

Allo stato attuale, nelle more della puntuale individuazione di tutti gli elementi che saranno utilizzati ai fini della valutazione dell'imputabilità, nonché del conseguente trattamento della possibile casistica, sembra potersi individuare nell'Autorità il soggetto preposto, anziché la SOA a cui sia stata presentata istanza di riattestazione. Ciò sia in analogia con la prassi antecedente all'introduzione della norma in parola, sia per motivi di economia del procedimento di riattestazione, tenuto conto che laddove si propendesse per la seconda ipotesi, in ogni caso l'Autorità, laddove la SOA ritenesse non imputabile al soggetto istante il falso, sarebbe comunque titolata, ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. m) ad annullare, "*... in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni*".

Inoltre, l'accertamento dell'imputabilità, nei casi sopra illustrati, implica necessariamente la posizione di terzietà e di imparzialità in capo all'organo deputato a valutare le istanze di nuovo contratto di attestazione. Tale evidenza rende al momento sconsigliabile affidare un compito così delicato alle SOA, che rischierebbero di valutare in maniera difforme casi analoghi o, peggio ancora, di mettere in pratica forme di concorrenza al ribasso, oltre che per logiche prettamente commerciali anche per scongiurare l'instaurarsi di contenziosi con relative richieste di risarcimento danni da parte delle imprese.

In sede di istanza di nuovo contratto nei casi di cessioni di azienda o di ramo di azienda dell'impresa con attestazione dichiarata decaduta per i motivi di cui sopra, occorrerà quindi accertare l'imputabilità nei confronti dell'impresa cessionaria che si sia avvalsa o voglia avvalersi dei requisiti posseduti dall'impresa cedente per la qualificazione. In tali fattispecie, occorre infatti valutare in capo all'impresa cessionaria il sussistere del possesso del medesimo requisito di ordine generale di cui all'art. 17, comma 1, lett. m) del DPR n. 34/2000 (assenza di false dichiarazioni e/o documentazioni rese in fase di qualificazione).

Nelle cessioni d'azienda o di ramo d'azienda, la dimostrazione della non imputabilità del soggetto cessionario per falsi riconducibili alla sfera

del soggetto cedente implica un'indagine ampia e articolata. Infatti, la valutazione svolta dalla Autorità è volta ad accertare la totale buona fede del cessionario in termini di assoluta estraneità nei confronti della falsa dichiarazione e/o documentazione resa dal cedente e, di conseguenza, di assenza di qualsiasi collegamento, anche indiretto, tra i due soggetti protagonisti della cessione, nonché in termini di diligenza, in quanto il falso in merito ai requisiti acquistati non poteva essere rilevato agevolmente.

Al riguardo, le situazioni di controllo e di collegamento sostanziale tra imprese rilevano già in sede di partecipazione alle gare di affidamento dei contratti pubblici (divieto di partecipazione di cui all'art. 34, c. 2, del Codice dei contratti) e si basano su alcune presunzioni legali (art. 2359 del codice civile) e su ulteriori elementi indiziari, la cui univocità rende plausibile la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale.

Nel caso di istanza di nuovo contratto di attestazione e in presenza di una cessione d'azienda o di ramo d'azienda, invece, non è possibile condurre l'indagine esclusivamente sugli elementi indiziari rilevanti per le situazioni di controllo e di collegamento in fase di gara, a causa della debolezza probatoria di tali indizi a fronte della conseguente preclusione illimitata dal settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture in caso di rigetto dell'istanza di riattestazione per riconosciuta imputabilità.

L'indagine da condurre nel procedimento su istanza di nuovo contratto di attestazione in caso di cessione d'azienda o di ramo d'azienda dovrebbe, quindi, tenere comunque in debito conto tutti gli elementi sintomatici di una qualche forma di controllo o di collegamento tra società, ma - lungi dal ritenerli esaustivi - valutarli di volta in volta in relazione al caso concreto, abbinandoli con ulteriori elementi rafforzativi, al fine di stabilire la riferibilità o meno della falsa dichiarazione e/o documentazione al soggetto cessionario secondo un criterio di agevole conoscibilità del falso del cedente in considerazione anche del collegamento sostanziale tra i due soggetti.

