

rilascio dell'attestazione; pertanto, l'Autorità ha ritenuto necessario prevedere, con le determinazioni nn. 6 e 10/2004 prima citate, un regime transitorio che consenta contemporaneamente il rispetto dell'anzidetto termine e permetta la verifica del possesso degli indicati requisiti.

Tale disciplina transitoria può essere rinvenuta nella possibilità di considerare effettuate positivamente, in via provvisoria, la verifica triennale o le verifiche previste per il rilascio dell'attestazione avendo acquisito le prescritte dichiarazioni sostitutive di atto notorio ed inoltrato la richiesta del rilascio del DURC e del certificato del Casellario giudiziale. Nel caso che tali documenti, una volta rilasciati, non dimostrino il possesso dei prescritti requisiti, le S.O.A. dovranno provvedere alla revoca dell'esito positivo della verifica triennale o del rilascio dell'attestazione, revoche che decorreranno rispettivamente dalla data della scadenza della validità triennale e dalla data di rilascio dell'attestazione.

L'Autorità ha, inoltre, precisato che le S.O.A., qualora accertino che l'impresa non è in possesso dei requisiti d'ordine generale, devono dichiarare che la verifica triennale ha avuto esito negativo e comunicare tale risultato all'impresa, nonché procedere al ritiro dell'attestazione e ad informare di tale operazione l'Autorità, la quale procederà ad inserire la suddetta annotazione nel Casellario informatico al fine di rendere edotte le stazioni appaltanti dell'esito negativo della verifica. In simili circostanze, inoltre, le S.O.A., possono considerare conclusa la verifica triennale e, pertanto, non procedere alle verifiche in ordine ai requisiti di capacità strutturale. Qualora, invece, la verifica triennale della attestazione abbia avuto esito positivo nei riguardi sia dei requisiti d'ordine generale sia del requisito di capacità strutturale - ancorché abbia comportato un ridimensionamento delle categorie e classifiche previste nell'attestazione sottoposta a verifica - le S.O.A. devono trasmettere l'attestazione sottoposta a verifica. La trasmissione deve avvenire con le modalità *on-line* previste normalmente per la trasmissione delle attestazioni e, quindi, in modo da essere in tempo reale inserita nell'elenco delle imprese qualificate, suddiviso per Regioni, presente nel *Casellario informatico delle imprese*,

istituito presso il sito dell'Autorità, con l'indicazione della data della suddetta verifica e dell'attestazione di cui essa costituisce la sostituzione.

Per quanto riguarda, inoltre, quanto disposto dall'art. 15, comma 5 bis, relativo alla categoria di lavori OS2 (superfici decorate e beni mobili di interesse storico ed artistico), l'Autorità ha ribadito l'attualità delle modalità di qualificazione in detta categoria sancite dal D.M. n. 294/00, come modificato con D.M. n. 420/2001.

In merito, si rileva che il D.Lgs. n. 30/2004 (in vigore dall'8 febbraio 2004), ha abrogato il comma 11-sexies dell'art. 8 della legge n. 109/94 e s.m.i. che, per il conseguimento della qualificazione nella categoria OS2 (beni mobili e superfici decorate), richiamava il suddetto D.M. 3 agosto 2000, n. 294 (e il D.M. 24 ottobre 2001, n. 420).

Ai sensi del citato D.Lgs. n. 30/2004 (art. 5), i requisiti di qualificazione in detta categoria (e nelle categorie OG2 ed OS25) avrebbero dovuto essere definiti con Decreto del Ministro per i beni e le attività culturali da emanarsi entro 90 giorni dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 30/2004, quindi a far data dall'8 febbraio 2004. La norma prevede, altresì, che entro 180 giorni dalla data appena indicata lo stesso Ministero, avrebbe dovuto apportare ulteriori modificazioni al D.P.R. n. 34/00, in modo da disciplinare aspetti specifici della qualificazione.

Si rileva, dunque, finora la mancata adozione dei decreti di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 30/2004 e la contemporanea vigenza di due discipline: quella del D.Lgs. n. 30/2004, in attesa di attuazione, e quella del precedente D.M. n. 294/00, la cui attualità è stata, altresì, riconosciuta con sentenza del Consiglio di Stato n. 3005 del 25 giugno 2004 e con nota in data 16 dicembre 2004 del Ministero per i beni e le attività culturali, inoltrata a questa Autorità.

