

**Interventi nelle aree depresse del territorio nazionale di cui
all'art. 1 del D.L. 25.03.1997, n. 67, convertito dalla
legge 23.05.1997, n. 135 e legge 208/1998
(29 aprile 2003)**

Con la legge 30 giugno 1998, n. 208, al fine di assicurare la prosecuzione degli interventi nelle aree depresse del territorio nazionale di cui all'articolo 1 del Decreto legge 25 marzo 1997, n. 67, convertito dalla legge 23 maggio 1997, n. 135, venne autorizzata la spesa complessiva di 12.200 miliardi di lire per il periodo 1999-2004. Ai fini della ripartizione dei fondi venne stabilita la priorità di finanziare le opere di completamento situate nelle aree depresse che erano state commissariate ai sensi dell'articolo 13 del citato Decreto legge n. 67/1997 e per le quali erano accertate le condizioni di attualità e di cantierabilità e, in secondo luogo, le altre opere da completare per assicurarne funzionalità e fruibilità.

Per le due categorie di completamenti individuate come prioritarie il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) definì due distinte procedure, demandando, per le opere commissariate ex articolo 13 della legge n. 135/1997, al Ministero dei lavori pubblici la formulazione delle proposte di finanziamento, da effettuare previa verifica con le regioni interessate e sulla base di elementi atti a dimostrare la cantierabilità e l'attualità delle opere stesse. Per gli altri completamenti le proposte di finanziamento provenivano direttamente dalle amministrazioni regionali e statali e, poi, ordinate secondo una graduatoria di merito. Complessivamente, il programma ha interessato 860 opere, di cui 142 commissariate ai sensi dell'articolo 13 del citato Decreto legge n. 67/1997; le risorse messe a disposizione del programma hanno consentito il finanziamento di tutte le opere commissariate e di 366 delle altre opere per le quali era stata inoltrata richiesta di finanziamento.

L'entità delle risorse finanziarie coinvolte dal programma, la rilevanza dello stesso ai fini dell'efficacia dell'azione pubblica, oggetto specifico di vigilanza da parte di questa Autorità, nonché l'evidenza di discrasie e ritardi nel perseguimento degli obiettivi prefissati dal programma stesso hanno indotto questa Autorità ad avviare un'indagine estesa sulle opere per le quali risultava fosse stata avanzata istanza di finanziamento, ovvero sia sulle opere commissariate sia sulle altre che hanno trovato copertura finanziaria all'interno del programma, sia su quelle successivamente finanziate autonomamente dai soggetti interessati, sia su quelle rimaste prive di finanziamento. Detta indagine, realizzata con iniziale richiesta di informazioni puntuali ai responsabili del procedimento delle amministrazioni proponenti le opere e con successive visite ispettive, laddove richiesto dalle circostanze; si è rilevata complessa non solo per la quantità di interventi oggetto di analisi ma anche per le difficoltà e le lentezze

degli enti attuatori nel fornire i dati richiesti dall'Autorità. A quest'ultimo proposito, va rilevato che sono stati avviati 146 procedimenti sanzionatori ai sensi dell'articolo 4, commi 6 e 7 della legge 109/94 per omesso invio delle informazioni richieste e che 46 si sono conclusi con sanzioni.

L'indagine ha riguardato tutti gli 860 interventi prima citati ed è stata finalizzata non soltanto a "fotografare" lo stato di attuazione del programma ma anche ad incentivare la realizzazione degli interventi, attraverso l'attività di vigilanza e di stimolo svolta nei confronti degli enti interessati e le azioni di supporto poste in essere quando richieste dalle stesse stazioni appaltanti.

Nelle *Relazioni* al Parlamento degli anni 1999, 2000 e 2001, l'Autorità ha riferito dei risultati intermedi dell'attività di indagine. Tale attività può ora ritenersi conclusa in quanto sono stati acquisiti sufficienti elementi per rappresentare i fenomeni e le problematiche generali emersi, e individuare le questioni ancora non risolte che richiedono specifici interventi solutori. I monitoraggi conclusi (299) hanno condotto prevalentemente a provvedimenti di archiviazione (284) e solo in casi limitati (15) a provvedimenti di censura dell'operato delle stazioni appaltanti o di segnalazione alla Magistratura ordinaria e/o contabile. In molti altri casi, in ragione dell'andamento positivo dei lavori, si è ritenuto di non proseguire l'attività di vigilanza; laddove richiesto dalle specifiche circostanze emerse nel corso dell'attività ispettiva, il Consiglio dell'Autorità ha disposto di proseguire i monitoraggi con riferimento a singoli e interventi.

Il programma complessivamente ha avuto risultati modesti; del resto, già nella *Relazione* al Parlamento 1999 e in quelle successive questa Autorità ne aveva messo in luce l'andamento deludente rispetto agli obiettivi prefissati. In particolare, in quella sede l'insufficiente dotazione di risorse finanziarie, l'inadeguatezza dei poteri di deroga dei commissari e l'assenza di criteri generali per la formazione degli elenchi delle opere da commissariare venivano indicate come alcune delle possibili cause della scarsa efficacia del programma e veniva più specificamente segnalata l'opportunità di una verifica della persistente utilità delle gestioni commissariali in atto.