L'impossibilità da parte dell'impresa cessionaria di conoscere la decadenza dell'attestazione per falsi dell'impresa cedente è spesso un motivo addotto dalla prima, in sede di richiesta di attestazione, per

comprovare l'acquisto in buona fede dell'azienda o del ramo d'azienda e per supportare la propria non imputabilità, non avendo elementi per poter accorgersi, all'atto dell'acquisto, che i requisiti oggetto di trasferimento erano parzialmente o totalmente inesistenti in quanto documentati con attestati falsi.

Al riguardo, l'Autorità valuterà l'opportunità di garantire la diretta disponibilità da parte delle imprese interessate ad acquisire un'azienda o un ramo di azienda delle informazioni relative alla decadenza degli attestati, quale meccanismo potenzialmente assai efficace di prevenzione del tentativo di elusione della sanzione prevista dalla normativa. In questo modo, infatti, l'attuale asserita impossibilità da parte dell'impresa cessionaria di conoscere la decadenza dell'attestazione per falsi dell'impresa cedente verrebbe superata.

L'impresa potenzialmente cessionaria, in altri termini, ha interesse a verificare, utilizzando tutte le informazioni liberamente disponibili, la piena integrità degli *asset* che si stanno acquisendo.

Sul versante, invece, degli organismi di attestazione e delle condizioni cui devono attenersi nella loro attività di qualificazione, per consentire alla cessionaria di avvalersi correttamente dei requisiti della cedente ai fini della qualificazione, la SOA deve previamente verificare che nel Casellario non ci sia un'annotazione di decadenza dell'attestato ex art. 38, lett. m-bis o di avvio del procedimento ex art. 40, comma 9-ter di data successiva al 1° agosto 2007 nei confronti dell'impresa cedente.

La diretta disponibilità dei dati relativi ai procedimenti di decadenza da parte delle imprese e i descritti obblighi a carico delle SOA possono rappresentare i più efficaci strumenti di vigilanza, poiché sarebbero i diretti interessati e, più in generale, il mercato ad eseguire il controllo e, quindi, a coadiuvare l'Autorità nello svolgimento della sua attività di vigilanza.

La pubblicizzazione delle decadenze degli attestati e della comunicazione di avvio di un procedimento presenta inoltre un notevole vantaggio ai fini della azione di vigilanza dell'Autorità: consente una sorta di inversione dell'onere della prova a carico dell'impresa cessionaria. Nella situazione attuale, infatti, l'impresa cessionaria deve dimostrare, ai fini

**La verifica delle  
SOA mediante  
casellario  
informatico**

della riattestazione, oltre all'assenza di collegamento con il cedente, anche di non essere stata in grado di conoscere la decadenza dell'attestazione. Con la pubblicizzazione delle informazioni in merito alla decadenza, invece, l'impresa cessionaria non può argomentare in maniera efficace di non essere stata in grado di venire in possesso dell'informazione rilevante.

## CAPITOLO V

### L'ATTIVITÀ DI VIGILANZA SUGLI APPALTI DI LAVORI

#### 5.1 Regolamentazione dell'attività di vigilanza e del potere sanzionatorio

Nel presente paragrafo vengono illustrati i regolamenti relativi all'attività di vigilanza e del potere sanzionatorio nei quali sono individuate le procedure che le Direzioni Generali Vigilanza Lavori e Servizi e Forniture adottano nell'espletamento delle loro funzioni.

##### 5.1.1 Regolamento di vigilanza dell'attività ispettiva

Nel corso del 2009 è stato approvato il Regolamento in materia di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità il quale prevede che le attività di vigilanza relative agli appalti di lavori, servizi e forniture siano generate da tre tipologie di eventi:

1. programma annuale delle attività proposto dalla Direzione Generale competente e approvato dal Consiglio;
2. iniziativa d'ufficio;
3. segnalazioni puntuali inviate all'Autorità da soggetti interessati.

