

**Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture**

Relazione annuale 2006

* * *

**Autorità per la vigilanza
sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture**

Relazione annuale 2006

* * *

Presentazione del Presidente Luigi Giampaolino

Roma, Senato della Repubblica - 16 luglio 2007

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici
di lavori, servizi e forniture

Presidente
Luigi Giampaolino

Componenti del Consiglio
Alessandro Botto
Giuseppe Brienza
Piero Calandra
Andrea Camanzi
Guido Moutier
Alfonso Maria Rossi Brigante

Autorità, Signore, Signori,

anche a nome degli altri componenti del Consiglio, nel rinnovare il nostro deferente pensiero al Presidente della Repubblica che ci ha ricevuto in udienza venerdì scorso, rivolgo innanzitutto il più vivo e caloroso ringraziamento al Presidente del Senato che ha voluto ospitarci in questa sede prestigiosa e onorarci con la Sua presenza.

Analogo saluto e ringraziamento rivolgo ai Signori rappresentanti del Parlamento, del Governo, delle Magistrature, delle Autorità civili, militari e a tutti i presenti.

La loro partecipazione per noi è motivo di grande soddisfazione e dimostra l'interesse per l'impegno dell'Autorità nello svolgimento dei compiti e delle funzioni ad essa attribuiti.

Introduzione

Nel momento in cui la relazione per l'anno 2006 viene presentata, l'Autorità attraversa un periodo di transizione.

L'entrata in vigore del decreto legislativo n. 163/2006, Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, con la sua portata unificante di discipline talvolta disperse in testi eterogenei, ha cambiato, in modo incisivo, lo scenario di fondo nel quale l'Autorità è chiamata ad operare, con la messa a punto di regole per buona parte uniformi in materia di lavori, servizi e forniture e dei settori speciali, con la più marcata ispirazione ai noti principi comunitari a garanzia della libera concorrenza.

Il precedente approccio del legislatore verso la correttezza delle procedure amministrative e dell'impiego oculato delle pubbliche risorse è evoluto ora in una disciplina volta anche e soprattutto alla funzionalità del mercato ed all'efficienza competitiva delle imprese, in cui il ruolo dell'amministrazione si pone al servizio di queste nuove esigenze.

Da questo mutamento di ottica scaturisce la preoccupazione se una tale nuova visione non possa pregiudicare esigenze ancora fondamentali nella materia, collegate alla natura pubblica dei soggetti che danno luogo alla domanda del mercato e che immettono in esso notevoli risorse di natura anch'essa pubblica.

Mi sembra utile evidenziare, al riguardo, alcuni dati che ricorrono pure nella pubblicistica di settore e in studi di qualificate strutture pubbliche (MEF e ISTAT).

La spesa soltanto per beni e servizi della P.A. in Italia ammonta a circa l'8% del PIL.

Studi a campione riferiti al periodo 2000-2005, rilevando variazioni significative nei prezzi pagati dalle diverse P.A., hanno calcolato che se tutte le P.A. pagassero lo stesso prezzo, portando le meno "virtuose" al livello delle più "virtuose", si potrebbe ottenere un risparmio di circa il 20%: vale a dire un punto e mezzo circa del PIL.

Se l'8% del PIL speso per beni e servizi ammonta a circa 117 miliardi di euro (dato riferito al 2005), i conti sono presto fatti: il risparmio potrebbe superare i 20 miliardi di euro l'anno e tali cifre sono, di proposito, sottostimate. Aggiungendo, poi, le spese per lavori pubblici, è di tutta evidenza non solo

l'opportunità, ma direi l'indispensabilità di un'azione di vigilanza e la missione, quindi, dell'Autorità preposta istituzionalmente a tale azione, volta a garantire, attraverso la libera concorrenza nei mercati di riferimento, anche la qualificazione ed il contenimento della spesa pubblica.

Ma preoccupazione non meno rilevante per la nuova normativa emerge negli istituti nei quali, questa, adottando e disciplinando nuovi meccanismi (dialogo competitivo, accordi quadro, centrali di committenza, ed altri), non possa, contrariamente ai suoi intenti, finire per restringere il mercato.

