

Capitolo 5

verso i quali non è possibile l'adozione di provvedimenti di autotutela da parte delle amministrazioni interessate.

In ordine a tali ultime fattispecie, si è provveduto ad interessare della questione gli organi di controllo interno delle medesime amministrazioni, ai fini dell'adozione dei conseguenti provvedimenti ed, inoltre, si è ravvisata l'opportunità dell'attivazione di specifici accertamenti volti alla valutazione dell'eventuale pregiudizio per il pubblico erario derivante da procedure ritenute non conformi alla normativa dall'Autorità.

Per i casi, infine, di stazioni appaltanti che non hanno inviato alcuna risposta in merito ai rilievi formulati, si sono avviate opportune iniziative (attività sanzionatoria, monitoraggi, ispezioni) atte a conoscere i motivi ostativi al recepimento delle indicazioni dell'Autorità.

... interventi
regolatori ...

Oltre alle risposte specifiche fornite in merito alle singole questioni prospettate, prima richiamate, ogni qualvolta sono emersi problemi di valenza generale, indicativi di difficoltà interpretative e di incertezze applicative di vasta portata, si è proceduto ad interventi regolatori¹⁴. Questa attività, complessivamente, ha registrato nel 2002 un rallentamento anche in ragione dei numerosi interventi effettuati negli anni precedenti.

... segnalazioni
al Governo
e al Parlamento

Qualora, poi, da un esame delle segnalazioni pervenute si siano evidenziati fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa, conseguenti anche a difficoltà interpretative, con valenza generale e ricadute su vasta scala, si è provveduto ad effettuare apposita segnalazione al Governo e al Parlamento ai sensi dell'articolo 4, comma 4, lettera *d*), della legge n. 109/94¹⁵.

¹⁴ Vedi Capitolo 9 e Volume II, Sezione III.

¹⁵ *Ibidem*.

6

La qualificazione

La vigilanza sul nuovo sistema di qualificazione delle imprese è proseguita nel 2002 sia attraverso una costante attività di monitoraggio sul mercato della qualificazione e sull'operato delle S.O.A., sia attraverso il controllo su specifiche attestazioni rilasciate dalle S.O.A. stesse. Si è esaurita, invece, l'attività di autorizzazione all'ingresso nel mercato di nuove S.O.A.

Per rendere più incisiva ed efficace l'attività di vigilanza, è stato costituito un ufficio Verifiche e Ispezioni S.O.A. che opera in stretto collegamento con il Settore competente nella materia della qualificazione, con il compito specifico di verifica delle attestazioni.

Il controllo sull'operato delle S.O.A. si è sviluppato su due differenti versanti: la verifica del rispetto delle indicazioni fornite dall'Autorità in tema di attività promozionale e di marketing ed in tema di esercizio dell'attività di attestazione.

Il primo profilo di controllo ha evidenziato diverse criticità relative ai promotori ed, in particolare, l'utilizzo degli stessi oltre i confini autorizzati da questa Autorità con le determinazioni adottate in materia. Le attività promozionali poste in essere da ciascuna S.O.A. sono state oggetto di diverse segnalazioni. E' stato ed è tuttora questo il settore più delicato su cui l'Autorità è dovuta intervenire al fine di evitare forme di concorrenza sleale fra le diverse attività di promozione poste in essere dalle S.O.A. L'Autorità ha escluso la possibilità per le S.O.A. di avvalersi di consulenze e collaborazioni al di fuori della propria organizzazione ed ha ammesso il ricorso ai promotori nell'ambito di limitate e specifiche ipotesi.

L'utilizzo dei promotori, tuttavia, seppure nei limiti ristretti previsti dall'Autorità, ha dato luogo a diversi problemi e patologie soprattutto in ragione della difficoltà di accertare, in presenza di promotori più o meno

Attività
promozionali

Capitolo 6

legittimati, la reale responsabilità di questi soggetti. Questa tematica è emersa in tutta evidenza nei casi in cui i documenti presentati dall'impresa ai fini del rilascio dell'attestazione sono risultati falsificati e di cui si riferisce successivamente. E' intenzione di questa Autorità ritornare sulla materia, alla luce dei dati di fatto emergenti dalla realtà e definire regole per prevenire le gravi conseguenze che sono scaturite dal mercato dei promotori.

Controllo sulle
attestazioni...

In tema di controllo sull'esercizio dell'attività di attestazione da parte delle S.O.A., l'Autorità, nel corso dell'anno 2002, ha svolto una sistematica attività in materia di controllo sulle attestazioni rilasciate dalle S.O.A. nel rispetto dei requisiti previsti dal regolamento di qualificazione. Il controllo sulle attestazioni rilasciate alle imprese ha evidenziato un fenomeno particolarmente delicato relativo ai documenti falsi (certificati lavori, fatture, certificati di regolarità contributiva) presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'attestazione. L'Autorità ha sperimentato diversi indicatori e criteri di criticità delle attestazioni (territoriale, presenza di più imprese sotto forma di ATI o di imprese subappaltatrici in documenti già accertati come falsi, presenza di categorie eccessivamente disomogenee in relazione alla capacità strutturale dell'impresa, presenza di categorie altamente specializzate per classifiche eccessivamente elevate in ragione della specialità richiesta alle imprese per il riconoscimento della qualifica) che hanno portato ad individuare un numero elevato di imprese alle quali l'attestazione è stata annullata o è in corso di annullamento¹.

