

**Capitolo V**

*pura o di puro finanziamento, nella quale lo sponsor si impegna nei confronti della stazione appaltante esclusivamente al riconoscimento di un contributo in cambio del diritto di sfruttare spazi pubblicitari e che, in quanto contratto attivo, è sottratto alla disciplina codicistica e sottoposto alle norme di contabilità di Stato, le quali richiedono l'esperimento di procedure trasparenti.*

La conferma in sede legislativa è intervenuta successivamente con la Legge n. 35/2012, che ha novellato il Codice dei contratti pubblici con l'introduzione dell'art.199-bis, ove appunto è disciplinata la procedura per la selezione di sponsor con specifico riferimento ai beni culturali.

**5.3 La vigilanza sui contratti di servizi e forniture****a) Contratti affidati da SOGEI**

La società, partecipata interamente dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF), ha per oggetto prevalente la prestazione di servizi strumentali all'esercizio delle funzioni pubbliche attribuite al MEF. In quanto organismo di diritto pubblico/amministrazione aggiudicatrice è tenuta al rispetto delle norme in materia di contratti pubblici, in particolare delle disposizioni del D.Lgs.. n.163/2006.

L'Autorità a partire dal 2011 ha avviato un'istruttoria relativamente agli appalti banditi dalla Società negli anni 2006-2010, ai fini della verifica della legittimità delle procedure d'affidamento poste in essere.

A seguito delle prime risultanze istruttorie, la Sogei ha evidenziato che l'attività di approvvigionamento svolta ha avuto il costante controllo dei numerosi organi interni oltre ad essere soggetta al controllo della Corte dei Conti ed operare secondo gli indirizzi espressi dal Dipartimento delle Finanze del MEF.

La Società opera con un "Regolamento del processo di acquisizione di lavori, beni, servizi della Sogei S.p.A.", adottato in data 16.12.2008 ed attualmente in fase di verifica e aggiornamento.

Ha segnalato che sono stati affidati con la procedura di ottimo fiduciario 414 contratti su un totale di 1.505, pari al 5% del valore complessivo degli appalti gestiti dalla Società; ha evidenziato, infine, che solo in due casi si è

**Contratti affidati  
da SOGEI a  
partire dal 2006**

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

verificato un superamento della soglia di ammissibilità del cattivo in conseguenza delle varianti.

Dall'esame dei dati e dal confronto con quelli presenti presso l'Osservatorio, si sono riscontrati casi in cui i limiti stabiliti dall'art. 125 per il ricorso al cattivo fiduciario - anche se per entità modesta- non appaiono rispettati.

Le tematiche oggetto di approfondimento hanno riguardato:

- 1) contratti affidati con procedura negoziata, di importo particolarmente rilevante;

Oggetto di esame sono stati 31 contratti relativi ad acquisizione di HW e SW e quelli affidati sulla base dell'istituto della segretazione, riferiti all'arco temporale 2006/2010.

Sui contratti segretati, in relazione ai presupposti di legittimità della sottrazione alle ordinarie procedure di gara, è stato sottolineato che l'obbligo di segretazione di aree ritenute particolarmente 'sensibili' risale alla stessa origine dell'attività svolta dalla Società, negli anni '70. Dal 2009 la sottrazione alle ordinarie procedure è stata legittimata dal provvedimento del Direttore Generale delle Finanze n. 58/5/2009 del 7/10/2009 che, alla luce delle modifiche intervenute all'art.17 del Codice dei contratti pubblici, ha effettuato una sostanziale ricognizione delle aree 'secrete' di Sogei, dislocate su varie sedi. Precedentemente all'emanazione del provvedimento n. 58/2009 risultavano stipulati n. 5 contratti per un importo complessivo superiore ai 6 Mln di Euro, di cui n. 4 aggiudicati allo stesso operatore economico (il primo in esito a confronto concorrenziale ed i successivi con 'trattativa diretta').

In relazione alle modalità di individuazione delle ditte invitate, si è rilevato che su 31 interventi, n. 16 sono stati affidati direttamente e n. 15 sono stati preceduti da un confronto concorrenziale.

Dei 5 contratti stipulati prima della modifica normativa che ha esteso la fattispecie dei contratti 'segretati' anche a quelli relativi al Sistema Informativo della Fiscalità, solo uno avente ad oggetto il 'Servizio di presidio continuativo, di conduzione e manutenzione degli impianti presso al sede SOGEI' di importo pari a €.3.530.000,00, è stato preceduto da un

**Capitolo V**

confronto concorrenziale cui sono stati invitati n. 15 operatori economici e che ha fatto registrare n. 5 offerte, con aggiudicazione in favore della Edil Ars Srl.