A distanza di tre anni, a completamento dell'indagine, quella valutazione trova conferma: in questa sede, infatti, va rilevato che degli 860 interventi esaminati soltanto 305 (di cui 67 opere commissariate e 238 altre opere finanziate) sono ad oggi conclusi, cioè circa il 50% delle opere commissariate e il 30% delle altre opere; la maggior parte sono ancora in corso di esecuzione a causa di lentezze e disfunzioni legate a numerosi fattori, sia interni alle stazioni appaltanti (incapacità di gestione di grandi interventi, inerzia) sia esterni (contenziosi, espropri, incertezza del quadro normativo).

Il problema del mancato completamento riguarda in maniera marginale le opere commissariate e in modo molto più rilevante gli altri interventi. Per quanto riguarda le prime va rilevato, infatti, che delle 75 opere non ancora concluse solo 10 effettivamente registrano difficoltà considerevoli di prosecuzione mentre le altre sono in corso di realizzazione. Con riferimento agli interventi che risultano fermi, contemporaneamente a questo atto di segnalazione, l'Autorità, nell'ambito delle proprie competenze, ha

reiterato il proprio intervento sui commissari, invitandoli ad esercitare pienamente i poteri conferiti dalla legge, in relazione alle specifiche questioni aperte di ciascuna opera, per giungere alla loro soluzione e al completamento dell'opera stessa. Altri e più incisivi interventi sono nella disponibilità dei soggetti istituzionalmente titolari del potere di nomina dei commissari inadempienti allo stato non attivati. Iniziative specifiche particolari, poi, al di fuori delle competenze dei commissari, sono richieste da due interventi di completamento dei Centri servizi II. DD. di Bergamo e di Firenze in quanto con provvedimento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 29 dicembre 2001 è stata decisa la soppressione di detti Centri e il Ministero sta a tutt'oggi valutando la possibilità di alienare le opere. Problematiche più articolate riguardano le altre 718 opere per le quali è stata avanzata richiesta di finanziamento. Nell'ambito di tali opere va tracciata una distinzione tra quelle, 366, finanziate con le risorse rese disponibili dal programma e le altre, 352, che non hanno trovato copertura nel programma stesso, in quanto diversi sono i margini di intervento per affrontare efficacemente i problemi connessi a quelle rimaste comunque ad oggi incompiute. Innanzitutto, va premesso che delle 352 non coperte finanziariamente dal programma, 57 interventi ancorché non completi sono stati realizzati per lotti comunque funzionalmente utilizzabili e, pertanto, non rilevano specificamente rispetto alle tematiche oggetto di questo atto di segnalazione, 181 sono state successivamente finanziate dagli enti proponenti e, pertanto, i problemi relativi all'esecuzione e al completamento sono assimilabili a quelli riscontrabili nelle 366 opere finanziate dal programma mentre le restanti 114 sono a tutt'oggi prive di finanziamento.

Con riferimento al primo gruppo di 547 interventi comunque finanziati, 366 a carico della legge 208 e 181 dalle singole stazioni appaltanti, va rilevato che 238 si sono conclusi e 309 risultano ancora incompiuti. Rispetto a questo gruppo di opere, in analogia a quanto fatto nel caso delle opere commissariate, va operata, però, una distinzione tra quelle effettivamente in corso di realizzazione e per le quali è preventivabile il completamento e quelle, 18, che registrano difficoltà considerevoli di prosecuzione. Anche in questo caso, con riferimento a quest'ultimo gruppo, contemporaneamente a questo atto di segnalazione, l'Autorità nell'ambito delle proprie competenze, ha reiterato il proprio intervento sulle stazioni appaltanti in relazione alle specifiche questioni aperte di ciascuna opera, per giungere alla loro soluzione e al completamento dell'opera stessa.

Dall'analisi pregressa, rispetto al totale degli interventi esaminati, residuano 114 opere, ferme perché prive di finanziamento. In sostanza, un cospicuo numero di interventi di completamento non ha avuto copertura finanziaria né con le risorse delle leggi citate in premessa né con fondi diversi con la conseguenza che opere giudicate a suo tempo necessarie alla collettività rimangono ancora sottratte al loro uso.

Rispetto a queste opere, l'Autorità in seguito all'indagine svolta nei confronti delle stazioni appaltanti, ha riscontrato almeno tre diverse fattispecie meritevoli di attenzione e di interventi specifici: in seguito ai riscontri effettuati presso le stazioni appaltanti, 94 opere sono ritenute ancora necessarie mentre 20 opere sono considerate dalle stazioni appaltanti non più at-

tuali. Rispetto a queste fattispecie diversi tipi di intervento sono coerenti con gli obiettivi di efficienza ed efficacia dell'azione pubblica. In particolare, per le 94 opere per le quali la competente autorità amministrativa ha valutato positivamente l'attualità della loro funzione rispetto agli interessi della collettività è necessario da parte delle stazioni appaltanti provvedere al loro finanziamento prioritario. Inoltre, questa esigenza, già segnalata nella *Relazione* al Parlamento 1999, acquisisce attualità anche alla luce di quanto disposto dalla legge finanziaria 2003 n. 289 del 27 dicembre 2002, articolo 61 che, appunto, sancisce la priorità da assegnare al finanziamento delle opere rimaste incompiute.

