

E proprio in relazione a quelle esigenze di tutela ed a quei principi il Consiglio di Stato, nel parere reso sul regolamento di attuazione della legge quadro (poi D.P.R. n. 554/1994; cfr. Ad gen. del 12 luglio 1999, pp. 21 e 72), aveva ritenuto, con riferimento agli artt. 150 e 151, che “la nuova impostazione data dalla legge all’istituto arbitrale possa ancora costituire un rimedio rapido ed efficiente per la risoluzione delle controversie in materia di lavori pubblici”; ciò in quanto la creazione di un’unica cabina di regia e l’istituzione di strumenti volti ad assicurare pubblicità, trasparenza e maggiore imparzialità nella composizione dei collegi, è lo strumento più idoneo a consentire “il controllo della collettività sul numero degli incarichi conferiti e sul modo con cui essi vengono svolti”, nonché “sull’entità dei compensi”.

Alla luce delle considerazioni che precedono, deve essere oggi valutato il parziale superamento dell’originario disegno normativo, realizzato, come il Consiglio di Stato non aveva mancato di rilevare (v. parere cit.), anche al fine di superare le critiche “di chi vedeva nell’istituto arbitrale un sistema diretto in via quasi esclusiva a favorire l’imprenditore a danno dell’Amministrazione”.

PAGINA BIANCA

CAPITOLO 7

CONCLUSIONI E PROSPETTIVE

Al termine di questa Relazione, contenente la disamina dell'attività svolta nel corso del 2005, sembra opportuno porre in evidenza il ruolo primario e strategico che l'Autorità ha ricoperto e ricopre nel mercato degli appalti pubblici.

Un ruolo preminente, questo, ove si consideri che l'efficacia delle norme dirette a garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche e l'imparzialità e la trasparenza delle procedure contrattuali delle amministrazioni, dipende in primo luogo dalla funzionalità dei meccanismi di controllo e degli strumenti intesi a favorirne il rispetto e la piena applicazione, mediante la vigilanza e l'adeguato sanzionamento dei comportamenti adottati in loro violazione.

Sulla base di tali considerazioni appare, dunque, evidente l'importanza ed il rilievo del ruolo rivestito da questa Autorità, istituita proprio per perseguire tali finalità.

E ciò è tanto più evidente ove si consideri che già nel lontano 1992, l'Autorità Garante della concorrenza e del Mercato¹ aveva auspicato la creazione di un sistema di controlli esterni alle amministrazioni appaltanti, attivabili d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati, operante a livello nazionale e finalizzato a garantire la regolarità delle procedure di aggiudicazione dei contratti.

Ciò nella considerazione per cui il mercato degli appalti, regolato all'epoca da un'elevata frammentazione del quadro normativo di settore, si presentava con non pochi aspetti critici, come l'incapacità delle amministrazioni di programmare e di coordinare gli appalti soprattutto di lavori, il ricorso frequente alla trattativa privata, la mancata esecutività dei

¹Rapporto in materia di appalti pubblici del 01/07/1992, presentato - ai sensi dell'art. 24 della legge 10/10/1990 n. 287 - dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.

progetti. Aspetti, critici, questi, che avevano favorito un sistema caratterizzato (certamente più nella prassi che nella normativa) da un'ampia discrezionalità delle amministrazioni - da un lato - e dal diffondersi di fenomeni di corruzione e di collusione, anche di tipo mafioso - dall'altro.

Così, per arginare siffatte criticità e, quindi, garantire l'osservanza dei 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, è stata istituita questa l'Autorità, come previsto nell'art. 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m.

Un organismo, quindi, posto a tutela di un settore strategico dell'economia, qual è il mercato degli appalti pubblici, nel primario interesse del rispetto della libera concorrenza, la quale peraltro assurge a valore fondamentale anche per il rilancio della competitività e dell'economia nel nostro Paese.

E' quanto evidenziato anche nell'ultima Relazione annuale della Banca d'Italia del 31 maggio 2006, nella quale è stato osservato che *"l'intensificazione della concorrenza, l'ampliamento dello spazio per l'esplicarsi dei meccanismi di mercato sono necessari al rilancio produttivo e complementari a scelte di equità. La concorrenza costituisce il miglior agente di giustizia sociale in un'economia, in una società, come quella italiana, nella cui storia è ricorrente il privilegio di pochi fondato sulla protezione dello Stato"*.