Si rende, dunque, necessario un intervento chiarificatore in materia, al fine di fornire agli operatori del settore una disciplina certa ed univoca in ordine alla qualificazione negli appalti di lavori concernenti beni culturali, rientranti nella categoria OS2. In merito, è in via di approvazione un apposito atto di segnalazione dell'Autorità.

Negli ultimi anni la procedura di finanza di progetto, come prevista dagli artt. 37 bis e seguenti della legge n. 109/94, modificati dalla legge n. 166/02, ha avuto un notevole sviluppo.

La finanza di progetto

Il ricorso al capitale privato, nel finanziamento e nella gestione di opere pubbliche, si è reso necessario sia per la sempre più ridotta disponibilità di risorse economiche pubbliche, sia per la necessità di un rinnovamento delle opere infrastrutturali del Paese, connessa alla richiesta di maggiore efficienza nella gestione e manutenzione delle stesse.

La vecchia concezione di costruire le opere pubbliche a totale carico delle casse erariali, mediante appalto finalizzato alla sola realizzazione dell'opera, trascurando la successiva gestione ed il servizio connesso all'opera stessa, deve ritenersi oggi superata.

L'opera pubblica viene vista non più come manufatto a sé, ma come strumento funzionale alla soddisfazione di un bisogno collettivo, alla fornitura di un servizio. In quest'ottica, il valore dell'opera non è il semplice costo di costruzione, ma dipende dall'utilità delle funzioni e dal costo dell'intera vita dell'opera stessa.

Oggi, pertanto, si ricercano nuovi meccanismi di partenariato pubblico-privato allo scopo di incrementare l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa. Alla Pubblica Amministrazione sono richiesti una valida programmazione ed un controllo puntuale ed attento; al privato velocità e qualità nella realizzazione delle opere, nonché capacità di gestione operativa delle stesse.

La finanza di progetto è una procedura che prevede la partecipazione pubblico-privata nella realizzazione di opere pubbliche in cui si richiede al privato di anticipare, in tutto o in parte, le risorse finanziarie necessarie alla costruzione dell'opera stessa, con la possibilità di recuperare l'investimento effettuato con la successiva gestione.

Il legislatore ha avvertito negli ultimi anni la necessità di intervenire sull'assetto normativo, allo scopo di incentivare e semplificare il ricorso alle procedure di finanza di progetto.

Dopo l'entrata in vigore della legge n. 166/02, che ha introdotto l'istituto della prelazione a favore del promotore e la revisione e

liberalizzazione delle condizioni di concessione (prezzo, durata, appalti del concessionario), si è registrata una crescita esponenziale del ricorso alla finanza di progetto, sia per numero di operazioni sia per volume di investimenti.

Da ultimo, è intervenuta la legge comunitaria 2004 (legge 18 aprile 2005, n. 62) che ha modificato l'articolo 37 *bis*, comma 2 *bis*, della legge n. 109/94, al fine di conformarsi alle osservazioni della Commissione Europea espresse nel parere motivato notificato il 15 ottobre 2003 (procedura d'infrazione 2001/2182).

Ora, l'articolo 24, comma 9, della legge 18 aprile 2005, n. 62, stabilisce che l'avviso previsto dall'articolo 37 *bis*, comma 2 *bis*, della legge n. 109/94, - con il quale le amministrazioni informano i possibili promotori della presenza nei loro programmi di interventi realizzabili con capitale privato - deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati all'articolo 37 *ter*, della legge n. 109/94 (*profilo costruttivo, urbanistico, ambientale, qualità progettuale, funzionalità, fruibilità dell'opera, accessibilità al pubblico, rendimento, costo di gestione e di manutenzione, durata della concessione, durata dei tempi di esecuzione dei lavori, tariffe da applicare, metodologie di aggiornamento delle stesse, valore economico e finanziario del piano, contenuto della bozza di convenzione, assenza di elementi ostativi*), in base ai quali si procede alla scelta della proposta.

L'avviso deve, altresì, indicare espressamente che è previsto a favore del promotore la possibilità di avvalersi del diritto di prelazione.

La legge comunitaria sposta, dunque, decisamente il momento del confronto concorrenziale alla prima fase della procedura, ossia quella in cui, a seguito dell'avviso pubblicato dall'amministrazione che annuncia l'inserimento nel programma triennale di opere realizzabili con finanza di progetto, gli aspiranti promotori presentano le loro proposte.

