

fini perseguiti, poiché essi non attengono alla produzione o al commercio, ma, indipendentemente dall'assetto organizzativo nelle forme del diritto privato, questi si caratterizzano per il perseguimento di interessi di rilievo pubblicistico; quanto, infine, alle modalità di finanziamento o comunque di controllo dell'attività istituzionale, poiché non v'è dubbio che esso venga svolto, come richiesto dalla legge, in maniera preponderante da un altro organismo di diritto pubblico, quale è il Consiglio dell'Ordine, suo unico fondatore (cfr. art. 4 dello Statuto).

Si è parimenti concluso che la Fondazione deve adottare procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento a privati dei servizi connessi alle attività statutariamente demandate dal Consiglio dell'Ordine, giusto il disposto generalissimo dell'art. 3, co. 25, del D.lgs 163/2006.

L'Autorità ha esaminato le ragioni che hanno indotto il medesimo Ente ad incaricare sempre e solo un operatore economico dell'organizzazione degli eventi formativi nel periodo oggetto di valutazione (anni 2006/2011).

In merito al punto a), la documentazione pervenuta ha consentito di smentire quanto sostenuto dalla Fondazione: dalle fatturazioni dell'affidatario, infatti, è emerso che alcuni eventi formativi, pur singolarmente considerati - come indicato dalla stessa Fondazione dal momento che le fatturazioni sono quadrimestrali - superavano la soglia dei 20.000 euro.

Rispetto al punto b), l'Autorità ha rilevato che pur non essendo infrequente che per particolari tipologie di servizi e/o a causa di singolari circostanze contingenti, le stazioni appaltanti non siano in grado di conoscere con certezza il costo degli stessi, ciò non può costituire un motivo per sottrarsi all'obbligo di individuare, anche in via solo presuntiva, l'importo da porre a base di gara: quest'ultimo ha la duplice funzione di orientare le scelte degli operatori di mercato e potenziali concorrenti circa la partecipazione o meno alla gara, nonché di consentire, ai fini del rispetto delle regole della contabilità pubblica, una programmazione dell'attività contrattuale retta dai principi di economicità, efficacia ed efficienza, così come disposto anche dall'art. 271 del regolamento di esecuzione e attuazione del codice.

D'altra parte, l'Autorità ha evidenziato che il valore globale del contratto, che in questo caso consisteva nell'affidamento di una attività di gestione, organizzazione e promozione di eventi formativi di carattere giuridico, avrebbe potuto essere calcolato in diversi modi: a mero titolo di esempio, basandosi su un'indagine di mercato, oppure su dati statistici riferiti all'Ente stesso, o ad altri Enti che svolgono la medesima funzione, ed alle attività analoghe svolte negli anni antecedenti.

Inoltre, è stato rilevato che pur essendo innegabile che una programmazione a medio-lungo termine comporti degli sforzi organizzativi, gestionali e previsionali non indifferenti rispetto a singoli interventi decisi di volta in volta, tuttavia le esigenze di controllo della spesa pubblica, di tutela della concorrenza e di garanzia dell'economicità, efficacia ed efficienza dell'agire amministrativo sono considerate dal legislatore prevalenti rispetto agli eventuali, specifici interessi dei singoli enti pubblici.

Il rapporto privilegiato che la Fondazione ha instaurato con l'affidatario nel corso degli anni, è apparso inoltre censurabile anche sotto un altro profilo.

Indipendentemente dalle questioni strettamente economico-contabili, l'Autorità ha infatti osservato che le funzioni attribuite dalla Fondazione allo stesso operatore economico, consistenti in tutte le attività necessarie ad organizzare l'evento formativo (ad eccezione della progettazione didattica e della docenza, che rimarrebbe in capo alla Fondazione), compresa la riscossione diretta delle quote di partecipazione e dei contributi derivanti dalle sponsorizzazioni, avrebbero potuto verosimilmente suscitare interesse in una platea indistinta di operatori del settore, eventualmente attratti anche dalla sola possibilità di trarre i vantaggi indiretti che un siffatto affidamento può procurare in termini di prestigio, di entità del fatturato e di referenze per successive commesse.

Come già evidenziato, altri casi hanno invece richiesto che l'Autorità si soffermasse sull'esatto inquadramento della tipologia contrattuale, entro la quale doveva ricondursi l'affidamento disposto dalla stazione appaltante. Tra questi si segnala il procedimento istruttorio che è stato avviato per la verifica dei contratti e delle successive proroghe relativi alla gestione dei

Gestione di punti di ristoro all'interno di un complesso universitario: distinzione tra concessione di servizi e locazione di beni immobili

punti di ristoro all'interno del complesso Universitario "La Sapienza" di Roma, che risultavano ininterrottamente affidati ai medesimi gestori, aggiudicatari di una procedura di evidenza pubblica avente ad oggetto dei contratti d'appalto di servizi, espletata nel 1999.