Ad oggi, anche forse in conseguenza dell'azione di stimolo svolta dall'Autorità nei confronti delle stazioni appaltanti, 25 opere risultano inserite in altri programmi - non ancora finanziati e su queste l'Autorità proseguirà la propria attività di monitoraggio per verificarne l'effettivo avvio. Con riferimento alle altre 69 opere ritenute necessarie ma non confluite in altra programmazione, per quanto di propria competenza, contemporaneamente al presente atto di segnalazione, l'Autorità ha inviato alle stazioni appaltanti richieste specifiche per stimolare iniziative concrete nel senso indicato e per motivare eventuali scelte finanziarie difformi poste in essere. Altri e più significativi interventi sono esercitabili dai soggetti istituzionalmente titolari, al livello centrale di governo, della funzione di valutazione e di finanziamento dei programmi di investimento dei soggetti pubblici operanti in sede decentrata.

Per le 20 opere per le quali è stata negativa da parte della stazione appaltante la sopravvenuta valutazione di un loro attuale interesse, si rendono necessarie, ove ne ricorrano i presupposti, iniziative intese ad eliminare questa realtà simbolo di inefficienza e diseconomicità dell'azione amministrativa. Il permanere di manufatti senza prospettive di completamento comporta oneri di diversa natura per la collettività, da quelli di tipo finanziario, in alcuni casi necessari a garantire almeno, condizioni di sicurezza, a ricadute negative sull'ambiente e, complessivamente, sulla gestione del territorio.

In particolare, a questo proposito, questa Autorità, contemporaneamente al presente atto di segnalazione, ha richiesto alle stazioni appaltanti interessate di conoscere le iniziative solutorie dalle stesse assunte - per mutare la destinazione d'uso delle opere, così da renderle nuovamente coerenti con gli interessi della collettività, o per procedere alla loro eliminazione - o per motivare la propria inerzia. Ai riscontri seguiranno le dovute valutazioni circa il ricorrere dei presupposti per le segnalazioni previste dalla legge alla magistratura contabile.

L'esperienza complessivamente maturata nell'ambito dell'indagine oggetto del presente atto di segnalazione, al di là dei profili specifici richiamati e che richiedono interventi precisi, proprio in ragione dei modesti risultati riscontrati, induce a sottolineare i rischi di inefficacia connessi a interventi non adeguatamente supportati da atti programmatori adeguati, da sistemi di incentivazione nei confronti dei soggetti attuatori e da attività di controllo in itinere e a conclusione degli interventi stessi. La difficoltà stessa incontrata per l'acquisizione del quadro informativo di riferimento, anche per la mancanza di un referente unitario, è sintomatica

delle carenze prima descritte. Questa tematica acquista valenza generale e connotati di viva attualità per l'esercizio delle funzioni di programmazione finanziaria in ragione dell'evoluzione normativa e istituzionale in atto che coniuga il potenziamento dell'autonomia e responsabilità ai livelli sub-centrali di governo con l'ampliamento degli ambiti di operatività degli stessi.

Iniziative di collaborazione sono in via di definizione tra questa Autorità e il Ministero dell'Economia per lo sviluppo di azioni sinergiche utili per prevenire l'insorgere di alcune delle discrasie prima indicate e per incidere positivamente sull'efficacia delle diverse fasi procedurali delle attività di investimento, dal momento della programmazione fino alla fase del collaudo, per il miglioramento degli strumenti di coordinamento e controllo in itinere degli interventi.

**Camera arbitrale - sentenza n. 6335, del 17 ottobre 2003,
del Consiglio di Stato
(6 novembre 2003)**

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, sez. IV, con sentenza n. 6335, del 17 ottobre 2003, ha annullato l'articolo 150, comma 3, del regolamento di cui al DPR 21 dicembre 1999, n. 554 "nella parte in cui sottrae alla libera determinazione delle parti la scelta del terzo arbitro con funzioni di presidente, attribuendola alla camera arbitrale". L'annullamento della disposizione, secondo la sentenza, "comporta il venir meno di quelle relative alla formazione dell'albo degli arbitri (articolo 151, commi 5 e 7, quest'ultimo limitatamente agli arbitri), nonché alla durata delle iscrizioni ed alle incompatibilità conseguenti all'iscrizione stessa (articolo 151, comma 8, sempre limitatamente agli arbitri)". La decisione indicata, ha forte incidenza sulla Camera arbitrale, al punto da precluderne il funzionamento, anche con riferimento a specifici obblighi specificamente previsti per legge; provoca, altresì, un vuoto nel quadro normativo di riferimento dell'istituto arbitrale, quale previsto per le controversie concernenti l'esecuzione dei lavori pubblici, e rende incerta la sorte dei numerosi giudizi definiti o in corso presso la Camera arbitrale medesima (oltre 400) con prevedibile incremento del contenzioso ed aumento dei costi. Si rende, così, necessario, a giudizio di questa Autorità, che è preposta alla vigilanza del settore, un intervento normativo che rimedi la situazione, unificando, eventualmente, la disciplina, attualmente differenziata, dell'istituto arbitrale in materia di lavori pubblici.

