

Tuttavia, non è obbligatorio, ai fini di tale rendicontazione, applicare le norme previste dal d.P.R. n. 554/99 per la contabilizzazione dei lavori affidati in appalto, tranne nel caso in cui il concessionario abbia natura di amministrazione aggiudicatrice. In tal caso, è, infatti, pacifica l'applicazione delle norme in materia di contabilità pubblica limitatamente agli appalti affidati a terzi.

Nella determinazione si pone in rilievo che il contratto di concessione deve altresì specificare i compiti del responsabile del procedimento, la loro estensione e le relative modalità di esercizio, così come debbono essere disciplinati ulteriori aspetti rilevanti sul piano esecutivo, quali le modalità di redazione dei progetti definitivi ed esecutivi, le modalità di esecuzione dei lavori, i poteri di controllo e di approvazione del concedente (in fase di redazione dei progetti, in fase di esecuzione dei lavori, con riguardo alla sicurezza, nonché in fase di gestione dell'intervento), le modalità di erogazione del contributo pubblico ove previsto, le caratteristiche dei servizi da prestare e della loro gestione, le modalità di revisione del piano economico finanziario, i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione, la durata della concessione, le sanzioni per il mancato rispetto degli standard progettuali e tecnici e l'approvazione di possibili varianti. E' altresì opportuno che la concessione contenga un quadro sinottico di tutti i rischi, di qualsiasi natura, suscettibili di verificarsi nel corso dell'intervento complessivo (dalla stipula del contratto al termine della concessione), con l'indicazione del soggetto (concedente o concorrente) che dovrà farsi carico del singolo rischio, nel caso in cui esso si avveri.

A prescindere dalle modalità di affidamento seguite, l'opera realizzata in regime di concessione deve, inoltre, essere sottoposta - per espressa previsione normativa - sia al collaudo finale dell'opera (art. 142 del Codice) sia al collaudo in corso d'opera (art. 141 del Codice), come disciplinati dalla materia dei lavori pubblici. Al riguardo, si evidenzia che spetta al concedente la nomina dei collaudatori il cui costo può essere posto a carico del concessionario. Per quanto riguarda, invece, la nomina del direttore dei

lavori, si ritiene che essa sia di competenza del concessionario, ma che il contratto possa prevedere il gradimento del concedente sulla nomina. Parimenti, non può che essere rimesso al concessionario l'adempimento delle funzioni in materia di sicurezza, con riguardo alla nomina del coordinatore in fase di progettazione e del coordinatore in fase di esecuzione, in ragione della necessità di un rapporto costante con le imprese esecutrici per valutare eventuali modifiche ed interventi diretti a migliorare la sicurezza in cantiere.

La determinazione sottolinea il ruolo fondamentale che assume il responsabile del procedimento nella realizzazione dell'intervento e la conseguente necessità che quest'ultimo sia un tecnico dotato di adeguate competenze professionali. Nel caso di opere di notevole complessità tecnica o economica, si suggerisce di affiancare il responsabile del procedimento con uno specifico Organo di Alta Vigilanza nominato dal concedente che esercita, a cura del concedente, la funzione di vigilanza sulla progettazione e sulla esecuzione dei lavori e tutte le funzioni indicate negli articoli della convenzione.

## CAPITOLO IV

### LA QUALIFICAZIONE DEL MERCATO E L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA SUL SISTEMA DI QUALIFICAZIONE DELLE IMPRESE

#### **4.1 La qualificazione del mercato e la necessità di una sua riqualificazione: l'applicazione del sistema di qualificazione ai settori dei servizi e delle forniture; il problema degli "albi"; i criteri reputazionali.**

