

2010, n.207. E' stato in primo luogo evidenziato che l'articolo 73 del regolamento è entrato in vigore quindici giorni dopo la sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale (supplemento ordinario n.270/L del 10 dicembre 2010), a differenza delle altre disposizioni regolamentari per le quali è previsto il termine di 180 giorni dalla stessa data. Si è posto pertanto un problema di disciplina transitoria, in quanto l'articolo 73 troverà immediata applicazione solo per violazioni di comportamenti delle SOA già contemplati nel Codice o nel previgente regolamento in materia di qualificazione di cui al D.P.R. n.34/2000. Nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico, le sanzioni riguardanti fattispecie normative che avranno effetto decorsi 180 giorni dalla pubblicazione del regolamento potranno essere comminate per violazioni poste in essere successivamente all'entrata in vigore del relativo obbligo. Si è ritenuto utile, a tale riguardo, riportare nelle linee guida allegate alla determinazione la descrizione analitica delle singole fattispecie sanzionabili ed indicare in una apposita tabella le singole violazioni e la data dalla quale entra in vigore l'obbligo posto a carico delle SOA.

La disciplina sanzionatoria nei confronti delle SOA attiene principalmente agli adempimenti volti a garantire l'esercizio del potere di verifica da parte dell'Autorità sui requisiti necessari per svolgere l'attività di attestazione e agli atti posti in essere, in relazione a tale attività, nei confronti delle imprese esecutrici di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro. Sono pertanto disposte sanzioni pecuniarie in caso di mancata risposta alle richieste dell'Autorità o di mancata comunicazione secondo quanto stabilito nel D.P.R. n.207/2010.

Nella determinazione è stato approfondito il requisito dell'"indipendenza di giudizio" delle SOA, stabilito all'articolo 40, comma 3 del Codice, da intendersi in un'accezione ampia, alla luce anche del recente parere reso dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato. Il controllo dell'Autorità è diretto ad assicurare il rispetto del principio di buon andamento dell'azione amministrativa con riguardo alle situazioni che possono compromettere l'indipendenza delle SOA, tenuto conto della funzione pubblicistica svolta dalle stesse. E' pertanto necessario che le SOA

**La nuova
disciplina
sanzionatoria nei
confronti delle
SOA**

comunicano ogni conflitto di interessi non solo attuale ma anche potenziale, che possa incidere sull'adozione di un atto di certificazione.

Sono poi stati illustrati gli effetti della sospensione o decadenza dell'autorizzazione ad attestare sull'attività e sull'assetto societario ed organizzativo della SOA, nonché sui rapporti con le imprese qualificate o in attesa di qualificazione, le quali devono essere tempestivamente informate in caso di sanzione interdittiva o di fallimento o cessazione di attività della SOA stessa. Ulteriori indicazioni hanno riguardato le decisioni che l'impresa può assumere a seguito del ricorrere di una delle suddette circostanze ed il divieto di trasferimento di azienda tra SOA in caso di sospensione o decadenza dell'autorizzazione.

2.10 Segnalazioni al Parlamento

L'Autorità ha prestato particolare attenzione alla materia dei servizi pubblici locali che, accanto alle attività più propriamente ascrivibili alla vigilanza, è stata oggetto della segnalazione al Governo ed al Parlamento del 3 giugno 2010. La segnalazione completa il processo di analisi ed approfondimento dello sviluppo della normativa di settore intrapreso con la segnalazione del 26 novembre 2008, alla luce delle disposizioni dettate dall'articolo 23- bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 del 26 novembre 2008.

**Disciplina dei
servizi pubblici
locali di
rilevanza
economica**

Nella segnalazione citata, l'Autorità ha posto in rilievo la persistente incompiutezza del processo di transizione dei servizi pubblici locali verso assetti di mercato concorrenziali, in larga parte dovuta all'eccessiva instabilità del quadro normativo ed alla connessa mancanza di un'adeguata regolazione di mercato, che inducono a ritenere necessaria l'individuazione di una autorità indipendente di regolazione a livello nazionale.