Infatti, in seguito all'originaria aggiudicazione, che era stata disposta per una durata contrattuale di quattro anni - pur non essendo indicata negli atti di gara, né nel contratto, la possibilità di una proroga o di un rinnovo - il rapporto con gli aggiudicatari della procedura è, di fatto, proseguito anche dopo la scadenza. All'epoca dell'originario affidamento, gli immobili adibiti a punto di ristoro, erano di proprietà demaniale ed in uso perpetuo e gratuito all'Università. Pertanto, nell'ambito dell'attività di censimento, finalizzata al trasferimento in proprietà all'Università dell'intero compendio immobiliare, allo scadere dei contratti, la Filiale del Lazio dell'Agenzia del Demanio ha stipulato, con i gestori aggiudicatari della predetta gara, contratti di locazione di immobili ad uso commerciale - ai sensi della L. 392 del 27 luglio 1978 - e degli atti di concessione - ai sensi della L. 11 luglio 1986 n. 390 - della durata di sei anni. In seguito, l'intero complesso immobiliare è stato trasferito all'Università che per tutti gli immobili, ha disposto il rinnovo dei rispettivi contratti in precedenza sottoscritti dall'Agenzia Demanio, pur non essendo in alcun modo vincolata in tal senso.

All'esito di una complessa istruttoria che ha visto coinvolti sia l'Ateneo che l'Agenzia del Demanio, l'Autorità ha concluso che l'attività di ristoro in parola ha carattere preminente rispetto alla locazione dei locali nei quali l'operatore economico svolge l'attività; pertanto, gli affidamenti di tali servizi (ed i contratti per l'uso dei locali a questi destinati) devono essere disposti conformemente a quanto previsto dall'art. 30 del Codice, previo espletamento di una procedura comparativa e previa pubblicazione del relativo avviso, recante l'importo dell'affidamento, calcolato - nel rispetto delle regole di cui all'art. 29 del Codice - con riferimento al fatturato presunto derivante dalla gestione del servizio e non solo al canone richiesto per l'uso dell'immobile. Inoltre, l'utilizzo del contratto di locazione di un immobile ad uso commerciale non può, in ogni caso, costituire lo

strumento per l'attribuzione senza limiti di tempo di posizioni di privilegio concorrenziale. Quando negli atti di gara e nel contratto non è prevista la possibilità di una proroga ovvero di un rinnovo dello stesso, il prolungamento del rapporto in caso di occupazione di fatto può essere regolarizzato soltanto a seguito di una valutazione della sua legittimità "nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza e libera concorrenza" effettuando una "verifica dell'esistenza di altre domande di utilizzazione del bene", come prevedono le Linee Guida per le attività di regolarizzazione del 14 dicembre 2010, emanate dall'Agenzia del Demanio e da essa richiamate.

Nel corso del 2013 è stata svolta un'istruttoria in tema di servizi infermieristici, che qui si segnala in quanto conclusa con l'invito alla SA a rivedere la tipologia contrattuale nella quale era stato ricondotto l'affidamento. Il procedimento ha avuto ad oggetto una selezione finalizzata alla sottoscrizione di un contratto libero professionale ai sensi dell'art. 2222 c.c., per la quale era stato segnalato il mancato rispetto delle disposizioni del Codice. Pur trattandosi di un affidamento di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, si è ritenuto opportuno avviare un'istruttoria per verificare se il contratto non dovesse essere qualificato come appalto di servizi - con la conseguenza che all'operatore compete l'organizzazione del servizio - ovvero come somministrazione di lavoro - se avesse avuto ad oggetto la fornitura di personale infermieristico, che operi sotto la direzione ed il controllo della stazione appaltante.

Al riguardo, la SA aveva, tra l'altro, evidenziato che il contratto era stato in precedenza sottoposto a certificazione, dopo essere stato qualificato come appalto di servizi, presso la competente Commissione di Certificazione di cui agli artt. 75 e ss. del D.lgs. 276/2003 ed al D.M. 21 luglio 2004; tuttavia, quest'ultima aveva respinto l'istanza, riqualificando il rapporto come prestazione di natura occasionale svolta da soggetti iscritti obbligatoriamente ad un ordine e dunque come contratto d'opera ex art. 2222 c.c..