**Regolamento di  
vigilanza  
dell'attività  
ispettiva**

Il programma annuale è definito dal Consiglio ed i relativi sub obiettivi sono assegnati dal Direttore Generale ai vari dirigenti all'inizio dell'anno.

Le iniziative d'ufficio riguardano esigenze di indagine su temi o eventi non inizialmente previsti negli obiettivi annuali e non necessariamente determinati da segnalazioni *ad hoc*. Possono rientrare nella fattispecie iniziative avviate in esecuzione di deliberazioni del Consiglio o determinate da esigenze impreviste o da cambiamenti normativi.

Le segnalazioni provenienti dall'esterno sono, al momento, quelle più numerose.

Il regolamento in questione stabilisce, tra l'altro, le modalità e la tempistica di gestione del procedimento istruttorio. Per quanto la tipologia, si possono verificare le seguenti fattispecie:

- a) l'istanza rientra nei casi di cui al comma 4 oppure al comma 7 dell'art. 2 del Regolamento richiamato; il Dirigente segnala il fatto al Direttore Generale che può decidere di avviare un'indagine, indicando i tempi entro cui deve essere ultimata l'istruttoria e predisposta la relazione finale, oppure può disporre l'archiviazione;
- b) la segnalazione rientra nelle tipologie di cui all'art. 5 del Regolamento per le quali non si dà luogo a specifica istruttoria. Si tratta dei casi in cui faccia difetto in modo evidente la competenza dell'Autorità, ovvero vengano dedotti fatti o circostanze fondati su dati giuridici o di fatto palesemente inesatti;
- c) l'esposto riguarda questioni attinenti al bando di gara o allo svolgimento della gara e sussistano i presupposti per ricorrere alla procedura del precontenzioso. Il Dirigente trasmette immediatamente la segnalazione all'Ufficio del precontenzioso;
- d) le richieste di intervento hanno carattere di generalità. Il Dirigente classifica e trasmette tempestivamente il fascicolo completo all'Ufficio Regolazione;
- e) le segnalazioni riguardano gare di importo inferiore a 150.000 euro, procedure di aggiudicazione concluse da più di sei mesi e procedure per le quali è stato emesso il collaudo definitivo. Il Dirigente valuta se acquisire ulteriori informazioni e procedere a nuova valutazione, sottoporre il contratto al monitoraggio periodico previsto dall'art. 8 del Regolamento, oppure chiudere l'istruttoria dandone comunicazione all'esponente.

Per quanto riguarda l'attività di monitoraggio dell'esecuzione dei contratti, va specificato che essa viene attuata dalla Direzione Vigilanza Lavori sulla base di specifici progetti definiti su iniziativa del Direttore Generale o dei vari Uffici. Tale attività consiste nell'acquisizione periodica di informazioni su uno o più appalti per verificarne il buon andamento dell'esecuzione determinato dal rispetto delle norme, dei tempi di

esecuzione e delle risorse previste all'avvio. Le fonti di acquisizione delle informazioni sono costituite dalle banche dati dell'Osservatorio, da specifiche richieste di documenti fatte a chiunque ne sia in possesso, da sopralluoghi o ispezioni presso i luoghi di esecuzione.

Oggetto del monitoraggio può essere:

- l'esecuzione del contratto;
- l'attività di una stazione appaltante; in questo caso il monitoraggio viene effettuato selezionando un insieme rappresentativo di appalti della stazione appaltante stessa;
- una fattispecie specifica dell'applicazione del Codice: in questo caso il monitoraggio viene effettuato selezionando un insieme rappresentativo di appalti di più stazioni appaltanti.

### **5.1.2 Regolamento in materia dell'esercizio del potere sanzionatorio**

L'Autorità con l'adozione di uno specifico regolamento ha provveduto a quanto previsto dall'art. 8, comma 4 del Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163 e s.m.i. al fine di disciplinare l'esercizio del potere sanzionatorio nei casi previsti dal Codice e dalle altre leggi. Il regolamento suddivide il procedimento in varie fasi (pre-istruttoria, istruttoria, del contraddittorio, e decisoria con provvedimento finale).