Sono state, altresì, evidenziate alcune problematiche relative all'armonizzazione della disciplina generale con le discipline di settore alla luce del campo di applicazione della riforma ed al fine di evitare condizioni di incertezza che rischiano di disincentivare l'apporto di risorse private.

Nella segnalazione vengono esemplificate, in particolare, alcune criticità attinenti la gestione integrata del ciclo dei rifiuti, la gestione di risorse idriche ed il trasporto pubblico locale.

L'Autorità ha, inoltre, segnalato l'opportunità di dettagliare le regole procedurali da osservare per l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, soffermandosi sulla necessità di stabilire, anche sulla base delle indicazioni provenienti dal legislatore comunitario, gli obblighi di pubblicità da assolvere in ambito nazionale e sovranazionale, gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità, i requisiti di partecipazione alle gare e le procedure di gara da seguire.

E' stato al riguardo osservato come la tutela del principio concorrenziale debba essere garantita anche attraverso l'affermazione di un nuovo *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni, improntato al rispetto del principio di trasparenza nell'utilizzo dello strumento concessorio, anche in considerazione del fatto che la mancata codificazione di regole procedurali da seguire per gli affidamenti, lungi dal costituire un beneficio per gli enti locali in termini di maggiore libertà d'azione, sfocia spesso in aggravii procedurali, ascrivibili all'indeterminatezza delle disposizioni ed al connesso contenzioso sulla loro corretta applicazione.

La segnalazione contiene, inoltre, un'analisi sia dei modelli "ordinari" per la gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica sia del modello "eccezionale" dell'*in house*, nonché una disamina delle limitazioni all'operatività dei gestori sul mercato imposte dal comma 9 dell'articolo 23 *bis*, con particolare riguardo alle società miste. Da ultimo, l'Autorità ha ritenuto opportuno approfondire il regime transitorio degli affidamenti non conformi, al fine di garantire una transizione ordinata verso l'esternalizzazione totale o parziale dei servizi gestiti secondo modalità non più consentite dalla normativa nazionale.

**Predisposizione
della legge
annuale per il
mercato e la
concorrenza**

L'Autorità, in sede di predisposizione della legge annuale per il mercato e la concorrenza, ai sensi dell'articolo 47 della legge 23 luglio 2009, n. 99, ha formulato alcune osservazioni e proposte, in considerazione della rilevanza e della complessità del mercato connesso al settore dei contratti pubblici, per l'entità delle risorse attivate e del numero degli appalti affidati oltre che per l'elevato numero delle stazioni appaltanti. I compiti istituzionali attribuiti all'Autorità relativi alla vigilanza sulla corretta applicazione del Codice comportano sostanzialmente la vigilanza sul rispetto dei principi del Trattato di parità di trattamento, non discriminazione e trasparenza nelle singole procedure di gara e quindi sul corretto funzionamento del mercato degli appalti pubblici. Per altro verso, una gestione attenta e trasparente del processo di acquisizione di beni e servizi è indicativa della capacità di programmazione delle pubbliche amministrazioni. La qualità dell'allocazione delle risorse pubbliche dipende dunque dal livello di trasparenza del procedimento amministrativo e dalla effettiva concorrenza tra gli operatori economici coinvolti. L'Autorità ha pertanto ritenuto opportuno segnalare alcuni interventi volti a rimuovere ostacoli alla concorrenza e a riconsiderare ambiti sottratti all'applicazione del Codice.

In particolare, dai dati in possesso dell'Osservatorio è emerso un notevole incremento del ricorso alla procedura negoziata senza bando di gara, anche a seguito dell'innalzamento della soglia, per i lavori pubblici, a 500.000 euro (articolo 122, comma 7-bis del Codice) al di sotto della quale è ammesso l'utilizzo della procedura solo in relazione al valore economico e non è dunque vincolato alle condizioni tassativamente stabilite per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria. Al fine di limitare tale pratica anticoncorrenziale, si rende necessaria una modifica normativa volta a porre un termine temporale alla citata disposizione, integrando la stessa con il riferimento al principio della adeguata pubblicità e all'elenco per l'individuazione dei soggetti da invitare.