Infatti, *"modernizzazione, concorrenza, meritocrazia, per premiare i migliori in tutti i settori della societàè la nuova frontiera su cui dobbiamo impegnarci"* si legge nella Relazione di Confidustria del 25 maggio 2006.

Appare, dunque, evidente l'attualità dei compiti svolti da questa l'Autorità, la quale - come soggetto *indipendente* dalle amministrazioni appaltanti, svincolato dal potere politico ed altamente specializzato - rappresentava, come rappresenta, *la risposta più adeguata per la tutela della concorrenza e, quindi, per il raggiungimento dell'auspicato rilancio dell'economia e della competitività*.

Si ricordi, al riguardo, che tra i principi fondamentali della legge quadro la Corte Costituzionale ha espressamente individuato quello relativo alla istituzione dell'Autorità di vigilanza, che *"rappresenta uno dei cardini della riforma della materia"*, le cui attività *"assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici"* (Corte Cost., Sentenza 23 ottobre 1995, n. 482).

Dall'altro canto, tale istituzione, costituisce anche adempimento agli obblighi derivanti all'ordinamento comunitario volti a garantire e rafforzare l'effettività del diritto comunitario nella materia degli appalti tramite lo sviluppo, secondo il principio di sussidiarietà, di una rete di organismi ed autorità nazionali indipendenti operanti, in base ai principi comuni ed in stretta collaborazione tra loro e con la Commissione europea.

Con riferimento a tale aspetto, peraltro, si evidenzia che anche la Direttiva 2004/18 del 31 marzo 2004, relativa al *"coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi"* (che si sarebbe dovuta recepire entro il 31 gennaio 2006), ha previsto espressamente l'istituzione di *"agenzie indipendenti"*, per il controllo sulle procedure di aggiudicazione.

L'Autorità, configurata (nel quadro delineato dal legislatore) come un soggetto *"terzo"*, altamente qualificato e fortemente specializzato, è stata quindi, ed è chiamata principalmente ad esercitare una sorveglianza approfondita e puntuale su di un ambito, quello dei lavori pubblici, ritenuto strategico dall'ordinamento, sì da cogliere con tempestività i fenomeni economici, tecnici e giuridici, che si verificano nella propria sfera di competenza. Una funzione questa che impone una posizione di imparzialità e di totale indipendenza da altri poteri statali e di neutralità rispetto agli interessi tutelati, quale espressione di garanzia dell'osservanza del principio di libera concorrenza, che assurge a norma di rango primario nel novero dei principi fondamentali dell'Unione Europea.

Quale soggetto imparziale, quindi, l'Autorità agendo per il perseguimento dell'interesse pubblico primario (la necessità di assicurare la libera concorrenza in tema di appalti di lavori pubblici nonché la qualità dell'opera, l'efficienza, efficacia, tempestività, trasparenza e correttezza

dell'azione amministrativa) agisce esclusivamente secondo parametri di equità di condotta, mediante l'apprezzamento di tutti gli interessi del settore, privati e pubblici.

Deve, tuttavia, osservarsi che a funzioni di tale importanza, non corrispondono, invero, nell'attuale quadro normativo, poteri coercitivi o impositivi sugli operatori del settore.

A differenza delle altre autorità indipendenti, infatti, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici non può incidere direttamente sul mercato.

In particolare, la vigilanza esercitata *sulle amministrazioni appaltanti* ha ad oggetto la verifica dei loro comportamenti, ma i compiti sono limitati ad una funzione di controllo-garanzia priva di poteri di repressione delle condotte abusive. Sicché la carenza di poteri coercitivi ha come esito principale la denuncia formale dei rilievi agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti, qualora sia accertata l'esistenza di irregolarità o violazioni.

L'unico profilo che riguarda direttamente le *imprese* è la vigilanza sul sistema di qualificazione, nel quale i poteri sono in effetti maggiori, potendo l'Autorità vigilare ed intervenire sia sulle S.O.A. (potendo nei casi più gravi disporre la revoca dell'autorizzazione) sia sulle singole imprese (potendo disporre la revoca dell'attestazione di qualificazione in caso di inerzia delle S.O.A.).

Ma la funzione di vigilanza ha assunto anche un contenuto di *indirizzo e orientamento*, nonché di *regolazione* del mercato, cosicché l'attività dell'Autorità, pur diretta in via immediata alle amministrazioni pubbliche e ai loro comportamenti, ha finito per incidere sul sistema di concorrenza, rappresentando una garanzia indiretta per il mercato stesso.

