

In proposito ha assunto un suo proprio significato, per le conseguenti criticità rilevate, la cronica carenza da parte delle stazioni appaltanti di elaborati progettuali, a volte anche solo al livello preliminare. In tale contesto è apparsa peraltro ragionevole la scelta, contenuta nel nuovo regolamento di organizzazione del ministero (DPR 10 giugno 2004, n. 173), di affidare alle neo istituite direzioni regionali per beni culturali e paesaggistici le funzioni di stazione appaltante.

E' da evidenziare – altresì – nell'attuazione dei piani per la messa in sicurezza dei beni culturali, l'emersione di un meccanismo realizzato attraverso la stipula di una convenzione tra l'amministrazione e società costitutesi in A.T.I. (in attuazione dell'art. 10 comma 3 del d.lgs. n. 468 del 1997 in materia di lavoratori socialmente utili), in base al quale i primi stati di avanzamento lavori sono stati rapportati in modo diretto e automatico, anche a prescindere dalla stipula dei relativi contratti, agli stanziamenti accreditati alle soprintendenze ed agli istituti centrali.

7.5 La deliberazione n. 17/04/G della Sezione centrale di controllo sulla gestione, del 16 giugno 2004, ha riguardato le opere di grande infrastrutturazione nei porti e le autostrade del mare (legge n. 413 del 1998).

In proposito sono emersi obiettivi assai vaghi e generici con previsione di monitoraggio, ma con indicatori appena abbozzati nei principi e con risorse e strutture da definire, in una proiezione temporale molto ampia (un decennio), senza indicazioni di tappe intermedie.

In ordine, poi, al tema specifico delle cosiddette "autostrade del mare" i risultati raggiunti con la realizzazione delle infrastrutture portuali, peraltro ancora in corso e lontane dal completamento, sono molto modesti a distanza di oltre un quinquennio dall'emanazione della legge n. 413 del 1998: le opere portate a termine dalle varie autorità portuali sono infatti ancora del tutto insufficienti al fabbisogno previsto.

7.6 Una ulteriore deliberazione (n. 2/05/G del 17 novembre 2004) della Sezione centrale di controllo sulla gestione ha interessato la materia portuale; trattasi dell'indagine concernente la realizzazione e manutenzione di porti e delle connesse strutture tecniche. Dalla indagine è emerso, tra l'altro, quanto che segue:

1) il raffronto eseguito tra gli interventi programmati ed i relativi appalti aggiudicati, sia per le opere da attuare a cura degli uffici del genio civile per le opere marittime, sia per quelle affidate per la realizzazione alle autorità portuali, ha evidenziato che buona parte delle opere previste nei vari programmi non è pervenuta alla fase realizzativa; ed infatti il 69 per cento degli interventi di competenza degli uffici periferici del Ministero ed il 56 per cento di quelli la cui

attuazione compete alle autorità portuali, sulla base dei “protocolli di intesa”, non sono stati avviati.

2) In ordine al tempo intercorso tra protocolli di intesa e aggiudicazione, intervallo procedimentale tipico delle opere eseguite dalle autorità portuali, si è constatata la mancata stipula dei predetti protocolli di intesa per una serie di interventi previsti dalla pianificazione delle opere finanziate.

E’ da rilevare, altresì, l’intervenuta stipulazione ed approvazione di protocolli dopo l’aggiudicazione dei lavori, ovvero di casi nei quali il progetto dei lavori è stato redatto dopo l’approvazione del relativo atto negoziale.

7.7 La deliberazione n. 20/04/G dell’11 giugno 2004 della Sezione controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato ha approvato la relazione concernente la gestione relativa al Programma Efa/Eurofighter/2000.

