

metodo di individuazione del limite di anomalia stabilito dal Codice dei Contratti. Infatti, il criterio presenta i seguenti limiti:

- esiste sempre un limite di anomalia anche quando le offerte non evidenziano differenze di rilievo;
- il taglio delle ali favorisce il fenomeno delle cosiddette “cordate” poiché un numero abbastanza elevato di concorrenti alleati riesce facilmente a centrare il limite di anomalia atteso che eventuali appaltatori con offerte dissimili da quelle della cordata vengono escluse nel calcolo del limite con il taglio delle ali.

Queste criticità e la riduzione della soglia ad 1 milione di euro per l'applicazione dell'esclusione automatica richiedono una approfondita riflessione sull'impianto complessivo del dispositivo di individuazione del limite di anomalia poiché comportano in ogni caso distorsioni nel procedimento di aggiudicazione.

Infatti, nel procedimento di esclusione automatica, l'aggiudicazione non avviene al “prezzo più basso” rispetto a quello posto a base di gara ma ad un prezzo superiore a quello più basso non essendo prevista l'effettiva verifica delle offerte ritenute anomale. Questa circostanza preclude alla pubblica amministrazione la possibilità di ottenere un risparmio più consistente nella esecuzione degli appalti quando le offerte non sono dissimili e quindi non sono palesemente anomale.

Per gli appalti per i quali non si procede all'esclusione automatica, invece, si registra, come già detto, un considerevole aumento dei tempi della fase di aggiudicazione anche quando le offerte sono comparabili tra loro e quindi presumibilmente non anomale.

I lunghi tempi richiesti per la verifica delle offerte sono stati tra l'altro già segnalati all'Autorità da numerose Stazioni Appaltanti, secondo le quali è la norma che, non consentendo una verifica in parallelo delle diverse offerte anomale, comporta un allungamento smisurato dei tempi di aggiudicazione.

L'Autorità, pur ritenendo necessario fornire alle pubbliche amministrazioni criteri per la individuazione delle eventuali offerte anomale, e ciò per ragioni di trasparenza nell'attività di verifica, ritiene

necessario fornire alle Stazioni Appaltanti anche criteri che tengano conto della variabilità delle offerte onde consentire di non procedere ad alcuna verifica ed aggiudicare al migliore offerente nel caso in cui le differenze tra le offerte non siano particolarmente rilevanti, indipendentemente dall'importo posto a base d'asta. In tal modo si soddisfa l'esigenza già richiamata di non precludere un ulteriore risparmio alle amministrazioni nei casi in cui l'importo dell'appalto sia inferiore alla soglia prevista per il procedimento di esclusione automatica e di ridurre i tempi di aggiudicazione di tutti gli appalti di importo superiore alla soglia.

L'importanza di queste considerazioni si desume dai dati riportati nella Relazione presentata al Parlamento per l'anno 2007, i quali mostrano che lo scarto tra i valori medi del limite di anomalia ed il massimo ribasso è pari circa al 3,5% a fronte di un ribasso medio di aggiudicazione del 18,4%.

2.6 L'avvalimento

Un tema particolarmente importante che riguarda l'affidamento dei contratti pubblici è il cd. avvalimento che consiste nella possibilità per i concorrenti di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere tecnico ed economico necessari per partecipare alle gare attraverso il prestito dei requisiti da parte di altri soggetti. L'avvalimento è stato modificato dal terzo decreto correttivo, a seguito di una procedura di infrazione da parte della Commissione europea, nel senso di ridurre le limitazioni all'utilizzo dell'istituto mediante la soppressione del comma 7 dell'art. 49.

Al fine di vigilare sul ricorso all'avvalimento, che costituisce una eccezione al principio generale che impone ai concorrenti di una gara pubblica di possedere in proprio i requisiti, l'art. 49, comma 11 del Codice dei contratti stabilisce l'invio all'Autorità degli atti di avvalimento, unitamente al nominativo del soggetto aggiudicatario del contratto per l'attività di vigilanza, e per la pubblicità direttamente all'Osservatorio dei contratti pubblici. In questo modo viene garantita la trasparenza mediante la pubblicità degli avvalimenti e viene scoraggiato l'uso improprio dello strumento di che trattasi.