Sono queste preoccupazioni, a volte non esplicitate, che spiegano e giustificano sospensioni, incertezze normative, “correzioni” della normativa poste in essere anche dopo l’emanazione del Codice e che collocano l’Autorità in una posizione delicata sulle specifiche problematiche nelle quali i fondamentali interessi in gioco vengono in rilievo.

Essa, tuttavia, è sempre attenta e disponibile a corrispondere con propri pareri ed osservazioni a richieste che il Parlamento ed il Governo le rivolgano, in un rapporto di collaborazione che non restringe, ma valorizza la sua istituzionale posizione di indipendenza. Così l’Autorità, di recente, ha avuto modo di far pervenire le proprie osservazioni in merito al Regolamento attuativo del Codice che deve completare il quadro delle regole primarie e secondarie di disciplina del settore.

E non di meno, un bisogno di raggiungere una stabilità di cornice normativa è avvertito dagli operatori.

La certezza delle regole è fondamentale per l’ordinata celerità dei traffici economici e perciò si auspica che questa travagliata normazione trovi presto

il suo equilibrato e completo assetto dopo avere assicurato una innovazione dei processi.

In questo contesto, un'attenzione alla legislazione regionale appare indispensabile per assicurare un quadro ordinato e coerente di sviluppo.

La legislazione regionale

Normative regionali che moltiplicassero oltre il necessario e diversificassero in modo troppo divergente discipline riguardanti una eguale attività, per buona parte incidente sul comune bene della concorrenza, rimesso ex articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione, alla valutazione unitaria degli organi dello Stato, potrebbero risolversi in appesantimenti per le imprese e in un disorientamento per gli operatori economici.

Il ruolo unificante delle Autorità

Ed è anche a tal fine che l'Autorità intende valorizzare il suo ruolo unificante, quale da tempo riconosciuto dalla Corte Costituzionale (sentenza n. 482/1995, emanata pur con riguardo alla prima configurazione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici), ruolo confermato, da ultimo, con la recente sentenza 6 luglio 2007, n. 256, nel senso di collaborare a costruire regole generali, rispettose della gerarchia delle fonti, valide per tutto il settore, in un'ottica di valorizzazione della posizione dei centri di autonomia. Una delle ragioni giustificatrici della presenza, nel nostro ordinamento, delle Autorità indipendenti è stata individuata proprio nell'esigenza di un centro unitario di cura di interessi comuni a più settori, che altrimenti si

disperderebbero nella singola tutela di ogni istituzione. In altre parole, è lo stesso sistema pluristituzionale che postula, allorché individua delle esigenze unitarie, la creazione di un centro connotato, peraltro, da indipendenza, che curi interessi ritenuti comuni e degni di particolare tutela.

La specificità dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

Anche questo spiega la necessità di una Autorità *ad hoc* che deve garantire la sua neutralità nei confronti dei soggetti che azionano il mercato - le pubbliche amministrazioni intese in senso lato, sino al variegato mondo degli organismi di diritto pubblico e delle società miste - e che abbia tra i suoi compiti la tutela della concorrenza nel singolo appalto, come prevede il legislatore.

Spetta invece all’Autorità per la tutela della concorrenza e del mercato intervenire sui modi di aggregazione delle imprese, sugli abusi di posizione dominante e sulle intese che falsano in maniera consistente il gioco della concorrenza. Con un intervento, peraltro, che crea vantaggi per i consumatori.

L’attività svolta nel 2006

L’analisi del mercato

Lo studio del mercato dei lavori pubblici - che sino alla metà del 2006 è stato l’unico settore affidato alle competenze dell’Autorità – ha consentito di analizzarne e rappresentarne le principali caratteristiche strutturali sia sul lato

della domanda delle stazioni appaltati che su quello dell'offerta potenziale delle imprese.

Il 2006 conferma la tendenza delle Amministrazioni a bandire gare di piccoli importi e quella delle imprese a richiedere, per l'esecuzione dei lavori, classifiche di iscrizione basse. In generale, emerge un mercato molto frammentato sia sul versante dell'offerta che su quello della domanda e, in considerazione del fatto che il numero delle imprese qualificate continua a crescere, non sembra che il settore dei lavori pubblici sia stato investito da quella tendenza di «aggregazione» che invece ha riguardato altri importanti settori dell'economia nazionale. In un mercato appiattito verso appalti di piccoli importi diventa difficile che le imprese abbiano interesse a strutturarsi per competere fuori dal nostro Paese dove la concorrenza ha come protagonisti gruppi di grandi dimensioni.

