote di appalti affidati a soggetti terzi, conformemente ai piani di investimento prestabiliti nel contratto di concessione. Ai fini dello sviluppo del mercato, si è ritenuto opportuno 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%.

Sul fronte della qualità delle imprese e della pubblica amministrazione, l’Autorità ha considerato indispensabile un accrescimento della qualità delle imprese stesse. L’Autorità ha rilevato che esiste nel nostro Paese un problema strutturale nella domanda e nell’offerta: da una parte, troppe stazioni appaltanti, molte delle quali con professionalità e strumenti non adeguati al compito, dall’altra, un’offerta molto frammentata: solo nel settore dei lavori pubblici si contano circa trentaseimila imprese qualificate SOA.

Un passo nella direzione di un mercato degli appalti più trasparente, richiede la 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". L'Autorità ha proposto di 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. L'Autorità si è mostrata sensibile alla valorizzazione del patrimonio informativo centralizzato in materia di appalti pubblici ed ha ritenuto che uno strumento indispensabile per coniugare informatizzazione e celerità nelle procedure di gara è rappresentato dal rafforzamento dell'Osservatorio, grazie alla costituzione della banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), basata su un unico sistema anagrafico. L'Autorità ha stimato necessario, per raggiungere gli obiettivi indicati, un ampliamento delle informazioni da acquisire e, pertanto, ha proposto una modifica dell'articolo 7 del Codice dei Contratti.

Infine, l'Autorità, per il perseguimento dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, ha richiesto l'attribuzione di poteri più incisivi rispetto a quelli di cui la stessa è attualmente dotata.

### **B.3.3 Segnalazione del 9 ottobre 2010 - "Procedura di selezione per l'affidamento in concessione dell'esercizio dei giochi pubblici denominati "lotterie nazionali ad estrazione istantanea""**

La segnalazione concerne l'articolo 21 della legge 3 agosto 2009, n. 102, che ha convertito in legge, con modificazioni, il decreto-legge 1° luglio 2009, n. 78, in materia di rilascio di concessioni per l'esercizio di giochi, nonché le modalità con cui l'Amministrazione autonoma monopoli di Stato (AAMS) ha recepito il contenuto di detto articolo nel bando di gara predisposto per l'affidamento delle relative concessioni.

Nella segnalazione, si osserva che l'apertura di un mercato - in regime di monopolio legale - alla concorrenza, di regola, avviene predisponendo misure asimmetriche a favore dei nuovi entranti e che ciò non sembra essere avvenuto per il mercato in questione. In particolare, si è posto in rilievo che la previsione di una ripartizione uniforme del diritto di ingresso al mercato non tiene conto delle diverse posizioni sul mercato del

precedente concessionario e dei nuovi entranti penalizza fortemente questi ultimi. Inoltre, sebbene la scelta effettuata nel bando AAMS, di affidare le concessioni esclusivamente a soggetti capillarmente presenti sul tutto il territorio nazionale e non unicamente su parti dello stesso attenga a considerazioni di opportunità rimesse alla discrezionalità del legislatore, non sono chiare le ragioni per la richiesta di convenzionamenti in esclusiva dei punti vendita, in quanto la presenza di prodotti gestiti da concessionari diversi nel medesimo punto vendita potrebbe incentivare la concorrenza tra i diversi prodotti offerti, premiare quelli che maggiormente incontrano le preferenze dei consumatori e, probabilmente, sviluppare ulteriormente il gioco (con beneficio per l'erario).

A ciò si aggiunge il fatto che la *lex specialis* di gara ha imposto come criterio di verifica il raggiungimento, già a partire dal 2012, di elevate quote di mercato, pari a circa il 30% nel caso di due concessionari. Infine, la segnalazione ha evidenziato i limiti imposti alla pubblicità (art. 14.12 dello schema di convenzione allegata al bando di gara), che incidono sull'autonomia imprenditoriale di imprese private e limitano le possibilità di crescita di soggetti che devono raggiungere importanti quote di mercato in tempi eccessivamente ristretti.

#### **B.4 Segnalazioni - anno 2011**

##### **B.4.1 Segnalazione del 26 gennaio 2011 - "Attribuzione alle casse previdenziali privatizzate della qualifica di organismi di diritto pubblico"**

La questione affrontata nella segnalazione concerne la natura giuridica delle casse previdenziali e, in particolare, la possibilità di qualificarle come organismi di diritto pubblico, alla stregua di quanto previsto dall'articolo 3, commi 25 e 26, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito, Codice dei contratti).

