

muovono nel mercato che hanno potuto esprimere il proprio avviso, proporre problemi, prospettare soluzioni.

* * *

Sempre in ordine ai risultati dell'attività di vigilanza svolta dall'Autorità, un cenno ai più significativi interventi.

Ad alcuni farò riferimento di seguito, perché hanno portato all'invio di atti di segnalazione al Parlamento e al Governo. Indico qui gli accertamenti ed i monitoraggi in atto sui lavori per il vertice ONU di Palermo, su quelli del Teatro La Fenice, del Teatro alla Scala, dell'Auditorium di Roma, sui lavori conseguenti all'alluvione del Po ed alla complessa indagine sulla mancata osservanza dei sistemi di sicurezza nella gestione dei lavori.

In ordine a quest'ultima indagine, preciso che l'Autorità si è attivata, su segnalazione delle Confederazioni sindacali, per verificare i casi in cui la previsione della vincolata destinazione alla copertura degli oneri di sicurezza per ogni lavoro fosse stata disattesa o elusa negli appalti pubblici. I criteri ispiratori degli accertamenti e degli interventi sono stati quello di far sì che fossero stanziati, anche in sanatoria, i fondi necessari, quello di dare avviso delle irregolarità rilevate per l'adozione dei provvedimenti a sanatoria, quello di acquisire gli elementi di difficoltà di applicazione della normativa (oggi completata con il testo regolamentare) e di giungere alla individuazione delle stazioni appaltanti inadempienti, per attuare una specifica, successiva vigilanza, anche in collaborazione con l'INAIL.

Per il rilievo degli elementi raccolti, un breve cenno in tema di vigilanza sul contenzioso. I dati acquisiti confermano l'incentrarsi delle iniziative giurisdizionali nella fase di aggiudicazione degli appalti e soltanto per gli appalti di importi maggiori. Rimangono assegnate alle valutazioni delle amministrazioni la definizione delle controversie per gli altri, cioè la maggioranza degli appalti (così si spiegano le richieste di interventi all'Autorità in funzione di previa soluzione) e, con gli accordi bonari, la definizione delle questioni che insorgono in sede di esecuzione. È, pertanto, su queste definizioni in sede amministrativa del contenzioso che deve essere posta, sempre meglio, l'attenzione della vigilanza.

Rinvio alla casistica, esposta nella relazione, del contenzioso, e sono lieto di dare atto, ancora una volta, dell'efficiente funzionamento della Camera arbitrale che concorre alla sollecita definizione delle controversie in materia.

* * *

Oggi presento la Relazione annuale dell'Autorità, ma i rapporti con il Parlamento e con il Governo non si esauriscono in questo momento. L'Autorità, in aggiunta alla Relazione annuale, ha rimesso specifici atti di segnalazione di fenomeni, di fatti, di situazioni che andavano deferiti alla sede della sovranità ed a quella delle valutazioni politiche generali.

Questi atti di segnalazione non hanno mai avuto lo scopo di rimettere ad altri quelle iniziative che dovevano e potevano essere assunte dall'Autorità, ma hanno a presupposto una

situazione e consistono in proposte, in coerenza formulate, di interventi del Parlamento e del Governo ricompresi nelle competenze e poteri propri di queste istituzioni.

Così, indico le segnalazioni riguardanti la disarmonia tra tempi previsti per le decisioni di bilancio e quelli per l'approvazione dei programmi e degli elenchi annuali delle opere pubbliche; il mancato inserimento nel mercato degli appalti del sistema assicurativo; il fenomeno dei ritardati pagamenti; segnalazioni queste che richiedono adozione di una norma per l'armonizzazione dei tempi; precetti più stringenti perché le assicurazioni possano svolgere quella funzione di autocontrollo del mercato che le norme in materia si prefiggevano; norme correttive che rendano conformi alla direttiva comunitaria, riguardante le forniture e le transazioni commerciali tra privati, i termini dei pagamenti e dispongano l'introduzione di tassi di interesse differenziati.