Peraltro, è abbastanza peculiare il fatto che a fronte di una stazionarietà dei bandi di gara, sia per ciò che riguarda il loro numero che il loro valore, non si arresti la domanda da parte delle imprese per accedere al mercato degli appalti di lavori. Ciò, da un lato, conferma l'assenza di barriere all'entrata garantendo la più ampia concorrenza per il mercato, dall'altro, manifesta la profittabilità di questo mercato se le imprese, pur di accedervi, sono disposte a sostenere i costi della qualificazione.

Per quanto riguarda la domanda, i bandi di gara relativi a lavori pubblicati nel corso del 2006, sono 32.108, per un importo complessivo pari a 30.721.519.000 euro.

I dati relativi alla ripartizione dei bandi di gara pubblicati nel corso del 2006 per classe d'importo mostrano che, accanto ad una miriade di bandi il cui importo non raggiunge il milione di euro (l'83% circa dei bandi), coesistono pochissimi bandi con un importo di diverse decine di milioni.

I bandi che prevedono un importo superiore ai 10.000.000 di euro sono appena lo 0,9% del totale, ma raccolgono ben il 50% dell'importo totale riferito a tutti i bandi di gara.

La distribuzione delle gare in base alla categoria prevalente di lavori e alla classifica di importo richieste dal bando evidenzia come quasi i tre quarti (73,9%) dei bandi di gara siano rivolti ad imprese qualificate nelle categorie generali. Solo il 17,8% riguarda invece le categorie specializzate di lavori.

Per le categorie generali di lavori, il 30,6% dei bandi concerne le strade, autostrade, ponti, viadotti, ecc., il 12,5% gli edifici civili e industriali, il 7,9% gli impianti tecnologici, il 7,2% gli acquedotti, gasdotti, oleodotti, ecc.

I bandi riguardanti le categorie specializzate di lavori mostrano una frammentazione molto forte della domanda.

Dal punto di vista dell'importo di gara si registra una tendenza alla diminuzione del numero dei bandi rispetto al totale, man mano che aumenta la classifica di importo richiesta dal bando.

A livello di aree territoriali si conferma che le gare bandite nelle regioni centro-settentrionali prevedono importi più elevati di quelle bandite nel mezzogiorno, benché queste ultime siano in numero maggiore di quelle del nord.

A livello di singole regioni la Lombardia, il Lazio, il Veneto e la Campania rappresentano quasi il 50% del valore delle gare bandite su tutto il territorio nazionale. Si rileva, peraltro, che il Lazio si conferma la regione con l'importo medio più elevato, mentre la Calabria ha un numero di bandi superiore, ma il loro importo medio è il più basso a livello nazionale.

Sotto il profilo dell'offerta, si assiste ad una progressiva stabilizzazione del numero delle imprese qualificate, per cui il trend si sviluppa ormai in maniera lievemente crescente.

Per quanto riguarda la forma giuridica delle imprese qualificate, le società di capitali rappresentano, da sole, il 57% del sistema. Tra le restanti forme giuridiche, le imprese individuali prevalgono in maniera lieve rispetto alle società di persone (20,2% contro il 18,9%), mentre le società cooperative e i consorzi si attestano su un 3,3% rispetto al totale.

Nella relazione sono esposti interessanti dati - ai quali non posso che rinviare - per quanto riguarda le iscrizioni nelle diverse categorie di lavori e le loro ripartizioni.

Mi preme solo segnalare che, purtroppo, un altro dato che emerge dalle analisi condotte riguarda la presenza di un maggior numero di imprese strutturate (imprese, cioè, con classifiche di iscrizione alte) nella parte settentrionale del Paese, a differenza del Mezzogiorno ove si presentano imprese con classifiche di iscrizione basse.

La vigilanza

Con riguardo all'attività di vigilanza, la casistica delle segnalazioni all'Autorità (oltre 13.000, distinte nella relazione secondo le tipologie) comprende, tra l'altro, irregolarità nei bandi di gara; ricorso alle perizie di variante; affidamento delle concessioni di opere pubbliche senza rispetto delle procedure ad evidenza pubblica; ricorso alla trattativa privata.