Poiché l'esito delle fasi successive (la licitazione per l'individuazione delle due migliori offerte, la successiva procedura negoziata tra il promotore ed i soggetti - o l'unico soggetto - che hanno presentato le due migliori offerte) è condizionato dal diritto riconosciuto al promotore di adeguare la propria proposta a quella migliore selezionata in esito alla

procedura, assume fondamentale importanza la fase precedente di “comparazione” delle proposte pervenute in relazione alla stessa opera con la conseguente scelta del promotore.

L'individuazione del promotore dovrà essere, quindi, fondata su una procedura obiettiva basata su criteri conosciuti in anticipo il cui esame sia effettuato sulla base di valutazioni tecniche e non lasciato ad un potere di scelta discrezionale dell'amministrazione. Ciò significa che la predeterminazione dei criteri, al fine di essere obiettiva, dovrà essere accompagnata da un'assegnazione di pesi e punteggi ai parametri di valutazione delle proposte. Dunque, una sorta di procedura negoziata per valutare gli aspetti innovativi e migliorativi di ciascuna proposta.

E in tale prospettiva diviene ancora più rilevante il livello di approfondimento dello studio di fattibilità, preliminare alla redazione della programmazione, poiché i criteri di selezione della proposta da inserire nell'avviso indicativo di cui all'articolo 37 *bis*, comma 2 *bis*, della legge n. 109/94, come modificato dalla legge comunitaria 2004, saranno desunti da tale documento.

Peraltro, tale scenario era già stato prefigurato da parte della giurisprudenza amministrativa precedente alla novella legislativa (si veda, tra le altre, sentenza T.A.R. Toscana, sez. II, 2 agosto 2004, n. 2860), che ha sostenuto che la fase di scelta del promotore - pur con le sue peculiarità - deve rispondere ai canoni procedurali che connotano le vere e proprie gare per la scelta del contraente in materia di opere e servizi pubblici. Ancorché l'art. 37 *ter* della legge n. 109/94, non proceduralizza espressamente l'attività di valutazione dell'amministrazione con riferimento alle procedure di gara, la necessità che tale valutazione si svolga all'insegna dei criteri di *par condicio* e di trasparenza (richiesti per il corretto svolgimento delle vere e proprie procedure di gara) appare intrinseca alla stessa natura para-concorsuale emergente nella scelta del promotore, quale attività volta a realizzare l'interesse pubblico alle migliori condizioni possibili per l'amministrazione aggiudicatrice. Ciò comporta, sempre secondo il predetto orientamento giurisprudenziale, la necessità che l'esame delle proposte sia preceduto dalla predeterminazione di criteri

per la valutazione dei vari profili rilevanti (ai fini della dichiarazione di rispondenza del progetto all'interesse pubblico) e che i vari profili siano valutati con assegnazione di pesi e/o punteggi.

Tuttavia, fermo restando che le recenti modifiche normative certamente contribuiranno ad un migliore uso dell'istituto, l'attività di vigilanza ha messo in evidenza anche altre criticità del sistema, oltre a quelle risolte dalla novella legislativa, criticità che possono sfavorire l'utilizzo della finanza di progetto.

E' necessaria, pertanto, una riflessione sugli strumenti idonei a rimuovere detti ostacoli, con un ulteriore miglioramento della disciplina legislativa della finanza di progetto.

In linea generale, è oramai evidente come la finanza di progetto faccia parte del tema più ampio del Partenariato Pubblico-Privato (PPP) (si veda al riguardo il *Libro verde sul Partenariato Pubblico-Privato* pubblicato dalla Commissione Europea) per la realizzazione di opere pubbliche.

E', quindi, da valutare l'opportunità di introdurre nel nostro ordinamento modalità e tecniche contrattuali che prescindano dalla tradizionale concessione di costruzione e gestione, affidando ad un soggetto privato un altro tipo di contratto che comunque comporti la partecipazione dello stesso al finanziamento, nonché alla gestione tecnica o economica dell'opera eseguita, dove per gestione non deve intendersi la prestazione diretta di servizi al cittadino, ma all'amministrazione.