Resta, dunque, ancora da sciogliere il nodo dei poteri conferiti all'Autorità, priva appunto di poteri inibitori e, quindi, della possibilità di adottare provvedimenti di secondo grado - al fine di annullare gare o affidamenti illegittimi o colpire i funzionari responsabili attraverso sanzioni amministrative - di disporre la revoca o sostituirsi all'amministrazione inadempiente, di impugnare davanti all'autorità giurisdizionale gli atti delle amministrazioni appaltanti.

Poteri, questi, che invece l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nel rapporto del 1992 menzionato in premessa, aveva auspicato di attribuire all'organo di controllo eventualmente istituito per vigilare sul mercato degli appalti, in quanto ritenuti evidentemente *indispensabili per garantire la regolarità delle procedure di aggiudicazione dei contratti*.

E purtroppo, si deve constatare che tale problematica non ha trovato soluzione nemmeno nelle recenti riforme normative relative al settore dei contratti pubblici, che hanno coinvolto anche l'Autorità, riproponendo tuttavia i medesimi poteri di intervento "indiretto" sulle procedure di aggiudicazione e sull'esecuzione dei contratti.

Ci si riferisce in particolare al *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, di cui al decreto legislativo 13 aprile 2006, n. 163, attuativo della delega di cui alla legge 18 aprile 2005, n. 62 e recante il recepimento delle direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004.

Un'opera, questa, volta ad aggiornare e coordinare in un vero e proprio testo unico le norme preesistenti di settore, in una logica di semplificazione e di riordino dell'intera disciplina, nonché di uniformazione normativa del settore. Ed in tale logica di uniformazione, rientra anche l'affidamento all'Autorità della vigilanza su tutti i settori di appalto regolati dal menzionato Codice dei contratti pubblici: l'attività di vigilanza si estenderà, quindi, non solo sugli appalti di lavori ma anche su quelli di servizi, forniture e settori speciali.

Ma, come già evidenziato all'estensione dei compiti dell'Autorità, non corrisponde un'estensione ed un potenziamento dei poteri della stessa, nel senso sopra esplicato, sebbene nei confronti delle imprese siano stati riconosciuti poteri maggiori, come ad esempio la possibilità di sospendere (in via cautelare) le attestazioni di qualificazione.

Si auspica, dunque, su tale aspetto un intervento normativo che conferisca all'Autorità i poteri sopra descritti.

Ad ogni modo, pur con i predetti limiti d'intervento, questa Autorità rappresenta un punto d'osservazione privilegiato del mercato dei lavori pubblici, ai fini della rilevazione di irregolarità, diseconomicità, violazione e applicazione distorta della normativa di settore.

E da tale attività di osservazione e di monitoraggio, come peraltro evidenziato nella Relazione annuale dello scorso anno, è emerso un mercato caratterizzato da difficoltà strutturali, come l'eccessivo numero delle stazioni appaltanti, la moltitudine di microappalti di importo inferiore a € 150.000, una folla di microimprese, che determina a sua volta una perdita di competitività delle stesse sui mercati più estesi, con esigenze di maggiore solidità finanziaria e tecnico-organizzativa. Il tutto con evidenti risvolti negativi in termini di spesa pubblica.

Risvolti negativi derivanti, peraltro, anche dalla conduzione degli appalti da parte delle pubbliche amministrazioni, spesso caratterizzata da inadeguata programmazione delle opere, dalla mancata esecutività dei progetti, da sensibili scostamenti in termini di tempi e costi di realizzazione delle opere. Tali disfunzioni del mercato, sopra brevemente illustrate hanno, dunque, originato molteplici interventi da parte dell'Autorità; interventi che si sono concretizzati in una serie davvero ingente di provvedimenti.

Basti pensare che - dal 1999 ad oggi - sono state emanate 1.732 deliberazioni, 176 determinazioni ed atti di regolazione, 163 Comunicati; innumerevoli poi le risposte alle richieste di parere da parte degli operatori pubblici e privati del settore; occorre inoltre considerare gli innumerevoli interventi di vigilanza e controllo sul sistema di qualificazione (che peraltro hanno condotto anche alla revoca dell'autorizzazione a diverse S.O.A.); l'attività di monitoraggio, di raccolta dati da parte dell'Osservatorio, di pubblicizzazione dei dati relativi agli appalti sul Casellario Informatico, l'attività sanzionatoria. A ciò si aggiungano le segnalazioni al Governo ed al Parlamento in ordine a fenomeni di applicazione distorta della normativa di settore rilevati nel mercato degli appalti pubblici.