Sebbene si sia dato atto di quest'ultima circostanza, nel provvedimento finale si è concluso che il contratto per servizi infermieristici, pur riguardando prestazioni professionali, doveva essere ricondotto nell'ambito

Affidamento di servizi infermieristici: distinzione tra appalto di servizi ed incarico professionale

dell'appalto di servizi, come definito nel codice dei contratti. Infatti, la stazione appaltante ha inteso affidare ad una struttura - che raccoglie più infermieri per lo svolgimento della professione in forma associata - la realizzazione di un progetto con degli obiettivi esplicitati, da eseguirsi presso gli ambulatori dei medici di base. Il contratto prevedeva, tra l'altro, che l'organizzazione del servizio fosse demandata allo studio professionale unitamente alle funzioni di coordinamento dei professionisti per garantire la presenza continuativa di personale infermieristico negli ambulatori; lo studio, inoltre, avrebbe dovuto garantire la fornitura delle divise di lavoro ed il ripristino delle stesse, nonché le visite mediche di controllo. Nel contratto era, poi, specificato che lo studio professionale doveva impegnarsi a fornire il servizio senza alcun vincolo di subordinazione verso l'ULSS, né verso i medici di base. Inoltre, è stato rilevato che il corrispettivo dovuto era costituito da un importo complessivo, comprendente oneri fiscali, previdenziali e contributo integrativo per l'attività infermieristica. Infine, la selezione dell'affidatario è avvenuta previa valutazione, oltre che dell'offerta economica a ribasso sull'importo presunto indicato nell'avviso - per la quale era prevista l'assegnazione di un massimo di 60 punti - anche dei *curricula* dei professionisti e del progetto presentato da ciascun partecipante; per queste ultime due voci era prevista l'attribuzione di un massimo di 40 punti.

Pertanto, applicando il criterio distintivo già enunciato dall'Autorità per i servizi legali, non trattandosi della mera acquisizione di una prestazione infermieristica professionale unica, singola e determinata nel tempo, mediante la sottoscrizione di un contratto di lavoro autonomo, bensì dell'affidamento dell'organizzazione di un servizio, previa partecipazione alla redazione del relativo progetto, si è concluso che, nel caso di specie, la SA avrebbe dovuto attenersi alla disciplina di cui al codice dei contratti pubblici e non al solo regolamento interno, concernente l'affidamento di incarichi professionali.

Tra i procedimenti nel corso dei quali l'Autorità si è occupata di verificare il rispetto delle indicazioni fornite nel 2011 per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si segnala quello concernente

la procedura negoziata espletata dall'ASL di Teramo per la fornitura in noleggio compresa la realizzazione, la posa in opera e la manutenzione, di un sistema c.d. RIS-PACS per l'integrazione informatica della radiologia, di importo complessivo pari ad euro 6.000.000.

Il caso è stato segnalato in quanto, all'esito della gara, è risultata aggiudicataria la sola ditta che aveva offerto un prezzo complessivo più elevato di quello che era stato posto a base di gara, mentre le altre partecipanti avevano tutte proposto un prezzo complessivo inferiore a quello indicato dalla SA, pur avendo ottenuto un punteggio meno elevato per le caratteristiche tecnico-qualitative; sicché, il contratto è stato stipulato per un prezzo complessivo che superava di euro 1.304.696,40 il valore indicato come importo a base di gara.

L'Autorità ha riscontrato che l'aggiudicazione in favore dell'unica offerta in aumento si è resa possibile anche a causa dell'utilizzo di una formula ($Y=40*PM/PY$) per l'attribuzione del punteggio per l'elemento economico, secondo cui l'offerta doveva essere espressa in termini di prezzo e non di ribasso; inoltre, era previsto che al prezzo più basso dovesse corrispondere il punteggio massimo attribuibile (40 pt.), mentre alle altre un punteggio proporzionalmente inferiore, ma comunque positivo anche ove si fosse trattato di importo superiore a quello indicato nei documenti di gara.

La formula prescelta dalla stazione appaltante, infine, non consentiva di utilizzare l'intero range di punteggio a disposizione (40 pt.), né era possibile assegnare un punteggio pari a zero che, invece, avrebbe dovuto essere assegnato ad un'offerta pari o superiore all'importo posto a base di gara; di tal che, non è stata rispettata neanche la rilevanza relativa attribuita all'elemento economico, nell'ambito della valutazione complessiva dell'offerta.

In base a quanto prospettato dall'amministrazione, l'importo dell'affidamento sarebbe stato indicato solo quale elemento meramente presuntivo; infatti, il bando di gara avrebbe lasciato intendere inequivocabilmente che la stazione appaltante avrebbe anche aderito ad offerte di elevata qualità sul piano tecnico, pure se recanti un prezzo superiore a quello presunto indicato in gara.

Sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: formule per l'attribuzione del punteggio all'offerta tecnica

Sul divieto di offerte in aumento

Pertanto, all'esito dell'istruttoria, l'Autorità ha anche fatto il punto sull'ambito di operatività del divieto di aggiudicare ad offerte in aumento rispetto al prezzo indicato nella documentazione di gara. L'ammissibilità di offerte era esplicitamente esclusa nel caso di aggiudicazione in base al criterio del prezzo più basso (cfr. art. 21, co. 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e s. m. nel dell'art. 82 co. 1 del codice dei contratti). In seguito all'entrata in vigore del Regolamento di esecuzione del codice, D.P.R. 207/2010, anche per gli appalti da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, esiste un riferimento testuale al divieto di offerte in aumento; infatti, nell'art. 283, co. 3, si legge che *"il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284"*. Sicchè, nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 recante *"Bando - tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici"*, è stato sancito che il divieto deve ritenersi sussistente, qualunque sia il criterio di aggiudicazione della gara e, pertanto, sia nel caso di appalti da aggiudicare al prezzo più basso che nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa.

Con riferimento al caso di specie, è stato comunque considerato che il bando era antecedente sia al D.P.R. 207/2010 che alla determinazione n. 4/2012 dell'Autorità; inoltre, negli atti di gara effettivamente non era contemplata la consueta clausola di invalicabilità del prezzo a base d'asta. Quest'ultima circostanza avrebbe potuto confermare - salvo quanto di seguito - la ricostruzione della stazione appaltante, secondo la quale l'importo complessivo indicato negli atti di gara non costituiva una base d'asta. Tuttavia, è stato rilevato che la documentazione di gara, certamente non chiariva che l'importo complessivo indicato non avrebbe costituito un limite massimo e che sarebbero state ammesse anche offerte in aumento; infatti, la dicitura *"importo presunto"* è sempre utilizzata negli atti di gara per indicare che si tratta di un valore stimato e dunque approssimativo, giacchè l'effettivo importo del contratto sarà determinato solo all'esito del confronto tra le offerte pervenute, con l'aggiudicazione.

Che la documentazione di gara non fosse chiara nell'indicare l'assenza di un divieto di offerte in aumento, risultava poi confermato anche dalla circostanza per cui tutte le partecipanti - fatta eccezione per l'aggiudicataria - avessero indicato un prezzo contenuto nel limite dell'importo indicato nel bando.

Pertanto, anche a prescindere dalla questione - che poteva ancora ritenersi controversa al momento della pubblicazione del bando di gara - se nel caso di adozione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte in rialzo siano comunque vietate, l'Autorità ha rilevato che un'offerta fortemente in rialzo rispetto all'importo indicato nel bando di gara, avrebbe comunque dovuto essere ritenuta non ammissibile, in applicazione del principio della *par condicio*, in quanto la stessa ha consentito la formulazione di un progetto tecnico non comparabile, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, con quello proposto dalla concorrenza. Infatti, se pure l'intento della SA fosse stato proprio quello di ammettere anche eventuali offerte in aumento, allora sarebbe stato necessario quantomeno specificarlo negli atti di gara, senza dare adito a dubbi; in tal modo, avrebbero potuto essere coinvolti anche altri potenziali concorrenti, oltre a permettersi a tutti i partecipanti di elevare la qualità della propria offerta, potendo contare un corrispettivo economico superiore a quello indicato; diversamente, a causa della non chiara formulazione della *lex* di gara, solo l'aggiudicataria ha esercitato la descritta facoltà. Infatti, se fosse consentita la libera formulazione del prezzo richiesto quale corrispettivo verrebbe meno uno dei riferimenti essenziali in relazione ai quali deve essere calibrata l'offerta nel suo complesso, con compromissione dello stesso principio della *par condicio*; senza contare che se nelle procedure di evidenza pubblica fosse consentita la libera formulazione del prezzo, per le stazioni appaltanti sarebbe di fatto preclusa la possibilità di programmare la spesa pubblica e di rispettare i limiti prefissati.

5.3.4 Interventi in materia di affidamenti del servizio di raccolta e smaltimento rifiuti

Come già evidenziato in precedenza, dall'analisi degli esposti pervenuti emerge che il settore per il quale si è registrato il maggior numero di contestazioni è quello dei servizi di raccolta e smaltimento rifiuti.

Proprio in questo ambito, pertanto, l'Autorità ha ritenuto opportuno porre in essere diverse tipologie di interventi.