La medesima ditta è risultata affidataria diretta di n. 2 integrazioni al contratto base (dal 2006 al 2009) e si è anche aggiudicata un nuovo confronto concorrenziale - sempre per la gestione del Servizio descritto in precedenza - dopo l'introduzione della norma che consentiva la segretazione di servizi, lavori e forniture afferenti il Sistema Informativo della fiscalità. Tale procedura (di importo pari a € 4.800.000,00) si è svolta sulla base di n. 4 offerte. Secondo quanto dichiarato, per tale affidamento sarebbe intervenuta la risoluzione contrattuale in data 31/01/2012.

Gli ulteriori affidamenti 'segretati' intervenuti nel 2010 ed assistiti da confronto concorrenziale, riguardano prevalentemente attività di tipo professionale (7 casi su 9), con corrispettivi variabili da € 74.000,00 a € 401.840,00 e coinvolgimento di un numero limitato di operatori economici (da un minimo di 3 ad un massimo di 6 per singolo confronto).

Per quanto riguarda i criteri di individuazione dei soggetti da invitare alla presentazione di un'offerta i rappresentanti della Sogei hanno chiarito che:

- la selezione degli operatori economici per le opere segreteate avveniva attingendo ad indagini di mercato; successivamente gli Uffici procedevano alla verifica del possesso del NOS in capo ai soggetti selezionati, ricercandone la presenza negli elenchi che - periodicamente e fino al 2005 - l'Autorità Nazionale per la Sicurezza (A.N.S.) in seno alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (oggi UCSe - Ufficio Centrale per la Segretezza, nell'ambito del Dipartimento Informazioni per la Sicurezza) trasmetteva alla Sogei; in epoca più recente, la verifica è stata demandata direttamente alla medesima Autorità;

- i casi di affidamento diretto di acquisizione di HW e SW sono riconducibili a condizioni di urgenza o alla necessità di eseguire prestazioni complementari ad altre precedentemente affidate, o aventi carattere di unicità del prodotto; nei relativi casi, l'operatore economico individuato è stato invitato a presentare un'offerta migliorativa rispetto ad una base d'asta, ove preventivata, oppure a determinare una stima *as built*, che

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

comunque veniva sottoposta a verifica di congruità da parte di soggetti terzi qualificati (Università, Ministero dei LL.PP, ecc.).

2) Ricorso a procedure negoziate con particolare riferimento a quelle caratterizzate da "confronto concorrenziale"

L'Autorità ha osservato che il ricorso alla procedura negoziata, previo confronto concorrenziale, di cui all'art. 125 del Codice, è avvenuto, per alcuni casi, con il superamento del limite di importo stabilito per il ricorso al cattivo fiduciario. È stato rilevato anche artificioso frazionamento di contratti, in contrasto con le disposizioni dell'art. 29, comma 4 del D.Lgs.. n. 163/2006.

L'Autorità ha rilevato la mancanza di un Elenco degli operatori economici al fine di assicurare la possibilità di accesso agli affidamenti in economia a soggetti idonei interessati. Non risultano, infatti, previsioni in tal senso nel "Regolamento del processo di acquisizione di lavori, beni e servizi della Sogei S.p.A.".

L'Autorità con deliberazione n. 48/12 ha, pertanto, ritenuto con riferimento ai casi esaminati, che le procedure seguite da Sogei S.p.A. per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture con procedura negoziata non siano state rispettose dei principi di libera concorrenza, trasparenza, economicità, richiamati dall'art. 2 del Codice dei contratti pubblici.

L'Autorità ha rilevato, per quanto attiene agli specifici contratti affidati con procedura negoziata aventi ad oggetto la fornitura di prodotti hardware o software e i servizi connessi, analizzati nel corso attività ispettiva, come spesso i contenuti dei contratti (o offerte-contratti) siano disallineati rispetto alle previsioni normative del D.Lgs.. n.163/06 e s.m.i., con previsioni che appaiono tutelare in misura maggiore l'operatore economico. Ciò si rileva, ad esempio, per quanto riguarda le modalità di pagamento, (mediante rate anticipate trimestrali), la garanzia dell'esatto adempimento (non è disciplinata la prestazione della cauzione definitiva), la disciplina del subappalto, il collaudo e le penali (non presente) e - benché non specificamente normata dal Codice dei contratti pubblici, in analogia a quanto previsto per il settore 'lavori' - la possibilità di recesso.