L'Ufficio competente può avviare un procedimento per l'applicazione di sanzioni d'ufficio sulla base delle segnalazioni ricevute dalle stazioni appaltanti o dagli enti aggiudicatori e dalle SOA.

Una volta acquisita la segnalazione, completa in tutti i suoi elementi, l'Ufficio Organizzativo (UO) competente può disporre l'archiviazione della segnalazione ovvero l'avvio del procedimento istruttorio.

L'UO competente, esaminati i fatti portati alla sua attenzione e verificata la possibile fondatezza della segnalazione, provvede, entro il termine massimo di 90 giorni dalla data in cui la segnalazione è completa, all'avvio del procedimento e ne dà comunicazione ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti e al soggetto esterno all'Autorità che ha formulato la segnalazione. La

**Regolamento  
sull'esercizio del  
potere  
sanzionatorio**



medesima comunicazione sarà effettuata anche nei confronti dei soggetti, individuati o facilmente individuabili, cui possa derivare un pregiudizio dal procedimento in corso.

Ove necessario, il Responsabile del Procedimento può, congiuntamente alla comunicazione di avvio del procedimento o in una fase successiva, convocare in audizione le Stazioni Appaltanti, gli Operatori Economici, le SOA nonché ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'esame della procedura in corso e può, congiuntamente alla comunicazione richiedere documenti, informazioni e chiarimenti ad ogni altro soggetto che ne sia in possesso.

Nel rispetto dei termini riportati nella comunicazione di avvio, i partecipanti al procedimento istruttorio, oltre a rispondere alle richieste di informazioni inviate dal Responsabile, possono, in ogni momento della fase di acquisizione degli elementi probatori, produrre ulteriore documentazione, memorie e controdeduzioni sulle informazioni inviate anche da altri partecipanti. Tutta la documentazione prodotta nel corso del procedimento dovrà essere inviata anche agli altri partecipanti allo stesso.

Nel rispetto dei termini riportati nella comunicazione di avvio, i partecipanti al procedimento istruttorio, oltre a rispondere alle richieste di informazioni possono produrre ulteriore documentazione e richiedere di essere sentiti in audizione dall'U.O. competente.

Quindi viene effettuata l'audizione delle parti in fase istruttoria nel corso della quale il Responsabile del Procedimento competente e i rappresentanti delle parti illustrano la propria posizione in merito al procedimento.

Per la conclusione del procedimento sanzionatorio l'Autorità fissa un termine non superiore a 180 giorni, decorrenti dalla notifica dell'avvio del procedimento. In questa fase è prevista la possibilità di integrazioni documentali e ulteriori audizioni con sospensione del termine per la pronuncia da parte dell'Autorità.

All'esito dell'istruttoria l'ufficio competente sottopone la questione al Consiglio dell'Autorità per la relativa decisione che può richiedere al Responsabile del Procedimento ulteriori approfondimenti o un



supplemento di istruttoria con la riapertura dei termini; convocare in audizione le Stazioni Appaltanti, gli Operatori Economici, le SOA nonché ogni altro soggetto in grado di fornire elementi probatori utili ai fini dell'esame del procedimento in corso; disporre il provvedimento finale.

Il provvedimento finale, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 241/90 e s.m.i., adeguatamente motivato, indicherà i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione del Consiglio dell'Autorità, nonché il termine e l'Amministrazione a cui è possibile ricorrere.

L'Autorità provvede a notificare alle parti interessate il provvedimento finale e, nel caso in cui abbia deliberato anche la sospensione dalle gare dell'Operatore Economico coinvolto, l'UO competente procede tempestivamente all'iscrizione dell'Impresa nel Casellario Informativo.