**Indagine sul
SISTRI**

Una rilevante indagine ha riguardato il "Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti" (SISTRI), nato nel 2009 su iniziativa del Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare. L'attività dell'Autorità si è aggiunta a quella svolta dalla commissione parlamentare inchiesta (L. 6/2009), istituita nella precedente XVI legislatura che ha concluso l'inchiesta con l'approvazione di una relazione inviata ai Presidenti di Camera e Senato il 4 marzo 2013 a cura del Presidente Gaetano Pecorella (relatori Bratti e Russo). Il progetto prevede di dotare gli utenti di dispositivi elettronici USB, per accedere al sistema, trasmettere dati e memorizzare informazioni; una *black box* da installare su ciascun veicolo che trasporta rifiuti e che serve a monitorare il percorso del carico dal produttore al centro di smaltimento; apparecchiature di videosorveglianza installate negli impianti di discarica, di incenerimento e coincenerimento, con la funzione di controllare l'ingresso e l'uscita degli automezzi. Il sistema consente, inoltre, l'erogazione di servizi alle imprese e servizi per l'indagine analitica e statistica, attraverso un Centro Operativo Nazionale. Lo stanziamento iniziale di 5 milioni di euro per la creazione del sistema informatico di tracciamento è stato disposto dall'art. 1 co. 1116 della L. 296/2006 (legge finanziaria 2007). Subito dopo, il Ministero dell'Ambiente poneva la segretazione del progetto, per la sua incidenza sulla sicurezza nazionale dello Stato, ai sensi dell'art. 12 co. 1, della L. 24 ottobre 1977 n. 801. Pertanto, in deroga alla disciplina sugli affidamenti pubblici, la realizzazione del Progetto è stata affidata alla SELEX, società di Finmeccanica, in quanto si è ritenuto sussistente il presupposto di speciale esigenza di segretezza per evitare la gara, sia pure informale. In seguito,

con D.P.C.M. 5 settembre 2008, è stata confermata l'attribuzione della classifica di "segreto" al Progetto SISTRI ed è stato stabilito che la classifica di segretezza producesse gli effetti di cui all'art. 17 del D.lgs. 163/2006. Successivamente, la SELEX è stata invitata a presentare uno schema di contratto per la realizzazione del servizio sulla base del progetto-offerta, integrato dalle osservazioni formulate da una Commissione ministeriale di esperti, indicando le possibili opzioni gestionali.

Il contratto tra il Ministero e la SELEX venne stipulato in data 14 dicembre 2009, successivamente integrato con atto aggiuntivo del 10 novembre 2010, stipulato a causa di difficoltà varie, tra cui, quelle per la consegna dei dispositivi USB e delle *Black Box*, le numerosissime richieste di modifica di iscrizione delle imprese, le considerevoli quantità di iscrizioni errate o incomplete, ecc. Il termine finale di durata del contratto era fissato al 30 novembre 2014. Il costo originario del progetto ammontava a euro 172.835.307 su cui SELEX ha riconosciuto uno sconto del 15,1% per un costo finale pari a euro 146.715.311, solo per la parte fissa delle infrastrutture. A SELEX sono state inoltre erogate due *tranches* da 5 e 24 mln di euro, mentre risultano numerose fatture non liquidate.

L'indagine svolta ha riguardato alcuni aspetti più direttamente riferibili alle competenze dell'Autorità: si tratta di quelli relativi al contratto con SELEX, allo stato di attuazione del progetto e soprattutto al tema centrale dell'applicabilità dell'art. 17 co. 4 del Codice. In relazione alla questione centrale relativa ai presupposti di legittimità della sottrazione alle ordinarie procedure di gara dell'affidamento del progetto SISTRI, è stato accertato che, prima della radicale riscrittura dell'art. 17 del Codice - come integrato dalla L. 102/2009 - ad opera dell'art. 33, co. 3, del D.lgs. 208/2011 (in vigore dal 15.01.2012), l'affidamento posto in essere dal Ministero dell'Ambiente - pur potendo rivestire il carattere della segretezza (tale da imporre una particolare limitazione della platea dei possibili esecutori) - non rientrava, a stretto termine di legge, nella fattispecie dei "contratti secretati" disciplinata dall'art. 17 nell'assetto normativo vigente al tempo dell'affidamento diretto. Il testo dell'art. 17 co. 1 vigente all'epoca dell'affidamento alla SELEX era il seguente: "Le opere, i servizi e le forniture

destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto nonché dell'amministrazione della giustizia e dell'amministrazione finanziaria relativamente alla gestione del sistema informativo della fiscalità o ad attività degli enti aggiudicatori di cui alla parte III, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto delle previsioni del presente articolo". Sulla base della portata letterale della norma indicata e in ragione della sua specialità (cfr. art. 12 delle disposizioni preliminari al c. c. in tema di interpretazione della legge e art. 14 secondo cui le norme che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi in esse strettamente considerati), si è rilevato che il progetto SISTRI per quanto sia stato oggetto di secretazione, non sembra rientrare nell'ambito quanto meno soggettivo individuato dall'art. 17 relativamente alla procedura finalizzata alla ricerca dell'esecutore delineata nel successivo co. 4, il quale, a sua volta, indica, da un lato, uno speciale iter derogatorio (procedura negoziata con almeno cinque operatori economici e in possesso di abilitazione di sicurezza - cfr. co. 3), e dall'altro, non esclude la negoziazione diretta quando quella con più operatori non sia compatibile con le esigenze di segretezza.

Analizzando il co. 1 dell'art. 17 (si ripete, nella versione precedente alla modifica apportata con D.lgs. 208/2011), si osserva come il legislatore avesse sostanzialmente confermato la disposizione contenuta nell'art. 33 della L. 109/94² (cd. Merloni), tranne l'espunzione della dichiarazione di indifferibilità ed urgenza, distinguendo, oltre al criterio dell'elencazione

² Il quadro normativo prima del Codice si completava con l'art. 82 del D.P.R. 554/1999. Dopo l'avvento del Codice, l'art. 17, nel sostituire l'art. 33 della Merloni, ne ricalcava l'assetto di fondo estendendo la disciplina anche ai settori degli appalti di servizi e forniture. È interessante notare anche il fatto che il predetto art. 82 del regolamento di attuazione della L. 109/1994, nello stabilire la trattativa privata per la ricerca del contraente, non faceva alcun cenno alla possibilità di affidamento diretto, prevedendo soltanto la procedura informale plurima (con invito da 5 a 15 imprese).

analitica di cui al R.D. n. 1161/1941³ (cfr. co. 2), effettuata a partire dall'art. 33, una soluzione più flessibile incentrata sulla finalizzazione dell'opera; l'art. 17 si applica infatti alle "opere, servizi e forniture" di determinate amministrazioni ed enti "per la difesa della Nazione o per compiti di istituto"; contestualmente, la potestà regolamentare è stata circoscritta ai soli casi in cui sono necessarie "misure speciali di sicurezza e di segretezza" e purché esse siano richieste da "disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti ovvero quando siano originate dall'esigenza di proteggere gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato", la cui tutela era assicurata dalla L. 801/1977, art. 12 (legge sul segreto di Stato poi sostituita dalla L. 124 del 2007, in vigore dal 14 ottobre 2007)⁴.

In sostanza, sulla base della precedente ricostruzione del quadro normativo, il provvedimento di secretazione avrebbe potuto al più legittimare una procedura di gara nella quale accanto ai requisiti ordinari per partecipare ed eseguire previsti dalla normativa (requisiti generali e speciali), si sarebbe dovuto richiedere agli operatori il possesso dell'abilitazione di sicurezza.

Pertanto, non si è tenuto conto alcuno della disposizione del co. 1 dell'art. 17 nella versione vigente all'epoca dell'affidamento diretto a SELEX (e del suo esatto perimetro), né della disposizione collegata di cui all'art. 27 che costituisce norma di chiusura in ordine a tutti gli appalti in parte o in tutto esclusi dall'applicazione del Codice, compresi quelli sottratti alla divulgazione di fatti, elementi e notizie.

Piuttosto, è emerso dalla dinamica dei fatti che il progetto SISTRI è stato affidato alla SELEX, sulla base di un progetto preliminare da questa presentato in data 5.12.2006 senza alcuna specifica richiesta del Ministero dell'Ambiente e che, per giustificare l'operazione, si è fatto riferimento, seppur in modo inconferente ed apodittico, alla parte finale del co. 4 dell'art. 17, da cui si ricaverebbe la possibilità dell'affidamento diretto.

³ Il R.D. n. 1161/1941 reca la disciplina sul segreto militare e individua nell'allegato l'ambito delle attività sottratte alla divulgazione

⁴ È utile sottolineare che il decreto ministeriale dell'Ambiente di secretazione del SISTRI reca la data del 23 febbraio 2007, mentre il DPCM di conferma della secretazione porta la data del 5 settembre 2008. Quindi, la legge n. 124/2007 è entrata in vigore a cavallo dei due provvedimenti ministeriali.