**Capitolo V**

Ha rilevato, inoltre, per alcuni contratti oggetto di specifica attività ispettiva, affidati direttamente e non riconducibili ad acquisizione di prodotti HW o SW, l'assenza di motivazione che giustifichi il ricorso alla procedura negoziata e di un'adeguata valutazione economica. In alcuni casi si è rilevato il ricorso all'affidamento diretto e successive proroghe, anche in presenza di importi superiori alla cosiddetta 'soglia europea', in mancanza dei necessari presupposti anche della sussistenza di una situazione di urgenza.

Analogamente è stata rilevata, in relazione a contratti per i quali sono state ritenute ricorrere misure di riservatezza o segretezza, la non conformità delle procedure di affidamento degli stessi, con particolare riferimento alle modalità di selezione degli operatori economici affidatari o invitati ai confronti concorrenziali, con le disposizioni dell'art. 2 del Codice, che presuppongono il rispetto dei principi di "imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità". Tra l'altro, tra gli operatori invitati ai confronti concorrenziali per l'affidamento dei suddetti contratti, secondo quanto comunicato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Informazioni per la Sicurezza - Ufficio Centrale per la Segretezza, taluni non sono risultati in possesso del NOS e altri non in possesso di abilitazione operante.

Pertanto l'Autorità ha disposto l'invio della deliberazione all'A.D. di Sogei S.p.A. per le proprie valutazioni e i provvedimenti da adottare in relazione ai rilievi formulati, nonché alla Procura della Repubblica, per quanto di competenza.

**b) Determinazione dei compensi dei CTU nelle controversie arbitrali con i *General Contractors* nell'ambito dei contratti per la realizzazione di tratte AV/AC.**

L'Autorità, a seguito di richiesta di RFI S.p.A., si è occupata della tematica dei compensi dei CTU nelle controversie arbitrali tra la stessa società e i *General Contractors*, nell'ambito di contratti per la realizzazione di tratte della rete ferroviaria AV/AC.

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

Precedentemente l'Autorità aveva precisato che negli arbitrati Alta Velocità i compensi dei CTU avrebbero dovuto essere determinati in base alla normativa *"vigente al momento della costituzione... dei collegi"* arbitrali.

Pertanto, essendo al momento di costituzione dei collegi degli arbitrati in questione vigente l'art. 241 del D.Lgs. n.163/2006, detti compensi dei CTU andrebbero determinati secondo i riferimenti fissati dal D.P.R. 115/2002, richiamati dal predetto articolo.

Invece, nel caso segnalato i Collegi arbitrali hanno liquidato ai CTU compensi più elevati e, al rifiuto di RFI di corrispondere tali somme, i *General Contractors* si sono offerti di pagare (talvolta hanno in effetti già pagato) la quota di competenza di RFI SpA eccedente quanto stabilito dal D.P.R. 115/2002.

RFI SpA ha evidenziato, inoltre, che anche quando i Collegi hanno valutato i compensi con riferimento al D.P.R. 115/2002, gli stessi hanno adottato criteri di applicazione non conformi a quelli generalmente adottati dall'Autorità, liquidando un compenso per ciascun quesito posto, calcolato in base al valore del singolo quesito, anziché un unico corrispettivo sul valore complessivo dei quesiti.

La Società ha evidenziato anche come, sotto il rilevante profilo dell'imparzialità dei CTU, costituisca anomalia/irregolarità/violazione la circostanza che i CTU:

- sin dall'inizio della consulenza sappiano che potranno percepire il compenso che eccede i limiti stabiliti dal D.P.R. 115/2002 solo dalla parte privata;
- durante la consulenza effettivamente percepiscano dalla parte privata anche le quote di compensi di competenza di RFI che eccedono i limiti stabiliti dal D.P.R. 115/2002.

L'Autorità ha esaminato la documentazione fornita da RFI S.p.A. contenente una casistica dei procedimenti arbitrali in corso e dei compensi richiesti dai CTU dalla quale si ricava che gli arbitrati segnalati hanno date di costituzione dei collegi tutte successive all'entrata in vigore del Codice dei contratti (dal 20.7.2006 al 26.6.2008) e attengono a contenziosi di importo elevato (da 380 milioni di euro a 1.713 milioni di euro).

