

stringenti di intervento sul mercato vigilato, ma anche di uno sviluppo strategico della stessa, tenuto conto delle complessità indotte dalla maggiore dimensione e dalla molteplicità ed eterogeneità dei diversi contenuti da trattare a fini di vigilanza.

A tal fine, già nella Relazione annuale dello scorso anno è stata suggerita l'intensificazione dello scambio, con reciproca utilità, di dati ed informazioni con ulteriori soggetti istituzionali (Ministero dell'Interno, DIA, Ministero dell'Economia e delle Finanze, CIPE, Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti, Banca d'Italia, INPS, INAIL, Casse Edili, ecc.) i quali perseguono obiettivi affini tesi al contrasto nei confronti della criminalità organizzata, alla disciplina e al monitoraggio degli investimenti pubblici, all'ottimizzazione dei flussi di cassa in termini di incassi e pagamenti, alla protezione dei lavoratori, all'incentivazione delle imprese virtuose.

E l'Autorità, come illustrato nella Relazione, si sta muovendo con decisione in tal senso.

Ma a ciò deve accompagnarsi il potenziamento dell'Osservatorio dei lavori pubblici, centro nevralgico di raccolta, controllo, gestione ed elaborazione dati relativi a lavori, forniture e servizi pubblici.

Sarà poi necessario riorganizzare l'intera struttura dell'Autorità, volta a ridefinire le metodologie della vigilanza e del monitoraggio sull'intero ciclo di vita dei contratti pubblici, in linea con la pluralità delle prestazioni contrattuali e dei soggetti vigilati.

E in tale ottica meritano certamente attenzione le disposizioni del Codice - articoli 6, 7 e 8 - che riconoscono all'Autorità, rispetto all'impianto originario della legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., una maggiore autonomia organizzativa e finanziaria, sebbene con i limiti evidenziati nella Relazione.

Questi gli obiettivi che, a breve termine, l'Autorità sarà chiamata a realizzare, dovendo tuttavia necessariamente coniugare "i fini con i mezzi".

A questo proposito mi corre l'obbligo di esprimere le preoccupazioni del Consiglio e mie personali per la dilazione dell'entrata in vigore del provvedimento che avrebbe dovuto consentire di programmare in modo tempestivo l'acquisizione delle nuove professionalità indispensabili per l'espletamento delle nuove competenze anche in settori particolarmente specialistici.

Sento, altresì, il bisogno di esprimere pure a nome dell'intero Consiglio, il vivo apprezzamento per l'opera di

grande impegno e professionalità che l'attuale personale dell'Autorità - pur in un periodo di transizione connotato da incertezze di vario tipo - sta dispiegando per assolvere al meglio le funzioni assegnate presenti ed in divenire.

Ricordo anche che dal 20 febbraio c.a. è entrato in vigore il nuovo sistema dell'autofinanziamento (introdotto dalla legge finanziaria 23 dicembre 2005, n. 266) che ha visto scendere da circa 20 a 3,8 milioni l'anno i trasferimenti dal bilancio dello Stato.

Sistema, questo, che prevede il pagamento di un contributo da parte degli operatori per ogni singolo appalto o contratto e che ha comportato e comporta non pochi e non facili problemi attuativi.

L'auspicio è che con tali nuove entrate, da estendere ai nuovi settori, si possa adeguare la struttura dell'Autorità alle nuove competenze ad essa assegnate dal nuovo Codice e che il Governo - nell'emanare le disposizioni integrative di quelle contenute nel Codice stesso - voglia tener conto dell'esigenza di conferire all'Autorità poteri più stringenti di intervento e controllo sul mercato vigilato e, nel contempo, maggiori possibilità di adeguamento della stessa alle nuove funzioni.

Si esprime questo auspicio anche nella consapevolezza che l'Autorità possa contribuire, con il proprio operato, alla ripresa dell'economia italiana, attraverso la piena tutela della libera concorrenza, quale presupposto indefettibile per un nuovo ciclo di sviluppo del nostro Paese.

Come ha acutamente osservato il Consiglio di Stato nel parere reso sul nuovo Codice dei contratti, lo spostamento sugli esecutori di parte delle attività tradizionalmente espletate dalle Amministrazioni e l'aumento della discrezionalità di questi ultimi, affida all'Autorità un ruolo centrale per l'equilibrio del sistema in quanto essa viene a costituire il momento di garanzia del rispetto dei principi di tutela della libera concorrenza e dei principi di buon andamento, sia nella fase dell'affidamento sia in quella dell'esecuzione dei contratti, nonché il punto di riferimento e di raccordo con il mondo delle autonomie.

