

# Vizi DA EVITARE

**Non sempre gli enti pubblici brillano per trasparenza. Ecco un esempio di cattiva gestione di un servizio, appaltato aggirando le regole**



**L**o strumento dell'appalto è da tempo sotto i riflettori. Le formule più diffuse sono criticate perché penalizzano lo sviluppo del mercato sacrificando la qualità in nome (quasi sempre) del prezzo basso. Ma non è solo una questione di forma. Purtroppo non mancano casi in cui anche le regole vengono sovvertite per togliere trasparenza e limitare

la concorrenza. Anche per questo è bene analizzare alcuni esempi di violazione del diritto di partecipazione dalle aziende a gare di appalto attraverso escamotage messi in atto da alcuni enti pubblici.

Il caso in questione si riferisce per lo più a gare relative a servizi di ingegneria, architettura e controlli di conformità dei

servizi di ristorazione collettiva.

In buona sostanza, alcune amministrazioni anziché attenersi al dettato dell'articolo 34 del Codice degli appalti (vedi box), hanno applicato la normativa relativa agli incarichi professionali.

Perché questi enti agiscono violando palesemente il Codice degli appalti?

L'opinione che va maturando è che ciò favorisca qualche professionista che, chiamato a confrontarsi con altri concorrenti più qualificati, vedrebbe ridursi le proprie chance; oppure che si voglia impedire a qualche società di partecipare, perché non gradita a qualcuno per motivi che non è nostro compito analizzare. Ma passiamo ai fatti.

## L'antefatto

Tutto ebbe inizio un paio d'anni fa quando un grosso Comune della Lombardia decise di riorganizzare i propri servizi di ristorazione; nel 2008, attraverso un bando pubblico, l'ente si rivolge ad una società a cui affida la predisposizione degli atti necessari per indire la gara del servizio di ristorazione.

Espletata la gara, il Comune, con un bando a evidenza pubblica, comincia la trafila per individuare l'operatore economico che dovrà svolgere il controllo di conformità di suddetto servizio.

Al termine della procedura, risulta aggiudicataria dell'appalto una società di servizi della Lombardia.

Nel corso dell'incarico, essa svolge il proprio compito trovando piena soddisfazione da parte dei funzionari dell'amministrazione, un po' meno da parte della società controllata, che lamenta un'eccessiva rigidità nei controlli.

Al termine del periodo contrattuale, il Comune indice una nuova gara, ma questa volta il bando è molto meno rigido rispetto al precedente, soprattutto sotto il profilo dei requisiti soggettivi richiesti ai concorrenti. Uno per tutti: non occorre più, il possesso di un laboratorio di analisi, ne vengono richiesti particolari accreditamenti o certificazioni. Tutto ciò può essere letto in due modi diversi: la volontà dell'amministrazione di allargare il numero dei competitor oppure, al contrario, di favorire l'ingresso di determinati soggetti, fermo restando che la scelta dei requisiti d'ingresso rientra nelle facoltà dell'amministrazione.

### I partecipanti

Alla gara parteciparono tre operatori economici: la società che già svolgeva il servizio più altri due; l'appalto andò ad un operatore diverso da quello che svolgeva l'attività di controllo in precedenza, che passa seconda in graduatoria.

Il concorrente che prima gestiva il servizio chiede di prendere visione degli atti, perché sospetta qualcosa di poco chiaro; ma l'accesso gli viene negato, così si deve rivolgere al TAR, che ordina al Comune di soddisfare la richiesta.

Presa visione degli atti, al perdente appare chiaro che i parametri di confronto e le motivazioni che la Commissione esaminatrice aveva adottato nell'analisi delle offerte tecniche non erano mossi da criteri oggettivi, con particolare riferimento a una discrasia tra quanto promesso e il prezzo offerto che appariva non congruo rispetto alle offerte.

La società, ritenendo di essere stata lesa nei propri interessi, si rivolge al TAR della Lombardia, che dopo tre anni si esprime, dando ragione al Comune con grande sorpresa da parte dell'azienda che aveva presentato ricorso.

### Inchiesta a sorpresa

La nuova società incaricata comincia ad operare regolarmente ma nel mese di dicembre si assiste ad un colpo di scena che mette in discussione il meccanismo in atto: il proprietario della società viene



arrestato in un bar mentre riceve una tangente relativa ad una gara di appalto per i servizi di ristorazione in cui il soggetto incriminato era membro della Commissione. Successivamente, verrà accertato che la società forniva "consulenze" anche alle società che controllava per conto della Pubblica Amministrazione.