Il mercato dei contratti pubblici è caratterizzato da più di 13.000 stazioni appaltanti, da 36.600 imprese di costruzione qualificate per la partecipazione alle gare di lavori di importo superiore a € 150.000, da un numero molto elevato (circa 30.000) di imprese di costruzione non qualificate che eseguono lavori di importo inferiore a 150.000 e da decine di migliaia di operatori economici che partecipano alle gare per l'affidamento di contratti di servizi e forniture. L'esecuzione dei contratti nel rispetto dell'art. 2 del Codice degli Appalti richiede una qualificazione di tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di affidamento ed espletamento delle prestazioni richieste nel contratto. Infatti, il citato articolo, nel recepire i principi generali espressi a livello comunitario e costituzionale, statuisce che l'affidamento dei contratti d'appalto "*deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice*". Ciò significa che le stazioni appaltanti devono essere in grado di gestire efficacemente tutte le fasi del procedimento, da quella di programmazione e di valutazione economica dell'oggetto contrattuale alla fase di individuazione dei requisiti per la partecipazione degli operatori economici, di gestione degli affidamenti e di controllo dell'esecuzione delle prestazioni. Le imprese invece devono

**La necessità di una formazione costante degli operatori del mercato**

essere in grado di valutare correttamente l'oggetto delle prestazioni per la successiva presentazione delle offerte e di fornire la prestazione richiesta conformemente alle specifiche tecniche e nella tempistica stabilita. Ciò richiede una costante attività di formazione diretta al personale delle stazioni appaltanti e di miglioramento dell'organizzazione produttiva per quanto riguarda le imprese. In altre parole, è necessaria una costante "riqualificazione" del mercato sia per quanto riguarda il lato della domanda sia per quanto riguarda il lato dell'offerta. Inoltre, una eccessiva parcellizzazione delle stazioni appaltanti per lo più di piccole dimensioni e una struttura dell'offerta caratterizzata dalla presenza in prevalenza di piccoli operatori economici oltre a rendere meno efficiente il mercato dei contratti pubblici rende difficilmente competitivo il sistema.

**Il problema relativo alle modalità di attuazione degli elenchi ufficiali dei prestatori di servizi e dei fornitori**

Ai fini di una "riqualificazione" del mercato, una delle principali questioni che occorre affrontare si riferisce alle modalità di attuazione di quanto previsto dall'art. 45 del Codice degli Appalti in merito alla iscrizione di fornitori o prestatori di servizi in elenchi ufficiali. In particolare, l'art. 45 del Codice, riproducendo con alcune modifiche di minima entità la disciplina già contenuta negli artt. 18 del D.Lgs. n. 358/1992 e 17 del D.Lgs. n. 157/1995 relativamente alle modalità di compilazione e gestione da parte degli Stati membri degli elenchi ufficiali di fornitori o di prestatori di servizi, ha stabilito anche per le forniture ed i servizi che i concorrenti in sede di partecipazione alle gare possano esibire un certificato di iscrizione a tali elenchi attestante, con presunzione di idoneità alla prestazione, i requisiti di ordine generale e speciale.

Sarebbe pertanto opportuna l'istituzione di "albi" che diano titolo agli operatori economici ivi iscritti di partecipare alle gare presentando, così come previsto dal 1° comma dell'art. 45 del Codice, un certificato di iscrizione indicante le referenze che hanno permesso l'iscrizione medesima.

Per l'istituzione di un tale sistema di certificazione, volto sostanzialmente a creare economie ed efficienze procedurali nelle pubbliche amministrazioni e ad assicurare la qualità delle prestazioni rese, occorre preliminarmente individuare gli elementi in grado di assicurare agli operatori la parità di trattamento in sede di valutazione dei requisiti di

ammissibilità alle procedure di gara e poi definire una serie di altri aspetti, quali la tipologia dei documenti probatori, la loro durata e la classificazione dell'iscrizione.

Sempre con riferimento alle disposizioni normative contenute nell'art. 2 del Codice degli Appalti, è opportuno precisare che nella prassi applicativa non è del tutto agevole garantire la qualità delle prestazioni ed il rispetto dei principi comunitari e nazionali nell'affidamento dei contratti pubblici. Vi è sempre infatti una difficoltà di bilanciamento tra la valorizzazione dei profili qualitativi (che può condurre all'introduzione di elementi di valutazione discrezionale) ed il principio del *favor participationis* (che tende, al contrario, all'introduzione di criteri di selezione ed aggiudicazione quanto più possibile oggettivi e verificabili *ex post*).