In questo contesto, è apparso singolare, da un lato, il breve tempo intercorso per l'adozione del decreto ministeriale di secretazione (il 23 febbraio 2007), dall'altro, il lasso temporale trascorso invece per la stipula del contratto con SELEX (il 14 dicembre 2009); inoltre, appare significativa la circostanza della completa "declassificazione" posta in essere, come prima ricordato, con DPCM del 21 settembre 2011, quando il progetto era (e ancora è) lontano dalla sua conclusione e facendo riferimento, nelle premesse di tale provvedimento, al fatto che "erano state espletate le procedure di gara per l'affidamento ... ai sensi dell'art. 17 del D.lgs. 163 del 2006"; di fatto, è avvenuto che - fatto leva sull'art. 17 co. 4 e dopo il consolidamento del rapporto negoziale con SELEX - era opportuno emendare la forzatura sulla norma, nonostante il contratto stesso fosse lontano dalla sua effettiva conclusione e verifica.

L'iter posto in essere - presentazione del progetto preliminare da parte di SELEX, secretazione del SISTRI, sviluppo del progetto, stipula del contratto - non trova riscontro in alcun modello normativo che disciplina i contratti pubblici, dove la titolarità dell'iniziativa appartiene di norma al committente pubblico, dalla individuazione delle esigenze alla fattibilità dell'intervento, alla sua definizione, alla ricerca del contraente e successiva gestione e controllo della fase realizzativa.

Sull'avvalimento
del requisito di
iscrizione
all'Albo dei
Gestori
Ambientali

All'esito di un procedimento istruttorio che ha riguardato la "gara d'appalto per l'intervento straordinario di raccolta e trasporto ad impianti autorizzati dei rifiuti giacenti sul territorio e sugli arenili siti all'esterno dei perimetri dei centri abitati della Provincia di Siracusa", è stata fatta chiarezza sul controverso tema dell'ammissibilità dell'avvalimento, per il requisito dell'iscrizione all'Albo dei Gestori Ambientali. Infatti, il D.M. 406 del 28 aprile 1998 "Regolamento recante norma di attuazione di direttive dell'Unione europea, avente ad oggetto la disciplina dell'Albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti", definisce le attività in questione, prescrivendo che per lo svolgimento di servizi di raccolta e smaltimento rifiuti è necessaria la preventiva iscrizione all'Albo dei gestori ambientali, in base alle categorie ed alle classi, in cui lo stesso è articolato.

In alcuni precedenti pronunciamenti, l'Autorità si era espressa in favore dell'ammissibilità dell'avvalimento per l'iscrizione all'albo dei gestori ambientali, in analogia con quanto previsto per l'attestazione SOA, in base a espressa previsione normativa; tuttavia, era stato ben evidenziato che il ricorso all'avvalimento poteva ritenersi valido solo in presenza di una documentazione idonea ad individuare esattamente le risorse messe a disposizione del concorrente/ausiliario ed a consentire a quest'ultimo l'immediata e diretta utilizzazione delle risorse, senza la necessità di intermediazione dell'ausiliario.

Successivamente, nella Determinazione n. 2 del 1° agosto 2012, recante *"L'avvalimento nelle procedure di gara"* l'Autorità ha sostenuto che i requisiti di cui all'art. 39 del Codice, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un alto grado di soggettività non possono essere oggetto di avvalimento; quanto alle iscrizioni in albi professionali, l'atto di regolazione evidenziava la necessità di un esame più articolato, in ragione del fatto che essi costituiscono un insieme disomogeneo, dato che i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. L'Autorità, dunque, non aveva stabilito in maniera univoca l'inammissibilità dell'avvalimento per tutte le tipologie d'iscrizione agli albi professionali, ma aveva evidenziato la necessità di una verifica, caso per caso, da parte di ciascuna SA. Tuttavia, la questione specifica del ricorso all'avvalimento per il requisito dell'iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali era stata trattata nell'atto generale solo indirettamente, mediante il richiamo ad una sentenza del TAR Lazio n. 10080 del 2011, che si inquadra nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale contrario. Infatti, in base a detto orientamento, la normativa nazionale di riferimento impone per gli operatori del settore il *"possesso di caratteristiche aziendali ed organizzative tali da connotarli a livello soggettivo e da non consentire lo svolgimento delle attività da parte di soggetti terzi che ne siano privi"*; di talché, la mera possibilità di avvalersi della struttura aziendale dell'impresa ausiliaria, non consente di soddisfare i requisiti previsti dalla normativa nazionale a tutela dell'ambiente, in quanto all'impresa ausiliata non può ritenersi rimessa l'individuazione delle modalità (e della *"quantità"*) di

utilizzo delle risorse della struttura aziendale ausiliaria, che è in possesso dell'autorizzazione a svolgere l'attività di che trattasi.