Servizi e forniture

La relazione considera solo marginalmente il settore dei servizi e delle forniture, dal momento che l'apposita disciplina, con l'attribuzione della relativa competenza all'Autorità, è entrata in vigore solo dal 1° luglio dell'anno che si considera, ed in modo parziale.

L'oggetto delle segnalazioni per questo settore, comunque, ha riguardato spesso procedure di affidamento di incarichi professionali, anomalie in ordine ai bandi di gara ed alle procedure di scelta del contraente.

Con riferimento ai bandi di gara, i requisiti contestati e ritenuti illegittimi sono riconducibili alla capacità economicofinanziaria e tecnica dell'impresa partecipante, mentre in alcuni casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa si registra sovente una confusione tra requisiti volti a selezionare le imprese concorrenti ed i criteri volti a valutare le offerte. In questi casi, l'Autorità non ha mancato di invitare le stazioni appaltanti a rivedere le procedure adottate.

Con riguardo agli appalti di servizi, una menzione merita il problema della richiesta, da parte delle stazioni appaltanti, di requisiti tali da comportare il

restringimento del potenziale numero dei partecipanti, con effetti distorsivi della concorrenza.

Anche fermandosi ad un primo approccio della vigilanza nel settore, il rispetto dei principi di concorrenza e di apertura del mercato sembra, pertanto, particolarmente da affermare proprio con riguardo agli appalti pubblici di servizi.

Lavori pubblici

Per quanto riguarda l'attività di vigilanza nel settore dei lavori pubblici, dallo svolgimento della stessa - come in modo più diffuso è esposto nel corpo della relazione - è emerso:

- 1) una diffusa carenza, sia nella fase di predisposizione, sia nella fase di attuazione della programmazione triennale e dell'elenco annuale dei lavori da avviare a realizzazione;
- 2) un ricorso incongruo agli oneri per la pubblicità dei bandi di gara, essendosi, talvolta, seguita la normativa di rango nazionale, tal'altra quella, più limitativa, regionale e ciò specie per le regioni a statuto speciale ed, in particolare, per la Sicilia;
- 3) la ricorrenza di non trascurabili indizi di accordo tacito tra le imprese partecipanti alla gara diretto a pilotare l'aggiudicazione e ad acquisire il controllo della commessa. Si è infatti riscontrato, in diversi casi, che un folto gruppo di imprese partecipi alla gara, offrendo gli stessi ribassi per tutti i lotti posti in gara, venendosi, così, a determinare graduatorie pressoché uguali, con ripetute aggiudicazioni ad un ristretto numero di imprese;

4) sempre nell'ambito del meccanismo delle "cordate", l'uso strumentale del subappalto e del sub-affidamento. Si è riscontrato, infatti, in diversi casi, che l'esecuzione dell'appalto viene, di fatto, rimesso alle stesse imprese che hanno preso parte infruttuosamente alla gara, con evidenti effetti distorsivi, puntualmente segnalati dall'Autorità anche alla competente procura della Repubblica;

5) il ricorso, talvolta, da parte della stessa stazione appaltante, a ripetuti affidamenti alla stessa impresa negli appalti di importo inferiore a euro 150.000 e, soprattutto, l'invito, nelle gare informali, sempre alla stessa impresa.

Le indagini di carattere più complesso, poi, che, a livello nazionale, sono state compiute e di cui vi è una esposizione nella relazione, hanno riguardato:

- l'edilizia sanitaria ed ospedaliera, per la quale è stata prevista la costituzione, a seguito di un protocollo d'intesa tra l'Autorità ed il Ministero della Salute, di un "Gruppo tecnico permanente", impegnato al ripristino delle corrette procedure e alla verifica della regolarità della condotta e della gestione dei lavori, con indagini campionarie integrate da accertamenti puntuali, di cui è menzione nella relazione;