L'Autorità ha anche proseguito nella sua opera di coinvolgimento delle amministrazioni statali, delle Regioni, delle autonomie locali, delle associazioni delle imprese e delle professioni nell'attività di regolazione, nella sinergia con altre strutture e organi dell'ordinamento italiano della necessità per attività coordinate. A quest'ultima tipologia attengono le intese già da anni operative con il Ministero dell'interno, la Direzione nazionale antimafia, la Guardia di finanza, l'Ispettorato generale di finanza della Ragioneria generale dello Stato.

Ad esse si sono aggiunte ulteriori iniziative riguardanti la vigilanza sulle grandi opere nelle quali sono stati riconosciuti funzionali da un lato i dati dei monitoraggi condotti dall'Autorità,

dall'altro l'esercizio dei suoi poteri di intervento per la regolazione e la repressione dei comportamenti irregolari.

Di qui la partecipazione dell'Autorità al Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere.

Ma il rapporto con le istituzioni della Repubblica si è aperto a nuovi e più ampi ambiti di collaborazione, come emerge dalla significatività dei casi seguenti.

Un'intesa è stata raggiunta con il Presidente della Regione Sicilia, nella qualità di Commissario delegato per l'emergenza idrica; un'intesa è stata realizzata con il Comune di Torino (ma sono già pervenuti segnali di diffuso interesse degli enti locali) per uno speciale monitoraggio e speciali interventi di vigilanza intesi ad assicurare trasparenza e regolarità nei lavori. Questo nuovo ambito di azione si caratterizza per il fatto che esso si collega all'emergere di fenomeni collusivi localizzati, di inefficienze operative, di necessaria rapida soluzione dei problemi della realtà.

Mi riferisco, ora, ai rapporti con le Regioni. L'attesa della compiuta definizione delle modifiche al titolo V della Costituzione, seppure ha determinato qualche situazione di incertezza o di contrasto, non ha inciso nella concreta operatività dei rapporti di collaborazione con le Regioni, né ha attenuato l'attenzione dell'Autorità.

Esistono problemi nel settore degli appalti pubblici, in base alla nuova distribuzione delle attribuzioni legislative e amministrative; è necessario che sia calibrata la differenziata disciplina di ciascuna Regione, in modo che le difformità non comportino ostacolo al rispetto di due principi fondamentali del

nostro ordinamento e dell'ordinamento europeo, il principio della concorrenza che può essere inciso da normative discriminanti; l'obbligo di non creare ostacoli alla libera circolazione nel territorio della Repubblica, di imprese di altri Stati dell'Unione e, a maggior ragione, delle imprese italiane.

L'anno decorso è stato piuttosto occasione per individuare, proprio in base alle nuove competenze regionali, il modello del rapporto di collaborazione tra Autorità e Regioni per un'attività a doppia funzionalizzazione e da svolgere, in attuazione coordinata, sia da uffici dell'Autorità che regionali. È significativo che questo modello sia stato, per primo, individuato proprio con Regioni come la Sicilia, la prima regione italiana e quella dotata da sempre di competenza esclusiva in materia di lavori pubblici e, poi, con il Friuli Venezia Giulia, altra Regione a statuto speciale e con analoga competenza.

Un cenno, ora, ai rapporti con l'Europa che si sono concretati in intese con la Corte dei Conti europea e con la Commissione, nella partecipazione, in posizione di autonomia, alle consultazioni che precedono, al fine di evitarle, le procedure di infrazione, nell'incarico di attuare progetti di gemellaggio con i paesi candidati all'ingresso nell'Unione Europea.

L'attiva presenza dell'Autorità per la realizzazione delle finalità di un progetto europeo, denominato pilota, per la soluzione delle questioni che possono incontrare le imprese italiane quando lavorano in Stati della Unione o le imprese di questi Stati quando lavorano in Italia ha portato, poi, a realizzare una prima esperienza specifica con un accordo con un'Autorità, quella della Repubblica Svizzera, non membro dell'Unione, ma

collegata alla stessa con una convenzione. Gli interessi frontalieri hanno determinato questa iniziativa che, però, tende ad estendersi tant'è che è in programma, d'intesa con la Presidenza del Consiglio dei Ministri, un incontro non solo con l'Autorità elvetica, ma anche con quelle di altri Stati che hanno mostrato interesse all'iniziativa ai fini di un'adesione, trattandosi di accordo aperto.