...certificazioni
false

L'accertamento del fenomeno dei falsi in materia di qualificazione delle imprese ha comportato, tuttavia, per l'Autorità una serie di attività non espressamente previste dal DPR n. 34/2000 che demanda al contrario alle S.O.A. l'accertamento dell'autenticità dei documenti presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'attestazione. Le S.O.A., del resto, a causa della loro natura privatistica, non possono procedere, come l'Autorità, ad

¹ Il fenomeno è particolarmente rilevante nella misura in cui, generalmente, su un campione di 10 attestazioni ritenute "critiche", circa il 70% viene rilasciato sulla base di documenti falsi.

La qualificazione

un'approfondita disamina del problema; l'Autorità, infatti, grazie ad una stretta e proficua collaborazione con la Guardia di Finanza, può operare anche sul fronte dei lavori privati e pertanto sul fronte dell'autenticità delle fatture presentate dall'impresa attraverso diretti riscontri contabili presso le imprese di costruzione. In pratica, l'intera attività diretta al riscontro dell'autenticità dei documenti presentati dalle imprese (fatture, certificazioni di regolarità contributiva, certificati lavori) viene di fatto svolta dall'Autorità e comporta un notevole impegno di risorse finanziarie, umane e strumentali che si riscontra crescente nel corso del tempo. Del resto, l'Autorità non può non allocare risorse dirette ad arginare il fenomeno dei falsi in ragione delle conseguenze, sia sotto il profilo dell'economicità dell'esecuzione delle opere, sia sotto il diverso, e non meno importante, profilo delle possibili infiltrazioni criminali nel mondo degli appalti. Sotto il profilo dell'economicità, infatti, il mercato degli appalti ed il relativo costo di esecuzione delle opere può essere di fatto distorto da offerte presentate da imprese "virtuali" dirette esclusivamente a pilotare la soglia di anomalia ai fini dell'affidamento degli appalti e non in grado, comunque, di eseguire i relativi lavori. Non meno rilevante è il profilo dell'infiltrazione criminale, poiché il risultato finale di lavori appaltati ad imprese prive di fatto dei necessari requisiti per la realizzazione è diretto principalmente a consentire la presenza in cantiere di imprese di comodo.

Il problema dei falsi certificati ha dimensione ampia e riguarda non solo certificazioni recenti, ma anche e principalmente certificazioni già utilizzate in precedenza dal vecchio sistema di qualificazione dell'Albo nazionale dei costruttori. Grazie alla stretta collaborazione con i Provveditorati alle Opere Pubbliche, molti certificati lavori utilizzati dalle imprese in vigenza dell'Albo sono stati accertati come falsi.

L'attività dell'Autorità si è sviluppata non solo nell'accertamento dell'autenticità dei documenti presentati dalle imprese, ma anche necessariamente nell'attivazione di procedimenti paragiudiziali con le imprese, diretti ad accertare il reale contenuto del documento falsificato e il diretto responsabile dello stesso. I procedimenti di contestazione in tema di

Capitolo 6

documenti falsi si sviluppano, a loro volta, in un processo di analisi delle controdeduzioni presentate dalle imprese ed in un necessario contraddittorio con i soggetti emittenti i certificati.

Il procedimento necessita di particolare cautela e, quindi, di un ampio contraddittorio in ragione delle gravi conseguenze dell'annullamento delle attestazioni e dell'impedimento di partecipare per un anno ad appalti pubblici, che un eventuale accertamento positivo può esercitare sulle imprese. Nel corso dell'anno 2002 sono state annullate 27 attestazioni e, attualmente, sono in corso 20 procedimenti di contestazione.

Quanto emerso a seguito dei riscontri effettuati dall'Autorità è stato inoltre seguito con grande interesse anche dalle diverse Procure competenti che, sollecitate dalle gravi conseguenze del fenomeno, hanno attivato ulteriori riscontri campionari sulle attestazioni rilasciate alle imprese i cui risultati vengono periodicamente riferiti all'Autorità.

**Procedura di
attestazione.
Criteri**

Il controllo sulle attestazioni rilasciate dalle S.O.A. si è sviluppato, altresì, in un processo di razionalizzazione dei criteri seguiti e in un processo di necessaria uniformità delle valutazioni eseguite dalle S.O.A. stesse. Sul fronte dei requisiti tecnici, l'uniformità del processo di valutazione da parte delle S.O.A. dei documenti presentati dalle imprese è stato raggiunto grazie ad una analitica indicazione dei criteri da adottare; l'Autorità ha, infatti, emanato diverse determinazioni interpretative e comunicati operativi, anche a seguito di specifiche segnalazioni degli operatori (stazioni appaltanti ed associazioni di imprese)². Ad oggi, si può affermare che il processo valutativo delle S.O.A. nell'esercizio dell'attività di attestazione è analiticamente regolato e che comportamenti difforni sono da ritenersi riconducibili a fattispecie specifiche e ascrivibili a consapevoli applicazioni distorte.