- le infrastrutture stradali ed autostradali ed il comportamento dell'ANAS come stazione appaltante. E' questa una delle parti della relazione in cui si evidenzia come una vigilanza sull'attività contrattuale, diretta a realizzare i lavori pubblici, non possa prescindere da una considerazione globale del modo di essere e di funzionare di una stazione appaltante e, ancora più a

monte, da una valutazione sul rispetto delle regole che presiedono ad una tale attività. L'indagine ha evidenziato - e si rinvia qui alle relative tabelle - come nell'anno 2006 si è registrata una fase di arresto per la mancanza delle risorse disponibili, impiegate per i maggiori costi (circa 3,8 miliardi) sostenuti per la realizzazione di varianti relative sia ad opere ultimate nel triennio precedente, sia ad opere in corso di realizzazione, nonché per onorare il debito destinato al contenzioso ad esse pertinente e determinato, altresì, dalla riattivazione di rapporti di antica contrattualizzazione e ritenuti esauriti. Inoltre, l'ANAS ha dovuto destinare una somma pari a euro 900 milioni per consentire il raggiungimento del pareggio, a fronte del disavanzo maturato tra spese di funzionamento della società ed erogazioni riconosciute. Quel che preme segnalare è che la limitazione delle erogazioni a favore dell'ANAS ha causato, inoltre, ritardi nei pagamenti degli stati di avanzamento dei lavori alle imprese. Tale prassi, ormai consolidata, sebbene ad oggi non abbia portato ad un significativo contenzioso per tardato pagamento, è nota a tutte le imprese operanti nel settore dei lavori pubblici e comporta una distorsione del mercato. In particolare, comporta una limitazione della libera concorrenza, potendo partecipare alle gare ANAS solo le imprese in possesso di una buona solidità economica che possono sopportare un lungo periodo prima di ottenere i pagamenti dei lavori eseguiti; in più, tale prassi dà luogo a ribassi offerti più contenuti, a copertura delle spese che le imprese sostengono a causa dei ritardi nei pagamenti stessi. È auspicabile, pertanto, una corretta programmazione dei lavori all'inizio di ciascun anno con riferimento alla effettiva

disponibilità dei fondi per evitare le denunciate distorsioni;

- la vigilanza sulle concessioni autostradali, sulle quali l'Autorità ha già riferito in Parlamento, sia mediante atto di segnalazione, sia nel corso di due audizioni e per la quale, quindi, mi limito ad un rinvio, richiamando, tuttavia, la conclusione alla quale l'indagine pervenne. Si osservò, allora, che nel corso del quinquennio 2000-2005, si è avuto un incremento tariffario molto superiore all'inflazione, in assenza di tutti gli investimenti previsti nei piani, nonché un aumento dei ricavi a causa della sottovalutazione dei volumi di traffico all'atto della sottoscrizione delle convenzioni di concessione.

Come pure non posso esimermi dal ricordare l'indagine condotta proprio da questa Autorità di vigilanza, e conclusasi con una segnalazione al Governo e al Parlamento, con la quale si è rilevato che le sub-concessionarie non hanno rispettato la percentuale massima prevista dalla legge per quanto riguardava gli affidamenti a imprese proprie e/o controllate, con grave lesione, quindi, degli obblighi di legge e del bene della concorrenza e del mercato in questo importante settore;

- la vigilanza in materia di lavori per la tutela ambientale, che si è indirizzata nei riguardi di appalti di cantieri di lavori di bonifica e risanamento delle matrici ambientali compromesse da attività antropiche gestite soprattutto nel passato. In particolare, la vigilanza ha riguardato i lavori di messa in sicurezza, bonifica e ripristino ambientale di vari siti, tra i quali va ricordato quello del recupero ambientale dell'area industriale di Bagnoli, a parte le opere per il risanamento della Laguna di Venezia e la realizzazione del sistema MOSE.