All'esito dell'istruttoria del caso esaminato nel 2013, l'Autorità si è espressa in modo più esplicito sul tema, evidenziando che la disciplina regolamentare di settore definisce il percorso autorizzatorio che l'operatore economico deve intraprendere per conseguire l'iscrizione. In particolare, affinché sia accolta la domanda d'iscrizione all'Albo, è necessario che l'impresa dimostri di essere in possesso dei requisiti soggettivi generali di cui all'art. 10 del citato decreto ministeriale e di essere in possesso dell'idoneità tecnica e della capacità finanziaria di cui all'art. 11 del decreto stesso. La valutazione è rimessa all'Albo, che la effettua secondo i criteri, le modalità ed i termini stabiliti dal Comitato nazionale, che a sua volta è organo dell'Albo. L'accoglimento della domanda d'iscrizione, inoltre, non è condizione sufficiente per l'iscrizione, poiché a tal fine è necessaria, altresì, l'accettazione della specifica garanzia finanziaria prestata dall'impresa interessata ai sensi dell'art. 14 e l'acquisizione della certificazione ex art. 10 della L. 575/1965 (disposizioni contro le organizzazioni criminali di tipo mafioso). Ne discende che tale iscrizione è ascrivibile alla categoria di quelle non suscettibili di avvalimento, trattandosi di requisito soggettivo legato al possesso di caratteristiche personali attinenti all'idoneità professionale, al cui rilascio è deputato un organismo pubblico, l'Albo nazionale gestori ambientali. Questa conclusione è supportata anche da considerazioni di ordine normativo e sistematico, di tutela di interessi pubblici costituzionalmente tutelati quali quelli della tutela della salute e dell'ambiente, scelta operata a monte dal legislatore nazionale in cui trova giustificazione una parziale e specifica limitazione del principio di concorrenza, che confermano il quadro normativo e giurisprudenziale delineato.

**Indagine generale
sui servizi di
gestione integrata
dei rifiuti**

Nell'ambito di un'indagine generale avente ad oggetto i Servizi Pubblici Locali e le problematiche conseguenti alla sentenza della Corte Costituzionale n. 199/2012 che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (*"Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dall'Unione*

europa”), è stata avviata un’indagine a campione sugli affidamenti dei servizi di gestione integrata dei rifiuti in tre capoluoghi di regione, scelti in funzione della dislocazione territoriale, con l’obiettivo di rilevare lo stato di svolgimento della procedura di gara nonché le modalità di svolgimento dei servizi.

Le prime risultanze istruttorie hanno evidenziato che un solo comune ha proceduto ad indire una procedura di gara e ad aggiudicare il servizio per la durata di 15 anni, per Ambito Territoriale Ottimale (peraltro, poi sostituito, in fase di stipula del contratto di servizio nel 2009, dall’Ambito Territoriale Integrato), in conformità al T.U. ambientale. Gli altri due comuni, invece, non hanno espletato alcuna procedura di gara né hanno affidato il servizio a seguito di gare indette per ambito territoriale ottimale, ma hanno fatto ricorso all’affidamento diretto a società ad intero capitale pubblico, definite dagli stessi società *in house*, benché prive del requisito del controllo analogo. In entrambi i casi, è stato rilevato che tale situazione è il risultato di un processo, previsto dal T.U.E.L., non concluso, di trasformazione delle ex aziende speciali comunali in società miste, con capitale pubblico-privato, il cui socio privato avrebbe dovuto essere selezionato con gara, da indirsi entro due anni dalla costituzione della società ad intero capitale pubblico, nascente dalla trasformazione, appunto, delle aziende speciali in società interamente pubbliche, con prosecuzione del servizio per due anni, in continuità con la gestione delle preesistenti aziende speciali. Nei casi in esame, gli enti locali hanno proceduto solo alla trasformazione delle aziende speciali in società per azioni a intero capitale pubblico, con prosecuzione, oltre il termine iniziale dei due anni, dei servizi ad esse temporaneamente affidati senza gara: in un caso il servizio prosegue dal 2010 senza scadenza, in virtù di un contratto di servizio scaduto il 31/12/2011; nel secondo caso, il servizio affidato nel 2002, prosegue a tutt’oggi in virtù di un contratto di servizio che scade il 31/12/2020. La prosecuzione delle pregresse gestioni, si basa sulla equiparazione, operata dagli enti locali soci, tra società ad intero capitale pubblico e società *in house*; queste ultime, infatti, oltre ad essere escluse dall’applicabilità della normativa generale sui contratti pubblici, sono