Per quanto riguarda i concessionari di lavori pubblici, occorre un maggior controllo sul rispetto dell'obbligo di affidare a terzi una quota di lavori, a tutela della concorrenza. Sarebbe auspicabile un incremento della quota dei lavori da affidare a terzi (l'articolo 146 del Codice prevede il 30%) e l'introduzione dell'obbligo per il concessionario di documentare i lavori appaltati a terzi, con cadenza periodica, secondo piani di investimento prestabiliti dalle parti, nonché di comunicare all'Autorità lo stato di attuazione dello stesso.

Criticità sono state riscontrate nel settore delle concessioni di servizi, disciplinate all'articolo 30 del Codice, tenuto conto della difficoltà di stimare l'autentico valore dell'affidamento, inteso quale remunerazione presunta per il concessionario, e dell'importanza della corretta individuazione di tale valore nel bando di gara, anche ai fini degli obblighi di pubblicità del bando. Sarebbe pertanto opportuno inserire all'articolo 30 del Codice il riferimento all'articolo 66 in materia di pubblicità e la possibilità di utilizzare il dialogo competitivo, in quanto la flessibilità della procedura appare più adeguata a superare le asimmetrie informative, oltre l'obbligo di comunicazione nei confronti dell'Autorità.

E' stato poi nuovamente evidenziato il preoccupante fenomeno delle procedure emergenziali, alla luce dell'indagine condotta dall'Autorità sugli interventi oggetto di ordinanze di protezione civile. Tali provvedimenti, tenuto conto delle ingenti risorse pubbliche stanziare sia per gli interventi conseguenti a calamità naturali sia per quelli connessi alla dichiarazione di "grande evento" ai sensi dell'articolo 5-bis comma 5 della legge n. 401/2001, destano forti perplessità per le numerose ed ampie deroghe alla normativa in materia di appalti pubblici ed alla stessa vigilanza dell'Autorità generalmente disposte nelle stesse ordinanze. L'Autorità, nell'affermare che i principi fondamentali stabiliti all'articolo 2 del Codice non possono mai essere derogati, ha ribadito la necessità di circoscrivere le procedure emergenziali ai casi di eventi eccezionali, determinati da fatti imprevedibili, coincidenti in buona sostanza con le calamità naturali, con la

conseguente abrogazione del citato comma 5 dell'articolo 5-*bis* della legge n.401/2001.

Un'ulteriore proposta ha riguardato l'introduzione di una sorta di "qualificazione delle stazioni appaltanti", sulla base delle capacità organizzative e tecniche, per rendere il mercato dei contratti pubblici più trasparente ed efficiente, pur nel rispetto dell'autonomia garantita dalla Costituzione agli enti locali. Il sistema di qualificazione non dovrebbe risolversi in una mera centralizzazione della committenza, ma dovrebbe favorire il ricorso alla delega di funzioni a soggetti meglio strutturati qualora l'amministrazione non sia in grado di seguire l'intera procedura dell'appalto. Potrebbe risultare utile a tal fine prevedere l'obbligo per la stazione appaltante di iscrizione presso un'apposita anagrafe da istituirsi presso l'Osservatorio.

Sono state inoltre accennate le problematiche riguardanti l'istituto dell'avvalimento, sulla base dell'accertamento istruttorio condotto dall'Autorità, tenuto conto che ai sensi dell'articolo 49 comma 11 le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare all'Autorità tutte le dichiarazioni di avvalimento, indicando l'aggiudicatario. Occorre soprattutto stabilire modalità idonee a dimostrare in concreto il possesso dei requisiti e la reale capacità dell'impresa, a garanzia del compimento delle obbligazioni contrattuali, per evitare il rischio che l'avvalimento si risolva in un fatto meramente formale. Maggiori difficoltà sono state riscontrate qualora l'avvalimento non riguardi la messa a disposizione di beni materiali, quali attrezzature, bensì requisiti speciali quali ad esempio l'esperienza maturata nei servizi analoghi.