* * *

Mi avvio a concludere, con indicare le prospettive che si sono delineate in Europa e in Italia e che aprono scenari nuovi sia nella gestione della cosa pubblica, sia nella configurazione che sta assumendo il mercato degli appalti pubblici.

La sta assumendo in Europa. Ciò è reso chiaro dalla valutazione positiva delle nuove norme italiane in materia, per le quali non vi è stata attivazione o sono stati abbandonati possibili procedimenti di infrazione.

Anzi, può notarsi che scelte della legislazione italiana appaiono coerenti con un nuovo indirizzo che sta assumendo sia il Tribunale di primo grado che la Corte di giustizia.

Questi organi giurisdizionali europei (sentenza 25 febbraio 2003 della Sezione V del Tribunale di primo grado delle Comunità europee; Corte di giustizia, sentenza 17 settembre 2002, C-513/99) hanno ritenuto ammissibili valutazioni fondate su criteri non solo quantitativi (prezzi, tariffe) ma anche su indici di qualità delle imprese quando si debba sceglierle secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si tenga presente che questo sistema, in Italia, si applica al pubblico

incanto, alla licitazione privata e quando vi sia una prevalente componente tecnologica, cioè nei prevalenti sistemi adottati per la scelta del contraente privato negli appalti di lavori pubblici.

Il giudice europeo ha affermato che “l’esperienza e la capacità tecnica di un offerente o della sua struttura, l’abitudine al tipo di progetto considerato dall’appalto e la qualità dei subappaltatori proposti sono tutti elementi qualitativi che, se non raggiungono il livello richiesto dall’appalto, possono comportare ritardi nell’esecuzione dei lavori o la necessità di tempi supplementari”.

Queste affermazioni daranno, con ogni probabilità, l’avvio ad un indirizzo operativo che tenderà a marginalizzare gli automatismi e ad assegnare ambiti più ampi a valutazioni discrezionali delle stazioni appaltanti.

Significativo è anche l’assenso europeo al presentarsi nel mercato degli appalti delle società per azioni a partecipazione pubblica (c.d. società miste), nel senso che il diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni non conosce alcuna regola generale rivolta a limitare o escludere le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori dall’assegnazione di appalto o concessione, purchè siano adottate regolari procedure di messa in concorrenza. Ma di più significativa portata sono le innovazioni introdotte dalla legge obiettivo, dal decreto legislativo di attuazione e dalla finanziaria dello scorso anno che hanno nuovamente disegnato la figura del concessionario, hanno innovato al sistema della finanza di progetto, hanno introdotta la figura del contraente generale e modificato l’ambito di applicazione dell’appalto integrato.

Il nuovo disegno della figura del concessionario è nel senso (art. 7, co.1, lett. *a*, legge n. 166/2002) che non si applica più la disciplina comune in materia di lavori pubblici, salvo eccezioni espresse; sole regole da applicare sono quelle relative alla pubblicità dei bandi e alle gare, cioè quanto necessario per non incidere sull'applicazione delle regole contenute nelle direttive comunitarie. Inoltre è consentito il versamento al concessionario di un prezzo anche di importo superiore al 50% ed è stato eliminato l'obbligo di affidamento a terzi di una quota di lavori.

Le modifiche alla normativa dell'istituto della finanza di progetto sono state, certo, suggerite dalla finalità di superare gli ostacoli che il mercato aveva opposto alla sua applicazione. Si è delineato, così, un istituto tutto particolare e con connotazioni tutte da definire. È stato previsto il coinvolgimento del privato nel momento delle scelte programmatiche, è stato ampliato il numero dei soggetti abilitati ad asseverare il piano economico finanziario, è stata prevista l'aggiudicazione anche con il sistema dell'appalto concorso, è stato abrogato l'obbligo di appaltare a terzi il 30% dei lavori.