Nei primi quattro mesi del 2009 sono pervenuti all'Autorità n. 370 avvalimenti di cui il 85% sono atti di avvalimento ed il 15% sono dichiarazioni di avvalimento. Questi primi dati mostrano che l'avvalimento in 15 casi su 100 avviene tra imprese dello stesso gruppo. I dati pervenuti mostrano inoltre che soltanto in 22 casi su 370 l'ausiliata è risultata aggiudicataria della gara (6% dei casi).

**L'analisi dei dati
sull'avvalimento**

Le elaborazioni effettuate mostrano inoltre che è nel settore dei lavori pubblici che l'istituto in questione viene utilizzato maggiormente con una percentuale dell'81% a fronte di una percentuale del 12% nel settore dei servizi e del 7% nel settore delle forniture.

L'analisi relativa all'oggetto dell'avvalimento nei lavori mostra che si tratta principalmente di requisiti di qualificazione (categorie e classifiche). In altre parole l'avvalimento ha per oggetto sia i requisiti tecnici che economici.

Com'è noto, l'istituto dell'avvalimento è stato disciplinato nel diritto positivo per la prima volta dall'art. 49 del Codice; il principio dell'avvalimento era già noto nel nostro ordinamento in quanto frutto dell'elaborazione della Corte di Giustizia e poi inserito nelle direttive 17/2004/CE e 18/2004/CE.

**Le origini
comunitarie
dell'avvalimento**

Secondo la giurisprudenza comunitaria e nazionale, il sistema comunitario degli appalti: a) consente all'impresa concorrente di far valere le capacità tecniche ed economiche di soggetti terzi; b) richiede, a garanzia della serietà dell'offerta e della tutela della "par condicio", che si dia la prova certa dell'effettiva disponibilità delle altrui capacità tecniche; c) affida alla stazione appaltante in prima battuta, ed al giudice in sede di eventuale controllo giurisdizionale, il compito di valutare la congruità della prova (cfr.: Corte Giustizia CE, Sez. V: 02 dicembre 1999 n. 17698, Holst.; 18 marzo 2004, n. 3141, Telecom & Partner).

Quindi la norma comunitaria sembra fondata sull'esigenza di stabilire che i potenziali candidati per un appalto non possono essere esclusi per il fatto di non poter disporre in proprio di tutte le risorse necessarie all'esecuzione di un appalto. Un siffatto divieto potrebbe determinare, soprattutto per appalti di grandi dimensioni e tecnicamente complessi, una

forte riduzione della cerchia dei candidati ed avrebbe pertanto l'effetto di frustrare l'obiettivo perseguito dalle direttive comunitarie. Invece l'ente aggiudicatore, per garantire che l'appalto una volta aggiudicato venga correttamente eseguito, può esigere che l'offerente, ove si avvalga delle competenze di altri soggetti, si renda garante della disponibilità dei mezzi di questi ultimi.

**Le finalità
riconosciute
dalla
giurisprudenza
nazionale**

Secondo l'orientamento delle più recenti pronunce del Giudice Amministrativo la finalità dell'istituto dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità tecnica od economica del concorrente ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti; tale istituto, pertanto, non incontrerebbe limiti applicativi di sorta, se non di natura probatoria. Quindi, l'unica condizione all'ammissibilità dell'istituto sembra essere rappresentata dalla rigorosa dimostrazione da parte del concorrente della effettiva disponibilità delle capacità economica e tecnica richieste dal bando di gara.

Tuttavia, l'avvalimento e la prova dell'effettiva disponibilità dei requisiti richiesti dal bando di gara sembrano più coerenti con la *ratio* dell'istituto laddove concernano elementi tangibili, quali la messa a disposizione di attrezzature, di personale specializzato. Appaiono, invece, più dubbi quando riguardino requisiti di capacità economica e finanziaria, quali il capitale sociale minimo, il fatturato, ovvero anche requisiti di capacità tecnica, ma di natura per così dire "storica", quali, ad esempio, i servizi analoghi svolti.