Per la determinazione dell'importo della sanzione e della durata dell'eventuale sospensione dalle gare, il Consiglio avrà, di regola, a riferimento i parametri contenuti nell'articolo 6, comma 8, del Codice e nella Legge 24 novembre 1991, n. 689, recante *Modifiche al sistema penale*, consistenti in: valore economico dell'appalto cui l'infrazione si riferisce; gravità dell'infrazione, tra cui dolo e colpa grave; condizioni economiche dell'operatore coinvolto; eventuale reiterazione di comportamenti analoghi a quelli contestati; opera svolta dall'agente per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell'infrazione contestata.

Il potere sanzionatorio, esercitato ai sensi del comma 11 dell'art. 6 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163; si articola in due ipotesi, a loro volta contenenti due diverse fattispecie:

Il primo periodo riguarda i soggetti di cui al comma 9, di seguito specificati, che:

- 1) rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire all'Autorità (soggetto attivo) le informazioni, i documenti, e i chiarimenti (ambito oggettivo) relativamente a lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione ed agli affidamenti: in tale ipotesi è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a € 25.822;

2) forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri: in tale ipotesi è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a € 51.545.

Soggetti passivi in entrambi i casi sono: stazioni appaltanti, operatori economici esecutori di contratti, Società Organismo di Attestazione (soggetti, questi ultimi, inseriti dal terzo correttivo, art. 2 comma.1 lett. c d.lgs. 152/2008), ogni altra pubblica amministrazione ed ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso.

Nel caso in cui i soggetti ai quali è richiesto di fornire i predetti elementi appartengano a pubbliche amministrazioni, l'Autorità, ai sensi del comma 12, formula apposita segnalazione all'amministrazione competente ai fini del procedimento disciplinare.

Si inseriscono nell'ottica di consentire all'Autorità un efficace monitoraggio (raccolta ed elaborazione dei dati) ai fini del controllo sull'andamento generale del settore, e quindi in ultima analisi ai fini della vigilanza, i c.d. obblighi informativi previsti dall'art. 7, comma 8, del codice, in base al quale è sanzionata l'omissione senza giustificato motivo, da parte delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori, dei dati informativi sui contratti di importo superiore a 150.000 euro.

Il secondo periodo contiene altresì due fattispecie, e viene espressamente richiamato dall'art. 48 del codice (controllo sul possesso dei requisiti) che oltre alla sanzione pecuniaria disposta dall'art. 6 prevede anche l'applicazione di una sanzione interdittiva (sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento); soggetti passivi in tale caso sono gli operatori economici i quali:

- 1) non ottemperano alla richiesta della stazione appaltante o dell'ente aggiudicatore di comprovare il possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di affidamento;
- 2) forniscono dati o documenti non veritieri alle stazioni appaltanti, agli enti aggiudicatori o agli organismi di attestazione circa il possesso dei requisiti di qualificazione.

Il Codice dei contratti ha generalizzato il meccanismo di controllo dei requisiti speciali di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa,

seguendo l'impostazione delle direttive comunitarie di tendenziale unificazione delle procedure d'affidamento di lavori, servizi e forniture.

Ulteriore integrazione alla norma originaria è stata apportata dall'articolo 1, comma 1, lettera m), del D.lgs. n. 152 del 2008, (terzo correttivo) con l'aggiunta del comma *l-bis* che prevede l'obbligo di comprova del possesso dei requisiti già in fase di offerta (presentando la documentazione relativa ai requisiti di capacità economica finanziaria e tecnico organizzativa in originale o copia conforme) nel caso in cui le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, del Codice.

Stante le rilevanti modifiche normative introdotte dal Codice, L'Autorità con Determinazione n. 5 del 21 maggio 2009, ha emanato le linee guida per l'applicazione dell'art. 48, di talché la materia può dirsi ora compiutamente regolata.