Rimane tuttavia ampiamente aperto il problema, prima accennato, degli scarsi strumenti di accertamento riservati alle S.O.A. in quanto soggetti privati. La scelta operata dal legislatore di demandare al settore

² Vedi Volume I, Capitolo 9 e Volume II, Sezione VI.

La qualificazione

privato il sistema di qualificazione delle imprese, in ragione degli elementi di concorrenzialità ed efficienza che caratterizzano tale settore, non ha conseguito tutti gli effetti auspicati sul profilo di maggiore interesse, vale a dire la possibilità di esercitare un penetrante controllo sui requisiti necessari per ottenere la qualificazione.

Questa limitazione è determinata dall'atteggiamento poco collaborativo del settore pubblico nei confronti di soggetti privati come le S.O.A., in qualche modo originato anche dal mancato riconoscimento legislativo che le S.O.A., nello svolgimento dell'attività di attestazione, esercitano una pubblica funzione fondamentale per rafforzare i contenuti della loro attività e le relative responsabilità e soprattutto per consentire ad esse di dialogare con le pubbliche amministrazioni deputate a certificare l'esistenza dei requisiti necessari per il rilascio dell'attestazione.

L'attuale dato normativo, di cui all'articolo 8, comma 3 della legge n. 109/94 che espressamente qualifica di diritto privato gli organismi di attestazione e l'assenza di norme di rango primario che attribuisce il carattere di funzione pubblica all'attività di attestazione, implicano la necessità di una rivisitazione delle norme di riferimento, anche alla luce delle già indicate novità introdotte dalla legge n. 166/2002.

L'assetto del mercato delle S.O.A. è stato caratterizzato, nel 2002, come si è detto, dall'assenza di richieste di autorizzazione e anzi da un processo di riduzione del numero delle S.O.A. sotto forma di cessione dell'intera azienda o sotto forma di processi di fusione. L'attività di vigilanza si è esercitata attraverso una serie di procedimenti adottati dall'Autorità anche in conseguenza del controllo sulle attività promozionali prima ricordate e sul permanere dei requisiti richiesti dal regolamento per l'esercizio dell'attività di attestazione. In tale contesto, si inseriscono i procedimenti di revoca attivati e i diversi procedimenti sanzionatori a fronte di situazioni di incompatibilità accertate e non dichiarate.

Il profilo più interessante è stato quello relativo alle avvenute richieste da parte delle S.O.A. di processi di fusione. L'Autorità ha infatti assunto

Processi di
fusione tra
S.O.A.

Capitolo 6

una specifica determinazione³ con cui sono stati chiariti i criteri per lo svolgimento dei processi di fusione. Nel 2002 sono iniziati 6 processi di fusione tra S.O.A. Al 31 dicembre 2002, si sono concluse 2 fusioni per incorporazione ed una cessione d'azienda.

Sempre alla stessa data, le S.O.A. autorizzate sono 56, distribuite geograficamente come risulta dalla *tabella 6.1*.

Tabella 6.1 – S.O.A. autorizzate, per area geografica

<i>Area geografica</i>	<i>S.O.A. autorizzate</i>
Nord – ovest: Valle d'Aosta, Piemonte, Liguria, Lombardia	14
Nord – est: Trentino Alto Adige, Friuli Venezia Giulia, Veneto, Emilia Romagna	6
Centro: Toscana, Umbria, Marche, Abruzzo, Lazio	18
Sud: Campania, Calabria, Basilicata, Puglia, Molise	14
Sardegna	0
Sicilia	4
Totale	56

Una contrazione del numero delle S.O.A. autorizzate può ritenersi un fenomeno fisiologico, considerato l'elevato numero di soggetti qualificatori; nel contempo, tale contrazione potrà facilitare l'attività di vigilanza sul mercato ed anche quel processo di necessaria uniformità nel rilascio delle attestazioni alle imprese, più difficile da garantire in presenza di un elevato numero di soggetti qualificatori.

Del resto, la riduzione del numero delle S.O.A., anche in prospettiva, quando si concludessero i processi di fusione avviati nel 2002 e nel 2003, non è destinata ad esercitare effetti negativi in termini di concentrazione.

Sotto questo profilo, l'analisi è stata condotta attraverso il computo dell'indice di Herfindhal – Hirshman considerando come dato di fatturato il corrispettivo teorico che ciascuna S.O.A. ottiene in base al numero dei contratti e al loro valore⁴.

³ Determinazione 13/2002 del 13 giugno 2002. Vedi Volume II, Sezione IV.