E' da notare, poi, che l'esercizio della vigilanza da parte dell'Autorità su tutti i settori contemplati nel Codice, può avere degli effetti assolutamente positivi in termini di riduzione della spesa pubblica.

Si pensi, infatti, che - a parità di risultati - il risparmio di costi tra un progetto sottoposto a monitoraggio analitico du-

rante il suo intero ciclo di vita (pianificazione, programmazione, studio di fattibilità, progettazione, aggiudicazione e realizzazione) e lo stesso progetto controllato con tecniche empiriche o approssimative, è stato stimato in circa un terzo del suo costo totale.

Pertanto, anche in considerazione delle nuove tipologie contrattuali sottoposte alla vigilanza dell'Autorità, si potrebbe incidere significativamente sull'attenuazione degli sprechi, sulla sostenibilità del bilancio pubblico, sul rafforzamento strategico delle imprese a fini di competitività e sul benessere sociale.

Questa è la sfida che attende la collettività nazionale anche per il rapido mutamento dello scenario economico mondiale.

Al superamento di detta sfida, volta a rilanciare la competitività del Paese, l'Autorità tutta è intenzionata a fornire il massimo contributo con senso istituzionale e con la piena consapevolezza che la propria opera rappresenta un tassello essenziale, assieme a molti altri, per la costruzione di un percorso di rilancio dell'economia del nostro Paese.

PAGINA BIANCA



Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Relazione annuale 2005

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture

Presidente

Alfonso Maria Rossi Brigante

Componenti del Consiglio

Alessandro Botto

Giuseppe Brienza

Luigi Giampaolino

Guido Moutier

INDICE

1. Il quadro normativo e giurisprudenziale.....
2. L'attività di vigilanza.....
3. L'attività dell'Osservatorio sui lavori pubblici.....
4. Le opere pubbliche: analisi della domanda, dell'offerta e
dell'efficienza.....
5. I rapporti istituzionali.....
6. L'analisi del contenzioso arbitrale.....
7. Conclusioni e prospettive.....

PAGINA BIANCA

CAPITOLO 1

IL QUADRO NORMATIVO E GIURISPRUDENZIALE

1. Il quadro normativo (comunitario e interno)

In data 2 maggio 2006 è stato pubblicato in G.U. il decreto legislativo 13 aprile 2006, n. 163, recante il “Codice dei contratti pubblici, relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE”.

Un’opera di codificazione, questa, imponente e che merita certamente apprezzamento, poiché volta ad aggiornare e coordinare in un vero e proprio testo unico le norme preesistenti, in una logica di semplificazione e di riordino, ma anche di uniformazione delle discipline dei diversi settori di contratti pubblici, nel quadro non solo della disciplina recata dalle predette direttive, ma anche della giurisprudenza comunitaria.

È, peraltro, auspicabile una tempestiva adozione del nuovo regolamento di attuazione del Codice stesso, al fine di consentire agli operatori pubblici e privati di agire in un contesto normativo chiaro ed unitario (come stabilito dal Codice infatti, gli attuali D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, relativi ai lavori, continueranno ad applicarsi fino all’emanazione del nuovo regolamento).

Ma l’avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto legislativo n. 163/2006 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 procedure 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, l’Autorità ha fornito in data 21 luglio 2005, con un proprio documento, un preliminare contributo alla Commissione istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri ai fini della predisposizione dello schema di decreto legislativo da

emanare in attuazione dell'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria per l'anno 2004), recante delega al Governo per l'attuazione delle citate direttive.

In primo luogo, è stato posto in rilievo che le direttive stesse perseguono principalmente tre finalità: semplificazione e chiarificazione del sistema normativo esistente, maggiore flessibilità delle procedure per l'aggiudicazione degli appalti e maggiore attenzione alle esigenze ambientali e sociali. A tal riguardo, la direttiva 2004/18/CE prevede delle nuove procedure di selezione delle offerte: 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.

Ai fini del recepimento nel nostro ordinamento dei nuovi istituti di cui trattasi, l'Autorità, con il menzionato documento, ha espresso le seguenti considerazioni.

**Dialogo
competitivo**

L'Autorità ha ravvisato la necessità di addivenire ad una definizione di "appalto particolarmente complesso", condizione posta dal legislatore comunitario per avvalersi della procedura in questione.