Il *trade-off* tra concorrenza e qualità, che si viene in tal modo a creare, viene spesso risolto a favore della prima, specialmente nei casi in cui il criterio di aggiudicazione adottato è quello del prezzo più basso.

**I criteri  
reputazionali**

Tuttavia, soprattutto per quanto riguarda il settore dei lavori (caratterizzato dall'esecuzione di opere non sostituibili nel breve e nel medio periodo), il rigoroso rispetto dei dettami pro-concorrenziali – seppur necessario - può non garantire *ex se* la qualità della prestazione, attesa anche l'assenza di un meccanismo automatico e spontaneo di penalizzazione delle imprese meno efficienti, presente invece in altri mercati.

In tale ottica, assume importanza rilevante la possibilità di valorizzare il patrimonio informativo a disposizione delle stazioni appaltanti, in modo da disporre di dati verificabili sulla condotta imprenditoriale degli operatori e, in ultima analisi, sulla reputazione degli stessi.

Al riguardo, come noto, l'articolo 38, comma 1, lett. f) del Codice, in tema di requisiti generali di partecipazione, considera la condotta pregressa degli operatori quale causa ostativa della partecipazione a future gare (in tal senso può parlarsi di "reputazione negativa"), stabilendo che la stazione appaltante non può stipulare i contratti con soggetti che, secondo motivata valutazione, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara,

ovvero che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante.

Da ciò emerge che la *performance* dell'impresa e la reputazione della stessa sul mercato non sono valorizzate come strumenti idonei ad assicurare la qualità delle future prestazioni e la selezione dell'operatore che sia, al contempo, miglior offerente e miglior "esecutore" (in tal senso, può parlarsi di "reputazione positiva").

La mancata valorizzazione del patrimonio informativo sulle *performance* pregresse conduce, di fatto, ad un'asimmetria informativa tra stazione appaltante ed impresa esecutrice dell'appalto. In questo senso, può emergere sia un problema di selezione avversa nel momento della gara sia uno di azzardo morale durante il periodo di esecuzione del contratto. I problemi di selezione avversa scaturiscono da asimmetrie informative che si verificano *ex ante* vale a dire prima della conclusione del contratto. In questi casi la stazione appaltante non conosce l'affidabilità delle imprese che partecipano alla gara. Le amministrazioni aggiudicatrici, una volta verificati i requisiti generali e speciali degli operatori economici utili ai fini della partecipazione aggiudicano all'impresa "migliore offerente". Tuttavia, la stazione appaltante non è in grado di sapere in anticipo se l'impresa aggiudicataria sarà in grado di eseguire l'appalto in modo corretto. Nonostante la valutazione dei requisiti di partecipazione, l'affidamento di un appalto all'impresa aggiudicataria potrebbe considerarsi quasi come una "scommessa". I problemi di selezione avversa possono essere particolarmente avvertiti in alcuni casi in cui il ribasso è molto elevato; sconti eccessivi potrebbero essere offerti non perché legati a condizioni produttive particolarmente favorevoli di cui gode un'impresa ma piuttosto essere il risultato di scelte strategiche attraverso le quali l'impresa pur di acquisire una commessa formula un'offerta non in linea con le proprie capacità produttive.

A meno di gravi inadempienze annotate nel Casellario - che, come visto, possono integrare una causa di esclusione dalla gara - la stazione appaltante è, infatti, tenuta a selezionare la migliore offerta sulla base del

prezzo ovvero sulla base di una serie di parametri nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La selezione avversa può, allora, presentarsi in quanto la stazione appaltante non sempre si trova nella condizione di poter valutare, nel dettaglio, il *curriculum* dell'appaltatore (ad esempio, perché le informazioni richieste ai fini della partecipazione sono generiche o, comunque, non esaustive). Di conseguenza, è possibile che l'impresa aggiudicataria non sia, in effetti, la più idonea a soddisfare le esigenze espresse dalla stazione appaltante.