⁴ La formula del corrispettivo teorico è indicata nell'allegato E del DPR n. 34/2000 ed è la seguente: $P = C/12.500 + (2+N+8)*800.000$ dove:

La qualificazione

L'indice è stato calcolato sia sulla base delle S.O.A. presenti al 2002 sia su quella aggiornata al mese di maggio 2003. Infatti, nel 2003 sono iniziati numerosi processi di fusione tra S.O.A. ed è opportuno tenere sotto controllo l'evoluzione del grado di concentrazione nel mercato. Tuttavia, il valore dell'indice di concentrazione, dopo le operazioni di fusione concluse, si è modificato solo di qualche punto⁵, restando ben al di sotto del livello di allarme che caratterizza un mercato concentrato. Si è altresì voluto esaminare il mercato della qualificazione considerando le fusioni tra S.O.A. non ancora concluse.

Qualora i processi di fusione in corso si concludessero tutti positivamente è da ritenere che, come nei casi precedenti, l'indice di concentrazione resti ben al di sotto dei livelli di attenzione⁶.

In sostanza, si può ritenere che consistenti risultati siano stati ottenuti e che il sistema possa considerarsi entrato a regime. Non va sottovalutato che permangono molti problemi relativi a discrasie ancora presenti nell'apparato amministrativo; ampiamente limitante è ancora il profilo relativo alla mancanza di banche dati centralizzate che renda il controllo preminentemente cartaceo e dispendioso in termini di risorse impegnate. Per la stessa Autorità è risultato difficile costituire la banca dati dei certificati lavori, a causa di prassi consolidate nella redazione degli stessi che non consentono una razionalizzazione dei dati inviati dalle stazioni appaltanti. Altrettanto complicato è l'accertamento relativo alla regolarità contributiva delle imprese, anche in questo caso per una non completa informatizzazione dei dati a livello nazionale.

Le difficoltà prima evidenziate sono state, peraltro, già rappresentate in sede del richiesto parere reso al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti sullo schema di regolamento recante modifiche al DPR n. 34/2000.

C = importo complessivo delle qualificazioni richieste nelle varie categorie;

N = numero delle categorie generali o speciali per le quali si chiede la qualificazione.

⁵ Si è passati da un valore di circa 320 ad uno di 360.

⁶ E' stato calcolato che, in questa ipotesi, l'indice arriverebbe a superare di poco i 380 punti.

La vigilanza sul contenzioso

Nel corso del 2002 l'Autorità ha proseguito la propria attività di vigilanza sul contenzioso, non soltanto attraverso il monitoraggio delle pronunce dei giudici e degli arbitri, ma anche attraverso l'esame dei dati sul contenzioso inviati dalle stazioni appaltanti all'Osservatorio. Il monitoraggio delle pronunce dei giudici è stato finalizzato ad evidenziare il rilievo qualitativo e quantitativo delle fattispecie di illegittimità venute all'esame della giurisprudenza, con l'analisi delle ragioni del loro verificarsi e degli effetti delle pronunce giudiziali, al fine di consentire l'individuazione dei casi in cui risultino utili interventi regolatori ovvero la formulazione di proposte al Governo e al Parlamento in presenza di sviluppo anomalo del contenzioso.

Sentenze

In particolare, al fine di monitorare le sentenze degli organi giurisdizionali relative a casi di contenzioso in materia di lavori pubblici si è creato un archivio di settore ove sono classificate le pronunce dei giudici amministrativi, civili, contabili e penali, classificate per oggetto; tra queste, quelle ritenute particolarmente significative per le finalità alle quali è preposto il Settore vigilanza sul contenzioso, sono state acquisite in testo integrale.

L'esame della giurisprudenza ha dato luogo al riscontro di ripetute anomalie che attengono sia alla fase dell'aggiudicazione sia a quella dell'esecuzione dei lavori. Si sono esaminate, in particolare, alcune decisioni per le quali non si è riscontrata univocità di vedute in sede giurisprudenziale, ovvero una non perfetta coincidenza con la tesi propria dell'Autorità.

In tale prospettiva, di particolare rilevanza è stata l'evoluzione della giurisprudenza in materia di clausole del bando di gara e della relativa impugnabilità.

Capitolo 7

Secondo i giudici amministrativi, le clausole del bando rappresentano la *lex specialis* della gara e vincolano la pubblica amministrazione che non può disapplicarle a meno di non violare il principio fondamentale dell'imparzialità e *par condicio* dei partecipanti alla gara medesima.

Il bando di gara o la lettera di invito, normalmente impugnabili con l'atto applicativo, devono tuttavia essere considerati immediatamente impugnabili allorché contengano clausole impeditive dell'ammissione alla selezione¹.

Viceversa, l'onere dell'immediata impugnazione non sussiste per le altre clausole del bando le quali, anche se vincolanti per l'amministrazione ed i concorrenti, concernono i requisiti di partecipazione che implicano apprezzamenti e valutazione dell'organo procedente o che concernono lo svolgimento della gara².