Del nuovo istituto del contraente generale vale porre in evidenza che è stato ritenuto sufficiente ad adempiere gli obblighi discendenti dalle direttive europee l'adozione della procedura di evidenza pubblica con cui si sceglie il contraente generale. A questi è commessa non un'opera, nel senso di opera singola, dettagliatamente programmata e progettata, ma un intervento. Perciò si parla di un'obbligazione di risultato che assume questo contraente cui è assegnata libertà di gestione. Il contraente generale per l'esecuzione dei lavori, quale imprenditore privato,

è, difatti, svincolato dagli adempimenti imposti ad un soggetto aggiudicatore in base al diritto comunitario (che prevede, peraltro, l'obbligo di apposita gara anche per i c.d. appalti del terzo tipo, direttiva 93/37), ma per questo imprenditore privato non sono stati dettati limiti di proporzione tra apporto di fondi pubblici e apporto del capitale di rischio privato nella realizzazione delle opere.

Il rilievo della presenza del privato nella realizzazione di opere pubbliche è incentivato dal coinvolgimento delle imprese con l'ampliamento dei casi in cui può farsi ricorso all'appalto integrato (art. 7, co. 2, lett. 1, legge n. 166/2002) nel quale l'appaltatore, come è noto, è tenuto alla progettazione esecutiva.

Si deve aggiungere che un'altra realtà si viene delineando nel mercato. Si tratta del *global service*, di quel collegamento che viene attuato tra prestazioni qualificabili come servizi ed esecuzione di lavori pubblici. Si dà prevalenza alla funzione di prestazione di servizi e così si sottrae all'applicazione della disciplina sui lavori pubblici la realizzazione di quelli eseguiti a cura del prestatore di servizi, senza gara. Ciò si delinea in relazione a servizi per la cura degli immobili di proprietà di amministrazioni pubbliche, e vengono prospettati quali eventuali i lavori di manutenzione.

Se ne hanno anche varianti: si aggiudica un appalto di servizi a privato che esegue un'operazione di finanziamento perché siano eseguiti lavori di costruzione, forniture e realizzazione di impianti speciali, affidati senza gara a ditte di fiducia del privato che, poi, concede, in *leasing* e con facoltà di riscatto, l'opera realizzata alla pubblica amministrazione; si affida il compito di realizzare, con capitale proprio, un'opera

pubblica, su terreno pubblico vendutogli dall'amministrazione, a privato che rimane proprietario dell'immobile realizzato, con vincolo di destinazione a servizio pubblico verso canone di affitto da pagare dall'amministrazione conduttrice dell'edificio.

Nella realtà operativa delle pubbliche amministrazioni si aggiungono, poi, creazioni di procedure, non previste dalle norme e quindi contrastate dall'Autorità, intese, si afferma, a realizzare, con maggiore facilità, opere pubbliche. Mi riferisco alla diffusa utilizzazione dell'istituto dell'acquisto di cosa futura, per la realizzazione di opera pubblica, senza adempiere a quelle condizioni che dal Consiglio di Stato (Sez. III, 196/1999; 1835/1998), vengono ritenute indispensabili; alla locazione, in luogo della concessione, di beni pubblici sui quali, senza gara, il locatore esegue un'opera pubblica; alla stipula di un contratto di *leasing*, con opzione di acquisto, di un'opera realizzata da privato su propria area e a proprie spese, ma l'amministrazione rende edificabile il terreno in cui essa sorgerà, con modifica del piano regolatore.

Mi fermo nella indicazione dei ritrovati della fantasia e cerco di trarre delle conclusioni, perché sono necessari degli avvertimenti.