Infine, l'Autorità, per il perseguimento dell'efficacia e dell'economicità dell'azione amministrativa, ha richiesto l'attribuzione di poteri più pregnanti rispetto a quelli attualmente previsti. In particolare, è stato chiesto il riconoscimento del potere di comminare sanzioni nei confronti degli atti posti in essere in violazione del Codice; a tale potere dovrebbe essere connesso l'obbligo per le stazioni appaltanti, qualora l'Autorità abbia

segnalato l'esistenza della causa di illegittimità ed invitato la stazione appaltante ad un riesame del provvedimento, di comunicare all'Autorità l'esito del procedimento di riesame ed a motivare, ove ritenga di non adeguarsi alle indicazioni dell'Autorità. Il mancato rispetto di tale obbligo comporterebbe l'applicazione della sanzione amministrativa pecuniaria, ai sensi dell'articolo 6 del Codice.

L'Autorità ha ritenuto di formulare alcune osservazioni sulla norma contenuta all'articolo 1, comma 10-ter del decreto legge 23 ottobre 2008, n.162, convertito in legge, con modificazioni, dall'articolo 1, comma 1, della legge 22 dicembre 2008, n.201, riguardante la natura giuridica delle casse previdenziali. In particolare, nella citata disposizione è stabilito che gli enti di cui al decreto legislativo 17 marzo 1999 n. 153 e gli enti trasformati in associazioni o fondazioni ai sensi del decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509 non sono da ricomprendersi negli elenchi degli organismi di diritto pubblico, ai fini dell'applicazione del Codice, a condizione che detti enti non usufruiscano di finanziamenti pubblici, fatte salve le misure di pubblicità sugli appalti di lavori, servizi e forniture. Si sono posti al riguardo delicati problemi applicativi, messi in luce anche in esito all'attività di vigilanza svolta dall'Autorità: la questione relativa alla qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico è, infatti, determinante ai fini dell'inclusione dello stesso nel novero delle amministrazioni aggiudicatrici, ai sensi dell'articolo 3, comma 25, del Codice, tenute all'integrale applicazione della normativa in materia di contratti pubblici. Si è trattato, dunque, di accertare la qualificazione degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie ed in generale di una serie di enti che, pur rivestendo una forma tipicamente privatistica, sono sottoposti dal legislatore ad una disciplina derogatoria a quella di diritto comune, facendo così emergere sia un peculiare legame con il soggetto pubblico sia la strumentalità di detti enti rispetto al conseguimento di finalità di interesse pubblico.

Nel richiamare il contesto normativo nazionale e comunitario vigente in ordine alla definizione di organismo di diritto pubblico, l'Autorità ha

**Natura di
organismi di
diritto pubblico
delle casse
previdenziali
privatizzate**

condotto un'analisi volta a verificare in concreto la ricorrenza dei tre requisiti necessari ai sensi dell'articolo 3, comma 26 del Codice (personalità giuridica, finalità tese a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale e finanziamento pubblico maggioritario o controllo da parte di soggetti pubblici), tenendo conto delle disposizioni che hanno regolamentato la trasformazione delle casse previdenziali in persone giuridiche private. In particolare, accertata la conformità degli enti in argomento rispetto al profilo della personalità giuridica, è stato evidenziato, sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale, che la finalità istituzionale perseguita - consistente nel provvedere ai bisogni previdenziali ed assistenziali di determinati soggetti - continua ad essere di natura pubblicistica e che l'influenza pubblica è predominante, costituendo la contribuzione obbligatoria una forma di concorso finanziario dello Stato, il quale peraltro mantiene compiti di vigilanza e controllo penetranti sui medesimi enti. L'Autorità ha pertanto ritenuto che la privatizzazione degli enti previdenziali non ne abbia modificato la natura di organismo di diritto pubblico, già riconosciuta a tali enti in sede di elencazione esemplificativa (e non esaustiva) di detti organismi contenuta nell'allegato III al Codice dei Contratti. Da ciò consegue che gli enti in argomento sono tenuti al rispetto di tutta la disciplina in materia di contratti pubblici. E' stata in conclusione segnalata la necessità di un intervento normativo idoneo a chiarire i dubbi interpretativi sorti al riguardo.