Peraltro, tale possibilità è già implicitamente prevista all'articolo 19, comma 2 *ter*, della legge n. 109/94. Detto comma dispone, infatti, che *le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare in concessione opere destinate alla utilizzazione diretta della pubblica amministrazione, in quanto funzionali alla gestione di servizi pubblici, a condizione che resti al concessionario l'alea economico-finanziaria della gestione dell'opera.*

Tale norma offre la possibilità di realizzare con risorse private le cosiddette *opere fredde*, cioè opere che non sono strumentali alla prestazione di servizi pubblici vendibili all'utenza e perciò tariffabili. Questo è il caso, per esempio, delle carceri, delle scuole, degli ospedali. La disposizione ha però un limite, derivante proprio dall'utilizzo dello strumento concessorio,

limite che consiste nella difficoltà di porre a carico del concessionario l'indicata *alea economico-finanziaria della gestione dell'opera*, fatto salvo che questa non sia considerata quella "normale" di un soggetto che presta servizi a fronte di un corrispettivo.

Inoltre, sarebbe utile chiarire se il promotore possa proporre la realizzazione anche delle *opere fredde* o di quelle opere la cui realizzazione è un obbligo di legge ma che non risultano inserite nei programmi.

Vi sono poi alcuni aspetti specifici della legislazione vigente che costituiscono rallentamenti oppure ostacoli all'utilizzo dello strumento della finanza di progetto.

In particolare, sarebbe necessaria l'eliminazione di alcuni vincoli alla presentazione delle proposte da parte dei promotori e la semplificazione della procedura di aggiudicazione della concessione, soprattutto alla luce delle recenti modifiche normative che, come detto, valorizzano la fase della valutazione delle proposte rispetto alle fasi successive.

Ad esempio, in merito ai termini in cui devono essere presentate le proposte, le attuali disposizioni (art. 37 bis, comma 1, secondo periodo, della legge n. 109/94) prevedono il termine annuale del 30 giugno per la presentazione delle proposte, con la possibilità di riapertura di detto termine fino al 31 dicembre. Tali termini non risultano coerenti con i tempi di approvazione del programma triennale e del bilancio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, che spesso avviene in ritardo. Di conseguenza, il tempo a disposizione dei potenziali promotori risulta in pratica assai più ridotto rispetto a quello teoricamente individuato dal legislatore. Inoltre, se la pubblicazione dell'avviso, che necessariamente segue l'approvazione del programma e del bilancio, avviene a ridosso della prima scadenza fissata dalla legge, non sussiste un tempo sufficiente per la presentazione delle proposte.

Resta da valutare, poi, se è ancora necessario, visto che la scelta del promotore, a seguito delle recenti modifiche legislative, avviene sostanzialmente in gara, procedere con la fase della scelta delle due migliori offerte e della successiva procedura negoziata.

Si potrebbero, infatti, mettere a punto norme che evitino tali successive fasi al fine di ridurre i tempi di realizzazione delle opere.

A tal proposito, risultano presentati in Parlamento alcuni disegni di legge che potranno costituire un'occasione per dare soluzione alle problematiche prima accennate ed alle altre che non si sono qui esaminate, ma che l'esperienza di questi anni ha evidenziato. In particolare, i temi della ripartizione dei rischi, della certezza delle scelte dell'amministrazione e del procedimento di approvazione dei progetti, nonché del regime fiscale.

La soluzione di tali criticità non passa solo per modifiche normative, ma anche per la crescita della professionalità della Pubblica Amministrazione, alla quale potrà dare il proprio contributo l'Autorità attraverso l'emanazione di propri atti (determinazioni o linee guida) che possano dare vita a *best practice* nel settore.

**Il ruolo
dell'Autorità
con riguardo
alla tutela della
concorrenza**

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è organismo diretto a garantire nella materia dei lavori pubblici qualità ed uniformità operativa, in base a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori.

Con l'evoluzione, in questi ultimi anni, della normativa di settore, che ha visto l'introduzione di nuovi soggetti e di nuove modalità di esecuzione degli appalti di lavori pubblici, attraverso il ricorso all'istituto del *general contractor*, ovvero al *project financing*, nonché la sempre più frequente diffusione delle società miste, costituite dagli enti locali per la gestione di servizi pubblici, sono aumentati i rischi di possibili fenomeni di concentrazione e di cartelli tra imprese, con conseguente minaccia di pratiche distorsive del mercato degli appalti, lesive della concorrenza fra gli operatori, della trasparenza e della parità di trattamento.