Per il caso in cui le prescrizioni del bando non prevedano espressamente la sanzione dell'esclusione dalla gara in caso di inosservanza delle stesse, ovvero siano formulate in modo equivoco, la giurisprudenza è ferma nel ritenere che sia possibile per l'interprete operare una distinzione tra formalità o modalità di partecipazione alla gara, la cui inosservanza od omissione comporti o meno l'esclusione, adoperando i criteri interpretativi della massima partecipazione e della *par condicio* tra i concorrenti.

¹ In tal caso, le stesse, precludendo la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione, diretta e attuale, nella situazione soggettiva ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato all'impugnazione, dal momento che lo stesso sorge al momento della lesione (Cons. Stato, Sez. V, 20 giugno 2001, n. 3264; Cons. Stato, Sez. VI, 18 dicembre 2001, n. 6260; Cons. Stato, ad. pl. 29 gennaio 2003, n. 1).

² In tale prospettiva, non sussiste l'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando di gara che riguardano la composizione ed il funzionamento del seggio di gara, non potendosi configurare un autonomo interesse del ricorrente ad una determinata composizione ed a certe modalità del suo funzionamento diverso dall'interesse sostanziale all'aggiudicazione. Allo stesso modo, non sussiste l'onere dell'immediata impugnazione delle clausole del bando che concernono la formulazione dell'offerta economica, il metodo di gara, i criteri di aggiudicazione, la valutazione dell'anomalia e quelle che definiscono oneri formali ed oggettivi di partecipazione (concernenti le modalità di presentazione dell'offerta ovvero l'allegazione dei documenti); anche con riferimento a tali clausole, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione dell'anomalia dell'offerta. Esse, pertanto, devono ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo di definizione della gara o comportante l'esclusione dell'offerta.

La vigilanza sul contenzioso

Al contrario, per il caso in cui siano indicate espressamente nel bando prescrizioni da osservare a pena di esclusione, la giurisprudenza non è univoca.

Per una parte di essa, al giudice amministrativo è inibito, in sede di giudizio di legittimità sul provvedimento di esclusione, operare una distinzione tra formalità invalidanti o meno.

Per altra parte della giurisprudenza, anche in questa evenienza è sempre riservata al giudice ed alla pubblica amministrazione la possibilità di valutare l'effettiva rilevanza delle prescrizioni rispetto all'interesse sostanziale rappresentato dalla scelta del migliore contraente.

Si è registrata, altresì, incertezza applicativa in ordine al combinato disposto dell'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68,³ con la disciplina, a questa sopravvenuta, offerta dall'articolo 47 del DPR 28 dicembre 2000, n. 445, che consente, nei rapporti con la pubblica amministrazione, la comprova mediante dichiarazione sostitutiva di stati, qualità personali e di fatti che siano a diretta conoscenza dell'interessato.

La questione attiene alla necessità di affermare, in via interpretativa, la prevalenza del principio generale della possibilità di presentare la dichiarazione sostitutiva o, viceversa, la prevalenza della norma speciale che richiede comunque la presentazione del certificato.

Tale alternativa è rispecchiata dalla giurisprudenza. Una parte di essa⁴ ha interpretato l'articolo 17 della legge n. 68/1999 nel senso della sufficienza, ai fini della partecipazione alla gara, della dichiarazione attestante l'osservanza delle norme in tema di diritto del lavoro dei disabili.

Altro orientamento⁵, invece, ha sostenuto la perfetta autonomia degli obblighi posti dalle due norme richiedendo l'ottemperanza di entrambi in quanto rispondenti a finalità distinte.

³ Recante l'obbligo, per le imprese, sia pubbliche che private, che partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, di presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme di diritto del lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della suddetta legge.

⁴ Decisione del Consiglio di Stato del 17 aprile 2002, n. 2020.

⁵ Decisione del Consiglio di Stato del 2 aprile 2002, n. 1806.

Capitolo 7

Tale contrasto interpretativo dovrebbe trovare tuttavia soluzione a seguito dell'integrazione al DPR n. 445/2000 operata con il disposto di cui all'articolo 15, comma 1, lettera *b*) della legge n. 3 del 16 gennaio 2003, che ha inserito l'articolo 77 bis, in base al quale le disposizioni in materia di documentazione amministrativa si applicano a tutte le fattispecie in cui sia prevista una certificazione o altra attestazione, ivi comprese quelle concernenti le procedure di affidamento di opere pubbliche di pubblica utilità.

Inoltre, sulla *vexata quaestio* della legittimità delle clausole del bando che prevedano come causa di esclusione dalla gara anche le ipotesi di collegamento societario oltre quelle di controllo, si è delineato, nell'ambito della giurisprudenza di legittimità, un orientamento consolidato teso ad interpretare l'articolo 10, comma 1 *bis* della legge n. 109/94 quale tipizzazione non tassativa delle cause di esclusione dalla gara di evidenza pubblica.

Il Consiglio di Stato, in una rapida successione di decisioni⁶, ha affermato la configurabilità, in via astratta e generale, di legami societari - diversi dal controllo - tali da rendere le offerte delle società riconducibili ad un unico centro decisionale legittimando, pertanto, la tipizzazione, da parte delle amministrazioni, nelle prescrizioni di gara di ulteriori ipotesi di legami societari vietati.