I problemi di azzardo morale si verificano, invece, nella fase di esecuzione del contratto. La stazione appaltante spesso non è in grado di monitorare adeguatamente lo sforzo profuso dall'esecutore nella fase di realizzazione dell'appalto e per tale ragione l'esecutore potrebbe sfruttare tale asimmetria informativa a proprio vantaggio. La conseguenza dell'azzardo morale si sostanzia in una esecuzione dell'appalto che può essere scadente e che può avvenire con una tempistica più lunga rispetto a quella inizialmente stimata.

Per altro verso, sarebbe opportuno delimitare il concetto di "qualità" della prestazione, in modo da includervi non solo l'apprezzamento del risultato finale conseguito, ma anche l'efficienza prestazionale globalmente intesa, inclusiva dei costi e dei tempi di realizzazione. Al riguardo, l'esperienza, spesso confermata dai dati dell'Osservatorio, dimostra che, in molti casi, l'esecuzione delle commesse pubbliche avviene con tempi e costi di gran lunga superiori a quelli inizialmente stimati. A prescindere da possibili concause (quali difetti di progettazione, cause di forza maggiore o altri eventi non ascrivibili all'impresa aggiudicataria) si ritiene che una appropriata valutazione dei criteri reputazionali potrebbe contribuire in modo sostanziale a massimizzare l'efficienza globale della prestazione ed innescare, in tal modo, un meccanismo virtuoso di incentivazione all'innalzamento qualitativo. Il sistema di qualificazione delle imprese adottato in Italia per gli appalti di lavori, basato sui lavori privati e sui lavori pubblici il cui buon esito è attestato nei Certificati Esecuzione Lavori (CEL) rilasciati dalle stazioni appaltanti, costituisce un requisito necessario per la qualificazione ma la genericità del buon esito riportato nei CEL,

come si è avuto modo di riscontrare nel corso dell'attività di vigilanza espletata dall'Autorità, non è di per sé sufficiente a comprovare un alto livello qualitativo delle prestazioni effettuate.

La tutela della qualità della singola prestazione resta, pertanto, in larga parte affidata a garanzie di tipo assicurativo ed al buon funzionamento del sistema di qualificazione.

Per quanto riguarda il primo aspetto (garanzie assicurative), l'efficacia di questo strumento dipende dalle formule contrattuali che emergono nel mercato assicurativo: per esempio, in assenza di un sistema del tipo *bonus-malus*, si può ipotizzare che la copertura assicurativa, pur efficace sotto il profilo di garantire il ristoro del danno economico subito dalla stazione appaltante in caso di inadempimento o inesatto adempimento della prestazione, può non essere sufficiente a compensare il detrimento arrecato agli interessi della collettività, quale "utente" finale dell'opera pubblica. Il soddisfacimento di tale interesse, infatti, richiede la realizzazione di opere pubbliche di buona qualità, obiettivo che risulterebbe comunque compromesso se l'impresa esecutrice non fosse in grado di eseguire i lavori adeguatamente.

Con riguardo al secondo profilo (funzionamento del sistema di qualificazione), l'attuale struttura del sistema di qualificazione, come accennato, prevede, al verificarsi di precise circostanze, la possibilità di esclusione dalle gare, ma non premia le imprese che, sulla base della loro attività, sono riuscite a costruirsi un'identità di contraenti affidabili.

A fronte di questo assetto normativo, il mondo imprenditoriale ha espresso l'esigenza di approfondire i requisiti di idoneità tecnica ed economico-finanziaria dell'impresa, non soltanto ai fini dell'espletamento della gara, ma anche per l'esecuzione della prestazione dedotta in contratto, attraverso l'introduzione di criteri reputazionali che possano costituire veri e propri strumenti di verifica delle capacità tecnico-organizzative delle imprese a supporto delle stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di parità di trattamento, trasparenza e concorrenza nell'aggiudicazione degli appalti. L'adozione di tali meccanismi consentirebbe di valutare anche le referenze delle imprese, ottenendo così



una maggiore qualificazione dell'offerta del mercato degli appalti pubblici ed un rafforzamento della competitività, il tutto a beneficio della qualità e delle *performance* del settore, nonché della crescita degli operatori.

