



Autorità Nazionale Anticorruzione

Delibera n. 376 del 2 marzo 2016

Atto di segnalazione concernente le disposizioni normative che prevedono l'affidamento dei servizi di pulizia, servizi ausiliari e gli interventi di mantenimento del decoro e delle funzionalità degli immobili adibiti a sede delle istituzioni scolastiche e educative, mediante il ricorso all'istituto giuridico della proroga e, più in generale, sul ricorso sistematico alle proroghe normative per garantire la continuità dell'approvvigionamento dei servizi alle amministrazioni pubbliche

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

1. Premessa

L'Autorità Nazionale Anticorruzione, avendo assunto i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, a seguito della soppressione di quest'ultima, disposta dall'art. 19, comma 1, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, ("Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari"), nell'esercizio del potere di segnalazione al Governo ed al Parlamento di cui all'art. 6, comma 7, lettere e) e f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (nel prosieguo, "Codice"), intende formulare alcune osservazioni in ordine agli interventi normativi che dispongono la proroga dei contratti di servizi di pulizia e servizi ausiliari delle istituzioni scolastiche ed educative statali e degli enti locali (di seguito, anche, servizi di pulizia nelle scuole) e, più in generale, sul ricorso sistematico alle proroghe normative per garantire la continuità dell'approvvigionamento dei servizi alle amministrazioni pubbliche.

2. Il quadro normativo di riferimento

In materia di affidamento della gestione dei servizi di pulizia nelle scuole, il legislatore è, da ultimo, intervenuto con l'art. 1, co. 174, della legge 13 luglio 2015, n. 107¹, che recita testualmente: «all'art. 2, co. 1, del d.l. 58/2014 sono apportate le seguenti modifiche: a) le parole: «2014/2015» sono sostituite dalle seguenti: «2015/2016»; b) dopo le parole: «ove non è ancora attiva» sono inserite le seguenti: «ovvero sia stata sospesa»; c) le parole: «e comunque fino e non oltre il 31 luglio 2015» sono

¹ Legge 13 luglio 2015, n. 107 recante "Riforma del sistema nazionale di istruzione e formazione e delega per il riordino delle disposizioni legislative vigenti", GU n. 162 del 15-7-2015.

sostituite dalle seguenti: «alla data di effettiva attivazione della citata convenzione e comunque fino a non oltre il 31 luglio 2016».

Il richiamato decreto legge 58/2014², all'art. 2³, co. 1, sancisce che «al fine di consentire la regolare conclusione dell'anno scolastico in ambienti in cui siano garantite le idonee condizioni igienico-sanitarie, nelle regioni ove non è ancora attiva la convenzione-quadro Consip, per l'affidamento dei servizi di pulizia e altri servizi ausiliari, dal 1° aprile 2014, e comunque fino a non oltre il 31 agosto 2014, le istituzioni scolastiche ed educative provvedono all'acquisto dei servizi di pulizia ed ausiliari dai medesimi raggruppamenti e imprese che li assicurano alla data del 31 marzo 2014».

In sede di conversione il termine previsto dal d.l. 58/2014, è stato prorogato di nove mesi, ossia «fino a non oltre il 31 dicembre 2014» (cfr. art. 2, co. 1).

Nella medesima sede di conversione, il legislatore ha ampliato le prestazioni oggetto di proroga, comprendendovi anche gli interventi di mantenimento del decoro e delle funzionalità degli immobili (cfr. art. 2, co. 2-bis).

Il termine di cui sopra è stato, poi, ulteriormente differito al 31 luglio 2015 dall'art. 1, co. 353, della legge 190/2014⁴ e, da ultimo, al 31 luglio 2016, ai sensi del richiamato art. 1, co. 174, della legge 107/2015.

La questione della reiterazione delle proroghe come rappresentata, scaturisce, dunque, da un quadro normativo in materia di affidamenti della gestione dei servizi di pulizia nelle scuole situate nei territori nei quali non è attiva la convenzione Consip⁵, caratterizzato dalla stratificazione di numerosi provvedimenti normativi, anche ulteriori e più risalenti rispetto a quelli sopra richiamati⁶, emanati, sostanzialmente, al fine di tutelare i livelli occupazionali dei soggetti impegnati in progetti di lavoro socialmente utili (di seguito, LSU).

Con riguardo ai suddetti interventi legislativi sullo specifico settore dei servizi di pulizia, e più in generale sulla questione delle proroghe normative degli affidamenti di commesse pubbliche, si segnala l'opportunità di avviare una riflessione sulla coerenza dell'assetto normativo conseguente con le regole comunitarie e nazionali vigenti in materia di appalti, alla luce del principio della inderogabilità delle

² Decreto legge 7 aprile 2014, n. 58 recante "Misure urgenti per garantire il regolare svolgimento del servizio scolastico", GU n. 82 del 8-4-2014 convertito, con modificazione, in legge 5 giugno 2014, n. 87.