Nella relazione sono esplicitate interessanti considerazioni in merito ai problemi che sorgono con riguardo a questa attività;

- gli interventi in tema di *project financing*, nel quale l'Autorità ha svolto, in questi anni, un ruolo propositivo nel delineare regole e procedure attraverso l'emanazione di atti di regolazione con cui sono state affrontate le fattispecie emerse in seguito ad analisi condotte con riferimento a singoli casi, oggetto di attività ispettiva. Taluni di questi casi sono riportati nella relazione ed essi sono sintomatici delle problematiche che il *project financing* ed il partenariato pubblico privato - ai quali si affidano tante speranze - pongono nella pratica. Peraltro è noto che la realizzazione di lavori pubblici con apporto di risorse private incontra una difficoltà oggettive derivanti dai procedimenti di autorizzazione tecnico amministrative del progetto in quanto l'affidamento avviene sulla base di un progetto preliminare e l'esecuzione sulla base di un progetto esecutivo il quale potrebbe, per necessità sorte proprio in sede di approvazione, comportare spese molto più elevate. Esempio è il caso della BREBEMI, in questi giorni oggetto di dibattito. Pertanto il problema di come riequilibrare i PEF, senza alterare l'esito della gara e nel rispetto dei principi comunitari, si pone. La soluzione non può che essere un intervento del legislatore volto a prevedere in sede di aggiudicazione le modalità di ricalcolo dei costi.

La sicurezza sui luoghi di lavoro

L'attività di vigilanza ha avuto, infine, riguardo alla sicurezza sui luoghi di lavoro ed al sistema di qualificazione.

Per la sicurezza sui luoghi di lavoro va segnalato che il settore costruzioni è quello che registra, purtroppo, il più alto indice di frequenza di infortuni con esiti gravi.

Le indagini ispettive condotte dall’Autorità e l’analisi effettuata dal gruppo di lavoro all’uopo istituito hanno evidenziato specifiche patologie. Fra queste, si pensi alla predisposizione più formale che sostanziale dei piani di sicurezza, redatti con programmi informatizzati che tengono conto dell’elenco dei lavori o dei computi metrici, senza alcuna particolare attenzione ai rischi dello specifico cantiere.

Anche a livello normativo si sono riscontrate preoccupanti lacune, illustrate nel corpo della relazione.

Vigilanza sul sistema di qualificazione

Un cenno a sé merita, poi, la vigilanza sul sistema di qualificazione, interessato peraltro dall’istituto dell’avvalimento, per il quale l’Autorità sta raccogliendo gli elementi al fine di riferire con apposita segnalazione.

L’Autorità ha prestato ad esso, in questi ultimi anni, particolare attenzione, sollecitata peraltro dalle denunce, provenienti da varie parti, di patologie talvolta gravi.

E’ continuata, pertanto, un’attività di vigilanza specifica e mirata, attuata in esecuzione del “Piano delle Ispezioni”, deliberato annualmente dal Consiglio dell’Autorità.

Tali interventi hanno consentito l'avvio di diversi procedimenti di revoca di autorizzazione nei confronti delle S.O.A. e all'adozione dei relativi provvedimenti.

Peraltro, l'attività di vigilanza nei confronti di questi organismi si è esercitata anche con riguardo alla loro struttura organizzativa. Questa, per di più, ha risentito dell'evoluzione dell'azionariato degli stessi. Infatti, mentre nella fase di prima attuazione del sistema, l'azionariato era rappresentato principalmente da persone fisiche e le partecipazioni delle persone giuridiche erano percentualmente inferiori e riservate quasi esclusivamente alle banche ed alle assicurazioni, nel corso degli anni tale partecipazione azionaria è cresciuta, mutando anche nella sua tipologia a seguito di frequenti richieste di acquisti azionari da parte di società finanziarie.

Altre criticità sono derivate, poi, dalle cd. Attività promozionali (quelle cioè svolte a procurare agli organismi di attestazione imprese con necessità di qualificarsi) che hanno accompagnato la nascita e lo sviluppo di questi organismi. Ciò ha portato l'Autorità all'adozione di iniziative idonee a contrastare lo sviluppo anomalo e talvolta illecito di queste attività promozionali (determinazione n. 3/2006).

I provvedimenti sanzionatori

La considerazione dell'attività di vigilanza posta in essere dall'Autorità non può non contenere un richiamo ai provvedimenti sanzionatori che, nella materia, sono volti a garantire la regolarità delle gare e la corretta partecipazione dei concorrenti.

In merito ad essi mi limito a segnalare l'esigenza, che sulla base dell'esperienza si avverte, di un momento di chiusura oggettiva del sistema e, quindi, di un potere sanzionatorio più ampio.