Già nell'Allegato Infrastrutture al Documento di Programmazione Economica e Finanziaria (DPEF) del 2008, nell'evidenziare la necessità di garantire la sicurezza nei cantieri, si ribadiva l'opportunità di intervenire in modo organico nell'assetto organizzativo delle imprese di costruzione che, in Italia, denunciano una *performance* relativamente bassa in termini di efficienza industriale.

Parimenti, il documento prodotto dal Comitato Tecnico Infrastrutture, Logistica e Mobilità di Confindustria sul tema del rilancio infrastrutturale, evidenzia le criticità del sistema, la necessità di miglioramento della sua efficienza, nonché alcune indicazioni propositive di riforma.

Il Codice prevede, agli articoli 75 e 113, la riduzione rispettivamente della cauzione provvisoria e definitiva nel caso in cui un'impresa sia dotata di un sistema di qualità aziendale, ponendo così in relazione la qualità con la garanzia della qualità della prestazione. Risulta pertanto opportuno analizzare la reale capacità del sistema di qualità aziendale a garantire la prestazione.

La costruzione di un sistema per la valutazione della reputazione dei soggetti economici risponde all'esigenza di evidenziare il profilo dell'esecutore attraverso un sistema di *rating*.

L'esigenza di qualificazione del sistema imprenditoriale, nell'ambito degli appalti pubblici, scaturisce da una serie di fattori e dinamiche rinvenibili nel tessuto economico produttivo, quali la continua ricerca di competitività, l'urgenza nell'attuazione degli interventi, la coerenza tra le scelte progettuali e la realizzazione efficiente ed efficace delle opere.

#### **4.2 La verifica straordinaria degli attestati di qualificazione: attività e criticità emerse**

Secondo quanto disposto dell'art. 253, comma 21, del Codice dei contratti pubblici, in relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1°

**La verifica  
straordinaria degli  
attestati**

marzo 2000 alla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono stati stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA.

Si tratta di una verifica straordinaria che, in base alle previsioni della norma, doveva concludersi entro un anno dall'entrata in vigore del Decreto ministeriale. Il Decreto è stato successivamente emanato, in data 21 dicembre 2007 (D.M. n. 272/2007), e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'11 febbraio 2008, n. 35.

La verifica ha interessato, nello specifico, i seguenti documenti: a) i certificati di lavori pubblici, di cui all'articolo 22, comma 7, del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, nonché i certificati di lavori pubblici e privati rilasciati prima della data di entrata in vigore del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34; b) le fatture presentate dalle imprese ai sensi dell'articolo 25, comma 5, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34".

Al riguardo, va ricordato che l'Autorità ha manifestato fin da subito forti perplessità sul contenuto del D.M. 272/2007, evidenziando in particolare che *"la mancata chiarezza sulla verifica complessiva dei certificati, l'assenza della celerità e della certezza del controllo sui documenti inviati e l'impossibilità di procedere prioritariamente sulle attestazioni oggi utilizzate producono notevoli intralci e difficoltà operative. In un sistema già complesso, che ha subito notevoli evoluzioni, il non aver recepito nel decreto i suggerimenti formulati da questa Autorità, frutto di un'esperienza ultraquinquennale, fa sorgere gravi preoccupazioni sul raggiungimento degli obiettivi che il legislatore giustamente si era prefissato"*.

Inoltre, l'Autorità ha anche osservato che l'assunzione dei provvedimenti sanzionatori previsti dal decreto può determinare dei problemi applicativi, posto che la previsione delle sanzioni di cui all'art. 40, comma 4, lettera g) del D.lgs n. 163/2006 non è operativa in quanto il Regolamento ex art. 5 dello stesso codice dei contratti pubblici che avrebbe dovuto disciplinare la relativa disciplina non è ancora stato emanato.

Per tale operazione di verifica straordinaria, l'Autorità ha assunto un ruolo centrale svolgendo il compito di ideazione e gestione dei modelli e dei data base informatici necessari per il funzionamento della procedura.

In particolare, ha provveduto alla ricezione ed elaborazione dei documenti pervenuti dalle SOA, alla loro trasmissione ai soggetti coinvolti nella fase di verifica (amministrazioni aggiudicatrici, Guardia di Finanza, Provveditorati interregionali per le opere pubbliche), nonché alla ricezione ed elaborazione delle risposte pervenute e, infine, alla richiesta alle SOA di procedere alle eventuali dichiarazioni di decadenza degli attestati di qualificazione rilasciati sulla base di dati non veritieri.