Potrebbe, infatti, verificarsi una concentrazione del settore degli appalti di lavori pubblici in capo a poche cordate o *pool* di imprese, che si dividono porzioni consistenti del sistema economico nazionale, con la conseguente sottrazione alla competizione di una fetta significativa di mercato pubblico e con un ben più rilevante impatto soprattutto sulla piccola e media impresa con conseguenze imprenditoriali e sociali, specie

in relazione al mercato del lavoro, che potrebbero risultare di forti proporzioni.

Occorre, inoltre, rilevare che l'ordinamento giuridico nazionale ha visto, rispetto al momento in cui il legislatore ha operato la scelta di costituire l'Autorità, non solo l'evoluzione della normativa di settore nei termini sopra delineati, ma anche l'avvio della riforma del Titolo V della Costituzione, con evidenti ricadute, a seguito della normazione autonoma da parte delle Regioni in materia di lavori pubblici, in termini di creazione di mercati regionali e di frammentazione potenziale dei bacini di utenza.

Su tali presupposti normativi, gli interventi dell'Autorità nel settore degli appalti di lavori, che trovano titolo nell'articolo 4, della legge n. 109/94 e s.m.i., vanno inquadrati sotto un profilo che presenta aspetti del tutto peculiari rispetto alla generale tematica della tutela della concorrenza.

Infatti, le istruttorie e le analisi dell'Autorità, con l'esame degli elementi strutturali del settore e dei fenomeni ricorrenti attraverso i quali delineare in maniera più approfondita le caratteristiche e il funzionamento del mercato dei lavori pubblici, rivolgono l'attenzione ad approfondire rilevanti aspetti del funzionamento del mercato come il grado di concorrenza, il grado di mobilità delle imprese, l'andamento dei ribassi d'asta e delle varianti, la tempistica della realizzazione dei lavori, gli scostamenti tra tempi contrattuali e tempi effettivi e le differenze più marcate ricollegabili all'importo dei lavori stessi. L'Autorità pone, inoltre, l'accento sul rapporto tra domanda effettiva e offerta potenziale, il cui confronto permette di valutare il potenziale numero di imprese in grado di partecipare singolarmente a gare per una determinata classifica di importo relativa alla categoria prevalente evidenziata nel bando.

Ad esempio, nell'ampia ed approfondita analisi riportata nel Quaderno n. 4 "Caratteristiche strutturali del mercato dei lavori pubblici", l'Autorità ha esaminato, tra l'altro, il pericolo di concentrazione del "sistema lavori pubblici", ed è emerso che il mercato delle imprese aggiudicatarie è abbastanza mobile, poiché le imprese con sede legale in una regione spesso si aggiudicano lavori al di fuori del territorio di provenienza. In questi casi, tuttavia, le imprese tendono a spostarsi in

regioni limitrofe o vicine. Questo è un chiaro indice di come l'impresa tenda a privilegiare, nella scelta delle gare a cui partecipare, una domanda ben localizzata. Tale comportamento potrebbe anche essere dettato dal fatto che spesso i bandi di gara sono di modesta entità e che quindi le imprese sono costrette a scegliere un mercato ben circoscritto per evitare i costi che dovrebbero sostenere nel caso in cui decidessero di operare su un raggio maggiore.

Mentre nel 1994 l'attenzione era focalizzata sul rispetto delle regole di trasparenza e correttezza da parte delle stazioni appaltanti, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, oggi il *core business* si è spostato, senza ovviamente rinnegare il passato, sull'esigenza di avere mercati liberi e concorrenziali. Anzi, si può dire che questo obiettivo è stato assunto dall'ordinamento come propria finalità da perseguire.

In sostanza, e ancora di più alla luce del nuovo quadro regolamentare europeo, l'Autorità viene inevitabilmente ad esercitare un ruolo di "guardiano della concorrenza" nel settore dei pubblici appalti, con funzione di tutela del rispetto delle regole del libero mercato.

Con specifico riguardo all'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria sono emerse nel corso dell'anno 2004 due delicate questioni interpretative, entrambe concernenti l'applicazione dell'art. 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.i.

La prima questione riguarda la corretta interpretazione del comma 1 *bis* del citato art. 21 e concerne propriamente la possibilità di affermare, in caso di appalti sotto soglia, la sussistenza del potere delle amministrazioni aggiudicatrici di optare per la valutazione nel merito della congruità delle offerte cosiddette anomale, rinunciando all'esclusione automatica delle medesime.