La possibilità che la soluzione delle controversie riguardanti l'esecuzione degli appalti pubblici di lavori fosse deferita a collegi arbitrali, inizialmente esclusa dalla legge n. 109/1994, veniva successivamente ripristinata con le modifiche alla legge quadro di cui alle successive leggi n. 216/1995 e n. 415/1998. L'articolo 32 della legge quadro indicata, nel testo definitivo ed attualmente in vigore, stabiliva, pertanto, che tutte le controversie derivanti dall'esecuzione del contratto possono essere deferite ad arbitri. Aggiungeva che, qualora sussista la competenza arbitrale, il giudizio è demandato ad un collegio costituito presso la Camera arbitrale per i lavori pubblici istituita presso l'Autorità di vigilanza. Veniva, inoltre, rimesso al regolamento generale stabilire la composizione e le modalità di funzionamento della Camera arbitrale, nonché disciplinare i criteri cui la medesima dovesse attenersi nel fissare i requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l'incarico di arbitro, e la durata dell'incarico stesso, secondo principi di trasparenza, imparzialità e correttezza. Il successivo DPR n. 554/1999 completava, a sua volta, il quadro normativo, prevedendo, tra l'altro, l'istituzione di un albo di professionisti nel cui ambito la Camera arbitrale poteva scegliere il terzo ar-

bitro con funzioni di presidente del collegio, i cui restanti due componenti erano scelti dalle parti, o in mancanza di rispettiva designazione dal presidente del tribunale, tra professionisti di particolare esperienza nella materia dei lavori pubblici. Sulle scelte operate dal regolamento generale di attuazione della legge-quadro si era espresso favorevolmente, in sede consultiva, il Consiglio di Stato, secondo cui *“la creazione di una Camera arbitrale e l’istituzione di un albo dei soggetti che possono essere presidenti del collegio arbitrale, costituisce, infatti, una grossa apertura verso la trasparenza in ordine alla composizione dei collegi consentendo il controllo della collettività sul numero degli incarichi conferiti e sul modo in cui essi vengono svolti”*. La previsione relativa alla istituzione di un albo presso la Camera arbitrale veniva, poi, successivamente confermata dal decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, il cui art. 12, nel disciplinare l’arbitrato relativo alle controversie riguardanti l’esecuzione dei contratti per la realizzazione delle infrastrutture strategiche, stabiliva, al 4° comma, che, in caso di mancato accordo tra le parti, *“provvede la Camera arbitrale per i lavori pubblici di cui all’articolo 32 della legge-quadro e successive modificazioni, scegliendo il terzo arbitro nell’albo previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554”*.

Come già rilevato in precedenza, la sentenza del Consiglio di Stato, se eseguita, oltre a rendere incerta la sorte dei procedimenti conclusi o comunque avviati presso la Camera arbitrale, comporta l’impossibilità del funzionamento del meccanismo arbitrale così come disciplinato dall’articolo 32 della legge n. 109/1994 e successive modificazioni e dell’articolo 12 del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190 attuativo della legge obiettivo n. 443/2001. Verrebbe a mancare, in particolare, l’elenco dei soggetti che, ai sensi del comma 3, del detto articolo 32, sono ritenuti in possesso dei *requisiti soggettivi e di professionalità per assumere l’incarico di arbitro (sia di parte, sia del presidente del collegio) e nel cui ambito, ai sensi dell’articolo 12 del Decreto legislativo n. 190/2002, va scelto il presidente del collegio arbitrale in caso di mancato accordo tra le parti*. Il che rende indispensabili immediati interventi normativi necessari a dare certezza al quadro legislativo e rendere possibile il ricorso all’arbitrato.

Potere dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici in materia di annullamento o riduzione delle attestazioni di qualificazione rilasciate dagli organismi di attestazione - S.O.A.

(14 gennaio 2004)

Recentemente sono emersi alcuni contrasti giurisprudenziali dei Tribunali Amministrativi Regionali in merito alla sussistenza del potere dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici di annullare o di ridurre, per classificazione o categoria, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle S.O.A. - Organismi di attestazione.

Analisi della questione

Si pone, pertanto, la questione se sia opportuno per esigenze primarie di tutela di interessi pubblici di preminente rilievo riconoscere espressamente sul piano legislativo la titolarità di questo potere all'Autorità, la cui spettanza si inferisce per ora grazie ad un ragionamento logico di tipo deduttivo dalla lettura coordinata delle norme vigenti in materia, oltrechè sulla base di considerazioni di carattere sistematico e di un'attenta analisi della *ratio legis*.

Considerazioni

Occorre, in primo luogo, esaminare la normativa del sistema di qualificazione.