Poiché tale nozione può investire sia il profilo dell'impegno tecnico dell'intervento sia quello della sua fisionomia giuridica e finanziaria, si suggeriva di valutare se detto nuovo strumento potesse essere utilizzato anche per le concessioni. Il ricorso all'istituto in esame sembra, infatti, particolarmente adatto nel caso di *project financing*, in quanto consentirebbe di articolare la procedura di aggiudicazione secondo uno schema più chiaro rispetto a quello attuale, senza peraltro conferire ad un unico soggetto (promotore) una posizione di vantaggio iniziale che può alterare il meccanismo concorrenziale (soprattutto con l'attuale previsione del diritto di prelazione). Inoltre, ciò consentirebbe di ridurre il rischio di ritardi, inefficienze o mancanza di coordinamento tra amministrazioni, in quanto il dialogo competitivo presenta aspetti di maggior flessibilità procedurale rispetto a quelli previsti per la finanza di progetto nella legge quadro.

In ultimo, l'utilizzo di detto sistema potrebbe offrire alle amministrazioni la possibilità di combinare i migliori elementi delle proposte ricevute, previo assenso dei soggetti interessati alla divulgazione dei relativi dati, per ottenere un progetto migliore.

L'Autorità rilevava, inoltre, la necessità di individuare normativamente le fasi in cui si articola la procedura, evidenziando la possibilità di transitare dall'esperimento del dialogo competitivo alla procedura negoziata con pubblicazione di bando oppure senza pubblicazione del bando ma, in quest'ultimo caso, solo se vengono attratti nella procedura negoziata tutti e soltanto gli offerenti che nel dialogo competitivo "hanno presentato offerte, semprechè siano conformi ai requisiti formali della procedura di aggiudicazione".

Il Codice ha disciplinato l'istituto all'art. 58 provvedendo in effetti a fornire una definizione di appalto particolarmente complesso, come evidenziato da questa Autorità, mentre non è prevista l'applicazione di tale procedura all'affidamento delle concessioni, ivi compreso il *project financing*.

Inoltre, si evidenzia che il legislatore ha specificamente individuato procedimento e termini per l'attuazione dell'istituto di cui trattasi senza tuttavia addivenire ad una sistemazione organica dello stesso; infatti la relativa disciplina è ricompresa nelle disposizioni che riguardano in generale tutte le procedure di aggiudicazione.

L'Autorità, nel documento richiamato, ha evidenziato che trattasi 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. Per tale ragione, in sede di recepimento, sarebbe stato opportuno valutare i riflessi che l'applicazione di questo istituto avrebbe comportato a livello di atti di programmazione pluriennali o annuali delle singole amministrazioni.

Accordo quadro

In merito, l'Autorità ha osservato che se tale istituto non sembra confliggere con la attuale disciplina in materia di servizi e forniture, per gli appalti di lavori pubblici la normativa nazionale prevede l'espletamento di

gare in relazione a singoli interventi, sebbene un'applicazione del nuovo istituto sembrerebbe auspicabile soprattutto per i lavori di manutenzione che spesso richiedono interventi seriali e da eseguire in un determinato arco di tempo.

Tale suggerimento è stato recepito all'art. 59 del Codice, dove è espressamente previsto che per i lavori pubblici l'istituto è ammesso in relazione ai lavori di manutenzione e nei casi in cui venga in rilievo il carattere della serialità e della standardizzazione dell'esecuzione degli interventi.

**Sistemi
dinamici di
acquisizione
e aste on-line**

L'Autorità ha evidenziato che la direttiva in esame prevede due punti di contatto tra l'utilizzazione delle tecnologie elettroniche e gli affidamenti di appalti pubblici: a) l'uso del mezzo elettronico nelle comunicazioni e nelle presentazioni delle offerte e b) le procedure di aggiudicazione elettronica.

In sede di attuazione, ha precisato l'Autorità, si dovrà verificare in che misura i mezzi elettronici siano realmente in grado di assicurare, insieme alla riduzione dei tempi necessari per l'espletamento delle gare, anche l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte. Il legislatore nazionale è chiamato, dunque, a regolare in maniera dettagliata le modalità di ricorso a tali sistemi informatici ed i relativi strumenti e garanzie a tutela della sicurezza delle informazioni con gli stessi trasmesse.

E' stato altresì rilevato che, trattandosi di un meccanismo di valutazione automatica delle offerte, occorrerebbe inserire apposita disposizione normativa che specifichi che possono essere oggetto dell'asta elettronica solo gli elementi quantificabili in modo da poter essere espressi in cifre o percentuali, restando esclusi da tale valutazione gli aspetti che implicano una valutazione di elementi non quantificabili. Le amministrazioni non potranno, quindi, ricorrere a tale istituto per appalti di lavori o servizi che implicano prestazioni intellettuali. In particolare, resta fuori dal meccanismo dell'asta elettronica la progettazione dei lavori e, ovviamente, il dialogo competitivo.

