

RELAZIONE ANNUALE 2004

PARTE I

PAGINA BIANCA

CAPITOLO 1

Il quadro di riferimento

L'approvazione delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti - ossia la direttiva 2004/17/CE, "che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali" e la direttiva 2004/18/CE, "relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi" - impone una duplice riflessione: in primo luogo, sui mutamenti che ne discendono nello scenario in cui si colloca la tematica degli appalti, con specifico riguardo alle nuove forme di contrattazione introdotte; quindi, sul ruolo che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è chiamata a svolgere in tale mutato assetto.

Per quanto concerne il primo profilo di riflessione, da un primo sguardo di insieme emerge che - realizzato ormai l'obiettivo principale della precedente produzione normativa europea in materia di appalti, ossia l'apertura dei mercati degli appalti pubblici e la creazione di un "mercato interno" senza frontiere, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali - il nuovo obiettivo perseguito sembra essere, soprattutto, la razionalizzazione dell'attività delle amministrazioni aggiudicatrici e la ricerca di un più adeguato confronto con la realtà del mercato.

Nelle stesse direttive sono sottolineati i criteri alla base delle innovazioni introdotte. Nei *considerata*, infatti, è evidenziata la necessità di rispondere alle esigenze di semplificazione e modernizzazione formulate sia dalle amministrazioni aggiudicatrici sia dagli operatori economici (considerando n. 1 di entrambe le direttive). Essi, poi, fanno espresso riferimento, nei cosiddetti "settori classici", all'aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica (considerando n. 12 della direttiva "unificata" 2004/18/CE,) e, nei cosiddetti "settori speciali", alla necessità di garantire l'effettiva liberalizzazione del mercato.

**Le novità del
quadro
normativo
comunitario**

Passando ad esaminare più da vicino i contenuti innovativi della citata direttiva, concernenti lo specifico aspetto dei metodi di contrattazione, più ricca di novità appare la direttiva 2004/18/CE.

Come è noto, la citata direttiva opera contemporaneamente la modifica e la semplificazione delle direttive "classiche" (direttiva 92/50/CEE, appalti pubblici di servizi; direttiva 93/36/CEE, appalti pubblici di forniture e la direttiva 93/37/CEE, appalti pubblici di lavori), rendendo omogenea la relativa disciplina mediante la riunificazione in un unico testo e perseguendo un triplice obiettivo: di innovazione, per tener conto delle nuove tecnologie e delle modifiche che intervengono nel contesto economico; di semplificazione, per alleggerire normative talvolta troppo dettagliate e complesse; di flessibilità, per stemperare talune rigidità delle procedure che non rispondono alle esigenze dei committenti pubblici.

Nel quadro delle nuove procedure di selezione degli offerenti da essa introdotte, si evidenziano tre istituti innovativi: il dialogo competitivo (art. 29), l'accordo quadro (art. 32) e i sistemi dinamici di acquisizione (art. 33), tutti ispirati all'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici - nel ricorso di determinate condizioni - un maggior grado di flessibilità nella scelta del contraente, senza tradire il rispetto dei principi generali di trasparenza e concorrenzialità.

Del tutto sconosciuto alla previgente normativa europea, il dialogo competitivo (art. 29) è disciplinato nel capo V della direttiva 2004/18/CE, e si affianca alle procedure aperte e ristrette, nonché a quelle negoziate, con le quali intercorre un rapporto stretto di affinità e continuità.

Al riguardo, è opportuno innanzitutto precisare che la procedura in questione non ha un campo di applicazione illimitato. L'amministrazione aggiudicatrice, infatti, può avvalersi di essa solo "nel caso di appalti particolarmente complessi", evidenziando come la nozione di complessità investa sia il profilo dell'impegno tecnico dell'intervento sia quello della sua fisionomia giuridica e finanziaria.

Si tratta, in sostanza, di situazioni in cui l'amministrazione ha cognizione dei propri bisogni e obiettivi, ma non possiede un livello di conoscenza tale da poter arrivare alla definizione di un bando e di un

capitolato che contengano tutti gli elementi necessari per la formulazione dell'offerta e per la successiva redazione del contratto. In considerazione di ciò il legislatore della UE ha ritenuto coerente con i principi comunitari - ed anzi funzionale ad una migliore contrattazione - che l'amministrazione, prima di arrivare alla fase di vera e propria scelta del contraente, passi per una fase, appunto, di "dialogo competitivo", in cui i contenuti del contratto oggetto del futuro affidamento siano in qualche modo "negoziati" con gli imprenditori - selezionati sulla base di requisiti indicati in apposito bando previamente pubblicato - che poi saranno chiamati a formulare l'offerta definitiva.