CAPITOLO III

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

3.1. Il Sistema di qualificazione delle imprese alla luce del nuovo regolamento: criticità e opportunità

In tema di divieti di partecipazione all'azionariato delle SOA, il D.P.R. 207/2010, come recentemente modificato dal Decreto Legge recante "Prime disposizioni urgenti per l'economia", approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 maggio 2011, individua quali soggetti esclusi quelli ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori. La recente previsione normativa tiene conto delle criticità evidenziate nel Parere del Consiglio di Stato n. 852/2011 del 24 febbraio 2011.

**Divieti di
partecipazione
all'azionariato
delle SOA**

Come precisato dal sopra citato parere del Consiglio di Stato, la nuova disciplina ha inoltre mantenuto l'eccezione per le sole associazioni nazionali di categoria che hanno sottoscritto contratti collettivi nazionali di lavoro per i dipendenti delle imprese edili ed affini o di comparto, nonché per le associazioni nazionali rappresentative delle stazioni appaltanti. Tali soggetti possono infatti possedere azioni di una SOA nel limite massimo complessivo del 20% del capitale sociale, ed ognuna delle associazioni nella misura massima del 10%, con la dovuta precisazione, tuttavia, che con l'espressione associazione nazionale di categoria debba intendersi la sola associazione sindacale di lavoratori e non l'associazione datoriale, in quanto è da ritenersi che solo i sindacati dei lavoratori non determinino, se possessori di azioni delle SOA, rischi di conflitto di interessi.

Ulteriormente, il comma 6 dell'art. 66 del nuovo Regolamento consente all'Autorità di negare l'autorizzazione alla partecipazione azionaria della SOA, nei confronti di soggetti diversi da quelli esplicitamente esclusi dalla medesima norma, allorché il soggetto titolare della partecipazione possa

influire sulla corretta gestione delle SOA o compromettere il requisito dell'indipendenza. Al riguardo, il Consiglio di Stato ha precisato che tale disposizione rappresenta una previsione di chiusura che specifica un'ulteriore *ratio* del potere autorizzatorio conferito all'Autorità, nel senso che non giustifica il diniego solo con riguardo ai soggetti esplicitamente esclusi, ma anche quando soggetti diversi, titolari della partecipazione, possano influire in ragione di mere caratteristiche soggettive, sulla correttezza della gestione delle SOA o comprometterne il requisito dell'indipendenza.

In tal senso, tale previsione di chiusura consente all'Autorità di negare l'autorizzazione anche solo con riguardo all'attività svolta dal soggetto titolare della partecipazione azionaria ove la stessa sia tale da influire potenzialmente sulla corretta gestione o comprometterne il requisito di indipendenza.

Per quanto riguarda la cessione di rami d'azienda, l'art. 76, comma 10, prevede nuove disposizioni in merito alla possibilità di avvalersi, per la qualificazione delle imprese, dei requisiti acquisiti a seguito di un'operazione di: fusione, trasferimento di azienda o di un suo ramo. La dimostrazione della sussistenza del ramo deve essere garantita da una perizia giurata di un tecnico nominato dal tribunale competente.