**Capitolo V**

La questione viene ad estendersi, inoltre, anche ai compensi degli Arbitri, atteso che dapprima l'art. 29, comma 1-quinquiesdecies, lettera b) del D.L. 30.12.2008, n. 207, come convertito con Legge 27.2.2009, n. 14 e poi l'art. 5 del D.Lgs. 20.3.2010, n. 53 hanno introdotto disposizioni contenenti significative limitazioni ai compensi del collegio.

L'Autorità ha osservato come, nell'ambito dei procedimenti arbitrali, assuma un ruolo particolarmente significativo l'attività del CTU.

Il consulente tecnico è infatti incaricato dal Collegio arbitrale di fornire risposta, sulla base della propria qualificazione professionale ed esperienza, a quesiti connotati da valenza tecnica, la cui soluzione è rilevante ai fini delle decisioni del Collegio stesso. Il CTU, in particolare, assumendo una posizione terza rispetto ai consulenti incaricati dalle parti, svolge un ruolo determinante per l'esito della vertenza, ruolo che, pertanto, deve essere connotato dalla massima imparzialità. La disponibilità dei *general contractors* a corrispondere ai CTU compensi superiori alla norma, anche assumendosi l'onere della quota di competenza pubblica, può certamente ricondursi all'intento di pervenire quanto più rapidamente possibile alla definizione della controversia e, quindi, all'eventuale riconoscimento delle richieste economiche formulate. Tuttavia, appaiono fondate le preoccupazioni di RFI SpA, circa il fatto che la corresponsione di compensi ai CTU in misura disomogenea tra la stazione appaltante e il *general contractors* venga a costituire, sia pure solo potenzialmente, un elemento lesivo del principio di imparzialità che deve connotare l'azione del CTU.

L'Autorità, si è già espressa sull'argomento dei compensi ad Arbitri e CTU nell'adunanza del Consiglio del 27 luglio 2010, fornendo, quindi, risposta con nota prot. 50025 del 29.7.2010, della quale si ricavano alcune principali indicazioni in relazione agli interventi del sistema ferroviario AV che ricadono nella disciplina dettata per i settori speciali.

La Legge 109/94 e s.m. stabiliva, all'art. 32, che, nel caso di controversie insorte tra stazione appaltante e imprese nell'esecuzione di contratti pubblici, il giudizio fosse demandato ad un collegio costituito presso la Camera arbitrale, il cui funzionamento era disciplinato dagli artt. 150 e 151 del D.P.R. 554/99 (articoli successivamente abrogati in quanto dichiarati

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

illegittimi dal Consiglio di Stato con sentenza n. 6335/2003) e dal D.M. 398/2000.

Successivamente la Legge n. 80/2005 (di conversione del D.L. n. 35/2005) ha modificato l'art. 32 della Legge 109/94: in caso di accordo tra le parti il procedimento poteva svolgersi secondo il modello dell'arbitrato libero ai sensi del codice di procedura civile, lasciando agli arbitri il potere di autoliquidazione dei compensi, pur se con l'obbligo di applicare le tariffe indicate al D.M. n. 398/2000, mentre, nel caso di mancato accordo, l'arbitrato si sarebbe dovuto svolgere secondo il modello di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, applicando le norme del D.M. n. 398/2000 e, solo per quanto da esso non disciplinato, le norme del codice di procedura civile.

Il D.Lgs. 163/2006 ha confermato il suddetto doppio binario, disponendo, però, sotto il profilo della procedura, sia per l'arbitrato libero che per quello amministrato, il riferimento al codice di procedura civile.

Il D.Lgs. n. 53/2010 (*attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti*) ha modificato gli artt. 241 e seguenti del Codice, con disposizioni tendenti ad un rafforzamento degli strumenti di definizione delle liti alternativi al processo. In relazione alle tariffe le modifiche hanno tenuto conto della già intervenuta Legge n.14/2009 (di conversione del D.L. n. 207/2008), che ha contemplato il dimezzamento delle tariffe indicate al D.M. 398/2000 e che ha vietato incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate.

Il modificato art. 241 ha stabilito, inoltre, che *"il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro"*.