L'istanza di flessibilità, che è alla base della nuova procedura di aggiudicazione, si concretizza, stando ai tratti salienti dell'istituto, innanzitutto nel fatto che le amministrazioni aggiudicatrici durante il dialogo - finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità - "possono discutere con i candidati selezionati tutti gli aspetti dell'appalto".

Peraltro, una volta conclusa la fase del dialogo/negoziazione - avendo l'amministrazione aggiudicatrice individuato, se del caso dopo averle confrontate, la o le soluzioni che possono soddisfare le sue necessità - l'amministrazione medesima, dopo aver invitato i partecipanti a presentare le loro offerte finali (in base alla o alle soluzioni presentate e specificate nella fase di dialogo), ha facoltà di richiedere che dette offerte vengano "chiarite, precisate" e perfino "perfezionate", pur non potendo "tali precisazioni, chiarimenti, perfezionamenti o complementi ... avere l'effetto di modificare gli elementi fondamentali dell'offerta o dell'appalto quale posto in gara la cui variazione rischi di falsare la concorrenza o di avere un effetto discriminatorio".

Sulla base delle offerte presentate, l'amministrazione procede all'aggiudicazione, applicando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Peraltro - sempre ai sensi dell'art. 29 e sempre su richiesta dell'amministrazione - lo stesso offerente primo classificato (che risulta, cioè, aver presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa) "può essere indotto a precisare gli aspetti della sua offerta o a confermare gli impegni in essa

figuranti”, ancorché sempre “a condizione che ciò non abbia l’effetto di modificare elementi fondamentali dell’offerta o dell’appalto quale posto in gara, falsare la concorrenza o comportare discriminazioni”.

L’attenzione del legislatore comunitario, dunque, pur nel perseguimento della logica del dialogo con gli operatori del mercato, è sempre incentrata sul rispetto delle regole di concorrenza e della *par condicio* dei concorrenti.

Le altre due significative novità in tema di modalità di scelta del contraente sono rappresentate dall’accordo-quadro e dai sistemi dinamici di acquisizione, in ordine ai quali si evidenzia, innanzitutto, il motivo di fondo comune: ossia quello di configurare una fase prodromica rispetto all’aggiudicazione di singoli appalti, preordinata ad individuare in via preventiva i possibili futuri aggiudicatari.

L’accordo-quadro è disciplinato dall’art. 32 della direttiva 2004/18/CE, che viene così ad estendere ai “settori classici” un istituto che in precedenza la normativa comunitaria prevedeva solo per i “settori speciali”.

Si tratta di uno strumento contrattuale con cui vengono definite, in via generalizzata, le condizioni da praticare relativamente agli appalti da affidare entro un determinato periodo di tempo, comunque non più di quattro anni.

In particolare, l’art. 32 prevede che, ai fini della conclusione di un accordo-quadro, le amministrazioni aggiudicatrici seguano le consuete procedure di aggiudicazione e scelgano i soggetti con cui concludere tale accordo applicando i criteri di aggiudicazione previsti in via generale dalla direttiva stessa (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa).

L’accordo-quadro può essere concluso con uno solo o con più operatori economici, il cui numero non può comunque essere inferiore a tre.

Nel primo caso, ossia quello del contraente unico, gli appalti sono aggiudicati al contraente medesimo entro i limiti delle condizioni fissate nell’accordo-quadro. Nel caso di più contraenti, invece, i singoli appalti

possono essere aggiudicati mediante applicazione delle condizioni stabilite nell'accordo quadro senza nuovo confronto competitivo, oppure, qualora l'accordo quadro non fissi tutte le condizioni, dopo aver rilanciato il confronto competitivo tra le parti in base alle medesime condizioni - se necessario precisandole - e, se del caso, in base ad altre condizioni indicate nel capitolato d'onori dell'accordo quadro, seguendo la procedura concorrenziale indicata dall'art. 32.