Si tratta di una problematica la cui soluzione riveste particolare importanza tanto sul piano teorico quanto su quello pratico, poiché dalla qualificazione o meno di un ente come organismo di diritto pubblico deriva

l'inclusione nel novero delle "amministrazioni aggiudicatrici", tenute all'applicazione integrale delle regole ad evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti di appalto di lavori, forniture e servizi. Nello specifico, come sopra anticipato, la questione riguarda gli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie, trasformati in persone giuridiche private dal d.lgs. 30 giugno 1994, n. 509.

Con deliberazione n. 14 del 25 febbraio 2009, l'Autorità ha incluso l'Enpam (Ente nazionale di previdenza ed assistenza dei medici e degli odontoiatri) nel novero degli organismi di diritto pubblico, soprattutto in virtù delle modalità di finanziamento (contribuzione obbligatoria a carico degli iscritti).

Sulla materia in commento è intervenuto l'articolo 1, comma 10-ter, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito in legge con modificazioni dalla legge 22 dicembre 2008, n. 201 (legge finanziaria per il 2009), prevedendo che *"ai fini della applicazione della disciplina di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non rientrano negli elenchi degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico gli enti di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153, e gli enti trasformati in associazioni o in fondazioni, sotto la condizione di non usufruire di finanziamenti pubblici o altri ausili pubblici di carattere finanziario, di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, e di cui al decreto legislativo 10 febbraio 1996, n. 103, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture"*.

Nella segnalazione in commento si evidenziano i seguenti profili.

In primo luogo, viene ricostruito il quadro normativo di riferimento in materia di organismi di diritto pubblico, prendendo le mosse dalla disciplina comunitaria contenuta nella direttiva 2004/18/CE per poi giungere all'esame della normativa nazionale.

In secondo luogo, si procede ad un'analisi specifica della disciplina cui sono soggette le casse previdenziali privatizzate sotto il profilo della ricorrenza dei parametri previsti dalla citata direttiva e fatti propri dal Codice nell'articolo 3, comma 26 (elemento soggettivo della personalità giuridica; istituzione in vista del soddisfacimento di esigenze di interesse generale, aventi carattere industriale o commerciale; sottoposizione ad

un'influenza pubblica dominante), ai fini della qualificazione delle casse come organismi di diritto pubblico. A riguardo, l'Autorità osserva che la fattispecie in esame integra pienamente i tre parametri richiesti dal diritto comunitario e dal Codice dei contratti.

In relazione all'articolo 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2008, vengono, poi, rilevati i seguenti aspetti: la disposizione in parola comporta una mutazione dell'ambito soggettivo di applicazione della normativa sugli appalti pubblici attraverso una modifica unilaterale dell'Allegato III della direttiva 2004/18/CE, in violazione, peraltro, della procedura all'uopo stabilita dall'articolo 79, comma 1, lett. d) della direttiva stessa; a ciò si aggiunga che, essendo la nozione di organismo di diritto pubblico di derivazione comunitaria, il legislatore nazionale, stante il principio di primazia riconosciuto al diritto europeo, non può modificarne i confini, come invece ha fatto, atteso il tenore letterario dell'articolo in commento.

Si rileva, inoltre, che la giurisprudenza amministrativa, la Corte dei Conti, la giurisprudenza comunitaria e l'Autorità hanno ritenuto che le casse previdenziali privatizzate, in ragione della contribuzione obbligatoria posta a carico degli iscritti, siano beneficiarie, quanto meno, di finanziamenti pubblici indiretti, con conseguente applicabilità agli enti in parola della disciplina integrale del Codice dei contratti.

Appare evidente la situazione di incertezza giuridica e di confusione creata dalla disposizione dell'articolo 1, comma 10-ter, del d.l. n. 162/2000, in quanto, accogliendo l'interpretazione sopra esposta, di fatto, il dettato dell'articolo viene svuotato di significato. Pertanto, alla luce delle considerazioni che precedono, l'Autorità ha suggerito al Parlamento ed al Governo di modificare la norma in modo tale da rimuovere le circostanze che impediscono una chiara applicazione della disciplina in questione e che si traducono in un aggravio del contenzioso in materia.