In tale relazione, ai fini che qui rilevano per enucleare aspetti di interesse generale, viene posto in luce il pesante ritardo del Programma Eurofighter, funzionale al rinnovo integrale della dotazioni di aerei intercettori, mentre la sostituzione dei velivoli in uso (gli F-104) si faceva, per impellenti ragioni di ordine tecnico, sempre più urgente. La Corte ha peraltro osservato che un abbandono del Programma Eurofighter era tuttavia impensabile, sia in considerazione delle ingenti risorse tecniche ed economiche in esso profuse da parte italiana, sia per il rilievo che tale programma, nel quale erano interessati altri tre Stati europei, aveva ormai assunto sul piano politico. Il Governo italiano, quindi, non avrebbe verosimilmente potuto sottrarsi alla decisione di ri-orientamento del programma (imposta da motivi di ordine tecnico, ma soprattutto politico).

Pertanto l’opzione dell’amministrazione per una “soluzione-ponte”, che consentisse, a costi accettabili, la sostituzione almeno parziale degli aerei F-104 in attesa dell’entrata in servizio dell’Eurofighter è apparsa, oltre che condivisibile, addirittura obbligata, come logica è sembrata l’adozione dello strumento locativo per realizzarla.

Altra osservazione della Corte ha sottolineato l’attività posta in essere dall’amministrazione della Difesa per concretizzare le previsioni di compensazioni, sotto forma di ritorni economici in favore dell’industria nazionale.

7.8 Due ulteriori deliberazioni sono state assunte dalla Sezione centrale di controllo di legittimità su atti del Governo e delle amministrazioni dello Stato.

La prima (deliberazione n. 5/04/P del 20 maggio 2004) ha riguardato l'approvazione del quarto atto aggiuntivo stipulato in data 23 dicembre 2002 tra l'ANAS S.p.A. e Autostrade per l'Italia S.p.A. (atto aggiuntivo alla convenzione originaria rep. n. 230 del 4 agosto 1997).

E' stato evidenziato, in proposito, dalla Sezione che il concerto del Ministero dell'economia e finanze, in sede di approvazione delle concessioni, mette in risalto l'aspetto di programma pluriennale della spesa a carico del bilancio dello Stato, in connessione con i piani finanziari di ammortamento degli investimenti previsti negli atti convenzionali.

In particolare per le convenzioni autostradali va considerato, altresì, che le medesime possono essere qualificate come atti di programmazione integrativa della più ampia attività programmatica a livello nazionale ed europeo, anche in attuazione del nuovo piano generale dei trasporti e della logistica: tali atti assumono perciò forte natura pubblicistica. Infine, quanto alla diversa qualificazione attribuita dalla legge all'ANAS quale società di capitali, la Sezione ha rilevato che permangono in capo alla medesima le caratteristiche di organo strumentale dell'attività programmatica dello Stato azionista unico, il quale, a tutt'oggi, provvede quasi totalmente al relativo finanziamento.

7.9 L'altra deliberazione della Sezione centrale di controllo di legittimità sugli atti del Governo e delle amministrazioni centrali (n. 4/05/P del 6 aprile 2005) ha riguardato un decreto del Ministero degli affari esteri di approvazione di una convenzione, stipulata tra il predetto Ministero ed una ONG (organizzazione non governativa), decreto al quale è stato rifiutato il visto.

I principi di fondo desumibili dalla deliberazione possono così sintetizzarsi:

1) le organizzazioni non governative sono anche esse destinatarie delle direttive comunitarie recepite nel d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157, nella materia degli appalti di servizi. Infatti la giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea ha affermato il principio che "la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento". Inoltre l'assenza dello scopo di lucro non priva l'attività dell'ente della sua natura economica, con la conseguenza che sono applicabili le norme in materia di concorrenza.

2) Non si può in alcun modo prefigurare una legittimazione a sottrarre ai criteri concorrenziali posti dalla normativa comunitaria gli interventi da realizzare all'estero nell'ambito della cooperazione, atteso che la stessa legge n. 412 del 1991 (art. 3, comma 3) statuisce che "per l'attuazione delle iniziative di cooperazione è resa in tutti i casi obbligatoria l'effettuazione di gare pubbliche di aggiudicazione secondo la vigente normativa comunitaria".