Si tratta, come è evidente, di una procedura finalizzata a spingere l'amministrazione a programmare in via anticipata le proprie esigenze, nonché a fissare, sempre in via anticipata, le condizioni degli appalti, con il vantaggio della massima semplificazione in sede di aggiudicazione, che risulta pressoché automatica nel caso di parte unica dell'accordo quadro, atteso che, come sopra rilevato, in tale circostanza le parti non possono in nessun caso apportare modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro.

Tutto ciò comporta, tuttavia, un duplice rischio: da un lato, quello di cristallizzare il panorama dei possibili contraenti e, dall'altro, quello di imporre condizioni contrattuali non più rispondenti alla realtà del mercato.

Per quanto concerne, infine, i sistemi dinamici di acquisizione (art. 33) la loro caratteristica più evidente è quella di realizzarsi mediante la esclusiva utilizzazione di mezzi elettronici, a partire dalla pubblicazione del relativo bando di indizione.

Ciò precisato, è altresì previsto che tutti gli operatori economici che soddisfano i criteri di selezione e che hanno presentato un'offerta indicativa conforme al capitolato d'onori e agli eventuali documenti complementari sono ammessi nel sistema. Le offerte indicative possono essere presentate, ai fini dell'ammissione, per tutta la durata del sistema stesso e possono essere migliorate in qualsiasi momento, a condizione che restino sostanzialmente conformi al capitolato d'onori. L'amministrazione aggiudicatrice informa al più presto l'offerente in merito alla sua ammissione o al rigetto della offerta indicativa.

In seguito, ogni appalto specifico deve essere oggetto di confronto concorrenziale, previa pubblicazione di un ulteriore bando di gara

semplificato e previo invito a tutti gli operatori economici ammessi nel sistema a presentare un'offerta.

Anche la durata di un sistema dinamico di acquisizione, come quella di un accordo-quadro, non può superare quattro anni, salva l'eccezionalità da giustificare debitamente, e ciò sempre al fine di temperare l'incidenza del sistema sulle dinamiche concorrenziali, a tutela delle quali l'art. 33 reitera l'affermazione di principio secondo la quale *"le amministrazioni aggiudicatrici non possono ricorrere a detto sistema in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza"*.

La *ratio* del meccanismo si trova sintetizzata nel "considerando" n. 13, dove si argomenta che *"questa tecnica di acquisizione consente alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre, grazie alla creazione di un elenco di offerenti già ammessi e alla possibilità offerta a nuovi aderenti di aderirvi, di un vantaggio particolarmente ampio di offerte grazie ai mezzi elettronici utilizzati e quindi di assicurare un'utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche mediante un'ampia concorrenza"*.

Con riferimento all'utilizzo dei mezzi informatici è da segnalare, infine, l'art. 54 della direttiva 2004/18/CE, che prevede il ricorso ad aste elettroniche per tutte le procedure, aperte, ristrette o negoziate con pubblicazione di bando *"quando le specifiche dell'appalto possono essere fissate in maniera precisa"*, il che spiega l'ovvia esclusione del dialogo competitivo dalla rosa delle procedure ammesse alla metodologia elettronica.

Si evidenzia, inoltre, che la praticabilità dell'asta elettronica non è limitata ai soli casi di appalti da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso. Al contrario, essa è esplicitamente prevista anche nel caso del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, fatto ancora più rilevante, nel sistema dell'asta elettronica le offerte dichiarate ammissibili sono suscettibili di modificazioni sia sotto il profilo del prezzo che dei valori sino alla conclusione dell'asta. Ciò, per un verso, consente di ottimizzare il risultato della procedura di selezione - sia perché agevola la partecipazione sia perché determina un confronto più serrato tra gli offerenti - per altro verso, tuttavia, determina una mobilità delle offerte così accentuata, a

seguito del loro confronto prolungato nel tempo, che sembra difficilmente fronteggiabile mediante le attuali regole in materia di offerte anomale.

Per quanto concerne, invece, la direttiva 2004/17/CE, relativa ai “settori speciali”, si rileva che la stessa contiene disposizioni analoghe a quelle previste per i “settori classici” riguardo alla possibilità per gli enti appaltanti di ricorrere alle aste elettroniche (art. 56), nonché di dar vita a sistemi dinamici di acquisizione (art. 15); manca, invece, la previsione del dialogo competitivo.