Si tratta di due meccanismi autonomi e distinti, che riguardano ipotesi nettamente differenziate: il primo, di natura discrezionale, rimette all'amministrazione aggiudicatrice il compito di individuare ed escludere l'offerta sospetta di anomalia solo previa verifica della stessa in contraddittorio con gli offerenti; l'altro, cosiddetto automatico, lascia al legislatore il compito di fissare i criteri in base ai quali stabilire se una data

offerta è anomala, con la conseguente esclusione automatica della stessa senza contraddittorio.

La *ratio* della richiamata disciplina è propriamente quella di escludere dalla gara offerte ritenute fuori mercato, le quali, per il fatto di non assicurare all'imprenditore un profitto (o un adeguato profitto) conducono inevitabilmente ad una esecuzione non corretta da parte dell'imprenditore, esponendo l'amministrazione al rischio di irregolarità o ritardi nell'esecuzione di lavori e ad un contenzioso ampio e costoso.

La seconda questione concerne, invece, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare, anche per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa come criterio alternativo a quello del massimo ribasso nelle ipotesi di appalto di sola esecuzione e, quindi, al di fuori delle ipotesi di appalto concorso e concessione di lavori pubblici, per le quali l'utilizzo di detto criterio è già consentito dalle disposizioni normative vigenti.

La questione giuridica di fondo verte, sostanzialmente, sull'esistenza di un conflitto tra il disposto dell'art. 30, comma 1, lett. *a*) e *b*) della direttiva del Consiglio CEE 14 giugno 1993, n. 37, nella parte in cui prevede, in alternativa al criterio del prezzo più basso, il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la normativa nazionale che, per converso, per gli appalti sotto soglia prevede l'utilizzo del solo criterio di aggiudicazione fondato sulla valutazione dell'elemento prezzo.

Si tratta, dunque, di chiarire se il principio posto dal diritto comunitario derivato è meritevole di applicazione solo per gli appalti al di sopra della soglia comunitaria o, al contrario, assuma valore di principio generale come tale idoneo ad espandersi anche al di sotto della soglia comunitaria, travalicando schemi e limiti di carattere meramente quantitativo.

Al riguardo, è in corso di perfezionamento una determinazione di carattere generale dell'Autorità che dovrebbe risolvere le citate difficoltà interpretative.

CAPITOLO 2

L'attività di vigilanza

L'articolo 4, comma 4, lett. *i*), della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni e l'art. 14, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, e successive modificazioni, assegnano all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici la vigilanza ed il controllo sul sistema di qualificazione delle imprese.

L'attività di qualificazione

Nel corso dell'anno, l'attività di vigilanza e controllo ha risentito delle modifiche introdotte al regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici (Decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34). Tali modificazioni, introdotte con la Legge 1° agosto 2002, n. 166 - art. 7, comma 7, lett. *d*) ed attuate con Decreto del Presidente della Repubblica 10 marzo 2004, n. 93, hanno previsto l'istituto della "verifica triennale" in ordine al mantenimento dei requisiti di ordine generale e di capacità strutturale posseduti dalle imprese e riscontrati in sede di rilascio dell'attestazione. Con riferimento alle "verifiche triennali" l'Autorità ha adottato una serie di determinazioni con cui sono stati individuati i necessari passaggi che le S.O.A. devono seguire per l'attuazione delle verifiche triennali, fornendo le linee operative dirette a pianificare l'attività stessa.

L'attività di vigilanza e controllo inoltre, a seguito della spiccata novità del nuovo sistema di qualificazione che ha rimesso a soggetti privati (Società Organismi di Attestazione - S.O.A.) un'attività di valutazione dell'idoneità dei contraenti previsti nel settore degli appalti pubblici di lavori, storicamente riservata alla sfera pubblica, ha risentito delle interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali sviluppatesi di recente.

In proposito, è da evidenziare un orientamento giurisprudenziale del T.A.R. Lazio, (cfr. T.A.R. del Lazio n. 1695 del 24 febbraio 2004) in merito "all'insussistenza in capo all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici di

un potere di intervento diretto di annullamento dell'attestazione" di qualificazione.

Tale orientamento, proprio in ragione della natura privatistica delle S.O.A., esclude la possibilità, da parte dell'Autorità, di incidere direttamente sulle attestazioni rilasciate dalle S.O.A., nel presupposto che l'attestazione trova base in un rapporto privatistico che non può essere inciso dall'Autorità.