Ai sensi dell'articolo 4, comma 1, della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni, l'Autorità è istituita «al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici», a norma del quale «in attuazione dell'articolo 97 della Costituzione l'attività amministrativa in materia di opere e lavori pubblici deve garantirne la qualità ed uniformarsi a criteri di efficienza e di efficacia, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori». In particolare, ai sensi dell'articolo 4 della legge n. 109/94 e successive modificazioni, l'Autorità, fra l'altro, «vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici [...] sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici [...]; esercita i poteri sanzionatori [...] vigila sul sistema di qualificazione». Inoltre, in tema di qualificazione, l'articolo 8, comma 3, della stessa legge n. 109/94 e s.m. prevede che tale sistema «è attuato da organismi di diritto privato di attestazione, appositamente autorizzati dall'Autorità [...]»; l'articolo 10, comma 1 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, ribadisce che «lo svolgimento da parte delle S.O.A. dell'attività di attestazione della qualificazione [...] è subordinato all'autorizzazione dell'autorità»; ai sensi del successivo comma 5, l'Autorità ha altresì il potere di revocare

l'autorizzazione, in presenza dei particolari condizioni; l'articolo 14 del D.P.R. n. 34/2000 stabilisce che «l'autorità [...] vigila sul sistema di qualificazione, e a tal fine controlla che le S.O.A. [...]» operino nel rispetto della normativa vigente e «provvede periodicamente alla verifica a campione di un numero di attestazioni rilasciate dalle S.O.A.» ed, infine, l'articolo 16 del DPR n. 34/2000 sancisce che le «determinazioni assunte dalle S.O.A. in merito ai controlli stipulati dalle imprese per ottenere la qualificazione sono soggette al controllo dell'Autorità [...]».

Prendendo le mosse, ai fini della presente analisi, proprio dal testo delle succitate norme e considerato che, ai sensi dell'articolo 12 delle disposizioni sulla legge in generale, «nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole [...] e dalla intenzione del legislatore», si rileva che l'Autorità è titolare sia di un potere di vigilanza sia, con riferimento al sistema della qualificazione, di un potere di controllo, con la differenza che, mentre il potere di vigilanza «sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia» (articolo 4, comma 4, lettera b), legge n. 109/94 e successive modificazioni) si estrinseca in un accertamento in ordine alla conformità del comportamento dei soggetti operanti nel settore alle disposizioni di legge, indirizzando la relativa attività verso obiettivi di pubblico interesse, più ampie invece sono le facoltà correlate al potere di controllo in tema di qualificazione.

Occorre inoltre considerare che l'attestazione di qualificazione rilasciata alle imprese dalle Società organismi di attestazione costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici (articolo 1, comma 3, DPR 25 gennaio 2000, n. 34); dal che la conseguenza che le attestazioni S.O.A. creano certezze legali sull'idoneità delle imprese a partecipare alle gare di appalti pubblici di lavori, le quali non possono essere messe in discussione dalle stazioni appaltanti e che, pertanto, vanno necessariamente ricollegate all'esercizio di una oggettiva funzione pubblicistica espressione di potestà certificativa. Una funzione di oggettiva rilevanza pubblica, qual'è l'attestazione d'idoneità a partecipare alle gare per l'affidamento di lavori pubblici con il rilascio di un documento abilitante, è rimessa quindi, nel nuovo sistema di qualificazione, a società private con scopo di lucro assoggettate, tuttavia, ad un regime speciale, sia con riferimento alla loro costituzione, sia con riferimento alla loro attività che, per tale profilo, è soggetta alla vigilanza e al controllo da parte dell'Autorità. Si tratta chiaramente dell'esercizio di *munus* pubblico (del tipo dell'attività del notaio, dell'avvocato, della società di revisione dei bilanci di società quotate in borsa) da parte di un soggetto privato che porta all'emanazione di un documento- attestato di qualificazione- avente natura di atto pubblico fidefaciente, la cui legittimità soggiace al potere di verifica e di controllo di questa Autorità di vigilanza.

Positivamente, la connotazione pubblicistica dell'attività delle S.O.A. scaturisce dalla autorizzazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (articolo 10, comma 1, DPR n. 34/2000): detto provvedimento di autorizzazione al-

la qualificazione delle imprese, in una interpretazione coordinata e sistematica delle norme, ed indipendentemente dalla qualificazione meramente formale, ha natura composita, non servendo soltanto a legittimare le S.O.A. allo svolgimento di un'attività altrimenti preclusa (e per tale profilo si tratta di una autorizzazione-licenza), ma anche ad attribuire a tale attività attitudine certificatoria in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione alle gare, non suscettibile di contestazione da parte delle stazioni appaltanti (e per tale profilo l'atto autorizzativo implica la concessione di una funzione pubblica di tipo certificativo). Di modo che l'attestato di qualificazione, una volta rilasciato, abilita oggettivamente le imprese alla partecipazione alle gare di appalto di lavori pubblici ed il suo possesso, per tutta la durata di validità il documento, ha circolazione nel mercato facendo fede dell'idoneità dell'impresa.