8. Aspetti emergenti dalle attribuzioni delle autorità indipendenti.

Nelle precedenti relazioni la Corte ha fatto più volte riferimento alle attribuzioni ed ai concreti compiti delle autorità indipendenti; in questa sede peraltro si ritiene utile rapportarsi soltanto all'attività dell'Autorità garante della Concorrenza e del Mercato e dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, enucleando alcuni profili di rilievo in ordine all'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

La Corte osserva, in proposito, che le due predette Autorità operano in un'area posta al di fuori del circuito istituzionale Governo-Parlamento, nella quale appare di rilievo l'opera di organismi qualificati in termini di neutralità e garanzia.

8.1 L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato.

In relazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato è da porre in evidenza la centralità di una azione precipuamente rivolta ai comportamenti delle imprese, la quale dovrebbe anche consentire al Parlamento di trarre elementi di giudizio per l'attività legislativa.

Si è rivelato importante – in particolare – nel 2004 il contributo fornito per un'adeguata considerazione delle violazioni della disciplina della concorrenza e degli essenziali riferimenti alla normativa comunitaria, che può dar luogo a conseguenti valutazioni della Corte sui regolamenti, sugli atti concessori e sui programmi settoriali. Sul piano della concorrenza giova, poi, sottolineare il rilievo degli approfondimenti e delle precisazioni sulle principali figure anticompetitive.

E' da ricordare, altresì, l'attivazione dei poteri consultivi attribuiti all'Autorità dalla legge istitutiva, che ha contribuito a individuare le distorsioni alla concorrenza non derivanti da comportamenti autonomi delle imprese, bensì da atti o progetti normativi, regolamentari o da atti amministrativi di carattere generale.

8.1.1 In termini generali, anche per l'influenza che può derivarne sull'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche, la Corte registra che il ruolo dell'Autorità nell'indirizzare le imprese verso "comportamenti virtuosi" si è rafforzato in questi ultimi anni.

In relazione, poi, alle sue peculiarità di osservatorio della efficienza ed economicità dei servizi pubblici (o anche soltanto di quelli di pubblica utilità) la Corte segue l'opera dell'Autorità in ordine alle liberalizzazioni e ai comportamenti restrittivi della concorrenza nei servizi predetti.

E' infatti da rilevare che le liberalizzazioni degli ultimi anni hanno interessato, fondamentalmente, i servizi di pubblica utilità e cioè: telecomunicazioni, energia elettrica, gas e ferrovie. Per conseguenza l'ingresso di nuovi operatori, le privatizzazioni diffuse, gli interventi di separazione verticale o orizzontale, il progresso tecnico e una regolazione altamente tecnica hanno inciso variamente sui mercati e, soprattutto nelle telecomunicazioni, hanno reso possibili sviluppi della concorrenza non prevedibili, pur se insufficienti ad attuare un ambiente pienamente concorrenziale.

8.1.2 Premesso quanto precede, rileva specificamente in questa sede porre in evidenza due interventi di segnalazione dell'Autorità in ordine a disposizioni suscettibili di determinare distorsioni della concorrenza; essi hanno riguardato l'attività di produzione di bollini autoadesivi per prodotti farmaceutici (segnalazione sui criteri di selezione delle imprese interessate al ciclo di produzione) e le modalità di pubblicazione dei bandi di gara da parte di amministrazioni pubbliche (segnalazione sulla individuazione di siti informatici per la pubblicazione di bandi di gara).