Il Codice dei contratti ha attribuito all'Autorità il compito di vigilare, come prima accennato, su un amplissimo spettro di settori, ordinari, strategici e speciali, sia di interesse nazionale che regionale, per la verifica del rispetto nei contratti pubblici dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

La piena realizzazione di una tale missione richiede, però, un adeguamento dei suoi poteri: in particolare, come già avvenuto per l'Antitrust, sembra maturo il momento di rafforzare e ampliare gli attuali poteri sanzionatori dell'Autorità nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e delle società di attestazione (S.O.A.). Un adeguato congegno sanzionatorio doterebbe di effettività le pronunce dell'Autorità e salderebbe, così, le "ragioni dell'erario" con "le ragioni del mercato".

In sostanza, l'attività di vigilanza dell'Autorità dovrebbe essere accompagnata dalla previsione di un obbligo per le stazioni appaltanti di formale riesame del procedimento ritenuto irregolare nonché dalla individuazione delle fattispecie e delle sanzioni da comminare. Sono questi i problemi che, per la loro centralità, si affidano all'approfondimento da parte delle appropriate sedi istituzionali.

Gli strumenti per la risoluzione delle controversie

Merita, infine, di essere segnalata la problematica che è tra le più rilevanti della materia e cioè quella degli strumenti per la risoluzione delle controversie in materia di contratti pubblici.

E' dato di comune esperienza, e da tutti lamentato, che il contenzioso in tema di contratti pubblici - ed, in particolare, per quanto consta, dei lavori pubblici - è fra i più estesi ed incide notevolmente sulla stessa realizzazione delle opere e sul loro costo.

L'accordo bonario

L'Autorità deve rilevare che taluni istituti, pur previsti per evitare il contenzioso, come l'accordo bonario, non hanno dato gli esiti sperati.

In un'indagine, all'uopo condotta, si è constatato che tale procedura ha mostrato, in concreto, che un istituto di carattere eccezionale, destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, viene spesso utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di ulteriori richieste economiche, difficilmente prese in considerazione al termine dell'appalto.

La problematica ha costituito oggetto di esame e di apposita determinazione da parte dell'Autorità (Determinazione n. 5 del 30 maggio 2007).

Il cd. precontenzioso

Effetti migliori, invece, si sono registrati per quanto riguarda la previsione, contenuta nell'articolo 6, comma 7, lettera n), del Codice di un "parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione" (cd

“precontenzioso”).

La qualificazione di “parere” del pronunciamento dell’Autorità è idonea a fugare dubbi circa la natura di tale procedura che non è giurisdizionale o paragiurisdizionale (tenuto anche conto degli ovvi limiti di natura costituzionale).

Un intervento, quindi, privo di forza vincolante ma, al contempo, proprio per l’autorevolezza e la neutralità del soggetto emanante il parere, una procedura veloce di possibile composizione delle controversie.

Dall’avvio di detta attività (ottobre 2006) al mese di giugno 2007, il Consiglio dell’Autorità ha assunto oltre 200 deliberazioni, rispettivamente afferenti agli appalti di lavori, di servizi, di forniture, misti e settori speciali.

Dall’inizio del 2007 al mese di maggio sono state registrate circa 300 istanze, il 30% delle quali provenienti da stazioni appaltanti, mentre il restante 70% da imprese, associazioni o ordini professionali, con un trend di crescita molto sostenuto.

Sotto il profilo del merito delle questioni, si evidenzia che la casistica può essere suddivisa in due grandi filoni che attengono, rispettivamente, a segnalazioni rivolte ad ottenere una pronuncia dell’Autorità circa la conformità delle clausole dei bandi di gara relative ai requisiti di qualificazione negli appalti di lavori ovvero ai requisiti di partecipazione negli appalti di servizi e forniture ritenute lesive della concorrenza, sproporzionate o eccessive e limitative del mercato degli appalti, nonché contestazioni su provvedimenti di esclusione afferenti a specifiche procedure di gara.

Il contenzioso arbitrale

Un discorso a sé merita il contenzioso arbitrale, ora disciplinato dal Codice, il quale non ha modificato il sistema “binario” o “alternativo” introdotto dalla legge n. 80 del 14 maggio 2005 che ha previsto due forme di arbitrato, libero o amministrato, a seconda se vi sia o meno l'accordo delle parti sulla nomina del terzo arbitro.