Il decreto è entrato in vigore nel mese di febbraio 2008 e l'attività di verifica è iniziata nel mese di aprile, con la consegna a tutte le SOA dei modelli informatici da utilizzare per trasmettere i dati.

Il termine di conclusione della procedura (un anno dall'entrata in vigore del decreto) è tuttavia risultato subito del tutto non congruo, soprattutto in ragione della dimensione estremamente elevata di documenti da sottoporre a verifica.

I termini ristretti previsti dal decreto hanno infatti consentito alle SOA di trasmettere soltanto una parte assai ridotta dei dati previsti. In particolare, al termine previsto per la fase di trasmissione dei dati, giugno 2008, la percentuale di quelli pervenuti è stata pari a circa il 18,5% rispetto a quelli attesi e nessuna SOA è riuscita a terminare la trasmissione dei dati secondo i tempi previsti dal decreto.

Preso atto di queste difficoltà, l'Autorità ha deciso di privilegiare il flusso di documenti e conseguentemente, anche alla luce della Circolare n. 2169 del 28 febbraio 2008 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, ha disposto la riapertura dei termini, conclusasi nel 2009, a seguito della quale le SOA sono riuscite a trasmettere quasi tutti i documenti.

L'attività di verifica dei dati trasmessi dalle SOA è stata in un primo momento diretta a valutare i documenti inviati dagli organismi di attestazione nel periodo aprile-giugno 2008 e si è conclusa nel mese di dicembre 2008, in linea con i tempi previsti dal decreto.

Ad esito di tale attività, nella quale sono state interessate circa 6.300 amministrazioni aggiudicatrici, la Guardia di Finanza ed i Provveditorati interregionali per le opere pubbliche, la percentuale di documenti verificati da tali soggetti è risultata assai ridotta.

L'Autorità ha successivamente riaperto la procedura nel mese di agosto 2009, sottoponendo alla verifica i documenti trasmessi dalle SOA nel periodo di proroga. Tale attività ha riguardato complessivamente oltre 1 milione di documenti, di cui circa 288.000 certificati di lavori pubblici, circa 29.000 certificati di lavori privati e circa 750.000 fatture. La verifica ha coinvolto ulteriori 7.500 stazioni appaltanti, portando a circa 13.800 le amministrazioni aggiudicatrici interessate dalla procedura.

**Lo stato della  
procedura di  
verifica  
straordinaria dei  
certificati di  
esecuzione lavori**

Relativamente ai risultati della procedura, al mese di marzo 2010 risulta riscontrato circa il 26% dei certificati di lavori pubblici e circa il 19% dei certificati di lavori privati.

Per quanto concerne l'attività conseguente alla verifica straordinaria, questa troverà pieno sviluppo all'esito della procedura quando, compiuti gli eventuali ulteriori accertamenti istruttori, verranno individuati i dati effettivamente non confermati dai soggetti coinvolti nella verifica, ai fini dell'attivazione delle dichiarazioni di decadenza degli attestati di qualificazione rilasciati sulla base di dati non veritieri e dell'eventuale sospensione in via cautelare di tali attestati.

Dalle elaborazioni al mese di marzo 2010, è emerso che circa il 2,4% dei certificati di lavori pubblici e il 5,8 di certificati privati finora verificati non sono stati confermati dalle amministrazioni aggiudicatrici.

In merito all'individuazione dei certificati caratterizzati da effettive criticità, su un primo insieme di dati è emerso che solo una parte (circa il 25%) risulta effettivamente riconducibile a documenti che non hanno trovato riscontro oggettivo in atti di pubbliche amministrazioni e per i quali le SOA dovranno procedere all'attivazione del procedimento di decadenza dei relativi attestati. Il rimanente 75% è da considerarsi non idoneo per l'attivazione dei procedimenti di cui sopra, in quanto attribuibile ad imprecisioni da parte delle SOA in fase di introduzione dati.