Una funzione, quindi, di garanzia, a tutto campo, dalla progettazione alla realizzazione delle opere sino al collaudo, che si esplica in un costante e attento monitoraggio sul settore degli appalti e sull'effettivo conformarsi dei modelli operativi, procedurali ed organizzativi, ai principi fissati dalla normativa e dalla giurisprudenza nazionale ed europea.

L'Autorità ha rivestito, dunque, come riveste, un ruolo preminente per il controllo e la vigilanza del mercato degli appalti pubblici; ruolo che si estenderà anche agli altri settori dei contratti pubblici, ovvero forniture, servizi e settori speciali, per effetto delle disposizioni contenuto nel d.lgs. n. 163/2006. L'Autorità acquisirà, infatti, la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture con attribuzione di un compito certamente non facile ma chiaramente centrale per l'intero settore degli contratti pubblici, atteso che la stessa opererà non solo a garanzia della regolarità dell'aggiudicazione e dell'esecuzione di opere pubbliche, come fatto finora, ma vigilerà anche su una nuova gamma di gare relative a forniture e servizi pubblici, pure nei settori speciali, dall'erogazione idrica, al gas, energia termica, elettricità, ai servizi postali, ai servizi di trasporto ed allo sfruttamento di aree geografiche.

Competenze che saranno svolte, quindi, su un mercato molto più complesso ed articolato rispetto all'attuale (come evidenziato nella parte I, cap. 2, relativo al nuovo ruolo dell'Autorità), non solo in termini economici, ma in termini di eterogeneità dei soggetti operanti nei vari settori e delle prestazioni contrattuali.

Un mercato più ampio anche in relazione ai volumi relativi agli appalti da osservare e vigilare, almeno 5 volte più grandi di quelli attuali.

Appare, dunque, chiaro che l'ampliamento dei compiti dell'Autorità determina la necessità di uno sviluppo strategico della stessa, tenuto conto delle complessità indotte dalla maggiore dimensione e dalla molteplicità 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, Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Banca d'Italia, INPS, INAIL, Casse edili etc.) 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. Ed al riguardo si evidenzia che già con il Ministero dell'Interno è stato sottoscritto in data 23 marzo u.s. un Protocollo d'Intesa per la creazione di un sistema integrato di scambio di informazioni sugli appalti pubblici, finalizzato al potenziamento delle capacità di intervento dell'Autorità e del Ministero secondo le rispettive competenze, anche la fine di contrastare i gravi fenomeni della criminalità organizzata.

Quanto sopra deve poi accompagnarsi al 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 - artt. 6, 7, 8 - che riconoscono all'Autorità, rispetto all'impianto originario della legge 11 febbraio 1994 n. 109 e s.m., una maggiore autonomia organizzativa e finanziaria, sebbene con i limiti evidenziati nel cap. 3, relativo a tali tematiche.

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

Si ricorda infatti che dal 20 febbraio c.a. è entrato in vigore il nuovo meccanismo dell'autofinanziamento (introdotto dalla legge 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.

L'auspicio è che con tali nuove entrate si possa adeguare la struttura dell'Autorità alle nuove competenze ad essa assegnate dal menzionato d.lgs. n. 163/2006 e che nei 24 mesi successivi alla data di entrata in vigore di quest'ultimo, il Governo voglia - esercitando il potere conferito dalla legge delega n. 62/2005 - emanare disposizioni integrative dello stesso, anche al fine di conferire maggiori possibilità di potenziamento della

struttura dell'Autorità e poteri più stringenti di intervento e controllo sul mercato vigilato.

Si esprime questo auspicio anche nella consapevolezza che l'Autorità può 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 d.lgs. n. 163/2006, infatti, lo spostamento sugli esecutori di parte delle attività tradizionalmente espletate dalle amministrazioni, affida all'Autorità un compito di garanzia importante per l'equilibrio del sistema, anche nella considerazione per cui l'esercizio della vigilanza da parte dell'Autorità su tutti i settori contemplati nel menzionato decreto legislativo, 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 durante 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, può essere pari a circa il 30% del suo costo totale. In tal caso, si inciderebbe 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 in un futuro che già è iniziato da tempo, 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 una pietra essenziale, assieme a molte altre, per la costruzione di un percorso di rinascita e di riscatto del nostro Paese.