Sul punto, parte della giurisprudenza nazionale ha affermato che l'avvalimento costituisce un contratto assimilabile al mandato, mediante il quale l'impresa ausiliaria pone a disposizione di quella partecipante la propria azienda, intesa come complesso di beni organizzato per l'esercizio di un'attività di impresa. Ciò in coerenza con l'esigenza sottesa all'istituto dell'avvalimento che sembra essere quella di utilizzare per l'esecuzione dell'appalto delle risorse e di mezzi di una diversa organizzazione d'impresa.

L'esame dei numerosi quesiti pervenuti all'Autorità in materia di avvalimento evidenzia le rilevanti problematiche applicative che

riguardano l'istituto e che sono allo studio dell'Autorità per consentirne un utilizzo che garantisca un corretto svolgimento delle dinamiche concorrenziali sul mercato.

Uno dei problemi da affrontare riguarda la conciliabilità dell'istituto dell'avvalimento con l'affidamento degli incarichi professionali quali il collaudo, la direzione lavori ed il coordinamento della sicurezza, che non comportano l'utilizzo di risorse e mezzi ma sono prestazioni di carattere unipersonale.

**Le criticità
nell'applicazione
dell'istituto
dell'avvalimento**

Inoltre, per quanto riguarda in particolare il settore dei lavori pubblici, occorre rilevare che l'attuale quadro normativo nazionale prevede un sistema di qualificazione unico per tutti gli esecutori. La qualificazione non è tuttavia un mero requisito per la partecipazione, bensì un requisito soggettivo dell'impresa che consente alla stessa di essere parte di un appalto durante tutta la durata di esso.

Il sistema unico di qualificazione, pertanto, dimostra il possesso da parte del concorrente di una serie di requisiti utili e necessari ai fini della partecipazione alle gare in relazione ai relativi importi sintetizzati nell'iscrizione a una determinata categoria, in relazione a una determinata soglia del valore dell'appalto.

Sulla base di tale sistema unico di qualificazione occorre stabilire in quale maniera e con quali implicazioni può operare il principio dell'avvalimento in gara per quanto riguarda appalti di lavori.

L'avvalimento, infatti, si traduce nella messa a disposizione di requisiti e, conseguentemente, non implica necessariamente il coinvolgimento dell'ausiliario nell'esecuzione dell'appalto. Conseguentemente potrebbe ipotizzarsi la non necessaria attestazione dell'impresa ausiliaria che si limita a mettere a disposizione i requisiti e non assume il ruolo di subappaltatore. Tale ricostruzione logica comporterebbe, tuttavia, un'elusione del sistema unico di qualificazione che si basa su un sistema di categorie di qualificazione quale elemento di sintesi di un complesso variabile di requisiti e che, conseguentemente, non consente quella scomposizione dei requisiti sui quali l'avvalimento si fonda.

Se sono condivisibili tali considerazioni ne potrebbe derivare la

conseguenza che l'impresa che dichiara di avvalersi delle capacità tecniche ed economiche di altra impresa (ai fini della partecipazione e dell'espletamento dei lavori previsti), potrebbe farlo solo a condizione che quelle determinate capacità siano documentate con l'attestazione SOA.

Occorre quindi valutare se sia necessario che l'impresa ausiliaria sia attestata per la categoria e la classifica richiesta con la domanda di avvalimento.

Tale ricostruzione potrebbe derivare anche dalla previsione dello stesso articolo 49 che stabilisce la possibilità per l'impresa ausiliaria di assumere il ruolo di subappaltatore che richiede necessariamente, quando ne ricorrano le condizioni, l'attestazione SOA.

Analogamente, dovrebbe valutarsi la necessità che sia attestata l'impresa ausiliata che concorre alla gara: ogni diversa interpretazione potrebbe comportare l'elusione del sistema SOA, concretizzando un'evidente disparità di trattamento tra imprese che partecipano a tali gare in ogni altra forma singola od associata.

L'attuale sistema richiede pertanto una capacità nella specifica categoria oggetto di qualificazione.

Le considerazioni sopra svolte, valgono, evidentemente, soprattutto per il settore dei lavori pubblici, per il quale è appunto previsto il sistema unico di qualificazione, fermo restando che il pericolo di formazione sul mercato di imprese che non hanno concreta capacità realizzativa vale per tutti i settori.