Né la costruzione indicata può essere contraddetta con il rilievo che le S.O.A. rilasciano l'attestazione di qualificazione in espletamento di un rapporto contrattuale con l'impresa di cui vanno accertati i requisiti; come sostenuto dalla dottrina (tra gli altri, Cianflone e Giovanelli "*L'appalto di opere pubbliche*", 11^a edizione Giuffrè, e Cirillo "*la tutela giurisdizionale nei confronti degli atti dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici emanati nell'esercizio dei poteri di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese*", in Riv. Trim. app. 4/2000, 743), la concreta gestione del nuovo sistema di qualificazione non è rimessa soltanto ad una contrattazione di tipo negoziale e privatistico. Anzi, proprio per evitare che la stessa si esaurisca in una contrattazione negoziale, è stato usato dal legislatore l'accorgimento di imporre delle rigide regole pubblicistiche cui l'impresa certificatrice deve uniformarsi; in modo che l'attestazione da essa rilasciata possa produrre gli effetti di atto di ammissione al mercato degli appalti, con esclusione di ogni valutazione di discrezionalità amministrativa e di autonomia contrattuale, consentendo soltanto discrezionalità tecnica in merito alla valutazione del possesso dei requisiti previsti. Ed è proprio per fare in modo che la funzione concessa alle S.O.A. non debordi dai limiti indicati che è prevista la vigilanza (articolo 14 DPR n. 34/2000) ed il controllo (articolo 16 DPR indicato) di questa Autorità: vigilanza e controllo che possono trovare esplicitazione non soltanto nel corso della permanente vigenza del rapporto contrattuale tra S.O.A. ed impresa, attraverso l'indicazione delle "condizioni da osservarsi nell'esecuzione del contratto", ma che riguardano anche attestazioni definitivamente rilasciate ed oggettivamente circolanti nel mercato degli appalti di cui l'Autorità di vigilanza deve "provvedere(re) periodicamente alla verifica a campione" (articolo 14, comma 3, del DPR n. 34/2000 indicato).

Il controllo non deve essere riduttivamente considerato come mero accertamento della conformità a determinati canoni o prescrizioni o, in altri termini, la struttura del potere di controllo non può essere vista o, comunque non esclusivamente, come un accertamento, inteso come giudizio sull'attività controllata: dopo il giudizio c'è (rectius, deve indefettibilmente esserci) uno stadio ulteriore consistente nei provvedimenti che conseguono al giudizio, tanto che la dottrina dominante identifica nel procedimento di controllo due fasi, la fase dell'accertamento e la fase della misura (con riferimento al momento comminatorio/sanzionatorio in relazione al fine di

tutela che si vuole perseguire). Il potere di controllo comporta quindi, nella fase in cui si esamina l'attività controllata nel complesso del suo svolgersi, l'avvio di un procedimento di secondo grado ad iniziativa dell'organo di garanzia cui è istituzionalmente attribuito il potere di controllo medesimo, con il correlato obbligo di intervento da parte dell'Autorità sull'operato e sugli atti del soggetto controllato per verificare se l'attività sia stata svolta in modo congruo rispetto ai fini di pubblico interesse, alla tutela dei quali l'Autorità è istituzionalmente preposta (alcuni dei quali anche espressione di valori protetti a livello costituzionale, quali ad esempio il rispetto dei criteri di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa in materia di opere e lavori pubblici ex articolo 97 Cost., o riconosciuti a livello comunitario, come il principio della libertà di concorrenza tra gli operatori).

Dalle suesposte considerazioni discende, pertanto, che i compiti di controllo attribuiti all'Autorità in tema di qualificazione non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione; nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico – giuridici previsti dalla legge sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma ricomprendono anche il potere dell'Autorità di incidere sull'operato, *id est* sulla validità delle attestazioni rilasciate dalle S.O.A., riducendole o invalidandole.

Come poc'anzi esposto, la fondatezza di tale tesi trova un fondamento normativo proprio nell'articolo 14 del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e successive modificazioni, giacché se è vero che l'Autorità, a prescindere da una richiesta di parte, provvede alla verifica a campione di un determinato numero di attestazioni, è *in re ipsa* che la verifica sarebbe fine a se stessa e quindi risulterebbe svuotata di ogni effettività se non fosse consentito all'Autorità di incidere sulle attestazioni.

La crisi derivata da divergente orientamento del TAR Lazio

Alcune pronunce del giudice amministrativo di primo grado (da ultimo, Tar Lazio, sez. III, 11 settembre 2003, n. 7567) hanno stigmatizzato il potere dell'Autorità limitandolo alla mera indicazione alla S.O.A. del comportamento da seguire e, nel caso in cui quest'ultima rimanesse inerte, l'unico rimedio consentito consisterebbe nell'inizio del procedimento di revoca dell'autorizzazione concessa alla stessa S.O.A.

È di palmare evidenza che, intanto, in attesa della definizione del procedimento di revoca dell'autorizzazione alla Società organismo di attestazione (novanta giorni, ai sensi dell'articolo 10, comma 6, del DPR 25 gennaio 2000, n. 34 e successive modificazioni), si assisterebbe al permanere della situazione di indebita o almeno irregolare situazione nel mercato di talune imprese erroneamente legittimate a svolgere attività in concorrenza con altri soggetti giuridici che, al contrario, possiedono i requisiti previsti *ex lege*.

Inoltre, la definizione della controversia interpretativa tra S.O.A. e Autorità potrebbe essere devoluta alla cognizione del Tar e poi del Consiglio di Sta-

to, in sede di impugnativa del provvedimento di revoca dell'autorizzazione, nei tempi non brevi necessari perché sia il giudice amministrativo a definire il giudizio, senza preoccupazione della realtà che nel frattempo si concreta.