In questo modo la valutazione del reale trasferimento dei requisiti trova una più oggettiva responsabilità in capo ad un soggetto terzo nominato da un tribunale. E' da attendersi, quindi, che tale obbligo di perizia comporterà un freno al mercato delle qualificazioni attraverso tali operazioni, ma forse anche maggiori costi per il compenso del perito e maggiori tempi connessi alla presentazione dell'istanza al tribunale, alla nomina del perito ed al tempo di redazione della perizia stessa.

L'art. 83 del nuovo Regolamento ribadisce quanto già introdotto dal Codice: sono validi solo i certificati di esecuzione dei lavori pubblici telematicamente trasmessi dalle stazioni appaltanti all'Osservatorio; il comma 7, di nuova introduzione, prevede inoltre un obbligo di informativa

per le SOA che rilevi l'esistenza di certificati di lavori non presenti nel casellario informatico, ai fini dell'emanazione dei previsti provvedimenti sanzionatori. E', pertanto, da attendersi che la sanzione possa avere un forte impatto sulle amministrazioni pubbliche, tanto più se si considera che l'art. 8, comma 7, lett. a) del Regolamento pone il limite di 30 giorni alle stazioni appaltanti per l'inserimento dei certificati nel Casellario presso l'Osservatorio.

Le nuove disposizioni in tema di certificati di esecuzione lavori

Inoltre, in attuazione dell'art. 40, comma 3, lettera b), del Codice, viene introdotto il divieto per le SOA, ai fini del rilascio dell'attestazione, di utilizzare i certificati di lavori che non siano presenti nel casellario informatico.

Le maggiori novità introdotte dal nuovo Regolamento in tema di qualificazione riguardano indubbiamente il potere sanzionatorio in capo all'Autorità. In relazione al possibile sistema di incentivi atto ad indurre le SOA ad agire in conformità con le finalità della norma, la normativa finora in vigore li aveva infatti limitati allo strumento della revoca dell'autorizzazione. Va al riguardo osservato che mentre il DPR 34/2000 sostanzialmente assegnava all'Autorità un solo strumento effettivamente deterrente, la revoca, ossia una minaccia di fatto "non credibile" (ed infatti è stata utilizzata solo poche volte connotate da comportamenti di estrema gravità), il nuovo Regolamento ha notevolmente migliorato la situazione, introducendo un sistema assai più articolato, incentrato sulla gradualità della sanzione.

Le novità relative al potere sanzionatorio dell'Autorità

In particolare, l'art. 73 del nuovo Regolamento disegna un sistema ancorato a tre tipologie sanzionatorie caratterizzate da un livello di penalità via via maggiore: sanzioni pecuniarie, sospensione e decadenza dell'autorizzazione.

Relativamente al sistema sanzionatorio introdotto dal nuovo Regolamento, l'Autorità ha emanato la Determinazione n. 1 del 15 marzo 2011, recante indicazioni in merito all'applicazione delle sanzioni di cui al

citato art. 73, ed il Regolamento per la disciplina del relativo procedimento sanzionatorio, entrambi pubblicati nella G.U. del 4 aprile n. 77 (S.O. n. 91).

In particolare, l'allegato al Regolamento disciplina le modalità di determinazione della sanzione, sia pecuniaria che sospensiva, specificando il metodo di calcolo tramite apposite formule che tengono conto della gravità dell'infrazione e delle relative circostanze aggravanti ed attenuanti.

Al riguardo, gli elementi costitutivi della violazione considerati ai fini della determinazione della sanzione sono i seguenti: l'elemento soggettivo, l'elemento oggettivo, l'eventuale presenza di circostanze aggravanti, l'eventuale presenza di circostanze attenuanti.

In particolare, la valutazione dell'elemento soggettivo fa riferimento alle ipotesi di colpa, colpa grave e dolo.

Con riferimento alla valutazione degli elementi oggettivi della violazione si considerano le modalità della condotta: difformità lieve, grave, molto grave.

Per quel che riguarda le circostanze aggravanti vengono considerati gli effetti pregiudizievoli derivanti dalla violazione, che a loro volta si distinguono in gravi o molto gravi, al vantaggio tratto dalla SOA e/o dall'autore della violazione, che può risultare rilevante o molto rilevante, alla recidiva specifica.