Le amministrazioni e gli enti che operano nei settori speciali possono, tuttavia, ricorrere ad un “dialogo tecnico”, come previsto dalla direttiva 2004/17/CE nel quindicesimo considerando in cui si legge che “*prima dell’avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, gli enti aggiudicatori possono, avvalendosi di un dialogo tecnico, sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d’oneri, a condizione che tali consulenze non abbiano l’effetto di impedire la concorrenza*”.

A ciò si aggiunga che le nuove direttive delineano una disciplina omogenea tra settori, seppur limitrofi, che in passato sono stati oggetto di differente regolamentazione, ossia gli appalti pubblici di lavori, le pubbliche forniture e i pubblici servizi.

Rilevanti elementi di novità provengono anche dall’ordinamento interno e attengono all’attuazione della riforma del titolo V della parte seconda della Costituzione.

Al riguardo, le sentenze della Corte Costituzionale nn. 302 e 303 del 2003, nonché la recente sentenza n. 65 del 29 gennaio 2005 (con la quale si conclude il giudizio, promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, sulla legittimità costituzionale della legge della Regione Sardegna del 9 agosto 2002, n. 14, recante nuove norme in materia di qualificazione delle imprese per la partecipazione agli appalti di lavori pubblici che si svolgono nell’ambito territoriale regionale) contribuiscono a delineare un nuovo quadro di riferimento, con rilevanti ripercussioni anche sul ruolo, la collocazione e l’organizzazione dell’Autorità.

E, difatti, la Consulta, con la sentenza n. 303 del 2003, ha chiarito che “*la mancata inclusione dei lavori pubblici nella elencazione dell’art. 117 della*

**Il nuovo assetto
costituzionale**

Costituzione, diversamente da quanto sostenuto in numerosi ricorsi, non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato, ovvero a potestà concorrenti".

Inoltre, nella stessa sentenza si ammette che la ripartizione delle competenze è suscettibile di spostamenti e, dunque, si presenta meno rigida che in passato, a seguito delle recenti modifiche costituzionali.

La Consulta rinviene un elemento di flessibilità nel novellato art. 118 della Costituzione, in virtù della sua strutturazione in una clausola generale di attribuzione delle funzioni amministrative ai Comuni e nella indicazione delle condizioni di eccezione alla stessa clausola, tra le quali riveste particolare importanza il *principio di sussidiarietà*.

Detto principio ha, secondo la Corte, una *attitudine ascensionale* in forza della quale *"quando l'istanza di esercizio unitario trascende anche l'ambito regionale, la funzione amministrativa può essere esercitata dallo Stato"*.

E considerato che la funzione amministrativa non può che essere prevista e disciplinata dalla legge, *nel caso in cui la funzione amministrativa è "attratta", in attuazione del principio di sussidiarietà, in capo allo Stato, sarà la legge statale a dettare la disciplina*.

La sentenza chiarisce, inoltre, che *l'assunzione di funzioni regionali da parte dello Stato potrà avvenire solo in presenza di una istanza unitaria valutata secondo criteri di proporzionalità, ragionevolezza e leale collaborazione*.

Il principio di leale collaborazione postula la necessità di una intesa tra Stato e Regioni ogni qualvolta vengano assorbite dallo Stato funzioni amministrative e legislative.

Sulla base di queste considerazioni, la Corte ha escluso l'illegittimità della impugnata disposizione della *legge obiettivo*.

Mettendo a parte le altre questioni irrisolte, o ancora non del tutto chiare, del quadro sopra delineato, *permane qualche incertezza sulla collocazione della materia della qualificazione, che si ritiene possa e debba rientrare nella competenza esclusiva statale, per via della evidente incidenza della*

disciplina in parola sulle azioni a tutela della concorrenza.

Infatti, non è chiaro al riguardo l'avviso del Giudice delle leggi, che ha dichiarato incostituzionale (nella più volte menzionata sentenza n. 303 del 2003) l'art. 15 del D.Lgs. n. 190 del 2002, norma che delega il Governo ad emanare un regolamento in tema di qualificazione del *general contractor*.