Tutte le volte in cui l'amministrazione decide di ricorrere a detto istituto occorre, quindi, precisare nel bando di gara sia la procedura

adottata ed il criterio di aggiudicazione scelto, sia indicare espressamente che l'aggiudicazione sarà preceduta da un'asta elettronica, chiarendo se la stessa riguarderà solo i prezzi ovvero i prezzi e/o altri elementi dell'offerta.

Anche con riferimento al sistema delle aste *on-line*, l'Autorità ha suggerito che, in sede di recepimento, si prevedessero le necessarie garanzie di sicurezza e trasparenza necessarie in ogni fase di gara; in caso contrario infatti si incorrerebbe nel rischio di limitare o distorcere la concorrenza, ovvero esasperare la competitività tra le imprese fino ad arrivare a ribassi tali da non garantire la qualità delle offerte.

Il Codice, all'art. 77, comma 3, ha recepito i suggerimenti formulati dall'Autorità in relazione alla necessità di garantire l'integrità dei dati e la riservatezza delle comunicazioni in via elettronica, rinviando alla normativa vigente in materia di amministrazione digitale. Per quanto attiene poi alla richiesta esclusione dal campo di applicabilità dell'istituto in questione degli appalti di lavori e servizi aventi ad oggetto prestazioni intellettuali, essa è stata prevista all'art. 3, comma 15, del Codice nell'ambito delle Definizioni.

Infine, al comma 12 dell'art. 85, il Codice ha rinviato al regolamento attuativo l'individuazione della disciplina positiva in particolare in materia di modalità procedurali tecniche e di esercizio del diritto di accesso.

Nel documento citato, l'Autorità ha poi affrontato il tema dell'avvalimento.

Principio di
avvalimento

In base alle disposizioni della direttiva, per una singola gara gli operatori economici possono far valere i requisiti di capacità tecnica ed economica di altri soggetti senza che assuma rilevanza la natura giuridica dei rapporti tra il concorrente alla gara e l'effettivo titolare dei requisiti impiegati in concreto.

Diverso è il caso dell'avvalimento dei requisiti economico e tecnico professionali di altra impresa ai fini dell'iscrizione in elenchi ufficiali di qualificazione (e cioè per l'esperienza italiana, l'attestazione S.O.A., o, per i servizi, l'iscrizione ad esempio all'albo delle imprese autorizzate allo smaltimento dei rifiuti) ammesso, ai sensi dell'art. 52 della direttiva n.

18, esclusivamente ad “operatori economici facenti parte di un gruppo e che dispongono di mezzi forniti da altre società”.

Pertanto, nel caso previsto dagli artt. 47 e 48, il legislatore comunitario ha ritenuto sufficiente che la prova della disponibilità, in capo al concorrente, dei mezzi e risorse del terzo “avvalente” venga fornita sulla base di un espresso impegno in tal senso di quest’ultimo, mentre nell’ipotesi di iscrizione in albi ufficiali detto impegno dovrà abbinarsi, quale ulteriore condizione, il dato fattuale rappresentato dall’appartenenza del concorrente e del titolare dei requisiti ad un medesimo gruppo imprenditoriale.

Applicando tale principio al nostro ordinamento sarà, quindi, possibile che il rilascio dell’attestazione S.O.A. avvenga grazie al cumulo tra i requisiti di capacità tecnica ed economica propri dell’aspirante alla qualificazione e quelli di cui siano titolari effettive diverse società del gruppo imprenditoriale di cui il soggetto da qualificare fa parte. Il che imporrebbe al legislatore nazionale di rivedere sensibilmente il sistema di qualificazione previsto nel D.P.R. n. 34/2000.

Stesso discorso per le ATI, per le quali gli artt. 47, comma 3, e 48, comma 4 della direttiva n. 18, prevedono che l’avvalimento dei requisiti deve essere permesso, alle stesse condizioni previste per le imprese singole, anche agli operatori economici che facciano parte di un raggruppamento, con ciò consentendo che quest’ultimo faccia “affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”. In altri termini, i requisiti richiesti dal bando devono essere fatti valere dall’ATI nel suo complesso (non solo rivolgendosi all’esterno, ma) anche per il tramite di una sorta di riferimento “incrociato” e reciproco alle capacità dei singoli partecipanti al raggruppamento.

Appare, dunque, evidente che nel recepimento di simili disposizioni occorrerà trovare un punto di equilibrio tra esigenze di apertura del mercato e del confronto concorrenziale ed il sistema di garanzie posto a tutela degli interessi delle stazioni appaltanti. Si deve, infatti, ad esempio considerare che l’applicazione dei principi appena illustrati comporterà uno spostamento soggettivo delle responsabilità connesse all’esecuzione dell’appalto. Un’impresa, cioè, potrà partecipare ad una gara pur non