Per quanto, da ultimo, concerne i settori speciali, in base all'art. 230, comma 2, *"Per l'accertamento dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici, ove non abbiano istituito propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'articolo 232, applicano gli articoli da 39 a 48"*. In tale ultima ipotesi, agli appalti di lavori si applica l'art.48, limitatamente a quelli di importo inferiore o uguale a 150.000 euro ed a quelli di importo superiore a 20.658.276 di euro; tale articolo si applica, inoltre, a tutti gli appalti di servizi e forniture a prescindere dall'importo. Il successivo comma 3 fornisce tre opzioni agli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici (ossia, essenzialmente le imprese pubbliche) *"... , alternativamente, istituire propri sistemi di qualificazione ai sensi dell'articolo 232, ovvero applicare gli articoli da 39 a 48, ovvero accertare i requisiti di capacità tecnico professionale ed economico finanziaria ai sensi dell'articolo 233"*.

Di conseguenza, se tale ente aggiudicatore istituisce propri sistemi di qualificazione, valgono le stesse considerazioni prima riferite in analogo caso alle amministrazioni aggiudicatrici; se non istituisce propri sistemi di qualificazione, applica gli articoli da 39 a 48 del Codice, e in tal caso valgono le precedenti considerazioni riferite alle amministrazioni

aggiudicatrici. Infine, se non istituisce propri sistemi di qualificazione, o non applica gli articoli da 39 a 48, individua propri criteri di selezione qualitativa, seppure nel rispetto dei principi desumibili dagli articoli da 39 a 50, non utilizzando la procedura prevista dall'art. 48 ma una procedura specifica stabilita per le proprie esigenze.

## **5.2 Lavori di particolare rilevanza**

Oltre alle ordinarie attività ispettive sugli appalti oggetto di segnalazione all'Autorità relative a presunte anomalie/irregolarità nella conduzione degli stessi, sono state espletate, alla luce delle più recenti novità normative e giurisprudenziali, alcune indagini di particolare rilevanza economica-sociale.

Le indagini effettuate nel corso del 2009 hanno riguardato in particolare molteplici casi aventi ad oggetto appalti di lavori di notevole complessità così come pure appalti di importo non rilevante ma che presentavano tuttavia problematicità non secondarie. È stata anche proseguita l'indagine sull'alta velocità/capacità, avviata negli anni passati, che ha confermato quanto rilevato precedentemente in merito alla procedura atipica scelta agli inizi degli novanta per la realizzazione dell'infrastruttura ferroviaria.

Infine, l'attività di vigilanza si è realizzata anche con i procedimenti sanzionatori e le annotazioni al Casellario Informatico.

### **5.2.1 Affidamento a terzi di lavori nelle concessioni autostradali**

Il fenomeno, già rilevato in passato, del mancato affidamento a terzi, da parte dei concessionari autostradali, della percentuale del 40% dei lavori da realizzare, è stato confermato con l'indagine sulla Strada dei Parchi S.p.A.. La vigilanza ha riguardato anche la verifica, con riferimento all'esecuzione dei lavori di adeguamento dei dispositivi di sicurezza stradale, del possesso dei requisiti di qualificazione dell'impresa associata della Concessionaria per l'esecuzione dell'appalto.

In particolare, l'ispezione ha riguardato principalmente: il piano dei futuri affidamenti, sia per gli interventi da eseguire direttamente, sia per

quelli da aggiudicare con le procedure di evidenza pubblica; la descrizione dell'intervento, con relativo importo ed elementi significativi del quadro economico; gli adempimenti in ordine alla programmazione e pianificazione degli interventi; stato dei procedimenti di affidamento e percentuale di esecuzione; procedure di appalto; criteri di aggiudicazione; acquisizione dell'elenco aggiornato delle società controllate e collegate al Concessionario e i relativi elementi di qualificazione. Sono state acquisite informazioni sia sulla compagine societaria e sulle relative evoluzioni, sia sulle modalità di affidamento della concessione risalente al 2001.

Dall'attività istruttoria è emerso che: l'ATI affidataria si è costituita nella società di progetto Strada Dei Parchi S.p.A con le stesse percentuali azionarie e che tutt'oggi sono rimaste invariate; la Toto S.p.A. è deputata ad eseguire le opere civili, Autostrade Italia S.p.A., anche attraverso le società SPEA S.p.A. e Pavimental S.p.A., è addetta all'esecuzione dei restanti interventi; la IMC S.r.l., quale società incaricata della realizzazione di opere di cui alla categoria OS12 (barriere di sicurezza), è stata acquisita dal Gruppo Toto.