Inoltre, riguardo alle spese del giudizio arbitrale imputabili all'eventuale consulente tecnico o altro ausiliario, il comma 13 dell'art. 241 prevede che il relativo compenso sia liquidato dal collegio arbitrale, ai sensi degli artt. 49 e 50 del D.P.R. 115/2002 (*"Testo unico delle disposizioni legislative in materia di*

I recenti  
interventi  
normativi in  
materia di  
compensi

**Capitolo V**

*spese di giustizia*"), nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.

L'Autorità, dopo tale preliminare ricognizione, ha quindi evidenziato come, sulla base anche di parere dell'Avvocatura dello Stato, la data di costituzione del Collegio arbitrale segni il momento in cui viene in essere l'obbligo di rendere il lodo nei termini prefissati.

Ne deriva che, ove i collegi siano costituiti nella vigenza della Legge n.109/94, per gli arbitrati, in quanto relativi ad interventi ricadenti nella disciplina dei settori esclusi (attualmente settori speciali), non sono applicabili le disposizioni contenute nella Legge n.109/94 e s.m. e nel D.P.R. 554/99; per tali arbitrati trova dunque applicazione il codice di procedura civile. Ove i collegi siano, invece, costituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs.. n.163/2006, gli arbitrati sono disciplinati dalle disposizioni degli artt. 241 e seguenti del Codice, applicabili anche ai settori speciali, come precisato dall'art. 206 del Codice.

Non trova, invece, applicazione la disciplina transitoria di cui all'art. 253, comma 34, del medesimo decreto legislativo, in quanto riferita ad arbitrati contemplati in contratti d'appalto stipulati in epoca precedente all'entrata in vigore del Codice, ma soggetti *ab origine* all'applicazione della Legge n.109/94 e s.m. e del relativo regolamento di attuazione.

Ulteriori indicazioni sono state fornite dal Consiglio della Camera Arbitrale, con provvedimento del 9.10.2008, in relazione alla formulazione al CTU di più quesiti e di vertenze di importo eccedente quello massimo contemplato dalle tabelle (€ 516.456,90).

Le conclusioni  
dell'Autorità

In base a quanto rilevato, l'Autorità ha ritenuto che agli arbitrati relativi a contratti AV/AC i cui collegi siano stati costituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs.. n.163/2006, debbano applicarsi le disposizioni di cui all'art. 241 del medesimo decreto legislativo; ha ritenuto, pertanto, che i compensi dei CTU debbano essere liquidati dal collegio arbitrale, ai sensi degli artt. 49 e 50 del D.P.R. 115/2002, nella misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste, con riferimento al valore complessivo della controversia e compensando con

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

vacazioni le prestazioni relative a quesiti di valore superiore al limite di € 516.456,90.

Infine, ha ritenuto che il compenso degli Arbitri debba essere valutato sulla base di quanto disposto dall'art. 241, comma 12 del Codice, con le tariffe contemplate dal D.M. lavori pubblici n. 398 del 2.12.2000, tenendo conto che, nel caso di collegi costituiti successivamente all'entrata in vigore della L. n.14/2009 (29.2.2009), i compensi massimi e minimi stabiliti dalle predette tariffe sono dimezzati e sono vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, mentre, nel caso di collegi costituiti successivamente all'entrata in vigore del D.Lgs.. n.53/2010 (27.4.2010), il compenso per il collegio, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro.

**c) Gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica in Comuni prevalentemente della Lombardia**

L'Autorità ha esaminato la problematica dei servizi pubblici locali per gli aspetti riguardanti gli impianti di illuminazione pubblica. In particolare, la tematica riguarda l'affidamento, senza previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, del servizio di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione da parte di numerose Amministrazioni comunali prevalentemente della Lombardia attraverso la stipula o il rinnovo, ai sensi dell'art. 113 T.U.E.L., approvato con il D.Lgs.267/2000 così come successivamente modificato, di Convenzioni per la gestione e manutenzione degli impianti di illuminazione pubblica insistenti sui territori comunali in favore della Società Enel Sole, precedente gestore e, in taluni casi, proprietaria di tutti o di parte degli impianti.

Le segnalazioni al riguardo pervenute, sia da parte di numerosi Comuni sia da singoli operatori economici e associazioni di categoria, hanno riguardato l'ipotesi della sottrazione al mercato e alla concorrenzialità una quota-parte consistente di servizi pubblici locali e che sia stata di fatto ostacolata la libera competizione degli operatori del settore. Le note vicende referendarie e la travagliata produzione normativa sulla materia

**Capitolo V**

hanno accompagnato le diverse fasi di osservazione del fenomeno, in cui sono ancora presenti vaste aree di anomalia rispetto ai principi comunitari di apertura alla concorrenza.