³ Art. 2, d.l. 58/2014, rubricato "Disposizioni urgenti per il regolare svolgimento dei servizi di pulizia e ausiliari nelle scuole".

⁴ Legge 23 dicembre 2014, n. 190 recante "Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato" (legge di stabilità 2015), GU n. 300 del 29-12-2014 - Suppl. Ordinario n. 99.

⁵ Al riguardo, si evidenzia che l'unica gara Consip in materia, del valore massimo complessivo di euro 1.795.860.000,00, IVA esclusa, è stata bandita nel 2012 e aggiudicata nel settembre 2013.

Non tutte le regioni, tuttavia, hanno attivato subito la convenzione. Inoltre, ancora oggi risultano inattivi 3 dei 13 lotti previsti: Regione Campania (n. 6 e n. 7) e Regione Sicilia (n. 13).

Tale circostanza spiega la distinzione, nei vari interventi normativi, tra cui l'art. 1, co. 174 della legge 107/2015, cit., tra regioni nelle quali è attiva la convenzione Consip e regioni in cui essa non è ancora attiva.

⁶ Tra di essi si richiama l'art. 10, commi 1, lett. b) e 3, del decreto legislativo 1 dicembre 1997, n. 468; l'art. 8 della legge 3 maggio 1999, n. 124, cui è stata data attuazione con il D.M. 23 luglio 1999 n. 184; l'art. 78, co. 31, della legge n. 388/2000; l'art. 2 del D.M. 0.04.2001, n. 65; l'art. 2 della convenzione "quadro" stipulata il 7.06.2001; la direttiva del Ministero della pubblica istruzione n. 92 del 23 dicembre 2005; l'art. 1, co. 150, della legge 24 dicembre 2012, n. 228; l'art. 58, co. 5, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 conv. con mod. l. 9 agosto 2013, n. 98.

Si richiamano, inoltre: l'Accordo del giugno 2011 tra il Ministero del lavoro e delle politiche sociali, il Ministero dell'istruzione, i consorzi nazionali e le organizzazioni sindacali rappresentatrici delle parti imprenditoriali e dei dipendenti; l'art. 1, co. 748, della legge 27 dicembre 2013, n. 147; l'art. 19, co. 1, del decreto legge 6 marzo 2014, n. 16; l'art. 2, co. 1, del decreto legge 7 aprile 2014, n. 58; l'art. 2, co. 1, della legge di conversione 5 giugno 2014, n. 87 del d.l. 58/2014, cit.; l'art. 1, co. 353, della l. 190/2014; l'art. 1, co. 174, della legge 107/2015, cit..

procedure ordinarie di scelta del contraente, ribadito anche di recente dall'art. 1, co. 1, lett. e), della legge delega 28 gennaio, n. 11⁷, tenuto conto dei molteplici effetti negativi che tali sistemi derogatori producono.

3. Effetti restrittivi sull'accesso al mercato dei contratti pubblici di servizi

Riguardo alla scelta di introdurre nell'ordinamento le richiamate prescrizioni legislative e, più in generale, disposizioni che prevedono l'affidamento di servizi mediante il ricorso all'istituto della proroga, al fine di salvaguardare i livelli occupazionali, l'Autorità segnala l'opportunità di ponderare accuratamente tali soluzioni, anche attraverso l'utilizzo dello strumento dell'analisi dell'impatto della regolazione (AIR), che permette, in particolare, il confronto tra le varie soluzioni ipotizzate per risolvere un dato problema e i relativi costi e benefici.

Ciò al fine di escludere che le scelte adottate possano avere un notevole effetto distorsivo sul mercato dei contratti pubblici, rischio, questo, che cresce in presenza di tre elementi: 1) la rilevanza economica del valore contrattuale dei servizi affidati in deroga alle ordinarie procedure di scelta del contraente; 2) il dilatarsi dell'arco temporale nel quale gli atti normativi producono effetti; 3) l'ampia estensione territoriale del fenomeno.

Le scelte normative implementate mediante la richiamata disciplina, se da un lato, hanno avuto (ed hanno) l'obiettivo di salvaguardare le prerogative dei LSU, ovvero di perseguire l'interesse sociale alla tutela dei livelli occupazionali di una specifica categoria di lavoratori impiegati, prevalentemente in aree economiche disagiate, dall'altro lato, di fatto, hanno comportato l'affidamento dei servizi in deroga alla disciplina nazionale ed europea sugli appalti, sottraendo al libero confronto concorrenziale commesse pubbliche, anche di rilevanza comunitaria, per un ampio arco temporale, su tutto il territorio nazionale.

