

PARTE I – L’istituzione e il primo quinquennio di attività dell’Autorità

§ 1. Origini e nascita dell’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici.

Con la recente direttiva comunitaria n. 18 del 31 marzo 2004, concernente il “*coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e servizi*” (per il cui recepimento è in corso l’iter del ddl comunitaria 2004), è stata riconosciuta, in ambito europeo, l’esigenza di un’omogeneizzazione del controllo sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici non solo relativi ai lavori, ma anche riguardanti le forniture ed i servizi, da affidare ad una costituita o costituenda – a seconda dei Paesi – autorità amministrativa indipendente.

In Italia l’esigenza di istituire un siffatto organismo indipendente era sorta già nel 1990, allorché l’Autorità garante della concorrenza e del mercato, che aveva ricevuto apposito mandato circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa nel settore dei lavori pubblici, in un rapporto al Presidente del Consiglio dei Ministri ebbe a

segnalare l'opportunità di dar vita ad un soggetto nuovo e neutrale, con compiti di controllo del mercato dei lavori pubblici.

L'intervento del Legislatore – reso ancor più urgente in un momento in cui venivano quotidianamente alla ribalta della cronaca (anni 1992 -1995) fenomeni rilevanti ed endemici di corruzione nel settore degli appalti pubblici – si è realizzato con l'emanazione della legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109, che ha previsto, per l'appunto, l'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici.

Successive modificazioni ed integrazioni alla citata legge quadro sono state apportate, in modo incisivo, tra l'altro, ad opera delle seguenti fonti normative:

- **Legge 2 giugno 1995, n. 216**, recante “Norme urgenti in materia di lavori pubblici” (Merloni bis);
- **Legge 18 novembre 1998, n. 415**, recante modificazioni alla legge 11 febbraio 1994, n. 109, e ulteriori disposizioni in materia di appalti di lavori pubblici (Merloni ter);
- **Legge 1° agosto 2002, n. 166**, recante disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti (Merloni quater);
- **Decreto Legislativo 20 agosto 2002, n. 190**, emanato in attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale;

- **Decreto Legislativo 4 settembre 2002, n. 198**, recante “Disposizioni volte ad accelerare la realizzazione delle infrastrutture di telecomunicazioni strategiche per la modernizzazione e lo sviluppo del Paese, a norma dell'articolo 1, comma 2, della legge 21 dicembre 2001, n. 443”.

Il quadro della normativa è stato, poi, completato con l’emanazione dei regolamenti previsti dalla stessa legge n. 109 del 1994 e, in particolar modo, con il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554 e con il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34.

E’ bene ricordare che l’Autorità ha cominciato ad operare solo nel 1999.

§ 2. Natura e atti dell’Autorità. Rapporti con gli Organi costituzionali e con le Istituzioni.

Già nella legge del 1994, l’Autorità è configurata come un soggetto “terzo” rispetto agli operatori pubblici e privati tra i quali si instaurano rapporti nel settore dei lavori pubblici, che agisce per la salvaguardia di interessi pubblici primari: la libera concorrenza in tema di appalti di lavori pubblici, nonché la qualità dell’opera, l’efficienza, efficacia, economicità,

tempestività, trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa.

Benché svincolata dall'organizzazione ministeriale e, quindi, in posizione di equiordinazione rispetto al Parlamento e al Governo, l'Autorità non vive ed opera in una condizione di isolamento e separatezza rispetto ai soggetti istituzionali titolari delle scelte politiche, ma con essi intrattiene e intreccia rapporti di collaborazione e scambio di informazioni, indispensabili per svolgere a pieno la propria funzione regolatrice del settore delle opere e dei lavori pubblici.

E' collegata con il Parlamento, non solo perché i suoi membri sono scelti d'intesa dai Presidenti di Camera e Senato, ma pure per il colloquio istituzionale che intrattiene con le Camere rispetto alle quali si pone in una posizione di ausiliarietà con analisi di fatti del mercato degli appalti dei lavori pubblici che offre al Parlamento per l'esercizio del controllo politico; ciò, oltre che con la relazione annuale, anche con atti di segnalazione su singoli fatti rilevanti, emersi nel corso dell'attività di vigilanza e ritenuti meritevoli di attenzione da parte degli Organi Legislativi Nazionali.