Occorre infatti evidenziare che il Codice sembra consentire il prestito dei requisiti per più contratti contemporaneamente; in queste circostanze il contratto verrebbe ad essere eseguito in assenza di requisiti e l'avvalimento si configurerebbe in una elusione della norma e soprattutto come creazione di un mercato parallelo in cui gli operatori economici provvisti di requisiti di ordine speciale esplicano la loro attività unicamente come ausiliarie.

CAPITOLO III

LA VIGILANZA SUL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE

3.1 La vigilanza in un sistema in continua evoluzione

A compimento del decennio dell'esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione l'Autorità ha voluto dedicare un approfondimento su come esso si è venuto evolvendo negli anni.

I rilievi e le preoccupazioni in ordine alle criticità manifestate nel tempo sulla tenuta del nuovo sistema sono risultati confermati ed hanno indotto l'Autorità a valutare l'esigenza di indici di monitoraggio più penetranti di quelli finora utilizzati.

In aggiunta all'attività ordinaria di vigilanza, effettuata attraverso le ispezioni campionarie e le indagini su specifiche segnalazioni degli Uffici di settore, l'Autorità ha quindi ritenuto utile, quale momento di riflessione, effettuare uno studio sulla struttura e l'evoluzione del mercato dei servizi di qualificazione, dalla sua nascita ad oggi.

3.2 Le criticità del sistema SOA

Dall'indagine condotta sono emersi alcuni profili preoccupanti sia per quanto riguarda la struttura organizzativa della SOA sia per le regole che attualmente consentono agli operatori l'accesso al mercato.

Innanzitutto occorre soffermarsi sulla composizione azionaria delle SOA, formalmente società per azioni, che tuttavia continua a corrispondere più al modello delle società personali, con cessioni di azioni in ambito familiare-parentale, con dinamiche che non sembrano soddisfare un ambiente societario connotato da spiccate caratteristiche imprenditoriali. Conseguenza di questi assetti societari, anche se non propri di tutte le SOA, è un'impostazione di tendenziale litigiosità di alcune SOA con l'Autorità di Vigilanza, sia con ricorso al contenzioso che con missive di tono e contenuto non consono a rapporti costituzionali qualificati, imputando

**La composizione
azionaria delle
SOA**

talora con faciloneria all'Autorità comportamenti parziali verso l'una o l'altra SOA. Atteggiamenti questi, espressione di una accentuata lotta per l'acquisizione di quote di mercato: mercato che, sebbene si presenti in astratto con caratteristiche di saturazione, vede tuttavia ancora oggi richieste di nuove autorizzazioni a svolgere attività di qualificazione, che evidentemente si presenta come molto lucrosa.

Si evidenziano, ad esempio, alcune attuali composizioni azionarie che spiccano per la parcellizzazione degli azionisti. La 'polverizzazione' delle partecipazioni azionarie e la diversità tipologica degli azionisti riflette una composizione societaria complessa e di difficile interpretazione.

In alcune SOA vi sono più di venti soci di cui la maggior parte con quote azionarie inferiori al 5%; i rimanenti soci comunque non superano la quota azionaria del 11%.

Sempre in ordine ai requisiti strutturali di un soggetto ad alta qualificazione investito di pubbliche funzioni, molti soci non dimostrano di avere redditi corrispondenti alla natura di sottoscrittori di azioni, evidenziando un ruolo presunto di prestanome. E l'esperienza insegna che ogni volta che si vuole ricorrere a questo espediente la persona schermata, vero socio occulto, ha problemi di requisiti e lo schermo si pone come un veicolo di diffusa elusione del sistema.

Si è arrivati da parte di talune SOA ad eccepire che le connessioni sensibili sono in realtà irrilevanti nella misura in cui non si è componente del consiglio di amministrazione ma semplice azionista, come se in questa veste non si possa esercitare un'influenza, i cui indici vengono contestati su basi meramente quantitative, come se avere una partecipazione in società di costruzioni divenga rilevante o meno su presupposti ancorati a pochi decimi in un senso o in un altro.