In altri termini, con specifico riferimento ai servizi di pulizia nelle scuole, il contesto normativo ha contribuito alla restrizione delle condizioni del mercato di riferimento e al consolidarsi delle posizioni degli *incumbent*.

Il segnale che conferma tale anomalia è il provvedimento finale del "procedimento 1787 – gare Consip servizi di pulizia nelle scuole pubbliche", deliberato in data 22 dicembre 2015, n. 25802, con cui l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (Agcm) ha accertato l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza, che ha condizionato l'esito della gara di rilievo comunitario bandita da Consip nel 2012.

Secondo l'Agcm, tramite questa intesa, le quattro imprese coinvolte - due delle quali sono i maggiori *incumbent* - hanno annullato, di fatto, la dinamica concorrenziale nello svolgimento della gara, per spartirsi i lotti e aggiudicarsene il numero massimo consentito.

In sostanza, anche quando - formalmente - il mercato è stato aperto al libero confronto concorrenziale - mediante l'indizione di una ordinaria procedura di scelta del contraente -

⁷ Evidenziati più volte dall'Autorità, anche nelle audizioni sul processo di riordino della materia in corso. Cfr. Audizioni del Presidente del 18 febbraio 2015 presso il Senato della Repubblica - VIII Commissione Lavori pubblici, e del 15 luglio 2015 presso la Camera dei deputati - VII Commissione Ambiente.

Il disegno di legge sul riordino della materia è stato approvato definitivamente il 14 gennaio 2016, legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", GU n. 23 del 29-1-2016.

sostanzialmente - l'offerta è rimasta inalterata, atteso che, per effetto delle intese collusive gli stessi prestatori di servizi hanno potuto mantenere le oramai storiche posizioni di mercato, consolidate nel tempo dalle suddette proroghe normative⁸.

L'Autorità segnala, pertanto, che la decisione di introdurre un regime derogatorio all'assetto giuridico vigente, nell'intento di salvaguardare talune categorie di lavoratori, non dovrebbe sottovalutare l'effetto restrittivo che comporta sull'accesso al mercato, nella misura in cui la normativa pone alcuni fornitori di servizi in una situazione privilegiata rispetto ai propri concorrenti, peraltro in un contesto di posizioni già "consolidate" in partenza, in contrasto con il principio di concorrenza, di cui all'art. 2, co. 1, del Codice, teso a garantire l'apertura del mercato a una concorrenza "effettiva".

L'assunto che nella formulazione e approvazione degli interventi di regolazione normativa non si possa prescindere dal coniugare il perseguimento di fini sociali con la fondamentale tutela della concorrenza è rafforzato dalla circostanza che la Carta costituzionale ha affidato allo Stato, in via esclusiva, la materia della «tutela della concorrenza» (art. 117, secondo comma, lett. e) e che tale principio, attuando un vincolo comunitario discendente dal Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, opera in via generale permeando e vincolando l'attività legislativa degli organi costituzionali⁹.

Tale previsione nello specifico mercato dei contratti pubblici di servizi comporta, quindi, l'adozione di misure tese a realizzare la c.d. "concorrenza per il mercato".

Seguono chiaramente una direzione opposta quegli interventi normativi che introducono modalità di affidamento - come il ricorso alle proroghe - in deroga alla procedure ad evidenza pubblica, di cui all'art. 54, co. 2, del Codice, e pongono limiti sostanziali alla contendibilità del mercato, peraltro, per un lungo periodo di tempo e in tutto il territorio nazionale.

4) Effetti distorsivi sull'economicità degli affidamenti di servizi e sul percorso di *spending review*

Occorre, altresì, segnalare i possibili effetti distorsivi degli interventi normativi in esame sull'economicità delle commesse pubbliche e, conseguentemente, sotto il profilo del contributo richiesto alle stazioni appaltanti per il conseguimento di una efficace *spending review*.

Il principio di economicità sovrintende la specifica materia della contrattualistica pubblica e l'azione amministrativa in generale. Il Codice stabilisce il rispetto di tale principio all'art. 2, co. 1, sia nella fase dell'affidamento sia nella successiva fase dell'esecuzione di servizi. Ne prevede la subordinazione a esigenze sociali, come può essere la tutela dei livelli occupazionali dei lavoratori, all'art. 2, co. 2, d.lgs. 163/2006, ma mediante «criteri previsti dal bando», ovvero la *lex specialis* di gara¹⁰.