Sotto l'accennato aspetto l'Autorità si presenta come un importante strumento di osservazione permanente (un occhio attento) su un settore di evidente importanza strategica, pronto a registrare ogni mutamento ed evoluzione, comprese quindi le possibili anomalie e distorsioni, e fornire una rappresentazione completa ed aggiornata della realtà del predetto mercato. Insomma, un aiuto indispensabile a sostegno delle scelte normative, in grado di fornire al Parlamento imprescindibili strumenti di conoscenza e di analisi (anche d'impatto) per oculati interventi legislativi nella materia. L'interazione con gli Organi politici non avviene soltanto con l'esercizio del pur importante potere di referto cui si è fatto cenno sinora, ma soprattutto con quello che è ritenuto il potere principale dell'Autorità: l'emanazione di atti di regolazione propri di ogni Autorità di garanzia.

Come è noto, il potere di regolazione è quello che abilita ad emanare atti di indirizzo volti a conformare i comportamenti di soggetti che agiscono nel mercato.

Questi interventi, sebbene non espressamente previsti dalla Legge n. 109 del 1994, sono, comunque, consoni ad una attività

di individuazione delle *best practices*, propri di ogni autorità indipendente di vigilanza, come peraltro riconosciuto dal giudice amministrativo. Tali interventi hanno portato, in concreto, alla emanazione di atti nei quali si individuano gli elementi per la soluzione di problemi generali o di questioni di massima; di atti che contengono l'indicazione di regole comuni in taluni settori o per specifici momenti dell'attività in materia; di atti che indicano la soluzione di fattispecie specifiche e concrete.

L'Autorità – pur estremamente rispettosa – si badi bene – delle scelte politiche espresse, non solo nelle leggi e nei regolamenti, ma anche negli atti generali delle amministrazioni competenti (circolari, direttive ed altri atti generali) – interviene nel campo riservato alla cosiddetta “discrezionalità tecnica”, laddove vi siano lacune normative o difficoltà interpretative, per orientare gli attori del mercato sul quale esercita la vigilanza.

Per effetto dell'intervento dell'Autorità, in specie quando si tratta di atti deliberativi relativi a casi concreti, si avviano procedimenti di secondo grado, ad opera delle amministrazioni interessate, destinati a chiudersi con atti di annullamento, riforma o revoca, intesi ad eliminare le irregolarità emerse, ma sono

anche possibili – rispetto a tali atti deliberativi dell’Autorità – provvedimenti motivati di conferma da parte delle stesse amministrazioni, quando l’interesse pubblico, alla conservazione dell’attività già svolta, risulti prevalente.

E’ evidente che, così motivate, le regole proposte per l’azione amministrativa, per i comportamenti delle stazioni appaltanti e delle imprese, acquistano validità, forza e persuasione morale di non agevole derogabilità.

Anche per valutare meglio i modi di applicazione dei criteri di efficienza, di efficacia e di economicità – in un’ottica sinergica di sistema – l’Autorità ha scelto di non agire in solitudine, ma di avvalersi degli apporti delle amministrazioni statali, degli enti pubblici, del sistema delle autonomie locali e delle associazioni di categoria, attraverso l’istituzione di tavoli comuni, previa anche la stipula di appositi protocolli d’intesa.

§. 3. Poteri dell’Autorità: esperienze, criticità e prospettive.

Nonostante le significative e rilevanti funzioni assegnate – referente, propositiva, propulsiva – l’Autorità non ha, tuttavia, un potere di interferenza o di ingerenza sulle singole procedure concorsuali e contrattuali, né può promuovere il controllo

giurisdizionale attraverso autonoma impugnazione degli atti di affidamento ritenuti illegittimi, né ha il potere di risolvere in via stragiudiziale le vertenze, dettando la regola da applicare al caso concreto.

Collegati funzionalmente ai compiti d'istituto, all'Autorità sono attribuiti poteri istruttori assai incisivi, suscettibili di essere attivati d'ufficio o su segnalazione di chiunque abbia interesse.

Tali poteri istruttori sono assistiti da poteri sanzionatori diretti a reprimere la violazione di uno stringente dovere di informazione che grava su tutti gli operatori del settore nei confronti dell'Autorità.

Tuttavia, a poteri istruttori così pregnanti e così supportati, sotto il profilo dell'efficacia e dell'effettività, da significative sanzioni, non fanno riscontro poteri diretti ad incidere sulle procedure di affidamento degli appalti di lavori, né sulle fasi esecutive dei relativi contratti.

Infatti, il potere sanzionatorio di cui è titolare l'Autorità risulta unicamente rivolto a sanzionare condotte inadempimenti rispetto al predetto dovere di informazione.