In particolare la titolarità della proprietà degli impianti, non esclusivamente in capo agli enti locali ma sovente in promiscuità con il gestore uscente, nonché proroghe o rinnovi delle Convenzioni giunte a termine, hanno determinato problemi di non facile soluzione nella fase transitoria verso il passaggio ad un sistema di affidamento con procedure ad evidenza pubblica secondo i noti principi di concorrenzialità e trasparenza. L'Autorità ha pertanto espresso le proprie considerazioni nel senso che:

- il servizio di pubblica illuminazione è un servizio pubblico locale e in quanto tale soggiace alle regole previste per essi e la sua gestione deve essere affidata con procedure ad evidenza pubblica conformi al diritto comunitario e al Codice dei contratti pubblici;
- sono da escludere tutte le forme di proroga o di tacito rinnovo degli affidamenti in corso, se non per il tempo necessario all'espletamento di procedure ad evidenza pubblica;
- per le gestioni in essere, occorre, previa determinazione del valore degli impianti per l'acquisizione al patrimonio comunale e l'assunzione effettiva del titolo di proprietà in capo ai Comuni, procedere all'espletamento delle procedure di evidenza pubblica (ovvero agli affidamenti in conformità alla normativa europea), evitando il mantenimento di situazioni monopolistiche, sulla base della relazione di cui al comma 13 dell'art. 34 D.L. 179/2012, da pubblicarsi entro la data del 31/12/2013;
- bandire la gara per l'affidamento del relativo servizio, con i dati concernenti le caratteristiche tecniche degli impianti e delle infrastrutture, il loro valore contabile di inizio esercizio, secondo parametri di mercato, le rivalutazioni e gli ammortamenti e ogni altra informazione necessaria per definire l'appalto (ex art. 25, comma 6, D.L. 1/2012, convertito in L. 27/2012). Pertanto, deve essere fornita all'ente locale, da parte del gestore uscente, una dettagliata descrizione degli impianti esistenti, della relativa

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

funzionalità o della necessità di interventi di messa a norma, al fine di mettere in condizione gli stessi di predisporre bandi atti a consentire un'offerta tecnico-economica consapevole ed affidabile da parte degli operatori;

• l'ammissione della società Enel Sole s.r.l. alla gara indetta da CONSIP in data 8.10.2009 nonché l'aggiudicazione in favore della stessa di n. 3 lotti è avvenuta in aperta violazione dell'art. 23-bis, comma 9, decreto-legge 112/2008 (convertito in L. 133/2008) nel testo all'epoca vigente, ove sussisteva ed era pienamente vigente il divieto di partecipazione alle gare anche per le società partecipate da società quotate in mercati regolamentati.

**d) Gara europea con procedura ristretta per l'affidamento della concessione per lo sfruttamento del complesso immobiliare di Roma Tiburtina, con gestione funzionale dello stesso mediante affidamento a imprese terze dei servizi di conduzione e manutenzione ordinaria**

L'istruttoria è stata avviata ai fini della verifica della legittimità del bando e della procedura ristretta per l'affidamento della concessione per lo sfruttamento del complesso immobiliare di Roma Tiburtina, con gestione funzionale dello stesso mediante affidamento a imprese terze dei servizi di conduzione e manutenzione ordinaria.

La forma contrattuale prescelta dalla S.A.(RFI) è stata quella della concessione di servizi, affidata mediante procedura ristretta, che attribuisce integralmente al concessionario l'alea della gestione, ivi inclusa quella collegata al corrispettivo da reperire direttamente dall'utenza. A tali concessioni si applica l'art. 30 D.Lgs. 163/2006, per cui l'affidamento di tali concessioni deve essere preceduto dall'espletamento di procedure ad evidenza pubblica che, sebbene disciplinate in maniera meno rigida rispetto ai contratti d'appalto di servizi, debbono svolgersi nel rispetto altrettanto rigoroso dei principi desumibili dal Trattato e di quelli dettati per i contratti pubblici. Occorre, inoltre, prevedere una predeterminazione dei criteri selettivi e per esse è previsto, ove compatibile con l'oggetto, che le offerte e i contratti debbano contenere un piano economico-finanziario al

**Capitolo V**

sine di verificare la copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto.