In proposito rilevano, in particolare, taluni punti fermi elaborati dall'Autorità:

1) il consolidamento delle forniture in capo alle stesse società a partire dal 1990 ad oggi, determinato dal mancato ricorso a procedure ad evidenza pubblica, è stato accentuato dal meccanismo contrattuale di rinnovo automatico dei contratti in essere. L'Autorità ha auspicato pertanto che gli enti appaltanti procedano periodicamente alla selezione delle aziende fiduciarie, anche al fine di poter beneficiare dei continui sviluppi tecnologici;

2) l'importanza dell'accesso alle notizie di gara in forma quanto più libera, economica, trasparente e non discriminatoria possibile per l'instaurazione di un corretto confronto concorrenziale nel settore degli appalti pubblici. Ciò anche alla luce delle indicazioni desumibili in ambito comunitario circa la necessità, per l'effettiva realizzazione del mercato comune, di una progressiva convergenza degli apparati informativi dei diversi Stati membri proprio nello specifico settore delle gare di appalto, nella consapevolezza del grande rilievo assunto dalle nuove tecnologie dell'informazione (e ciò anche alla luce della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio).

8.2 L'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici.

Continua a svolgersi – di anno in anno – l'operatività dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici nell'ambito di una attività che comporta effetti di non poco momento nel contesto, molto complesso ed articolato, delle opere pubbliche. La Corte ritiene che si sono

venuti a sviluppare, nell'arco temporale dal 1999 al 2004, principi significativi per la costruzione di un quadro di riferimento sempre più organico, utile per individuare linee generali dell'attività contrattuale: quadro sempre più necessario di fronte ad una cospicua frammentazione del sistema che governa la materia delle opere pubbliche.

Nel corso del 2004 l'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici ha adottato 14 determinazioni; qui di seguito si menzionano soltanto talune determinazioni aventi specifici riflessi sull'attività contrattuale dell'amministrazione.

In via generale va osservato, infine, che la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) – come già rilevato in altra parte della relazione – ha rafforzato il ruolo dell'Autorità, conferendo alla stessa, in attuazione della normativa comunitaria, delicati compiti di vigilanza nei settori oggetto della disciplina connessa alla attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo ed il Consiglio, entrambe del 31 marzo 2004.

8.2.1 La determinazione n.1/04 in data 14 gennaio 2004 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha preso in considerazione le ordinanze contingibili ed urgenti per motivi di sicurezza pubblica. In proposito è suscettibile di segnalazione questo principio elaborato dalla stessa Autorità: l'adozione di ordinanze contingibili ed urgenti da parte del sindaco, contenenti deroghe alla normativa sui lavori pubblici, incontra dei limiti nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento, dei canoni di ragionevolezza e di proporzionalità tra il procedimento e la situazione oggettiva considerata, dell'obbligo di motivazione, dell'indicazione del temine finale e delle specifiche disposizioni derogate.

8.2.2 La determinazione n. 3 del 21 aprile 2004 si è soffermata sugli appalti di progettazione e di supporto alla progettazione. Al riguardo è stato affermato quanto segue:

a) nella progettazione di un'opera o lavoro pubblico possono ravvisarsi due distinte attività operative, costituite, la prima, dalla progettazione in senso proprio, che consiste in un'opera dell'ingegno di carattere creativo, originale ed innovativo, con cui si estrinseca e rappresenta l'idea del progettista; la seconda, che si concreta in una serie di attività che accedono alla progettazione, da svolgere secondo indicazioni e criteri stabiliti in sede di scelte progettuali;

b) distinta dalla composita attività di progettazione vera e propria è, invece, l'attività di supporto tecnico-amministrativo alla progettazione la quale è tendenzialmente affidata agli uffici interni della stazione appaltante (qualora non sia possibile effettuarla con dipendenti della

stazione appaltante essa tuttavia può essere affidata all'esterno con procedure ad evidenza pubblica e con riferimento a corrispettivi stabiliti a corpo in base ad indagini di mercato).

In ordine ai bandi di gara indetti dall'ANAS, l'Autorità ha ritenuto che essi si prestano — per come sono indicate e formulate le prestazioni da affidare — a censure di irregolarità in quanto non rispondono ai criteri ed alle condizioni precise e possono configurare affidamenti di incarichi non compatibili con le disposizioni vigenti.

8.2.3 La determinazione n. 4 del 21 aprile 2004 dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha riguardato l'appalto di lavori pubblici a trattativa privata, ai sensi di leggi speciali e ordinanze di emergenza, emanate in occasione di eventi calamitosi.