⁸ Al riguardo, nel testo del suddetto provvedimento si legge che «l'intesa di cui trattasi si inserisce in un contesto di limitato confronto concorrenziale tra gli operatori del settore e ne rappresenta il coronamento» (punto 204, provvedimento n. 25082/2015). L'Agcm evidenzia ancora come «l'approccio di collaborazione tra i concorrenti» fosse «teso al rispetto dello *status quo*» (punto 207).

⁹ Sotto tale profilo assume rilievo l'espressa previsione costituzionale che subordina l'esercizio della potestà legislativa dello Stato al rispetto «dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario» (art. 117, primo comma, della Costituzione).

¹⁰ La tutela della stabilità occupazionale dei lavoratori può essere ottenuta, peraltro, attraverso strumenti previsti dallo stesso Codice, quale ad esempio, la previsione di condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 69, co. 1. La giurisprudenza amministrativa e l'Autorità sono oramai concordi nel ritenere legittima la c.d. "clausola sociale", ossia quella previsione, di fonte normativa o pattizia, che impone specifici obblighi nella fase di esecuzione a carico dei soggetti appaltatori di servizi, subordinandoli ad interessi collettivi socialmente rilevanti.

Tale vincolo giuridico diventa più stringente alla luce del fatto che il principio di economicità, insieme al principio di efficacia ed efficienza, costituisce corollario del canone di buon andamento dell'azione amministrativa, consacrato dall'art. 97 della Costituzione.

Nella specifica materia dei contratti pubblici, il principio di economicità vincola le stazioni appaltanti a un uso accorto delle proprie risorse, obbligandole a perseguire i propri obiettivi con il minor impiego delle risorse economiche, ossia, al minor costo per la collettività. Sotto tale profilo, sono evidenti i potenziali effetti distorsivi delle proroghe normative, in quanto, le previsioni legislative vincolano le stazioni appaltanti a fruire di prestazioni contrattuali non necessariamente in linea con le migliori condizioni economiche che il mercato può offrire.

In merito al profilo di economicità si segnala che, ai sensi dell'art. 2, del d.l. 58/2014, nei territori ove non è ancora attiva la convenzione Consip, gli acquisti avvengono alle condizioni tecniche previste dalla convenzione Consip e alle condizioni economiche pari all'importo del prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui è attiva la convenzione Consip (cfr. art. 2, commi 2 e 3), mentre, laddove la convenzione è attiva, si fa riferimento ai relativi prezzi (cfr. art. 2, co. 2-*bis*).

Pertanto, i suddetti effetti dell'intesa collusiva accertata dall'Antitrust con riferimento alla gara Consip rischiano di andare ben oltre la violazione delle regole della concorrenza e di incidere anche sul principio di economicità qui in esame. Infatti, a seguito delle norme poc'anzi citate, i servizi di pulizia nei territori ove non è stata ancora attivata la convenzione Consip sono prorogati al prezzo medio di aggiudicazione per ciascuna area omogenea nelle regioni in cui è attiva la stessa convenzione Consip cioè secondo valori economici condizionati dall'intesa restrittiva.

Ne consegue, che le condizioni economiche alle quali i servizi sono acquistati risultano alterate sotto un duplice profilo: da una parte per la mancata adozione di procedure ad evidenza pubblica per via delle proroghe normative e dall'altra dalla prosecuzione dei servizi a condizioni economiche - quelle della gara Consip - non espresse da un reale confronto concorrenziale tra le imprese.

Oltre a ciò, l'Autorità segnala, ulteriori possibili effetti negativi - di livello più generale - connessi alla non contendibilità del mercato dei contratti pubblici quali, ad esempio, l'assenza di stimoli per le imprese aggiudicatrici ad investire in ricerca e sviluppo per rendersi lealmente competitive nel mercato e il disincentivo alla nascita di nuove iniziative imprenditoriali derivante dalla percezione di un mercato "chiuso".

Alla luce di quanto sopra rappresentato, l'Autorità segnala la necessità di un intervento urgente affinché la gestione dei servizi sia ricondotta nell'alveo delle ordinarie procedure di affidamento previste dal Codice dei contratti pubblici e che non si ricorra, per il futuro, all'utilizzo di sistemi derogatori, come le proroghe *ex lege*, comunque inidonei a risolvere rilevanti problematiche sociali.

Tale indicazione segue, peraltro, alle diverse audizioni presso le competenti Commissioni parlamentari sulla riforma in materia di contrattualistica pubblica in corso, nelle quali è stata rappresentata l'urgente necessità di inserire, tra i nuovi principi regolatori della materia, un divieto espresso dell'affidamento delle commesse pubbliche in deroga alla ordinarie procedure di selezione del contraente, sottraendole ad un effettivo e proficuo confronto concorrenziale.

Approvato dal Consiglio nella seduta del 2 marzo 2016

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 12 aprile 2016

Il Segretario: Maria Esposito