Nell'ambito dei procedimenti di controllo *ex art. 14 del D.P.R. n. 34/00*, l'Autorità ha adottato provvedimenti di annullamento delle attestazioni rilasciate sulla base di certificati lavori falsi. Tali provvedimenti, in ordine al succitato orientamento, sono stati oggetto di annullamento o di sospensione degli effetti, con la conseguente "riabilitazione" delle imprese colpite, che hanno conseguito l'obiettivo di tornare a partecipare agli appalti pubblici, ripristinare i lavori nei cantieri degli appalti già conseguiti, acquisire nuovi cantieri, partecipare alle gare.

Solo in seguito ad alcune recenti decisioni del Consiglio di Stato (cfr. Consiglio di Stato Sezione VI, 2 marzo 2004, n. 991, Sezione VI, 2 marzo 2004, n. 993, Sezione VI, 24 gennaio 2005, n. 12, e Sezione VI, 24 gennaio 2005, n. 129), sono state fornite risposte adeguate ai motivi di illegittimità dedotti davanti al Giudice amministrativo dalle imprese interessate.

In merito alla mancanza di un potere di intervento diretto di annullamento delle attestazioni da parte dell'Autorità, il Consiglio di Stato, (Sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991, 2 marzo 2004, n. 993, e 30 marzo 2004, n. 2124), ha espresso l'avviso:

- che la legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni ha inteso attribuire all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici il ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione e, a tal fine, ha assegnato all'Autorità penetranti poteri di vigilanza e controllo sia sulle S.O.A. sia sulle singole attestazioni di qualificazione;
- che fra i poteri ed i doveri dell'Autorità sono compresi quelli di indicare in maniera vincolante il contenuto (rilascio, modifica, ritiro) dell'atto

che le S.O.A. devono adottare, nonché di stabilire i termini, anche molto brevi, in cui esso deve essere adottato;

- che spetta all'Autorità, in caso di inerzia delle S.O.A. in ordine alle indicazioni dell'Autorità, assumere - dandone, ai sensi dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241, contestualmente avviso di avvio del procedimento all'impresa interessata - uno specifico proprio provvedimento avente ad oggetto l'annullamento delle attestazioni;
- che le S.O.A., pur essendo organismi di diritto privato, svolgono una funzione pubblicistica di certificazione che sfocia in una attestazione di natura vincolata con valore di atto pubblico, realizzandosi in tal modo una ipotesi di esercizio privato di una funzione pubblica.

In merito alla non imputabilità all'impresa della manipolazione dei certificati lavori contraffatti, il Consiglio di Stato, (Sez. VI, 24 gennaio 2005, n. 128, e 24 gennaio 2005, n. 129) ha espresso l'avviso che *"la censura in ordine alla non imputabilità della falsità della documentazione è priva di fondamento perché ciò che rileva, ai fini dell'annullamento della attestazione, è il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali è stata conseguita, indipendentemente da ogni ricerca sulla imputabilità soggettiva del falso. Invero, la attestazione deve basarsi su documenti autentici, e non può rimanere in vita se basata su atti falsi quali che siano i soggetti che hanno dato causa alla falsità. Ne consegue che l'attestazione va annullata anche se in ipotesi la falsità non sia imputabile all'impresa"*. In ordine al ridimensionamento dell'attestazione, quando non tutti i certificati lavori sono risultati falsi, il Consiglio di Stato ha espresso l'avviso che *"ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettera m), del D.P.R. n. 34/00, tra i requisiti generali necessari per la qualificazione rientra l'inesistenza di false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti. Se ne desume che la falsa dichiarazione è un fatto di tale gravità da essere di per sé ostativo all'ottenimento della qualificazione a prescindere dal numero e dalla entità dei falsi. Sicché, a fronte di documenti di cui è stata accertata la falsità, correttamente l'Autorità ha proceduto all'annullamento dell'attestazione"*.

Nelle citate decisioni del Consiglio di Stato nn. 128 e 129 si è affrontato, altresì, il problema della possibilità per l'impresa a cui è stata

annullata l'attestazione, di stipulare un nuovo contratto di attestazione. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha osservato che, nel caso di falso non imputabile all'impresa che ha conseguito l'attestazione, deve ritenersi esistente il requisito d'ordine generale di non aver reso false dichiarazioni circa il possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione agli appalti e per il conseguimento dell'attestazione. Dunque, in tal caso, è legittima la stipula di un nuovo contratto di attestazione e da ciò discende l'importanza dell'accertamento della imputabilità del falso, oggetto di una recente richiesta di parere al Consiglio di Stato da parte dell'Autorità.