Di recente anche la giurisprudenza amministrativa non sembra aver colto la pericolosità di una certa linea interpretativa. Il Giudice Amministrativo nel pronunciarsi, infatti, su un ricorso avverso un diniego di nulla osta alla cessione azionaria disposto da questa Autorità, ha sostenuto che : "il comma 4 dell'art 7 del d.p.r. n. 34/2000 non preclude

astrattamente la possibilità per coloro che siano soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici di essere soci anche di una SOA, atteso che una presunta incompatibilità in tal senso deve essere valutata e rigorosamente motivata in relazione alla peculiarità e caratteristiche del caso concreto per cui ne consegue... che la mera titolarità in capo ad un socio minoritario di una SOA di una partecipazione meramente minoritaria al capitale di una società di costruzioni non può determinare di per sé, in assenza di ulteriori e concreti elementi in grado di dimostrare un intreccio sostanziale di interessi tali da condizionare l'indipendenza e autonomia operativa della SOA, la contestata incompatibilità".

All'inizio del nuovo sistema, invece, la giurisprudenza aveva precisato che il dato normativo non può essere interpretato secondo una chiave puramente letteraria ma in chiave logica e sistematica per garantire un significato utile delle norme ed il raggiungimento degli scopi che il legislatore si è prefisso, vale a dire la creazione di un sistema efficiente ed efficace di qualificazione.

Successivamente, invece, si stanno profilando, sia pure asimmetricamente, sviluppi che seppure all'insegna di un formale garantismo rischiano di pregiudicare un funzionale esercizio della vigilanza pubblicistica.

Complessivamente modesta è rimasta nel tempo la partecipazione di istituti bancari mentre il sistema avrebbe bisogno, sia pure con dei limiti, di vedere coinvolti soggetti finanziariamente solidi e più sensibili a criteri reputazionali.

La tabella che segue evidenzia che nelle SOA in cui sono presenti gli istituti bancari e le società finanziarie, il relativo peso percentuale è diminuito dal 30,7% dell'anno 2000 al 14,9% dell'anno 2008. Analoga flessione - sia pure molto più contenuta - è riscontrabile per le imprese di assicurazione, passate dal 10,4% del 2000 al 6,5% del 2008, con una decrescita che però si è apprezzata solo nell'anno 2008.

**La
partecipazione
azionaria
degli istituti
bancari ed
assicurativi**

Tabella 1 - Presenza nelle SOA degli istituti bancari e imprese di assicurazione

ANNO	BANCHE (e Società Finanziarie)	IMPRESE DI ASSICURAZIONE
2000	30,7%	10,4%
2001	25,7%	9,3%
2002	26,2%	8,7%
2003	27,7%	8,7%
2004	28,4%	9,0%
2005	15,8%	10,0%
2006	17,6%	10,0%
2007	17,6%	10,0%
2008	14,9%	6,5%

Gli azionisti virtualmente incompatibili si servono proprio di tali strumenti apparentemente neutri, come finanziarie e società di consulenza per ottenere partecipazioni indirette.

In ogni caso occorrerebbe sia ribaltare la logica dell'art. 2359 c.c. e stabilire limiti di partecipazione al capitale, presumendo oltre tali soglie una influenza lesiva dell'indipendenza di giudizio, senza per questo rinunciare ad analizzare le partecipazioni inferiori.

Andrebbe inoltre previsto un obbligo di comunicazione della SOA di tutte le situazioni di controllo e collegamento riconducibili ad organi di vertice e soci.

Il regolamento di prossima emanazione prevede l'impossibilità per lo stesso soggetto di svolgere contemporaneamente attività di attestazione e di certificazione della qualità: problema che ha registrato qualche pronuncia giurisprudenziale sfavorevole per l'Autorità preoccupata degli effetti distorsivi della concorrenza indotti dall'ammissione delle compatibilità.

I promotori

Riguardo l'uso dei promotori, ancora oggi, nonostante le prescrizioni dell'Autorità, le varie tipologie contrattuali adottate dalle SOA conservano la distinzione giuridica tra i due soggetti, anziché inquadrare il promotore nell'organico, consentendo, tra l'altro, alla SOA di difendersi da delicate

contestazioni, attribuendo la responsabilità delle numerose falsificazioni dei certificati a quei soggetti.