Il piano generale degli investimenti è formato da tre interventi principali riguardanti:

- a) l'ammodernamento dei dispositivi di sicurezza dell'autostrada;
- b) la progettazione e costruzione della seconda carreggiata, dalla progressiva KM 0+00 a KM 5+474,41 del tronco Villa Vomano-Teramo;
- c) la realizzazione di viabilità complanare tra la barriera di Roma Est e via P. Togliatti nonché la terza corsia tra via P. Togliatti e la galleria Pittaluga, compreso l'adeguamento della stazione di Lunghezza e l'armonizzazione della viabilità odierna.

Relativamente al piano economico finanziario, che prevede interventi di manutenzione ordinaria, straordinaria e di investimento per un importo totale di circa 1.070 mln di euro, il concessionario ha evidenziato che lo stesso rappresenta un obbligo di spesa nel suo insieme e non costituisce un impegno puntuale riferito ad ogni esercizio economico/finanziario, e che spetta all'autonomia imprenditoriale del concessionario, la valutazione circa l'attuazione dell'impegno.

**Affidamento a terzi dei lavori da parte del concessionario autostradale**

In ordine alle varie percentuali di spesa degli affidamenti da parte del concessionario, si evince inoltre che l'importo degli interventi affidati direttamente al 31.12.2008 è pari a circa euro 405 mln di euro corrispondente ad una percentuale pari a circa il 38% dell'importo previsto nel piano economico finanziario. La medesima somma qualora riferita al totale appaltato al 31.12.2008, di circa 545 mln di euro ovvero circa il 51% degli investimenti riferiti al piano generale, determina una percentuale di circa il 74%. Si evidenzia, altresì, che il ribasso medio degli appalti affidati alle società proprie o collegate risulta pari al 14,59% sull'elenco dei prezzi di volta in volta applicato all'intervento e desunto o da prezzi ANAS o da elenco prezzi regionali o in assenza dalle indicazioni del mercato; per quanto invece riguarda il ribasso affidato a terzi è pari a 11.96%.

Relativamente agli interventi di adeguamento dei dispositivi di sicurezza, gli esecutori sono rispettivamente l'A.T.I. IMC S.r.l. - Toto S.p.A. per il primo appalto e la sola Toto S.p.A. per il secondo, attesa l'incorporazione della prima. I due interventi sono stati pressoché ultimati, inoltre la progettazione dei due interventi è stata effettuata dalle medesime imprese in quanto trattasi di appalti integrati.

Si è rilevata, inoltre, un'attività di negoziazione tra concessionario e ANAS per l'aggiornamento dell'atto concessorio - siglato il 18 novembre 2009 - e la conseguente elaborazione di un nuovo piano economico finanziario che, in linea generale, prevede maggiori interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria nonché ulteriori interventi rispetto al piano degli investimenti sopra descritti.

Dalla documentazione acquisita nel corso dell'ispezione è emerso come fino all'entrata in vigore del D.L. 262 del 3 ottobre 2006, il concessionario non abbia agito negli affidamenti in qualità di amministrazione aggiudicatrice, bensì con affidamenti diretti ad imprese collegate ovvero azioniste.

In seguito, ai sensi delle norme seguenti L. conv. 286/2006 e L. 296/2006 nonché D.L. 300/2006 e L. conv. 17/2007, il concessionario ha agito in qualità di amministrazione aggiudicatrice. Fino all'entrata in vigore del D.L. 262 del 3 ottobre 2006, ha agito in virtù delle disposizioni



legislative dei contratti pubblici unicamente per l'affidamento dei lavori e non per le forniture e per i servizi, rispetto ai quali ha fatto unicamente riferimento a disposizioni interne; nel rispetto delle disposizioni convenzionali ha provveduto altresì ad affidare parte dei lavori ad imprese azioniste e ad imprese collegate.