Nel Piano Economico Finanziario l'amministrazione verifica l'attendibilità della proposta e la sua concreta fattibilità sotto due concorrenti profili: da una parte sotto il profilo della concreta realizzazione dell'opera pubblica, senza oneri finanziari per la pubblica amministrazione, dall'altra, sotto il profilo della idoneità ad assicurare una fonte di utili in grado di consentire il rimborso del prestito e la gestione proficua dell'attività espletata.

**Le criticità rilevate sul termine di presentazione delle domande e sull'importo presunto del contratto**

Sulla base di dette premesse sono state riscontrate le seguenti principali criticità: sul termine di presentazione della domanda di partecipazione in quanto la scarsa partecipazione del mercato alla gara *de qua* pare un'ulteriore conferma della scarsa apertura alla concorrenza, anche per la non congruità dei termini inizialmente previsti dalla S.A. per la partecipazione alla gara in esame; sull'importo presunto del contratto essendo l'oggetto del contratto costituito dalla gestione commerciale e dalla gestione funzionale del complesso immobiliare tanto gli importi della prima come della seconda, dovevano essere compresi nel valore presunto di gara. L'art. 29, comma 1, D.Lgs. 163/2006 dispone infatti che *"il calcolo del valore stimato degli appalti pubblici e delle concessioni di lavori o 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.

Come già rappresentato dall'Autorità, *"Per le concessioni, in particolare, nella nozione di "importo totale pagabile" è sicuramente da ricomprendersi il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione (...) il canone a carico del concessionario potrà, altresì, essere computato ove previsto, ma certamente proprio in quanto solo eventuale non può considerarsi (...) l'unica voce indicativa del valore della concessione"*. L'erronea determinazione dell'importo della concessione ha determinato la mancanza di una trasparente e corretta informazione agli operatori economici sui reali valori della concessione.

Il bando di gara prevedeva, con riferimento alla gestione funzionale, che l'esecuzione della manutenzione e conduzione ordinaria dovesse essere (sub) affidata a terzi in quanto la S.A. affidava a terzi mediante la gara in

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

esame, la gestione dell'intero complesso immobiliare della stazione AV di Roma Tiburtina. La mancata indicazione del valore della gestione funzionale della stazione Tiburtina nell'importo presunto di gara è stato ritenuto non quantificabile poiché strettamente dipendente dalle capacità operative e gestionali del concessionario e dalle condizioni contrattuali stabilite con gli appaltatori. Proprio sulla scorta di ciò, si può dunque affermare la criticità di non avere inserito nel bando il valore presunto della gestione funzionale, dell'intero complesso immobiliare mancando così di informare correttamente il mercato sui presunti valori della concessione che intendeva affidare in conformità all'art. 29 D.Lgs. 163/2006.

Per quanto riguarda lo sfruttamento economico, si è rilevato che la stazione appaltante ha calcolato il valore presunto del contratto facendo riferimento al solo canone annuo da corrispondere al concedente relativo alla locazione delle aree strettamente commerciali, corrispondenti ad una parte delle aree economicamente sfruttabili (10.000 mq circa rispetto ai 17.000 mq complessivi), atteso che per i restanti 7.000 mq, utilizzabili come aree conferenziali, mostre ed esposizioni non avrebbe ritenuto ipotizzabile alcun corrispettivo.

Mentre occorreva calcolare il valore dell'affidamento nel rispetto delle regole di cui all'art. 29 del codice dei contratti *"il quale impone di riferirsi al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio"*, intendendo con ciò che il calcolo relativo alla determinazione dell'importo del servizio oggetto di concessione deve essere effettuato tenendo conto dei ricavi ipotizzabili in relazione alla futura gestione.

Ciò può aver inciso sulla *"ponderazione della congruità dei requisiti speciali di partecipazione"*<sup>12</sup> nonché *"aver reso più difficile per gli operatori economici interessati la formulazione di un'offerta economica consapevole"*.

Sui motivi giustificativi della scelta della durata (trentennale) della concessione e dei requisiti di partecipazione, la S.A. si è limitata a indicare generici motivi di opportunità. La durata trentennale della concessione è stata giustificata con l'esigenza della S.A. di uniformare la scadenza della concessione *de qua*, con quella di altre due concessioni per la gestione di

<sup>12</sup> AVCP, Delibera n. 13 del 12/03/2010.