Sulle conseguenze di turbamento del mercato degli appalti giova precisare che questa Autorità ha adottato i provvedimenti di annullamento delle attestazioni allorché, in sede di controllo sulle attestazioni di qualificazione rilasciate dalle S.O.A., è emerso il fenomeno, particolarmente delicato, dei certificati lavori "falsi" presentati dalle imprese ai fini del rilascio dell'attestazione. Più precisamente si è appurato il sistematico ricorso a certificazioni totalmente o parzialmente false al fine di creare sul mercato imprese *virtuali*, ma in possesso di regolare attestazione di qualificazione.

In ragione della funzione assegnata all'attestazione è corretto presumere che la volontà di creare imprese *virtuali* sia strumentalmente diretta a creare fenomeni distorsivi nel delicato settore degli appalti pubblici sia sotto il profilo dell'economicità dell'esecuzione dell'opera sia sotto il diverso, e non meno importante profilo, delle possibili infiltrazioni mafiose negli appalti.

Si sottolinea il profilo della incidenza sulla economicità dell'opera pubblica, in quanto è evidente che il mercato degli appalti ed il relativo costo di esecuzione viene di fatto distorto da offerte presentate da imprese virtuali dirette esclusivamente a pilotare la soglia di anomalia ai fini dell'affidamento degli appalti, eludendo di fatto la concorrenza e quindi a svantaggio del mercato e del pubblico erario.

Comunque il pregiudizio che discende da un'attestazione illegittimamente rilasciata o illegittimamente non revocata è evidente ove si consideri l'ipotesi di attestazioni di qualificazione rilasciate sulla base di certificati di esecuzione lavori falsi, producendo documentazione circa il possesso di requisiti economici finanziari e tecnico organizzativi che non trovano riscontro in atti o attestazioni di pubbliche amministrazioni.

Infatti, il legittimo possesso di attestazione costituisce elemento fondamentale dei principi di trasparenza e *par condicio* che informano lo svolgimento di gare d'appalto. Il soggetto che ottiene l'attestazione sulla base di documenti falsi altera il regolare svolgimento della gara, altera la libera concorrenza tra le imprese, non assicura la buona esecuzione dell'opera, in conclusione non rispetta le regole del gioco che sono l'elemento essenziale del procedimento di gara la cui osservanza assicura l'individuazione del "giusto contraente".

È macroscopico quindi il pericolo di una grave turbativa del mercato, con un impatto devastante sul sistema, che discende dalla permanenza nel settore dei lavori pubblici di un operatore che millanti requisiti economici finanziari e tecnico-organizzativi sulla base di certificati non veritieri, con conseguente alterazione dei meccanismi della libera concorrenza.

Si sottolinea, poi, il profilo dell'infiltrazione mafiosa nel mondo degli appalti nella considerazione che la finalità di affidare opere pubbliche ad imprese prive di fatto dei necessari requisiti per la relativa realizzazione è quella diretta principalmente a consentire la presenza in cantiere di imprese di comodo.

A riprova di quanto sopra, si segnala che, in una recente indagine sulla infiltrazione mafiosa negli appalti finalizzata all'acquisizione, alla gestione ed al controllo degli appalti pubblici banditi in Sicilia, sono stati rinviati a giudizio i legali rappresentanti di diverse imprese di costruzioni già oggetto di controllo *ex* articolo 14 del DPR n. 34/2000 da parte di questa Autorità e già oggetto di provvedimento di annullamento dell'attestazione per certificati lavori falsi.

I provvedimenti di annullamento delle attestazioni sono stati adottati, pertanto, al fine di perseguire le ragioni di pubblico interesse in tema di partecipazione alle gare e di garantire il regolare funzionamento del mercato delle opere pubbliche e, nel presupposto, che l'attestazione è certamente un atto a rilevanza pubblica.

Alcuni dei suddetti provvedimenti di annullamento sono stati, tuttavia, oggetto di annullamento o di ordinanza di sospensiva sulla base del già citato consolidato orientamento del TAR Lazio circa *"l'insussistenza in capo all'Autorità di un potere di annullamento diretto delle attestazioni"* e la conseguenza di tali pronunce ha comportato, in pratica, una *"riabilitazione"* delle imprese che potranno, in tal modo, tornare a partecipare agli appalti pubblici, rientrare nei cantieri degli appalti già conseguiti, acquisire nuovi cantieri, partecipare alle gare, inquinare il mercato.

Per quanto riguarda il percorso indicato dal giudice amministrativo, che l'Autorità inviti la S.O.A. a modificare l'attestazione e, nell'eventualità di inerzia, proceda alla revoca dell'autorizzazione concessa alla S.O.A. è da rilevare come lo stesso risulti del tutto scollegato dalla realtà operativa. Si richiamano le recenti dichiarazioni del Procuratore Nazionale antimafia circa le infiltrazioni mafiose nelle S.O.A., si fa riferimento ai tempi non brevi che caratterizzano la giustizia amministrativa.