Tale orientamento sopravviene agli atti di regolazione dell'Autorità n. 22/2000 del 7 aprile 2000 e n. 27/2000 del 9 giugno 2000 che interpretano la disposizione *de quo* quale norma imperativa posta a tutela dell'ordine pubblico economico e pertanto non interpretabile estensivamente⁷.

⁶ Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2001 n. 6424; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 949; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 923; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2002 n. 1297; contra Cons. Stato, Sez. V, 7 febbraio 2002 n. 685.

⁷ L'Autorità ha ritenuto non conformi al dettato normativo le clausole del bando di gara che vietano la partecipazione alle imprese tra loro collegate ai sensi dell'art. 2359, co. 3, del codice civile, atteso che l'art. 10 co. 1 bis, l. n. 109/94 individua come unica ipotesi di rapporti societari preclusiva alla partecipazione quella del controllo, come individuato nella stessa disposizione codicistica e nella considerazione che il fenomeno del collegamento non è di per sé solo astrattamente idoneo ad alterare gli equilibri di gara.

La vigilanza sul contenzioso

Secondo un approccio di tipo sostanziale, non si esclude però che legami di tipo diverso dal controllo intercorrente tra le imprese possano evidenziarsi in maniera tale da pregiudicare il buon esito e la regolarità della gara, in quanto conducono alla individuazione di un unico centro decisionale⁸.

In tema dei requisiti per la partecipazione alle gare, infine, la giurisprudenza di merito⁹ ha confermato quanto indicato dall'Autorità nella determinazione n. 19/2001 del 27 settembre 2001 recante "chiarimenti alle stazioni appaltanti in ordine alla stesura dei bandi di gara" circa l'assorbimento delle categorie OS28 ed OS30 nella categoria OG11. In particolare, in aggiunta a quanto chiarito dall'Autorità, si è ritenuto che detta fungibilità non necessiti di un'espressa previsione del bando di gara e che, in applicazione di tale assunto, il bando oggetto di contestazione, pur non facendo espressamente riferimento alla categoria OG11, andava interpretato estensivamente rilevando, ai fini di gara, l'effettivo possesso delle competenze tecniche necessarie.

Al fine di fornire indicazioni utili per la soluzione delle problematiche che hanno dato luogo al sorgere di contenziosi ricorrenti in materia, l'Autorità, oltre a fornire risposta diretta ai quesiti posti dagli operatori del settore¹⁰, ha emanato nel corso dell'anno 2002 alcune determinazioni volte

⁸ L'Autorità ha considerato legittime, pertanto, le clausole del bando che sanzionino, con l'esclusione dalla gara, imprese rispetto alle quali la stazione appaltante abbia accertato, secondo una valutazione da compiersi in concreto, caso per caso, situazioni lesive della *par condicio* e della segretezza delle offerte in quanto espressione dei principi generali dell'*agere* amministrativo, quali l'imparzialità ed il buon andamento delle procedure di gara. Al riguardo, nel mese di luglio 2002, sono stati denunciati all'Autorità dal Comune di Milano – Settore Gare e Contratti – casi di collegamento sostanziale tra imprese partecipanti simultaneamente alla stessa gara (vedi Capitolo 11).

⁹ Il TAR Veneto (Sez. I, sent. 1 agosto 2002 n. 3837) ha precisato che la categoria OG11 corrisponde cumulativamente alle precedenti categorie 5a e 5c, di cui al DM 770/82 e che le categorie OS28 ed OS30 equivalgono, rispettivamente, alle stesse categorie 5a e 5c; deve pertanto ritenersi, secondo una semplice operazione di logica transitiva, che la categoria OG11 assommi in sé le attuali categorie OS28 ed OS30

¹⁰ Vedi Capitolo 5.

Capitolo 7

ad interpretare le norme che regolano la predisposizione dei bandi di gara e le categorie di lavori cui i medesimi devono fare riferimento, i requisiti di carattere generale e di idoneità tecnica ed economica che debbono possedere i concorrenti, nonché le modalità di certificazione e di verifica degli stessi¹¹.

Inoltre, allo scopo di prevenire l'insorgere di problematiche connesse all'applicazione della recente legge 1° agosto 2002, n. 166, è stata emanata un'apposita determinazione¹² volta a fornire le indicazioni di natura pratica alle stazioni appaltanti, cui ne ha fatto seguito un'altra¹³ relativa all'approfondimento della questione riguardante l'affidamento di incarichi di progettazione alla luce dell'anzidetta nuova normativa.

Oltre all'acquisizione delle pronunce ed alla loro analisi, l'Autorità, per verificare in concreto le problematiche che la giurisdizione può aver determinato nella realtà operativa degli appalti e quindi il comportamento delle stazioni appaltanti coevo e successivo alla definizione del contenzioso, ha avviato un'indagine mirata a verificare, appunto, detto comportamento della stazioni appaltanti in caso di contenzioso avente ad oggetto il "provvedimento di aggiudicazione"¹⁴.