E neanche la recentissima pronuncia (n. 65 del 2005) sulla legittimità della prima legge regionale sulla qualificazione, emanata dalla Regione Sardegna, impugnata con ricorso del Presidente del Consiglio dei Ministri, dà maggiori lumi al riguardo.

Difatti, la declaratoria di inammissibilità della censura, mossa dalla difesa erariale con riferimento all'art. 117 della Costituzione, non sembrerebbe porre la parola fine alla questione.

Un quadro normativo di riferimento che presenta così notevoli elementi di novità impone un'attenta riflessione sul nuovo ruolo che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è chiamata a svolgere. Al riguardo occorre, in primo luogo, rilevare che sia la direttiva 2004/17/CE sia la direttiva 2004/18/CE contengono una disposizione in tema di "meccanismi di controllo" - rispettivamente l'art. 72 e l'art. 81 - che riconosce formalmente agli Stati membri la facoltà di designare o istituire un organismo indipendente, al fine di assicurare l'applicazione delle direttive stesse tramite "meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti".

In considerazione di ciò, il legislatore nazionale ha approvato la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) che, all'art. 25, prevede la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive medesime.

Tra i principi e i criteri direttivi della suddetta delega il legislatore indica il "conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in attuazione della normativa comunitaria, dei compiti di vigilanza nei settori oggetto della presente disciplina", precisando che "l'Autorità, caratterizzata da indipendenza funzionale e autonomia organizzativa, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione".

**Il ruolo
dell'Autorità
nel nuovo
quadro
normativo**

Allo stato attuale, pertanto, sulla base delle novità introdotte dalle nuove direttive comunitarie in materia di appalti - in particolare dai citati articoli 72 della direttiva 2004/17/CE e 81 della direttiva 2004/18/CE e dalla delega contenuta nella legge comunitaria 2004 - si può tratteggiare il fondamentale ruolo che questa Autorità è chiamata a svolgere esercitando la funzione di vigilanza e controllo sul rispetto della normativa comunitaria in tutti i settori degli appalti, sia "classici" che "speciali".

Peraltro, in forza della legge 11 febbraio 1994, n. 109, istitutiva dell'Autorità, la stessa è già chiamata - anche se con specifico ed esclusivo riferimento al settore dei lavori pubblici - sia a garantire, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, il rispetto in materia di opere e lavori pubblici dei principi di qualità, efficienza, efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, sia ad assicurare, in forza del diritto comunitario, l'osservanza del principio di libera concorrenza tra gli operatori (combinato disposto degli artt. 1 e 4 della legge n. 109/94, e s.m.i.). Ciò in quanto, già in passato, pur in assenza di un'espressa previsione normativa contenuta nelle direttive comunitarie di settore allora vigenti, la Commissione europea nella Comunicazione su "*Gli appalti pubblici nell'Unione Europea*", n. 143 dell'11 marzo 1998, ribadendo quanto già affermato nel *Libro verde* (Comunicazione del 27 novembre 1996), incoraggiava gli Stati membri a creare o designare Autorità indipendenti specializzate nelle problematiche degli appalti pubblici, con il compito di identificare problemi di interpretazione e discussione dei casi individuali. Ciò al fine di migliorare il controllo dell'applicazione delle norme comunitarie a livello nazionale - non disponendo la Commissione delle risorse e delle informazioni necessarie per individuare e regolare ogni caso di violazione del diritto comunitario su tutto il territorio dell'Unione - attuando in tal modo una forma di stretta collaborazione con le Autorità a ciò preposte nei singoli Paesi membri.

Come emerge dalle riflessioni precedentemente condotte sui contenuti innovativi delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, il legislatore comunitario, pur perseguendo con le nuove direttive l'obiettivo di garantire un maggior grado di flessibilità alle procedure di scelta del

contraente - stemperandone talune rigidità che non rispondono alle esigenze dei committenti pubblici - ha tuttavia mantenuto nel nuovo quadro normativo di settore la centralità delle regole di concorrenza, ribadendo che la flessibilità non può in alcun caso avvenire a scapito del rispetto del principio generale di libera concorrenza, assicurato essenzialmente dalla trasparenza delle procedure di aggiudicazione, che garantisce la parità di trattamento degli offerenti (*par condicio*), con conseguente sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti.