La maggiore discrezionalità delle pubbliche amministrazioni che discende dall'ammessa valutazione nell'aggiudicazione delle qualità personali delle imprese non deve far dimenticare che i fattori di natura non economica devono essere pubblicizzati, risultare collegati all'oggetto dell'appalto, essere tali da non conferire all'amministrazione

aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta e da non violare il criterio di non discriminazione.

All'opposto, il coinvolgimento del privato nella individuazione delle scelte programmatiche in materia di lavori pubblici, se in una valutazione asettica può dirsi che attui un'integrazione maggiore tra componente pubblica e privata, richiede alle amministrazioni una puntuale, motivata valutazione dell'interesse pubblico, o collettivo che dir si voglia, al quale deve essere coerente la proposta del privato, senza sudditanza, ovviamente, a poteri economici, specie se supportati da tecnologie specialistiche. Va avvertito, cioè, che occorre un'autonoma istruttoria con completa acquisizione di elementi idonei a fornire la trasparente giustificazione del recepimento della indicazione del privato, non bastano motivazioni inserite nei provvedimenti che poco si prestano a fornire una giustificazione che vada oltre verbali asserzioni.

Nella stessa prospettiva possono essere valutate le modifiche al sistema della finanza di progetto che, da un lato, attenuano la garanzia che poteva essere data dall'intervento del sistema bancario, cioè l'accertamento della sostanziale finanziabilità dell'opera che può non essere propria dell'asseverazione del piano economico finanziario da parte delle società di servizi e delle società di revisione; dall'altro, tra licitazione privata, quale si concreterà in base al nuovo indirizzo e appalto concorso impongono un richiamo al dovere delle pubbliche amministrazioni di valutare, nella loro rispondenza al pubblico interesse, le realizzazioni infrastrutturali, pur se offerte con connotati di compiutezza.

Per quanto riguarda l'attivazione del sistema del contraente generale, infine, rilevo per inciso che tornerebbe utile il supporto della "garanzia globale", non ancora introdotta e che è prevedibile si avvii a prospettare, nella realtà, difficoltà operative per la difficile immissione, in una funzione tutta nuova, del sistema assicurativo.

Al di là di questi avvertimenti, occorre constatare che tutte le innovazioni e le realtà evidenziate fanno intravedere una nuova struttura del mercato degli appalti di lavori pubblici, di conseguenza, inducono a considerazioni, suggeriscono attenzioni.

L'assegnazione al concessionario, al contraente generale, di una sfera di libertà circa le modalità di esecuzione dei lavori, circa la scelta degli esecutori dei lavori stessi, senza obbligo di apposita gara, una volta divenuta realtà, potrà avere effetti nel funzionamento del mercato degli appalti. Occorrerà avvertire, con immediatezza, il dimensionarsi, il verificarsi di fenomeni di concentrazione (*cordate* o *pool*) di imprese. A determinare questi fatti possono anche concorrere le scelte definitive che saranno assunte in materia di qualificazione dei contraenti generali e sulle quali l'Autorità nel parere reso ha posto in evidenza il rilievo.

Nel mercato si registrano già indizi di concentrazione con la presenza delle società per azioni a partecipazione pubblica, distribuzione di zone di influenza con il sistema di collegare servizi ed esecuzione di lavori pubblici. Vi è la possibile sottrazione di lavori al gioco della libera concorrenza.

Abbiamo già avuto l'esperienza di più soggetti lucranti per la medesima attività esecutiva nella storia delle realizzazioni di infrastrutture.

Per l'organizzazione del mercato che andrà a delinearsi risulterà, poi, determinante una effettiva partecipazione del capitale privato, perché la ripresa della qualità infrastrutturale del paese sia realizzata con riduzione effettiva dell'impatto della spesa necessaria sui bilanci pubblici, con l'assunzione dell'onere relativo all'anticipazione temporanea del finanziamento.

Se dovesse diffondersi l'adozione di clausole contrattuali che prevedano il pagamento, in corso d'opera, di elevate percentuali dei lavori contabilizzati e la quota prefinanziata sia recuperata in sede di collaudo, l'attenzione andrà posta sulla assimilabilità, almeno sotto il profilo degli oneri, tra questo sistema e quello dei normali pagamenti agli appaltatori e sulla effettività dell'apporto di capitale privato alle iniziative di realizzazione di opere infrastrutturali.