Come circostanze attenuanti si considerano la presenza di autodenuncia, di iniziative tendenti ad eliminare le conseguenze della violazione e/o a prevenire ulteriori violazioni, l'adozione di moduli organizzativi di prevenzione e controllo delle violazioni, le circostanze attenuanti generiche

Sempre in tema di sanzioni, l'art. 74, comma 4, dà attuazione al potere dell'Autorità di applicare sanzioni pecuniarie alle imprese che violino l'obbligo di fornire risposta alle proprie richieste di informazioni e trova il

suo fondamento legislativo nei commi 9, lettera a), e 11 dell'art. 6 del Codice, che prevedono espressamente detto potere.

Attraverso la previsione di cui al citato articolo, si è inteso fronteggiare la problematica della perdurante abitudine di alcune imprese a rimanere inerti alle richieste di informazioni da parte dell'Autorità, con l'evidente scopo di eludere il controllo.

L'art. 75 disciplina infine la possibilità che una SOA controlli eventuali carenze relativamente ad attestazioni rilasciate da altre SOA, previo nulla osta dell'Autorità, comunicando a quest'ultima l'intervenuto riscontro di mancato rispetto delle disposizioni inerenti la qualificazione per le conseguenti valutazioni.

Il Regolamento delinea così un inedito meccanismo di "controllo incrociato" tra SOA concorrenti, che mira evidentemente a far emergere - su iniziativa delle SOA diligenti - l'operato illegittimo di altre SOA meno scrupolose.

Un apparato normativo così ampio e complesso come quello recato dal D.P.R. 207/2010 richiede necessariamente un insieme di norme che regolino il passaggio dalla legislazione precedente al nuovo panorama normativo, risolvendo preventivamente possibili questioni di diritto intertemporale.

Tale funzione è svolta dall'art. 357 che regola il periodo che precede la piena applicazione delle disposizioni regolamentari. In particolare i commi 12, 13 e 16, dispongono in merito all'efficacia degli attestati di qualificazione in corso di validità, mentre i commi 14 e 15 si riferiscono alle modalità di riemissione dei vecchi certificati con lo scorporo delle vecchie categorie specialistiche e la emissione dei nuovi sulla base dell'allegato B.1 del Regolamento medesimo. Va peraltro rilevato che il recente Decreto Legge recante "Prime disposizioni urgenti per l'economia", approvato dal Consiglio dei Ministri in data 5 maggio 2011, ha apportato delle modifiche

I principali problemi posti dal "periodo transitorio"

alla norma con particolare riguardo alla durata del periodo transitorio che è stato prorogato di 6 mesi.

Riguardo a quanto prescritto per il periodo transitorio, l'Autorità ha rilevato criticità di particolare rilevanza riconducibili, in particolare, al considerevole numero di CEL emessi dal 2001 che dovranno essere riemessi, alla nuova valutazione di un numero altrettanto cospicuo di attestati rilasciati sulla base di lavori eseguiti in ambito privato, nonché alla validità delle attestazioni di qualificazione contenenti le categorie oggetto di modifica, rispetto all'arco temporale previsto dalla norma entro il quale procedere anche all'adeguamento dell'attuale sistema informatico.

Pertanto, è da attendersi che le stazioni appaltanti saranno sottoposte ad una significativa pressione per dar corso alle operazioni loro richieste: recuperare tutta la documentazione inerente l'appalto, in molti casi risalente nel tempo e quindi spesso difficilmente reperibile, effettuare uno studio approfondito dei documenti contabili ed, infine, procedere alla complessa operazione di contabilizzazione e ripartizione degli importi relativi alle vecchie categorie in quelle nuove. Inoltre, per gli appalti più risalenti nel tempo, le figure chiave per la più corretta e/o più celere interpretazione della documentazione di gara - il RUP, il direttore dei lavori ed il progettista che hanno gestito l'appalto - possono essere non più presenti presso la stazione appaltante; la questione diviene maggiormente critica nel caso di attività di progettazione o direzione dei lavori affidata all'esterno.