Dall'indagine, i cui dettagli sono riportati nel riquadro, emerge che, essendo tutti i contenziosi oggetto dell'indagine svolti in applicazione del nuovo regime processuale *ex* articolo 23 della legge n. 1034/71, introdotto dall'articolo 4, comma 1, della legge n. 205/2000 (giudizio abbreviato), i ritardi riscontrati sono stati contenuti in termini temporali ristretti e sono da

¹¹ Nei sensi sopra indicati vedi Volume II, Sezione IV (determinazione n. 10/2002 del 29 maggio 2002 che integra la determinazione n. 16/23 del 5 dicembre 2001 in materia di requisiti per la partecipazione alle gare; determinazione n. 8/2002 del 7 maggio 2002 in ordine alla categorie da indicare nei bandi di gara, che integra la determinazione n. 25/2001 del 20 dicembre 2001; determinazione n. 19/2002 del 30 luglio 2002 che indica i criteri che debbono seguire le stazioni appaltanti nei casi di annullamento delle attestazioni di qualificazione o di ridimensionamento delle categorie e/o classifiche di qualificazione nonché nel caso di applicazione dell'art. 75, co. 1, lett. h), DPR n. 554/99.

¹² Determinazione n. 27/2002 del 16 ottobre 2002. Vedi Volume II, Sezione V.

¹³ Determinazione n. 30/2002 del 13 novembre 2002. Vedi Volume II, Sezione V.

¹⁴ Vedi riquadro.

La vigilanza sul contenzioso

considerarsi conseguenza fisiologica dell'instaurazione del contraddittorio giurisdizionale. Le eccezioni in cui vi è stato un ritardo superiore ad un anno sono da riferire ad ipotesi in cui sono stati esperiti i due gradi di giudizio.

Provvedimento di aggiudicazione nelle procedure di gara di importo superiore a € 150.000. Dati relativi al contenzioso.

L'Osservatorio ha rilevato, i dati sul contenzioso amministrativo e/o giurisdizionale avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione nelle procedure di gara di importo superiore a € 150.000.

Su circa 24.000 procedure di gara giunte alla fase dell'aggiudicazione nel corso degli anni 2000-2001, si sono riscontrati oltre 300 casi di contenzioso inerente alla fase dell'evidenza pubblica, dai quali sono stati estratti i dati sugli interventi (51) per i quali il contenzioso ha riguardato il "provvedimento di aggiudicazione". Per ognuna di tali ultime fattispecie è stato inviato alle stazioni appaltanti interessate un questionario dal quale desumere i tempi e i riflessi originati dal contenzioso sulla procedura di aggiudicazione e sulla successiva esecuzione dei lavori.

Dai dati inviati è emerso che nel 45% dei casi il contenzioso non ha prodotto alcun riflesso sui tempi di aggiudicazione né di esecuzione dei lavori. Nella maggior parte di tali fattispecie (75%) il giudice amministrativo di prime cure ha respinto l'istanza cautelare, confermandone poi il rigetto nel merito e permettendo così il naturale proseguimento della procedura concorsuale. Nel restante 25% dei casi, dal contenzioso giurisdizionale non è conseguito un ritardo nei tempi di gara in quanto o la stazione appaltante ha provveduto a correggere l'illegittimità in via di autotutela o l'istante ha rinunciato alla domanda cautelare nel corso del giudizio o l'accoglimento dell'istanza cautelare non ha pregiudicato il rispetto dei tempi contrattuali in quanto il giudizio di merito è intervenuto a brevissima distanza dalla concessione della sospensiva (2 mesi). Si aggiunga che solo nel 15% dei casi considerati il ricorrente ha proposto appello dinanzi al Consiglio di Stato.

Al contrario, si sono registrati ritardi sui tempi di aggiudicazione e di esecuzione dei lavori relativamente al 55% degli interventi. Tutti i ritardi riscontrati sono risultati oscillanti tra un minimo di 2 mesi e un massimo di 2 anni e 10 mesi. Nella maggior parte dei casi comunque (90%), la dilazione massima riscontrata è stata inferiore o pari ad 1 anno. Nelle restanti ipotesi (10%), invece, si è avuto un considerevole aggravio temporale della procedura (da 1 anno e mezzo a un massimo di 2 anni e 10 mesi). La valutazione dell'entità del ritardo è stata diversificata in base alla concessione della tutela cautelare.

Nei giudizi in cui è stata concessa la tutela cautelare, per effettuare tale calcolo si sono considerate la data della concessione della sospensiva: a) in caso di accoglimento del ricorso, quella della nuova aggiudicazione; b) in caso di rigetto del ricorso, quella della ripresa degli effetti dell'atto impugnato (attestata dall'approvazione della aggiudicazione prima sospesa o dalla consegna dei lavori). Nei giudizi in cui la sospensiva non sia stata concessa, il termine iniziale per valutare l'incidenza del contenzioso sulla procedura di gara è stato calcolato prendendo a riferimento l'intervallo temporale tra la fase dell'aggiudicazione provvisoria (impugnata) e quella definitiva, ovvero la consegna dei lavori.