Per ovviare ai limiti anzidetti e fornire all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici adeguati ed efficaci strumenti per il perseguimento dei compiti ad essa affidati, sono auspiccate — anche da associazioni di imprese del settore — apposite iniziative legislative, dirette al riconoscimento, alla stessa, di poteri coercitivi o impositivi sugli operatori del settore, che la rendano in grado di incidere direttamente sui casi concreti.

§ 4. Poteri dell'Autorità: vigilanza e controllo sul sistema di qualificazione

Nella funzione generale di vigilanza rientra, poi, l'attività di controllo sul sistema di qualificazione delle imprese, improntato al principio del rispetto di determinati standards di qualità dei lavori pubblici.

In tale ambito, legge e regolamento attribuiscono all'Autorità un ruolo effettivo di vigilanza del mercato delle imprese, connesso con poteri di amministrazione attiva: ad essa spetta, infatti, il rilascio dell'autorizzazione alle società di diritto privato (SOA) — previa verifica dei requisiti previsti — per l'esercizio dell'attività di attestazione di qualità delle imprese che agiscono sul mercato delle costruzioni; tale funzione di vigilanza si estende anche al concreto operare delle società di attestazione,

in particolare mediante il controllo sul permanere dei requisiti suddetti, con poteri di verifica e, eventualmente, di revoca delle autorizzazioni.

L'Autorità, poi, indica, con atti generali, le regole che devono essere seguite dalle SOA nell'attività di attestazione; definisce, su istanza delle imprese che chiedono l'attestazione, le modalità di esecuzione dei contratti in corso con le SOA; verifica su ricorso di un'impresa l'esattezza dell'attestazione rilasciata ad altra impresa. Il mancato conformarsi della SOA alle indicazioni solutorie di queste controversie può comportare la revoca dell'autorizzazione. Dalla concreta esperienza di questi anni risulta, però, l'esigenza di un sistema differenziato d'intervento da parte dell'Autorità sulle SOA, che potrebbe realizzarsi con l'introduzione di provvedimenti sanzionatori graduati, sia afflittivi che pecuniari, volti a reprimere le irregolarità accertate: dalle meno gravi sino a quelle che comportano il provvedimento di revoca.

Ciò potrebbe avvenire anche con l'attuazione del disposto di cui all'art. 7, comma 4, della legge 1° agosto 2002, n. 166, che

autorizza il Governo a modificare in tal senso il regolamento attualmente vigente, il D.P.R. n. 34 del 2000.

Per il buon funzionamento del sistema è indispensabile che l'Autorità faccia uso di tutti gli strumenti idonei ad assicurare la trasparenza; a rendere effettiva – con uno specifico controllo sul carattere dell'indipendenza – l'impermeabilità delle SOA ad interessi diversi da quello che attiene al corretto svolgimento delle operazioni di qualificazione.

E' questa la ragione per la quale l'attività di vigilanza dell'Autorità si è spesso diretta a verificare che le normali vicende societarie delle SOA non revocassero in dubbio la necessaria indipendenza di giudizio delle stesse. In altre parole, le finalità sopra dette impongono che le SOA siano e si mantengano immuni da situazioni di incompatibilità, che inciderebbero sull'imparzialità della loro azione.

Parimenti, non è consentito alle singole società organismo di attestazione (SOA) di seguire criteri non uniformi, perché un simile comportamento non soltanto viola il principio di parità di trattamento delle imprese, ma comporta anche una violazione dei

principi di libera concorrenza tra i soggetti che operano sul mercato.

Per prevenire o per eliminare questi rischi, gli interventi dell'Autorità – pur con i limiti normativi dianzi accennati – sono stati incisivi, verificando il mantenimento della prescritta netta separazione tra le SOA e le imprese richiedenti l'attestazione e vigilando sulla uniforme applicazione delle indicazioni dell'Autorità circa i criteri per il rilascio della attestazione stessa.

Sul fronte delle imprese, qualificate dalle SOA, è, inoltre, assegnata all'Autorità una funzione di verifica, anche a mezzo di ispezioni, ed una funzione di controllo, anche a campione, sulle attestazioni rilasciate, con conseguente potere di annullamento e modifica delle attestazioni stesse. L'esercizio di questo potere è inteso alla pubblica finalità di estromettere dal mercato imprese prive dei requisiti o di dimensionarne le possibilità operative nei limiti delle loro effettive capacità.