Successivamente, in applicazione a quanto disposto nell'art. 2, comma 85, del decreto legge 3 ottobre 2006 n. 262, convertito con modifiche dalla Legge 24 novembre 2006 n. 286, come ulteriormente modificato dalla legge 27 dicembre 2006 n. 296 e dalla legge 26 febbraio 2007 n. 17, il concessionario ha agito in qualità di amministrazione aggiudicatrice, ove richiesto da dette norme, per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

In ordine all'aspetto peculiare dell'indagine è da rilevare che, allo stato, a fronte di un investimento del concessionario pari 51% dell'intero programmato emerge un rapporto in favore degli investimenti infragruppo pari al 74% del totale sinora investito.

A tal fine, considerato lo spirito liberalizzante che permea il quadro normativo di riferimento nonché il fatto che anche quando gli affidamenti di lavori avvengono in conformità ai limiti normativamente stabiliti, gli effetti verificabili sul mercato corrispondono a un'oggettiva limitazione del numero e dell'importo dei lavori messi a gara, con conseguenti restrizioni alla libera concorrenza. Pertanto, se da un lato è in parte condivisibile l'assunto del concessionario, nonché del giudice amministrativo, circa la natura non cogente del piano economico finanziario e che spetta all'autonomia imprenditoriale del concessionario la valutazione circa le modalità d'impiego delle risorse impegnate, dall'altro è altrettanto vero che una totale discrezionalità del concessionario circa il "come e quando" attuare siffatto obbligo appare elusivo ed in contrasto con le regole della libera concorrenza, basata sulle parità delle opportunità tra gli operatori che agiscono sullo stesso mercato in un dato momento.

Pertanto sul punto non si ritiene di discostarsi dall'orientamento già espresso da questa Autorità con Deliberazione n. 202 del 16 luglio 2002, ove si enunciava che il calcolo delle aliquote in commento non va riferito al



periodo dell'intera concessione, poiché ove intervenisse la revoca della concessione per cause contingenti - cosa non impossibile in una concessione di relativamente lunga durata - l'eventuale iniziale superamento dell'aliquota massima (60%) non potrebbe essere recuperato. Perciò, sotto tale profilo sarebbe ragionevole rispettare le aliquote in parola nei programmi triennali, salvo casi singolari dipendenti dalla programmazione del concessionario e che dovrebbero essere tecnicamente motivati (tipo ed entità degli interventi da attuare). Inoltre, il concessionario deve redigere un programma preliminare degli interventi da articolare in più fasi.

Tale interpretazione appare oggi ancor più rafforzata, in virtù del 2° considerando della Direttiva 2004/18/CE, ove si prevede che l'aggiudicazione degli appalti per conto dello Stato è subordinata al rispetto dei principi del trattato ed in particolare ai principi di proporzionalità e di trasparenza, nonché dall'intero quadro normativo nazionale sopra delineato. Ove il principio della proporzionalità, che a ragione viene fatto rientrare fra i principi generali e parte della dottrina lo intende e lo qualifica come espressione del principio di Stato di diritto, che va considerato quale postulato immanente dell'ordinamento comunitario, impone di paragonare obiettivo e mezzo e di ponderarli nella loro rispettiva importanza. Naturalmente, una valutazione così congegnata non può avvenire in modo astratto, in quanto la relativa effettuazione necessita sempre di concretizzazione.

Applicato alle concessioni, questo principio, pur lasciando alle organizzazioni concedenti la facoltà di definire, in particolare in termini di prestazioni e di specifiche tecniche, l'obiettivo da raggiungere, esige, però, che ogni provvedimento adottato sia al tempo stesso necessario e adeguato in relazione all'obiettivo fissato. Da ciò discende che nel silenzio della norma l'affidamento all'esterno del 40% dell'investimento globale della concessione dovrebbe essere proporzionalmente affidato, in linea di massima, sull'intero arco temporale della convenzione; di fatto rendendo attuabile una vigilanza in itinere da parte del concedente (ANAS) nonché di questa Autorità. In mancanza ci si limiterebbe ad una verifica del rispetto del vincolo *ex post* con scarsa valenza pratica.