Sembra, pertanto, coerente sia con la nuova disciplina comunitaria di settore sia con l'attuale disciplina nazionale che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, godendo già da oggi di un proprio specifico ed autonomo ambito di azione per ciò che attiene alla tutela della concorrenza nel settore degli appalti di lavori pubblici, con il recepimento delle richiamate nuove disposizioni comunitarie, veda ampliati i propri compiti di vigilanza sul rispetto del principio di libera concorrenza tra gli operatori con l'estensione di tale compito a tutti i settori dei pubblici appalti - sia "classici" sia "speciali" - . Sembra, peraltro, opportuno, attesa la nuova "legittimazione comunitaria" dello svolgimento dei suddetti compiti, che tale più ampia definizione delle competenze dell'Autorità sia accompagnata dalla previsione di un complesso di poteri di indagine, conoscitivi e di segnalazione più incisivi di quelli attualmente riconosciuti.

In altre parole, l'Autorità, nel nuovo quadro normativo, rafforza il proprio ruolo di terminale comunitario per garantire la concorrenza (relativamente al mercato dei pubblici contratti), intesa come obiettivo primario dell'ordinamento.

Nell'esercizio della delega contenuta nell'articolo 1, commi 2 e 3, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici, è stato di recente emanato il decreto legislativo 10 gennaio 2005, n. 9, recante "*Integrazioni al decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, per l'istituzione del sistema di qualificazione dei contraenti generali delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, a norma della legge 443/2001*".

Il decreto
legislativo
10 gennaio
2005, n. 9

Il citato decreto legislativo n. 190/2002, che ha ad oggetto la progettazione, l'approvazione dei progetti e la realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale disciplina, infatti, all'art. 9, il procedimento di affidamento della realizzazione delle opere mediante contraente generale, definendolo, in armonia con quanto previsto dalla direttiva 93/37/CEE, il contratto con il quale "il soggetto aggiudicatore, in deroga all'articolo 19 della legge quadro, affida ad un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere, nonché di adeguata capacità organizzativa, tecnico-realizzativa e finanziaria la realizzazione con qualsiasi mezzo dell'opera, nel rispetto delle esigenze specificate nel progetto preliminare o nel progetto definitivo redatto dal soggetto aggiudicatore e posto a base di gara, contro un corrispettivo pagato in tutto o in parte dopo l'ultimazione dei lavori".

In questo contesto, e in considerazione delle peculiarità che connotano la figura del *general contractor*, il decreto legislativo n. 9/2005 introduce per tale soggetto un sistema di qualificazione diverso rispetto a quello previsto dal D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 per gli esecutori di lavori pubblici. Da un lato, infatti, i compiti che la legge demanda al contraente generale comprendono, oltre alla progettazione e alla realizzazione con qualsiasi mezzo dei lavori, anche l'acquisizione delle aree, la direzione dei lavori e il prefinanziamento dell'opera; dall'altro, si tratta di realizzare opere di dimensioni e valore economico notevoli.

Il sistema di qualificazione è organizzato per classifiche, riferite all'importo lordo degli affidamenti, e non per categorie, vista la complessità dell'attività che il contraente generale è chiamato a svolgere, tale da richiedere soprattutto capacità organizzative e di *management* e considerato che non sarà necessariamente egli stesso il soggetto realizzatore, bensì potrà affidare i lavori a terzi e "far costruire".

Il sistema è inoltre basato, oltre che sul possesso dei requisiti di ordine generale già previsti dall'art. 17 del D.P.R. n. 34/00, su requisiti di ordine speciale (capacità economica e finanziaria; idoneità tecnica ed organizzativa; organico tecnico e dirigenziale) adeguati al livello degli affidamenti oggetto della gara. Infatti, la capacità economica e finanziaria è

comprovata sulla base del rapporto tra patrimonio e cifra d'affari e il meccanismo utilizzato premia, mediante un incremento convenzionale della cifra d'affari, le imprese che si dotano di un patrimonio maggiore del minimo; l'idoneità tecnica e organizzativa è dimostrata dall'esecuzione con qualsiasi mezzo di lavori di importo ragguagliato a quello della classifica di iscrizione, sebbene si preveda un periodo transitorio durante il quale tale requisito potrà, in alternativa, essere sostituito dal possesso di attestazioni S.O.A. per importo illimitato e riferite alle diverse categorie; infine, l'organico tecnico e dirigenziale dovrà essere adeguato ad una struttura manageriale.