Mentre nessun dubbio è stato sollevato sui poteri di vigilanza sulle società di attestazione sopra illustrate, perplessità sono sorte, invece, in merito alla sussistenza, in capo all'Autorità,

di poteri di controllo puntuale sulle singole attestazioni, di cui si fatto cenno da ultimo.

La ricostruzione di un quadro di certezza al riguardo la si deve all'intervento della giurisprudenza amministrativa, che ha contribuito a definire gli ambiti e i limiti dei poteri esercitabili dall'Autorità, dando conforto alle iniziative assunte dalla stessa.

Così, nelle pronunce n. 991 e n. 993 del Consiglio di Stato, Sesta Sezione, entrambe datate 3 febbraio 2004 e depositate il 2 marzo successivo, è pacificamente riconosciuta la funzione di sovrintendere al sistema di qualificazione delle imprese.

Nelle citate pronunce è stato, infatti, chiarito che il controllo pubblico sugli organismi privati di qualificazione, previsto dal Legislatore allo scopo di assicurare il virtuoso andamento del mercato ed affidato alla cura dell'Autorità, sarebbe vanificato qualora al titolare di detto potere, e cioè all'Autorità, fosse interdetto, in caso d'inerzia della SOA, l'annullamento dell'attestazione viziata.

Difatti, senza questo potere d'intervento diretto sulla attestazione illegittimamente rilasciata, si consentirebbe alle

imprese, non in possesso di requisiti idonei, di continuare a partecipare alle gare d'appalto *sine die*.

Nelle medesime pronunce giurisdizionali sono, altresì, declinati i presupposti ed i limiti da osservare nell'esercizio di tale potere di annullamento delle attestazioni e cioè:

- I) l'inerzia della SOA, che omette di assumere l'atto richiesto (rilascio, modifica o annullamento dell'attestazione) conseguente all'esito di un procedimento di accertamento effettuato dall'Autorità ;
- II) il rispetto delle disposizioni di cui alla legge n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo, ivi compreso l'obbligo di avviso dell'avvio del procedimento all'impresa interessata.

Pertanto, in prima battuta l'Autorità deve indicare alla SOA il contenuto dell'atto da adottare, assegnando un termine molto breve, decorso il quale può intervenire direttamente, avviando l'iter di un procedimento che si conclude con l'adozione di un provvedimento finale di rilascio, modifica o annullamento dell'attestazione e deve svolgersi nel rispetto della legge generale sul procedimento sopra citata.

Il sistema si completa con l'avvenuta attivazione del casellario informatico che offre alle stazioni appaltanti, oltre alla puntuale conoscenza delle attestazioni rilasciate a tutte le imprese, anche elementi di valutazione relativi alle idoneità delle imprese stesse e dati sul loro comportamento in sede di esecuzione di precedenti contratti di appalto di lavori pubblici.

Fatti e dati rilevanti dell'attività di qualificazione sono iscritti, infatti, nel menzionato casellario a cura dell'Autorità.

PARTE II – Le novità provenienti dall'ordinamento comunitario e da quello interno

§.1. Premessa

Nella prima parte è stato illustrato lo stato dell'arte – per così dire – frutto dei primi cinque anni di vita di questo Organismo. In questa parte ci si soffermerà brevemente sulle novità dell'ordinamento interno e di quello comunitario, destinate ad incidere sulle linee di attività dell'Autorità all'inizio del nuovo mandato.

Non può sottacersi, peraltro, che sulle prospettive d'azione dell'Autorità avranno un peso rilevante talune novità provenienti da fonti comunitarie e interne.

§ 2. La direttiva comunitaria in materia di appalti pubblici

Quanto alle novità in ambito europeo, di grande rilievo è, per l'appunto, quella introdotta dalla direttiva n. 18 del 31 marzo di quest'anno citata all'inizio, concernente il "*coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi*" (che dovrà essere recepita dagli Stati membri entro il 31 gennaio 2006).

Infatti, la citata direttiva riconosce l'esigenza di un controllo sulle procedure di aggiudicazione e la necessità di armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri nella materia in parola, attraverso la previsione della facoltà di designare o istituire — a seconda dei Paesi — un organismo indipendente che eserciti i predetti compiti di vigilanza.

In Italia sembra naturale ipotizzare che il recepimento della direttiva in parola conduca al confluire dei nuovi compiti relativi a tutti gli appalti pubblici (siano essi di lavori, servizi o forniture) all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici: ciò sia perché