Per quanto riguarda poi la riclassificazione dei lavori privati, riguardanti principalmente la categoria OG11, molto spesso abbinata alla categoria OG1, le difficoltà del procedimento scaturiscono sia dalla totale mancanza di disciplina transitoria relativa ai lavori effettuati da privati dal 2001 ad oggi, sia dall'eventuale rifiuto da parte del soggetto privato di provvedere alla riemissione dei certificati.

Va inoltre considerato che le stazioni appaltanti dovranno ritrasmettere i nuovi CEL all'Autorità in quanto le SOA devono acquisire detti certificati

unicamente dall'Osservatorio. Poiché, peraltro, nel periodo antecedente al 2006, la trasmissione di tali certificati all'Osservatorio avveniva in formato cartaceo, ciò comporterà un ulteriore aggravio di lavoro per le stazioni appaltanti che dovranno provvedere, per i certificati relativi a quel periodo, anche al loro inserimento nel sistema informativo dell'Autorità. E va oltretutto sottolineato che l'impegno richiesto alle stazioni appaltanti per l'emissione dei certificati in modalità telematica non è certo da sottovalutare, tant'è che già in condizioni di ordinaria amministrazione esse, pur soggette all'obbligo di invio telematico sin dal luglio 2006, continuano a rilasciare molti certificati solo in formato cartaceo, come ha avuto modo di verificare l'Autorità negli ultimi mesi.

Il rallentamento delle stazioni appaltanti nell'espletare le procedure necessarie per l'emissione dei nuovi CEL, nonché le difficoltà delle SOA nell'effettuare la rivalutazione dei lavori privati, potrebbero comportare forme di distorsione del mercato legate alla difficoltà del sistema di qualificazione di ottemperare alle previsioni normative. Le difficoltà delle amministrazioni aggiudicatrici nel provvedere alla riemissione degli anzidetti certificati potrebbe incidere sulla effettiva capacità delle imprese a partecipare alle gare bandite con le categorie oggetto di modifica.

La questione è di tutto rilievo poiché tra le categorie oggetto di modifica rientrano quelle relative a due settori particolarmente significativi delle costruzioni, vale a dire impianti negli edifici (tramite la OG11) e barriere stradali/paramassi ricadenti nell'ambito delle costruzioni stradali (tramite la OS12). È evidente che il comportamento non uniforme o poco trasparente delle stazioni appaltanti nel rilascio dei certificati in questione potrebbe causare rilevanti danni per molte imprese e vantaggi per poche altre.

Altri ritardi ed inadempienze si possono ipotizzare per gli appalti di importo inferiore a 150.000 euro dato che la prova del possesso dei requisiti speciali avviene mediante la dimostrazione di aver effettuato lavori "analoghi" senza alcun riferimento a categorie e classifiche. La questione

riveste particolare rilievo poiché l'Autorità, già in passato, ha avuto modo di sottolineare l'opportunità che le stazioni appaltanti, anche per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro e soprattutto ai fini del rilascio dei CEL, indicassero a monte le categorie dei lavori da effettuare.

3.2. La verifica straordinaria degli attestati di qualificazione ai sensi del Decreto Ministeriale 21 dicembre 2007, n. 272: attività e criticità emerse

Secondo quanto disposto dell'art. 253, comma 21, del Codice, in relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del Codice stesso, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti sono stati stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei CEL pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. Tale verifica straordinaria avrebbe dovuto concludersi entro un anno dall'entrata in vigore del Decreto Ministeriale, emanato in data 21 dicembre 2007 (D.M. n. 272/2007), e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale dell'11 febbraio 2008, n. 35.

La verifica degli attestati

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, 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 avrebbe prodotto notevoli intralci e difficoltà operative, tali da far sorgere gravi