Da un esame degli elementi sopra sintetizzati, come preliminare considerazione, può affermarsi che soltanto un ristretto numero di imprese è al momento in grado di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla normativa, in quanto il mercato italiano è connotato dalla prevalente presenza di imprese di dimensioni decisamente più ridotte rispetto a quelle che potranno qualificarsi come "contraenti generali". Se da un lato, quindi, potranno/dovranno essere incentivate le aggregazioni di imprese e la costituzione di consorzi stabili, dall'altro, è auspicabile e necessario che le nuove norme non costituiscano un limite al corretto funzionamento del meccanismo concorrenziale, favorendo l'accesso al mercato delle grandi opere soltanto a poche imprese di grandi dimensioni e restringendo drasticamente le possibilità di partecipazione alle gare per le imprese di medie dimensioni. Allo stesso modo, è essenziale porre particolare attenzione all'eventuale accorpamento di interventi, in realtà suscettibili di essere suddivisi in più parti autonomamente realizzabili, al solo fine di perseguire l'affidamento a un unico contraente generale. Si consideri, tra l'altro, che, ai sensi dell'art. 9, comma 6, del D.Lgs. n. 190/02, gli appalti indetti dal contraente generale per affidare i lavori in tutto o in parte a terzi, sono soggetti al diritto privato, sottratti quindi alle regole dell'evidenza pubblica, fatta salva l'ipotesi in cui il contraente generale sia esso stesso soggetto aggiudicatore. E ciò potrebbe in concreto determinare una concentrazione degli affidamenti in capo a poche cordate o "pool" di imprese, con la conseguente sottrazione alla competizione di una parte

significativa del mercato relativo all'esecuzione di opere pubbliche e con un rilevante impatto soprattutto sulla piccola e media impresa, con conseguenze imprenditoriali e sociali, anche in funzione del mercato del lavoro, che potrebbe risultare di forti proporzioni.

A ciò si aggiunga che, ai fini della partecipazione alle singole gare, l'art. 20 *octies* del D.Lgs. n. 9/2005 stabilisce che i soggetti aggiudicatori hanno facoltà di richiedere requisiti ulteriori, in particolare la dimostrazione del possesso, da parte delle imprese affidatarie designate in sede di gara o dallo stesso offerente, della "capacità tecnica specifica" per l'opera da realizzare e dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi adeguati al progetto da redigere. Richiedere la dimostrazione di una capacità tecnica specifica, consistente nella esecuzione di lavori analoghi, ulteriore alla idoneità tecnica richiesta al contraente generale e alla "ordinaria" qualificazione, rischia di restringere ulteriormente il mercato degli esecutori delle singole parti dell'opera.

Un'ultima ed essenziale osservazione riguarda la gestione del sistema di qualificazione. Il decreto legislativo n. 9 del 2005 dispone che la attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali è rilasciata dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, operando in questo modo una espressa deroga al sistema ordinario disciplinato dalla legge n. 109/94 e dal D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, e basato sulle attestazioni rilasciate dalle S.O.A. Tale deroga, tuttavia, pone degli interrogativi: infatti, proprio la considerazione che il sistema riguarderà verosimilmente poche decine di imprese, forse, avrebbe giustificato l'applicazione della disciplina ordinaria del D.P.R. 34/00, che del resto viene richiamata per quanto non espressamente previsto. Tra l'altro, le attestazioni S.O.A. vengono sempre richiamate, sia per le modalità alternative di dimostrazione del requisito di idoneità tecnica, nel periodo transitorio (comunque fino al 2013), sia per i requisiti richiesti alle imprese affidatarie. Si opera, quindi, una commistione tra due sistemi di qualificazione strutturati su presupposti non omogenei e, peraltro, affidati a soggetti con compiti istituzionalmente diversi: le S.O.A., società di diritto privato da un lato, e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti dall'altro. L'assenza di previsioni di raccordo

tra le rispettive sfere di competenza potrebbe far nascere problemi di carattere applicativo ed operativo, anche in virtù dell'azione di vigilanza e controllo che l'Autorità è chiamata ad esercitare sull'attività di qualificazione.