A seguito delle decisioni del Consiglio di Stato, l'Autorità ha riconosciuto alle S.O.A. la natura di soggetti privati che esercitano una funzione pubblica e che devono conseguentemente poter valutare l'incidenza delle condanne subite per i reati contro la Pubblica Amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il patrimonio o comunque relativi a fatti la cui natura e contenuto pregiudichino negativamente il rapporto fiduciario con la stazione appaltante perché collegabili alla natura delle obbligazioni proprie dei contratti d'appalto.

Per l'adempimento di tale funzione le S.O.A. devono essere messe in condizione di richiedere ed ottenere - così come si evince dal testo del decreto dirigenziale in data 11 febbraio 2004 a firma congiunta dei Direttori Generali della Giustizia Penale e della Direzione Generale per i sistemi informativi automatizzati - i certificati generali del Casellario giudiziale relativi al titolare, ai legali rappresentanti, agli amministratori ed ai direttori tecnici dell'impresa per verificare la veridicità delle dichiarazioni rese da questi soggetti, non potendo residuare dubbi in ordine al fatto che le S.O.A. possano essere correttamente inquadrabili nell'ambito dei titolari di pubbliche potestà e cioè soggetti cui viene espressamente riconosciuto il legittimo potere di richiedere ed ottenere il certificato generale del Casellario giudiziale ai sensi dell'art. 39 del T.U. del 14 novembre 2002, n. 313, anche nei tempi compatibili con il regolare svolgimento delle proprie attività di attestazione.

Rimane tuttavia ampiamente aperto il problema degli scarsi strumenti di accertamento riservati alle S.O.A. in quanto soggetti privati.

L'Autorità, nel corso dell'anno, ha organizzato la vigilanza sul sistema di qualificazione con l'obiettivo del controllo sulle S.O.A. nell'ambito dei seguenti profili:

- struttura organizzativa della S.O.A., comprese le eventuali attività di consulenza esterna e promozionale;
- mantenimento dei requisiti previsti dal regolamento per l'esercizio dell'attività di attestazione;
- indipendenza di giudizio e di imparzialità;
- corretto esercizio dell'attività di attestazione, nel rispetto delle indicazioni fornite dall'Autorità;
- validità delle attestazioni di qualificazione rilasciate.

Controllo sulle S.O.A. sotto il profilo dell'indipendenza del giudizio e di imparzialità e del mantenimento dei requisiti previsti dal regolamento per l'esercizio dell'attività di attestazione

L'attività di vigilanza e controllo è stata esercitata dall'Autorità con iniziativa d'ufficio, su istanza di altra impresa, nonché mediante verifica a campione di un predefinito numero di S.O.A. e di attestazioni rilasciate.

Sul fronte del mercato delle S.O.A. l'anno 2004 è stato caratterizzato da un processo di riduzione del numero di S.O.A. già autorizzate da questa Autorità. Infatti, alcune S.O.A. operanti nel mercato hanno presentato istanze per l'avvio di procedimenti di fusione o cessione di ramo d'azienda, mentre non sono state registrate istanze di nuove autorizzazioni.

Nel corso dell'anno 2004 si sono realizzati dieci processi di fusione per incorporazione, conclusi con esito positivo; inoltre, sono stati ceduti i ramo d'azienda di quattro S.O.A., con contestuale chiusura dell'attività.

Allo stato, la distribuzione geografica a livello nazionale delle S.O.A. autorizzate si presenta secondo la *tabella 2.1*:

Tabella 2.1 – S.O.A. autorizzate, per area geografica

Area geografica	S.O.A. autorizzate
<i>Nord-ovest:</i> Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria, Lombardia	7
<i>Nord-est:</i> Trentino A. Adige, Friuli V. Giulia, Veneto, E. Romagna	8
<i>Centro:</i> Toscana, Umbria, Marche, Abruzzo, Lazio	14
<i>Sud:</i> Campania, Calabria, Basilicata, Puglia, Molise	12
Sardegna	0
Sicilia	3
TOTALE	44