Questa patologia influisce negativamente sullo svolgimento di una corretta competizione rincarando una situazione che già vede alcune SOA segnalare all'Autorità comportamenti sleali e denigratori da parte di altre SOA per procurarsi clientela.

Anche nel recente passato è stata infatti riscontrata più volte la presenza di promotori in grado di indirizzare consistenti gruppi di imprese verso una SOA piuttosto che un'altra; ciò ha creato squilibri nei rapporti commerciali, sia in termini di entità della provvigione riconosciuta per l'intermediazione, sia in ordine alla oculata selezione della clientela da parte degli organismi di attestazione, ovvero, quando gli scarsi risultati di gestione di alcune SOA hanno indotto i loro responsabili ad avvalersi di questi agenti a scatola chiusa.

E' emerso dall'incrocio dei dati che mentre si sostengono spese elevate per l'attività promozionale appare, al contrario, limitato il costo percentuale per il personale.

**Le spese per
attività
promozionale**

Si è potuto constatare che le percentuali maggiori per le spese di attività promozionali corrispondono - frequentemente - alle SOA che hanno sviluppato un fatturato modesto (che sono anche fra quelle che meno hanno speso - in termini assoluti - per il personale), mentre i valori più bassi (inferiori al 25%) si ritrovano abbinati alle SOA più 'produttive', per le quali - pur avendo incrementato il personale e sostenuto, sempre in termini assoluti, il maggior costo - l'incidenza di questa voce di spesa si è ridotta.

Oltre a rilevare la circostanza che alcune SOA hanno speso per il personale 12 volte ciò che hanno speso altre SOA, ovvero sei volte di più se si raffrontano i rispettivi costi medi annui, si rilevano anche circostanze in cui viene ritenuto congruo un importo inferiore a € 200.000 per la remunerazione di 10 unità di personale altamente qualificato ed assunto a tempo indeterminato.

3.3 Le criticità nel procedimento di qualificazione

Un secondo filone d'indagine ha riguardato le imprese qualificate e le regole che attualmente consentono agli operatori l'accesso al mercato.

Analogamente alla prima parte dedicata alle SOA, emerge una panoramica sulla situazione attuale delle imprese e sulla loro evoluzione collegata al tema delle attestazioni.

Interessante risulta il fenomeno delle migrazioni delle imprese, ovvero gli spostamenti da una SOA all'altra e le cessioni di azienda o di rami di azienda.

Il fenomeno della migrazione delle imprese da una SOA all'altra non è irrilevante; infatti, stando a quanto comunicato dagli stessi Organismi di Attestazione, ha riguardato circa 4.500 soggetti fino all'ottobre 2008.

In una ipotetica classifica delle SOA che si sono distinte nell'acquisizione di clienti in precedenza attestati con altre SOA, al 1° posto si colloca una SOA con 642 ricorrenze, seguita da altra Società con 451 e da una successiva con 429. Sull'opposto versante, troviamo con 0 ricorrenze una sola Società, preceduta da un'altra con 13 e da un'altra ancora con 25.

Il dato fa emergere che mediamente la clientela di una SOA è composta per circa il 30% da imprese provenienti da altre SOA.

Passando all'altro estremo della graduatoria, una valutazione prematura potrebbe portare a ritenere 'virtuose' le SOA che non allargano il loro portafogli clienti a scapito della concorrenza.

In realtà, non può nemmeno escludersi che queste SOA siano espressione 'autoctona' di gruppi territorialmente omogenei o di particolari categorie di imprese, per cui non hanno specifico interesse ad espandersi al di fuori del proprio ambito.

Le cessioni di ramo d'azienda continuano a costituire un punto critico del sistema di qualificazione.

Molto spesso il meccanismo consente la rigenerazione dei requisiti posseduti da imprese che, per esaurimento del ciclo di attività, per motivi fiscali, amministrativi o penali, risultano oramai fuori dal mercato, con la conseguenza della nascita di imprese prive di know-how aziendale,

Le cessioni di
ramo d'azienda

definibili quali “scatole vuote”, che acquisiscono unicamente il diritto ad utilizzare certificati di esecuzione lavori.