Si prevede inoltre la creazione di una commissione per l'esame dei ricorsi amministrativi contro i provvedimenti di attestazione, senza che, peraltro, se ne specifichino le modalità di composizione e, altresì, di una commissione consultiva per il monitoraggio dell'applicazione della nuova disciplina. Si rileva al riguardo che la legge n. 109/94 ha attribuito all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici il potere di vigilare, in posizione di piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione, sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia di lavori pubblici. Una opzione, quindi, ispirata a criteri di ragionevolezza, logica e coerenza potrebbe suggerire di evitare il rischio di inutili duplicazioni di competenze mediante la creazione di commissioni *ad hoc*.

Il 28 aprile 2004 è entrato in vigore il D.P.R. 10 marzo 2004, n. 93, che ha apportato alcune modifiche ed integrazioni al D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici.

Le principali novità hanno riguardato la procedura di rilascio dell'attestazione; la durata dell'efficacia dell'attestazione che passa da tre a cinque anni, con verifica triennale del mantenimento dei requisiti di ordine generale e di capacità strutturale di cui all'art. 15 *bis*; il procedimento per l'attuazione della verifica triennale.

Con particolare riferimento all'art. 15 *bis*, l'Autorità, con le determinazioni nn. 6 del 21 aprile 2004 e 10 del 25 maggio 2004, ha fornito indicazioni operative per la verifica triennale delle attestazioni di qualificazione. In primo luogo, si è ritenuto necessario stabilire un limite alla possibilità di anticipare detta verifica rispetto al termine di scadenza della validità triennale dell'attestazione. È stato così precisato che le imprese possono richiedere la verifica triennale anticipatamente, ma non oltre 90 gg. antecedenti alla data di scadenza della validità triennale.

**Il decreto del
Presidente della
Repubblica
10 marzo 2004,
n. 93**

L'Autorità ha, altresì, rilevato che il termine previsto dall'art. 15 *bis* (60 gg. prima della data di scadenza di validità dell'attestazione) entro il quale le imprese debbono sottoporsi alla verifica triennale non è perentorio e, pertanto, l'impresa può sottoporsi a verifica anche dopo le suddette date, ma, in tal caso, qualora la verifica sia effettuata dopo la scadenza del triennio di validità dell'attestazione, l'impresa non può partecipare alle gare nel periodo decorrente dalla data di scadenza del triennio alla data di effettuazione della verifica con esito positivo.

Nelle citate determinazioni, inoltre, sono stati indicati i documenti che le imprese devono presentare per la dimostrazione dei requisiti di cui agli artt. 17 e 18 del D.P.R. n. 34/00, nonché i criteri, le procedure e le attività che le S.O.A. devono svolgere per l'espletamento di detta verifica. Sono stati, altresì, evidenziati alcuni aspetti problematici della verifica triennale, con particolare riferimento alla natura giuridica delle S.O.A. ed ai connessi poteri di controllo sulle attestazioni.

Il Consiglio di Stato, con le sentenze nn. 991 e 993 del 2 marzo 2004, ha riconosciuto alle S.O.A. la natura di organismi di diritto privato esercenti una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in un'attestazione con valore pubblicistico. Ciò comporta che alle S.O.A. è consentito l'accesso diretto al DURC (Documento unico di regolarità contributiva), ed ai certificati integrali del Casellario giudiziale relativi ai legali rappresentanti, agli amministratori e ai direttori tecnici dell'impresa e, pertanto, le stesse sono in condizione di verificare la veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese da questi ultimi in ordine alla assenza di condanne, nonché quelle rese dal titolare o dal legale rappresentate dell'impresa in ordine alla regolarità contributiva dell'impresa stessa.

Sempre in ordine alle verifiche di regolarità contributiva e assenza di condanne di cui all'art. 17, comma 1, lettere *c*) e *d*) del D.P.R. n. 34/00, si è constatato che i tempi di rilascio del DURC e del certificato del Casellario giudiziale, nella fase di avvio dei due sistemi di certificazione, non sono coerenti con il termine di 30 giorni, stabilito dall'articolo 15 *bis*, comma 1, del D.P.R. n. 34/00 per effettuare la verifica triennale, e del termine di 90 giorni stabilito dall'articolo 15, comma 3, del D.P.R. 34/00 e s.m.i. per il