E', infatti, inverosimile, sotto il primo profilo, ritenere che la S.O.A., potenzialmente infiltrata dalla mafia, su semplice richiesta dell'Autorità, elimini diligentemente e tempestivamente dal mercato le imprese da lei stessa attestate. Quand'anche non vi sia infiltrazione mafiosa nella realtà non risulta praticabile la soluzione di affidare alla S.O.A. il ritiro dell'attestazione. Le S.O.A. hanno già rappresentato la impossibilità di procedere al ritiro delle attestazioni, anche dopo l'annullamento da parte dell'Autorità, tant'è che questa ha dovuto commettere questo incarico alla Guardia di Finanza. E' poi preoccupante rilevare che, in attesa dell'eventuale pronuncia del giudice amministrativo sul procedimento di revoca dell'autorizzazione alla S.O.A., le imprese irregolarmente attestate continuano a partecipare agli appalti ed eseguire i lavori. Occorre, inoltre, rilevare che l'eventuale revoca

della S.O.A. non risolverebbe il problema delle imprese irregolarmente attestate. L'attuale quadro normativo, infatti, prevede che le attestazioni emesse dalla S.O.A. revocata sono valide a tutti gli effetti e l'impresa attestata irregolarmente avrebbe altri 90 giorni per indicare la S.O.A. a cui trasferire la documentazione e, nel frattempo, partecipare agli appalti .

Sotto il secondo profilo, il percorso ipotizzato dal TAR Lazio non tiene in considerazione diverse e più importanti esigenze del settore dei lavori pubblici: l'esigenza di certezza e celerità che caratterizza il settore dei lavori pubblici e l'esigenza del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera.

Il giudice amministrativo, tuttavia, ben conosce i fenomeni distorsivi del settore dei lavori pubblici e le esigenze del regolare svolgimento della gara e della buona esecuzione dell'opera, ma ha ritenuto di organizzare i dati formali del dettato normativo in un orientamento disatteso da altri giudici amministrativi di primo grado perciò non più aditi dai ricorrenti interessati.

Qual che possa essere la esatta interpretazione della norma, è determinante rilevare che la soluzione non può essere offerta dagli orientamenti giurisprudenziali, sia per i tempi non certo brevi, sia per le contrastanti decisioni che caratterizzano la giustizia amministrativa. E infatti, rispetto alle pronunce del TAR Lazio, i ricorsi in appello promossi dall'Autorità non sono ancora stati discussi.

Intanto si affermano le profonde incertezze degli operatori del settore dei lavori pubblici e si creano sospensioni delle procedure di affidamento dei lavori e blocchi dei cantieri in attesa di conoscere l'esito finale dei lunghi giudizi.

Da ciò il presente atto che segnala la necessità ed indispensabilità di un intervento del legislatore affinché venga riconosciuto esplicitamente ed in modo non equivoco il potere dell'Autorità di intervenire direttamente sulle attestazioni, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie del contraddittorio, che le stesse siano state rilasciate in assenza dei necessari requisiti previsti.

Ai fini di garanzia delle esigenze di tutela del mercato e della libera concorrenza fra gli operatori, per la cura ottimale quindi dell'interesse pubblico sotteso al settore dei pubblici appalti, il sistema stesso deve articolarsi in: 1) procedimenti autorizzatori che riconoscano la idoneità dei soggetti privati, le Società organismi di attestazione, a valutare la qualità delle imprese che possono partecipare agli appalti pubblici; 2) interventi regolatori dell'Autorità che indirizzino l'attività delle S.O.A. verso fini di pubblico interesse; 3) potere di controllo per la verifica della sussistenza dei requisiti che hanno dato luogo al rilascio della attestazione, con correlata facoltà di annullare o modificare quest'ultima.

I compiti di controllo attribuiti all'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici dalla legge 11 febbraio 1994, n. 109 e dal DPR 25 gennaio 2000, n. 34, in tema di qualificazione delle imprese per la partecipazione alle gare di appalto di opere pubbliche, quindi non solo si estrinsecano nel potere di rilascio dell'autorizzazione per l'esercizio dell'attività di attestazione e nel potere di vigilanza, anche dopo il rilascio, sull'attività di qualificazione e sulla presenza in capo alle S.O.A. dei requisiti tecnico-giuridici previsti dalla legge, sul rispetto delle condizioni previste dalla legge e dal regolamento, ma non possono non ricomprendere anche il potere dell'Autorità di incidere sulle attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A., riducendole o invalidandole, come riconosciuto anche dal Tar Sicilia - sez. di Catania - sez. I, 3 febbraio 2003, n. 172.

In conclusione, si segnala l'opportunità di un intervento del legislatore che riconosca all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici esplicitamente ed in modo inequivoco il potere di intervenire, annullandole o modificandole, le attestazioni di qualificazione rilasciate alle imprese dalle Società organismi di attestazione, laddove si accerti, con tutte le necessarie garanzie di contraddittorio con la controparte, che le medesime illegittimamente siano state rilasciate o non siano state revocate. E la norma potrebbe avere la seguente formulazione:

All'articolo 14 del DPR n. 34/2000, dopo il comma 3, è aggiunto il seguente comma: *"Il potere di controllo attribuito all'Autorità in tema di qualificazione, ricomprende anche il potere di annullare o rettificare le attestazioni rilasciate alle imprese dalle S.O.A."*

PAGINA BIANCA