Per le attestazioni relative ai CEL non confermati dalle stazioni appaltanti è invece possibile richiedere alla SOA competente, ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.M. n. 272/2007 di avviare il procedimento di cui all'art. 40, comma 9 ter, del D.Lgs. n. 163/2006 finalizzato alla valutazione dei presupposti per l'eventuale dichiarazione di decadenza dell'attestazione.

L'attività di verifica finora svolta ha inoltre evidenziato numerose criticità che rendono difficoltosa l'attività di vigilanza ed ha comportato uno sforzo di notevole entità da parte degli Uffici dell'Autorità. Si ricordano, al riguardo, i numerosi casi in cui l'operatore economico interessato dalle verifiche risulta titolare di attestati successivi, in corso di validità o non più operanti, i casi di "migrazione" delle imprese da una SOA all'altra, quelli di imprese - nei cui confronti sono emersi riscontri negativi sulla autenticità dei certificati - che risultano cancellate dai rispettivi registri e dunque non più esistenti, nonché i casi di cessioni di azienda o di ramo d'azienda da parte delle imprese individuate all'esito delle verifiche o, al contrario, i casi in cui i certificati riscontrati negativamente nel corso delle verifiche provengano da altra impresa a seguito di cessione di azienda.

#### **4.3 Le criticità emerse nel sistema SOA e nei procedimenti di qualificazione**

La previsione normativa di cui all' art. 8 del D.P.R. n. 34/2000 è volta ad operare un controllo sulle partecipazioni azionarie al fine di impedire l'acquisto delle azioni da parte di determinate categorie di soggetti ovvero il trasferimento delle stesse azioni qualora la loro circolazione possa influire sulla correttezza della gestione della SOA o compromettere il requisito della indipendenza di giudizio o il suo perdurare. Sulla base del disposto di cui all' art. 8 del D.P.R. n. 34/2000, l'interesse oggetto di protezione è quello di accertate l'insussistenza, in capo all'acquirente, di fattispecie direttamente o indirettamente impeditive all'acquisto delle partecipazioni azionarie.

**Il controllo della  
partecipazione  
azionaria delle  
SOA**

L'articolo in esame preclude infatti qualsiasi partecipazione, diretta o indiretta, al capitale delle SOA alle stazioni appaltanti, alle imprese esecutrici ed ai soggetti idonei alla progettazione. Questa disposizione tassativa pone, quindi, una presunzione *iuris et de iure* in ordine alla presenza, in capo a tali soggetti, di interessi idonei ad influire sull'indipendenza della SOA.

Al di fuori di questa esclusione, l'art. 7 comma 4 dpr 34/2000 prevede che la composizione e la struttura organizzativa delle SOA debba assicurare, anche in presenza di eventuali situazioni di controllo o di collegamento (ai sensi dell'articolo 2359 c.c.), il rispetto del principio di indipendenza di giudizio e l'assenza di qualunque interesse che possa determinare comportamenti non imparziali o discriminatori.

Per esercitare il controllo di legittimità sulle partecipazioni azionarie delle SOA, l'Autorità ha indicato nelle determinazioni e nei comunicati assunti in materia, le condizioni di ammissibilità della comunicazione di richiesta di nulla osta al trasferimento di partecipazioni azionarie nonché "*il percorso alla base del processo valutativo*" operato dall'Autorità ai fini del rilascio del nulla osta.

È stato, pertanto, evidenziato che solo la verifica caso per caso del ruolo dei diversi soggetti presenti nell'azionariato e dei loro concreti comportamenti nella struttura organizzativa della SOA può far emergere l'incoerenza della partecipazione.

Il processo valutativo alla base del nulla osta al trasferimento di partecipazioni azionarie ha infatti sempre avuto come presupposto l'assunto che la preclusione richieda una valutazione concreta delle situazioni per stabilire se il governo delle SOA sia coerente con il rispetto del principio di indipendenza e di imparzialità e di non discriminazione (art. 7, comma 4 del Regolamento).