Nell’ambito delle verifiche condotte sulle attestazioni caratterizzate da cessioni di ramo, conferimenti o affitti d’azienda, si è rilevato il fenomeno di fittizie, molteplici compravendite di uno stesso ramo aziendale in capo ad altre ditte con l’intento di far fruttare al meglio la struttura dell’azienda e, molto spesso, a tale operazione è stata associata una richiesta di incrementi di classifica o nuove categorie con certificazioni prodotte dalla cedente ed ancora non “spese” per l’attestazione.

Dall’analisi degli aspetti formali e del contenuto degli atti notarili di cessione d’azienda, è emerso che questi talora si sono caratterizzati per la loro formulazione che ha reso difficile l’individuazione della parte del complesso dei beni organizzati trasferita e dell’elenco dei lavori eseguiti; ciò ha portato ad una sensibilizzazione del Consiglio dell’Ordine Notarile in ordine alla delicatezza ed importanza assunta dagli atti di cessione d’azienda nel settore dei lavori pubblici.

Se infatti si può ipotizzare un contraddittorio all’interno di una relazione di supremazia formale conseguente a vigilanza pubblica, non si può certo agevolare la fuga del soggetto nei cui confronti si vanno delineando provvedimenti non graditi mentre al vigilante non resterebbe che prenderne atto. Si accetterebbe altrimenti un mercato di tipo amministrato da cui il potere pubblico verrebbe escluso proprio nei momenti tipici di verifica della correttezza dei comportamenti, compiti che la legge gli impone ma che l’Autorità deputata non potrebbe esercitare in modo risolutivo a tutela del mercato.

Per evidenziare la criticità delle cessioni di aziende si riporta anche il dato statistico che dimostra che il numero approssimativo di cessioni è pari a circa 3.311, per una percentuale complessiva del 9,72% rispetto agli attestati validi.

Ciò significa che - mediamente - ogni 10 imprese c’è ne una che cede l’azienda nell’arco di validità dell’attestato di qualificazione.

Appare interessante notare che, rispetto al valore sopra riportato, spiccano alcune SOA che hanno registrato il 30,34%, il 18,28, il 17,35% di cessioni di azienda.

Pur senza attribuire a questi dati un valore statistico espressivo di un fenomeno generale, si evidenzia che le tre percentuali appartengono a SOA che hanno la loro sede nelle regioni meridionali del Paese, potendo lasciare intendere che al sud d'Italia il *turn over* delle aziende sia più elevato della media nazionale; vicenda che richiede approfondimenti specifici volti ad evidenziare se il fenomeno esprima un consolidamento di mercato su strutture più solide o un semplice assorbimento a parte di strutture neo costituite.

In precedenti relazione al Parlamento è stato ampiamente illustrato il fenomeno dei certificati falsi “privi di riscontro oggettivo in atti di pubbliche amministrazioni”.

Prendendo in esame taluni orientamenti giurisprudenziali, si nota che anche per l'attività di vigilanza sul controllo delle attestazioni ed in particolare sul problema dei falsi si stanno profilando, sia pure asimmetricamente, indirizzi che seppure all'insegna di un formale garantismo, rischiano di pregiudicare il miglior funzionamento del mercato.

L'Autorità ha infatti sempre considerato l'efficacia e l'efficienza della concorrenza collegati alla pubblica fiducia innanzitutto degli operatori. Perciò ritiene preoccupante e non condivisibile quel filone giurisprudenziale che mira a svalutare il rilievo della falsità, evidenziandone in talune fattispecie il carattere di innocuità.

Altro è infatti il rilievo che può assegnarsi alla falsità in procedimenti pubblici, altro quello da riconoscersi a comportamenti influenti nel mercato ove la *fair competition* deve considerarsi principio di base di tipo totale per definire un campo da gioco ove si gareggia con la parità delle armi. Desta quindi più di una perplessità quell'orientamento giurisprudenziale che tende a valutare come irrilevante, ai fini della configurabilità della fattispecie della falsa dichiarazione, la produzione di un certificato falso

**Le false
attestazioni**

laddove esso sia stato utilizzato dalla SOA ai fini della qualificazione indebolendo l'azione di contrasto al fenomeno delle false produzioni da parte di imprese poco corrette.