L'Autorità ha enucleato principi che la Corte ritiene di significativo rilievo; e ciò anche con riferimento all'attività dispiegata dal Dipartimento della Protezione civile della Presidenza del Consiglio dei Ministri; detti principi qui testualmente si riproducono:

1) possono ritenersi legittime quelle procedure di aggiudicazione a trattativa privata di appalti di lavori pubblici, effettuate ai sensi della normativa di emergenza, che siano perfezionate nel perdurare dello stato dell'emergenza stessa. Al contrario l'affidamento dei lavori mediante trattativa privata, motivato dalla stazione appaltante dall'urgenza di ripristinare le opere danneggiate da eventi calamitosi, può configurare situazioni di illegittimità e di contrasto con i presupposti della normativa di emergenza, laddove la determinazione di affidamento dei lavori sia avvenuta in data successiva alla cessazione dello stato di emergenza e qualora il lasso di tempo trascorso abbia consolidato lo stato di fatto e quindi reso normale la necessità di intervenire.

2) In tali ipotesi riprende vigore la disciplina ordinaria, per cui le stazioni appaltanti sono tenute ad attuare l'iter di affidamento degli appalti, nel rispetto delle ordinarie procedure ad evidenza pubblica e dei principi fondamentali di trasparenza e concorrenza.

8.2.4 La determinazione n. 13 del 2004 del 28 luglio 2004 ha fornito chiarimenti in merito ai lavori di manutenzione ed ai contratti aperti.

Occorre premettere, in proposito, che il contratto aperto è definito dall'articolo 154, comma 2, del DPR n. 554 del 1999 e successive modificazioni, come contratto che si riferisce ad un determinato arco di tempo e precede, come oggetto, l'esecuzione di lavorazioni che sono singolarmente definite nel loro contenuto prestazionale ed esecutivo ma non nel loro numero. La quantità delle prestazioni da eseguire dipende pertanto dalle necessità che verranno in evidenza nell'arco di tempo previsto contrattualmente.

Ciò stante, l’Autorità è stata dell’avviso che:

- a) nel caso di lavori di manutenzione – costituiti da un insieme di lavorazioni individuate nel loro contenuto tecnico e esecutivo nonché nel loro numero e nella loro localizzazione – è impiegabile il contratto di sola esecuzione oppure il contratto di progettazione esecutiva ed esecuzione, denominato appalto integrato; nel caso di lavori di manutenzione – costituiti da un insieme di lavorazioni individuate nel loro contenuto tecnico ed esecutivo ma non nel loro numero e nella loro localizzazione – è impiegabile di norma il contratto aperto;
- b) l’affidamento dei contratti aperti di lavori di manutenzione deve avvenire sulla base di un progetto definitivo e con l’indicazione nel bando di gara del costo complessivo di ogni singola lavorazione e della quota parte di tale costo, non soggetto a ribasso, riguardante l’esecuzione dei suddetti apprestamenti.

8.2.5 La determinazione n. 8 del 12 maggio 2004 dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che si cita da ultimo, ha riguardato l’esclusione dalle gare nel caso di sussistenza di pronunce in ordine a errori gravi commessi nella esecuzione dei lavori. In questa materia l’Autorità ha ritenuto che:

- 1) la locuzione “stazione appaltante” che bandisce la gara va riferita all’ente nel suo complesso; l’esclusione dalla gara può essere pertanto disposta da una articolazione territoriale di un ente, ancorché i comportamenti gravemente negligenti e l’errore grave nell’esecuzione di lavori siano stati rilevati da un’altra articolazione territoriale del medesimo ente;
- 2) le stazioni appaltanti possono inserire nella “*lex specialis*” di gara una previsione in base alla quale la stazione appaltante si riserva la facoltà di escludere dalla gara, con obbligo di motivazione, i concorrenti per i quali non sussiste adeguata affidabilità professionale.