Un'ulteriore distinzione è stata fatta, nell'ambito degli interventi per i quali il contenzioso ha generato un ritardo nella procedura, in relazione all'eventuale proposizione dell'appello. Si contano il 50% di giudizi definiti con sentenza di 1° grado e il 50% di casi in cui sono stati azionati entrambi i gradi di tutela.

Capitolo 7

Stante l'interesse dei dati raccolti, l'Autorità ha provveduto ad avviare un ulteriore accertamento riferito, questa volta, alle ipotesi di contenzioso conseguenti a "provvedimenti di esclusione dalle gare" che sono numericamente più consistenti.

Provvedimento di esclusione nelle procedure di gara di importo superiore a € 150.000. Dati relativi al contenzioso.

Si sono acquisiti, anche in tal caso, i dati rilevati dall'Osservatorio dei lavori pubblici relativi al contenzioso amministrativo e/o giurisdizionale avente ad oggetto il "provvedimento di esclusione" nelle procedure di gara di importo superiore a € 150.000.

Nell'ambito delle procedure di gara giunte alla fase dell'aggiudicazione negli anni 2000-2002, si sono riscontrati 173 casi di contenzioso relativi a provvedimenti di esclusione dalle gare, su un totale di circa 300 casi di contenzioso inerente la fase dell'evidenza pubblica, per ognuno dei quali si sono richieste specifiche informazioni alle stazioni appaltanti. Dall'esame degli interventi classificati, si è rilevato l'errore di compilazione delle schede "A" nel quale sono incorse ben 30 stazioni appaltanti che, contrariamente a quanto dichiarato in dette schede, non hanno avuto alcun contenzioso di tipo amministrativo ovvero giurisdizionale.

Il campione, depurato dei suddetti 30 interventi, risulta così ripartito:

- n. 107 interventi con 1 solo contenzioso;
- n. 29 interventi con più contenziosi.

Dai dati così elaborati, è risultato che nel 62% degli interventi nei quali è stato instaurato almeno un contenzioso, questo non ha prodotto alcun riflesso sui tempi di aggiudicazione, né di esecuzione dei lavori. Negli interventi appartenenti a questo sottogruppo, il giudice amministrativo (in primo o, in caso di appello avverso l'ordinanza che ha accolto o rigettato la richiesta di provvedimento cautelare, in secondo grado) ha, nella maggior parte dei casi, respinto l'istanza cautelare (80%). Al contrario, ritardi sui tempi di aggiudicazione dei lavori si sono registrati nel 38% degli interventi. Ritardo quantificato in media 6 mesi e 20 giorni, oscillante tra un minimo di 1 mese e un massimo di 24 mesi, da cui si evince come la maggior parte dei ritardi riscontrati sia di lieve entità (la valutazione dell'entità del ritardo è stata effettuata prendendo quale termine iniziale di riferimento lo scadere del quarto mese decorrente dalla pubblicazione del bando di gara - tempo fisiologico per l'aggiudicazione - e, quale termine finale, l'aggiudicazione definitiva della gara). In un numero contenuto di interventi, invece (7%), si è registrato un considerevole ritardo, superiore ad 1 anno. In alcuni di questi casi si è avuto un ulteriore ritardo nella successiva fase (stipula del contratto e consegna dei lavori) a causa di nuovi ricorsi contro il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Negli interventi appartenenti a questo sottogruppo, il giudice amministrativo (in primo grado o, in caso di appello avverso l'ordinanza cautelare, in secondo grado) ha concesso la misura cautelare nella maggior parte dei casi (70%). In relazione alle cause di esclusione dalla gara si sono potute poi individuare le seguenti macro-tipologie di riferimento: a) mancanza di requisiti generali; b) mancanza di requisiti di natura tecnica (art.10, co.1 quater l. n. 109/94); c) irregolarità formali dell'offerta (ad es. offerte di gara pervenute oltre i termini, mancata allegazione di copie dei documenti d'identità alle dichiarazioni dei concorrenti, buste contenenti l'offerta non sigillate con le modalità previste, mancata indicazione in lettere dell'offerta presentata etc); d) anomalia delle offerte; e) irregolarità delle polizze fidejussorie;

E' da evidenziare, in proposito, la netta prevalenza dei ricorsi aventi ad oggetto provvedimenti di esclusione per la mancanza di comprova di requisiti di natura tecnica, in relazione ai quali le stazioni appaltanti interpellate hanno comunicato di avere effettuato la prevista segnalazione all'Autorità ex art.10, co.1 quater, l. n. 109/94.

Si rileva, inoltre, la circostanza che i maggiori riflessi in ordine temporale causati dai contenziosi de quibus hanno riguardato particolarmente le ipotesi di anomalie delle offerte e di esclusione per irregolarità delle polizze fidejussorie.