Inoltre andrà verificato se ricorrano, in questi casi, il rischio di impresa e un'attività che si svolga in vero regime di concorrenza. Tutto ciò è necessario (si veggano le affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza 22 maggio 2003, c- 18/01) perché, altrimenti, si ha un committente pubblico, quali che siano le denominazioni adoperate.

Occorre un effettivo e attento monitoraggio per escludere che altre situazioni di rischio possano incidere sugli interessi pubblici, sugli interessi della collettività, e perché non si determini quella situazione di mera intermediazione nel mercato non compatibile né con le norme comunitarie, né con il principio della concorrenza oggi di rilievo costituzionale.

Occorre verificare e apprestare rimedi se la realtà concreta dovesse risultarne deviante e si tratta non solo di evitare

interpretazioni e applicazioni non coerenti con la finalità delle norme e dei principi dell'ordinamento comunitario e nazionale, ma e soprattutto fenomeni di elusione. Anche la storia delle istituzioni è fatta di grandi ritorni e potrebbero ripresentarsi modelli già creati dalla italica fantasia, come la concessione di sola costruzione e la concessione di committenza che per anni hanno opposto resistenza all'affermazione dei principi europei, può darsi anche enfatizzati in passato, della libera concorrenza e dell'accesso agli appalti.

Tra le situazioni di rischio di cui ho parlato, non ultima, è quella che si collega alle varie forme che assumono gli interventi della criminalità organizzata che non sono certo contrastati in modo più efficace dalle regole di diritto privato rispetto alle remore possibili con l'applicazione di quelle di diritto pubblico. Aggiungo che l'esperienza ha portato già a constatare che alle varie forme di inquinamento che riguardano gli strumenti propri degli appalti di lavori si aggiungono utilizzazione di subcontratti di fornitura per eludere la vigilanza sui subappalti.

Queste specifiche situazioni di rischio richiedono la prosecuzione, il rafforzamento e l'ampliamento di quelle misure che l'Autorità già attua, in azione coordinata con quelle del Ministero dell'interno, della Direzione nazionale antimafia e, in prospettiva, della Guardia di finanza.

Nei contratti pubblici devono essere coniugati efficienza e rigore.

I monitoraggi che risultano necessari, coerenti con l'evoluzione del sistema prima esposta, ridisegnano la vigilanza e assegnano una nuova graduatoria di importanza, alle competenze dell'Autorità. Quando si passa da un sistema interessato,

prevalentemente, al *processo*, ad un sistema indirizzato al risultato, le verifiche *ex ante* ed *ex post* devono divenire più sofisticate.

* * *

Termino con una proposta che avverto giustificata da quanto detto. Le soluzioni assunte in altri Stati, l'apprezzamento per il modello italiano dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici reso pubblico di recente dal Commissario per il mercato interno Bolkestein, le esigenze della realtà prospettano, come non dilazionabile, un intervento legislativo che, al di là delle riforme globali, integri la competenza dell'Autorità, assommando nei suoi poteri anche quello di vigilanza sui servizi e sulle forniture che sono strettamente connessi in sede europea ai lavori perché partecipi della unitaria materia degli appalti pubblici.

I dati dell'esperienza maturata nei quattro anni trascorsi attestano la presenza sempre più marcata di fenomeni di frammentazione delle competenze sia nello specifico settore dei lavori che in quelli, che sono venuti a collegarsi con questo, dei servizi e delle forniture.

Come negli anni decorsi, richiamo perciò l'attenzione sul fatto che il sistema degli appalti, sia dei lavori che dei servizi che delle forniture è un ingranaggio complesso che riesce a funzionare, senza rischi di vuoti pericolosi, se tutti i meccanismi girano in sintonia ed è questa la direttrice in cui si è mossa in questi anni l'azione dell'Autorità.