L'Autorità, nei casi in cui è stata accertata la falsità della documentazione, ha sempre adottato il provvedimento di annullamento dell'attestazione e la giurisprudenza ha convenuto sull'irrilevanza dell'imputabilità del falso ai fini del citato provvedimento, solo rilevando il fatto oggettivo della falsità dei documenti sulla base dei quali l'attestazione era stata conseguita. Altrimenti si sarebbe tra l'altro finito per avallare ogni abuso ed illegalità dell'azione dei promotori: e l'Autorità ha altresì sviluppato le affermazioni giurisprudenziali disgiungendo la fase dell'accertamento della falsità, cui consegue l'annullamento dell'attestazione, da quella dell'imputabilità del falso, cui conseguono provvedimenti sanzionatori.

Pare utile tener conto che le pronunce del giudice amministrativo di primo e secondo grado sul tema in questione hanno probabilmente risentito anche di quello che era il merito delle singole questioni poste alla base dei procedimenti di revoca delle attestazioni e della prospettazione che ne è stata data.

Nell'ottica di arginare il fenomeno della contraffazione dei certificati, particolare cura è stata dedicata all'attivazione della banca dati dei certificati lavori pubblici, dato anche che il D.Lgs. n. 163/06 pone a carico degli organismi di attestazione l'obbligo di acquisire detti certificati unicamente dall'Osservatorio dell'Autorità, cui sono trasmessi, in copia, dalle stazioni appaltanti.

Il meccanismo ha proceduto a rilento, principalmente a causa della mancata osservanza dell'obbligo dell'invio all'Autorità dei certificati in versione digitale da parte di numerose stazioni appaltanti.

Sebbene queste siano andate gradualmente a conformarsi all'obbligo normativo, i procedimenti di rilascio delle attestazioni da parte delle SOA subiscono frequenti rallentamenti, in quanto spesso gli organismi di

attestazione non trovano registrati nel data base dell'Osservatorio dell'Autorità i certificati presentati dalle imprese.

Le SOA sono di conseguenza costrette a richiedere alle stazioni appaltanti conferma circa la veridicità dei certificati cartacei presentati dalle imprese in sede di qualificazione, non ricevendo spesso riscontro nei termini previsti per la conclusione del procedimento.

I certificati telematici

Lo schema di regolamento attuativo del Codice in corso di approvazione prevede all'articolo 8, comma 8, che in caso di inosservanza dei termini previsti si applichino le sanzioni pecuniarie da parte dell'Autorità. Ma è tutto da verificare se questa previsione risolverà il problema della tempestività dell'invio al casellario informatico dell'Autorità della documentazione. Occorrerà pertanto attivarsi per un più fattivo rapporto di collaborazione per la tenuta del sistema che interessa tutti gli operatori.

La necessità di una rapida entrata in vigore del Regolamento è collegata anche alla necessità di poter utilizzare un sistema graduato di sanzioni nei confronti delle SOA.

L'attuale quadro normativo prevede come ipotesi sanzionatoria nei confronti di questi organismi la sola revoca dell'autorizzazione, che presenta diverse difficoltà in termini di tempistica (120 giorni salvo la necessità di ulteriori esigenze istruttorie e salvo eventuali variabili dovute all'attività giurisdizionale) e di contenzioso che mediamente si conclude in due anni. Inoltre, ciò che è veramente grave in termini di trasparenza del mercato è che, in caso di revoca dell'autorizzazione, le attestazioni rilasciate dalla SOA revocata sono valide a tutti gli effetti e ciò consente la permanenza sul mercato delle attestazioni rilasciate presumibilmente in modo illegittimo se non illecito. Nel corso del procedimento di revoca, la SOA può esercitare l'attività di attestazione e presumibilmente una SOA, in pendenza di un tale procedimento, potrebbe incrementare le attestazioni delle imprese di "riferimento" che in tal modo usufruirebbero di un'attestazione valida a tutti gli effetti per cinque anni.

In ragione delle difficoltà evidenziate, l'Autorità ha pertanto ripetutamente richiesto le sanzioni intermedie (sanzioni pecuniarie /