Di recente una sentenza del TAR, a prescindere dalla questione di merito, è intervenuta sui divieti di partecipazioni azionarie contenute nell'art. 8 del Regolamento rilevando 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 largamente 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 l'autonomia operativa della SOA, la contestata incompatibilità".*

È evidente anche alla luce dell'esperienza maturata, che un garantismo formale rischia di pregiudicare un funzionale esercizio della vigilanza tesa a garantire l'efficienza e l'efficacia del sistema di qualificazione e che occorre, pertanto, un generale ripensamento dell'attività di valutazione per l'esercizio del controllo sulle partecipazioni azionarie e della documentazione necessaria per la procedibilità dell'istanza.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ha, infatti, un ruolo di garante dell'efficienza e corretto funzionamento del mercato e, quindi, del sistema di qualificazione avendo l'art. 14 del D.P.R. n. 34/2000 assegnato all'Autorità penetranti poteri di vigilanza e controllo sulle SOA prevedendo, a tal fine, la possibilità per la stessa di richiedere qualsiasi documento ritenuto utile per l'esercizio del potere di vigilanza.

L'Autorità ha ritenuto quindi opportuno un approfondimento sulle metodologie e i criteri operativi utilizzati per l'esercizio della attività di vigilanza sulle partecipazioni azionarie e sugli strumenti istruttori necessari per garantire che il controllo degli azionisti sulle S.O.A. partecipate sia coerente con il rispetto del principio di indipendenza e di imparzialità e di non discriminazione.

L'approfondimento ha evidenziato la necessità di adeguare i criteri e le metodologie per l'esercizio dell'attività di valutazione di cui all'art. 8, comma 5 del D.P.R. n. 34/2000 al fine di verificare che la compravendita di azioni non influisca sulla correttezza della gestione della SOA o non comprometta il requisito dell'indipendenza.

**Il rilascio del  
Nulla Osta alla  
partecipazione  
azionaria**

In considerazione di quanto esposto, l'Autorità, al fine di agevolare lo svolgimento del procedimento per il rilascio del nulla osta alle partecipazioni azionarie di cui all'art. 8 del D.P.R. n. 34/2000 e garantire l'uniformità e la trasparenza delle procedure e della relativa documentazione, ha definito, con il Comunicato n. 56 del 24 Giugno 2009, la documentazione che deve essere allegata all'istanza.

Il problema delle cessioni di azienda, ma anche di ramo di azienda, si pone anche in relazione al cosiddetto problema dell'imputabilità a carico dell'impresa cessionaria delle dichiarazioni mendaci e/o della falsa documentazione prodotta dall'impresa cedente.

**Il problema delle  
cessioni di azienda**

Al riguardo, l'istanza di "riattestazione", conseguente al verificarsi dell'ipotesi indicata dall'art. 14 lettera m) del D.P.R. 34/2000, implica necessariamente la valutazione circa l'imputabilità o meno all'impresa della falsa documentazione prodotta e/o delle dichiarazioni non veritiere rese in fase di qualificazione e comporta l'avvio di un procedimento che - seppur conseguente - è distinto e cronologicamente successivo rispetto al procedimento di controllo che ha come esito la dichiarazione di decadenza dell'attestato, con relativa annotazione nel Casellario informatico. I due procedimenti si basano su presupposti diversi e implicano, altresì, modalità e criteri di valutazione altrettanto distinti.

L'imputabilità va infatti intesa come riferibilità all'impresa della falsa dichiarazione e/o falsa documentazione in sede di qualificazione secondo un criterio di diligenza ordinaria. Ciò richiede un'indagine caso per caso, con un livello di approfondimento tale da giungere ad un ragionevole giudizio di responsabilità dell'impresa nel senso della riconducibilità del falso alla sfera volitiva o cognitiva dell'imprenditore.

Nell'ambito delle problematiche connesse alle istanze di nuovo contratto di attestazione assume particolare rilievo la fattispecie della cessione di azienda o di ramo d'azienda dell'impresa con attestazione decaduta, rivelatasi in concreto tendenzialmente elusiva della normativa di settore. Si pone preliminarmente la questione di chi sia legittimato a valutare la sussistenza del requisito di ordine generale previsto dall'art. 17, lett. m), del DPR n. 34/2000 e dall'art. 38, lett. m-bis), del codice.