**Capitolo V**

due stazioni ferroviarie aventi durata quarantennale, al fine di "rientrare nella piena detenzione delle stazioni in maniera unitaria", nonché per rendere tale durata compatibile con la normativa vigente in materia di locazione commerciale. È apparso evidente la carenza di ragioni oggettive a giustificazione della durata della concessione (ad es. ingenti investimenti e la conseguente necessità di assicurare all'operatore economico tempi congrui per l'ammortamento, al fine di garantire il giusto equilibrio economico-finanziario) che appare irragionevolmente lunga.

I requisiti di capacità tecnica ed economica scelti sono stati anch'essi giustificati con un riferimento estremamente generico all'"entità significativa" da gestire. Il requisito economico richiesto, alla luce delle motivazioni addotte dalla S.A., è apparso sproporzionato in relazione al valore presunto indicato nel bando e nel disciplinare di gara, sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo, con effetti fortemente restrittivi della concorrenza.

Appare, altresì, restrittivo della concorrenza anche la scelta di limitare la tipologia e conseguentemente il numero dei complessi immobiliari utilizzabili ai fini del calcolo del fatturato, facendo riferimento a tre sole destinazioni d'uso: stazioni ferroviarie, aeroportuali e porti turistici.

Sui requisiti di capacità tecnica, si rileva l'assenza di giustificazioni oggettive per la scelta della S.A. di limitare il requisito dell'esperienza pregressa alla sola gestione di aree ferroviarie, aeroportuali e porti turistici (analogamente a quanto previsto per il requisito economico del fatturato) e alla gestione pregressa della stessa superficie complessiva di quella della stazione ferroviaria oggetto di gara (ciò trova conferma nella scarsa partecipazione del mercato posto che alla gara hanno partecipato due sole Società: Grandi Stazioni S.p.A. e Centostazioni S.p.A., entrambe del gruppo FS, che attualmente gestiscono, l'una le maggiori stazioni della rete ferroviaria nazionale; la seconda, le stazioni minori).

Correlativamente a ciò, in considerazione del fatto che l'oggetto del contratto è misto e che i servizi, lavori e forniture oggetto di gara sono diversi tra loro, si ritiene che la S.A. abbia omesso di richiedere requisiti sia tecnici che economici idonei a selezionare operatori in possesso delle

*L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture*

capacità tecnico-organizzative ed economico-finanziarie necessarie per eseguire tutti i servizi, i lavori e le forniture messi a gara, a nulla valendo il fatto che successivamente il potenziale concessionario avrebbe avuto la facoltà o l'obbligo di affidare a terzi, tutte o parte delle attività messe a gara.

A seguito dell'esame degli atti di gara, emerge che il concessionario della gestione funzionale del complesso immobiliare, spogliato dei servizi di conduzione e manutenzione, resti tale solo di nome ma non di fatto, essendo affidatario solo dei compiti di stazione appaltante (accanto a quelli di programmazione e pianificazione dei servizi e di controllo degli esecutori); inoltre, a fronte di questo "incarico", per tale attività viene previsto anche un compenso forfetario (calcolato in misura percentuale sui costi posti a carico della S.A. in ragione delle estensioni delle superfici di sua esclusiva competenza) che più che renderlo coerente con la fatispecie della concessione, lo rende meglio inquadrabile in quella dell'appalto.

**e) Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio di Roma Capitale**

La società Enel Rete Gas S.p.A. ha segnalato all'Autorità che l'affidamento della concessione del servizio di distribuzione del gas metano, di importo pari a € 1.245.400.000,00 per la durata di 12 anni, avrebbe dovuto avere ad oggetto la distribuzione del gas non solo per il territorio di Roma Capitale, ma per l'intero ambito territoriale minimo, ossia l'ambito "Roma I - Città ed impianto di Roma" comprendente il Comune di Roma, Frascati, Grottaferrata, Marino, Rocca di Papa, Ciampino e Fiumicino.

Circa il rilievo segnalato dall'esponente, la S.A. ha precisato che il bando è stato pubblicato il 26/09/2011, mentre il decreto recante la individuazione dei nuovi ambiti territoriali di gara, ex art. 46 bis, comma 2, L. 29 novembre 2007 n.222 e ss.mm., non risultava ancora completato.

La S.A. ha precisato che la concessione con Italgas (gestore dal 1991) è scaduta ex lege in data 31/12/2009 in virtù del combinato disposto dell'art. 15, comma 7, D.Lgs. 23 maggio 2000 n. 64/2000 e dell'art. 23 D.L. 273/2005, convertito nella L. 23 febbraio 2006 n. 51 ed il processo per