L'episodio coinvolge molti enti, alcuni dei quali annullano immediatamente i contratti; altri, invece, preferiscono rispettare la scadenza naturale, e tra queste, l'amministrazione di cui stiamo riferendo. La quale con l'approssimarsi della scadenza del contratto ha ritenuto utile "...scindere in due parti le attività da gestire, incaricando per un anno un professionista tecnologo alimentare che svolgeva le attività ordinarie e straordinarie, sopralluoghi,

prelievi, etc. e affidando le operazioni di analisi di laboratorio ad una struttura da individuare a cura dell'ente a seguito di apposita procedura separata. E dichiarando, infine, di conseguire maggiore efficacia della attività in oggetto...".

Il Comune, infatti, con palese violazione della normativa dettata dal Codice dei contratti pubblici per l'affidamento dei servizi, aveva proceduto per l'affidamento di un incarico professionale eludendo la normativa in essere. L'attività per la quale era stata indetta pubblica selezione rientrava tra quelle obbligatoriamente assoggettate all'applicazione della disciplina del Codice dei contratti pubblici e pertanto dà affidarsi secondo le prescrizioni di detta normativa con gara aperta a tutti i soggetti come indicato dall'art 34 del Codice e non illegittimamente limitata alle sole persone fisiche.

L'attività di selezione per il controllo espressamente inclusa nella tabella (sub II a) rientra nella categoria 12, come "servizi affini di consulenza scientifica e tecnica" e "servizi di sperimentazione tecnica ed analisi". Per l'affidamento di queste attività è necessario, a pena d'illegittimità, procedere alla stipula di un contratto di appalto pubblico di servizi, preceduto dallo svolgimento di una gara secondo la disciplina prevista dal D.lgs. n° 163 del 12 aprile 2006.

Una diversa procedura è rivolta palesemente a eludere l'applicazione della disciplina medesima in quanto impedisce di fatto la partecipazione a tutti i soggetti che ne hanno diritto, tra cui imprenditori individuali, società commerciali, società cooperative, consorzi e società consortili.



## Articolo 34 (soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici)

(artt. 4 e 5 direttiva 2004/18; artt. II e 12 direttiva 2004/17; art. 10, l. n. 109/1994; art. 10 d.lgs. n. 398/1992; art. II, d.lgs n. 157/1995; art. 23, d.lgs. n. 158/1995)

I. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati:

- a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;
  - b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443;
  - c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36;
  - d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
  - e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37;
  - f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37.
- f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi
2. Articolo abrogato dalla Legge 166/2009



Vale a dire a soggetti organizzati sia in forma individuale che in forma societaria, persone fisiche e giuridiche.

La società che non ha potuto partecipare alla gara, vedendo lesa un proprio diritto e non dandosi per vinta, si rivolge all'autorità per la vigilanza sui contratti pubblici con l'istanza di parere come ex art. 6 comma 7 lettera n) del citato Decreto Legislativo 163, esprimendo le proprie valutazioni in merito alla gara in oggetto. L'autorità, dopo aver letto gli atti a proposito della motivazione addotte dal Comune per esperire la gara e suddividendola in due tronconi da affidare a soggetti diversi con lo scopo di conseguire maggior efficacia dell'attività in oggetto (come sostenuto dalla Pubblica Amministrazione) rileva che, "...in carenza di elementi conoscitivi utili a suffragare tale presunta maggiore efficacia dell'attività di cui trattasi, resa in forma non integrata rispetto a quanto riscontrato con il precedente contratto di appalto di sevizi, la suddetta scelta appare potenzialmente elusiva della normativa in materia di appalti pubblici e conseguentemente restrittiva della platea dei possibili concorrenti, considerato che l'oggetto dell'attività per cui il Comune ha indetto la contestata pubblica selezione, rientra invece nell'allegato IIa", così come aveva sostenuto per altro la società che aveva presentato l'istanza. Continua la determinazione dell'autorità: "...la procedura selettiva messa in atto dall'amministrazione impedisce la partecipazione di tutti i soggetti elencati dall'artico 34". Il consiglio conclude, pertanto "...Che ritiene nei limiti di cui in motivazione, che l'operato della stazione appaltante non è conforme alla normativa di settore".

### Fidarsi è bene...

In conclusione, quindi, a seguito di questo episodio, ancora oggi alcune amministrazioni perseverano nell'emanare bandi che eludono le norme, attraverso giustificazioni quanto meno discutibili. Suggeriamo a tutti coloro che si trovano in situazione discriminatorie di utilizzare l'istituto del precontenzioso, in modo da far valere i propri diritti, considerando anche che non ha alcun costo. Invitiamo, invece, le stazioni appaltanti ad attenersi alle norme, lasciando da parte maldestri tentativi di aggirare le regole. ●