Pertanto, anche in base alle nuove disposizioni, la Camera arbitrale interviene solo se manca l'accordo delle parti sulla nomina del terzo arbitro: solo in tale evenienza il procedimento segue il modello dell'arbitrato amministrato.

Con riguardo all'andamento del contenzioso, si deve registrare una flessione degli arbitrati che si svolgono presso la Camera arbitrale rispetto a quelli che si svolgono al di fuori di essa.

Dai dati rilevati dalla Camera arbitrale, le amministrazioni risultano soccombenti nella quasi totalità dei giudizi arbitrali, sia amministrati che “liberi”.

In totale, dal contenzioso arbitrale amministrato è derivato alle stazioni appaltanti un onere pari a € 29.792.942,00, escluse le spese relative allo svolgimento del giudizio.

In media, la percentuale della soccombenza delle stazioni appaltanti per il pagamento dei soli compensi agli arbitri (senza considerare le spese per il segretario, per l'eventuale C.T.U. e le spese legali), è risultata pari al 66,31%.

Anche per quanto riguarda gli arbitrati “liberi”, le stazioni appaltanti sono risultate, in tutto o in parte soccombenti.

Complessivamente, dal contenzioso arbitrale, amministrato e libero, è derivato alle stazioni appaltanti un onere pari a €291.150.669,00, escluse le spese relative allo svolgimento del giudizio.

Tale onere, come segnala la Camera Arbitrale, è purtroppo aumentato considerevolmente e sempre con maggiore aggravio per le stazioni appaltanti, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 24 del decreto legge 4 maggio 2006, n. 223, convertito dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, norma pur intitolata "contenimento spesa per compenso spettante agli arbitri", e ciò specie per effetto dei provvedimenti di autoliquidazione degli onorari da parte dei collegi degli arbitrati liberi, che hanno utilizzato un criterio interpretativo diverso da quello adottato dalla Camera arbitrale.

Conclusioni

Quanto sin qui esposto è quello che l'Autorità ha compiuto nella sua originaria funzione: un patrimonio di esperienze e di valori declinati con gli strumenti a sua disposizione, nell'esercizio di una funzione di vigilanza che si volle e si vuole ascritta ad una Autorità indipendente affinché non si sia costretti a rimedi ulteriori sino a quelli traumatici del giudice penale.

L'esigenza di una tale forma di vigilanza va pertanto qui ribadita, ma il cammino deve proseguire con prospettive, idee, approcci innovativi.

Il Consiglio, il 17 aprile u.s., ha approvato un documento intitolato "Compiti e programma dell'Autorità" nel quale si illustra il nuovo modo dell'Autorità di interpretare il suo ruolo non solo nel settore dei lavori pubblici, ma anche nei nuovi settori dei servizi e forniture.

L’Autorità ritiene ormai acquisito che la salvaguardia della legalità non debba essere intesa solo come veridicità e correttezza della documentazione e della attività amministrativa ad essa sottostante, ma come regolarità legata alla rimozione delle criticità relative all’economicità ed al rispetto dei tempi. Lo scenario di fondo rispetto al quale l’Autorità si muoverà è, pertanto, anche quello delle indicazioni di “*Better Regulation*”, elaborate in ambito OCSE, e le *best practices* da esso individuate.

Per assolvere ai suoi nuovi compiti l’Autorità, di conseguenza, avrà presente le indicazioni dell’OCSE ed intende dedicare maggiore attenzione ai rapporti con le istituzioni dell’Unione Europea.

E’ evidente, inoltre, come si è detto, la necessità di una più forte interrelazione dell’Autorità con le istituzioni Regionali ed a tal fine costante dovrà essere il rapporto dell’Autorità con la Conferenza Stato-Regioni.

La stessa attività di vigilanza va, pertanto, rimodellata su di uno schema ed un metodo che vogliono esaminare i fenomeni *ex ante* e non soltanto *ex post*, per giungere alla formazione di regole generali che possano essere di guida agli operatori del settore. A queste, peraltro, l’Autorità perverrà sempre con il metodo delle audizioni dei soggetti interessati, in modo che si dia luogo ad un regolazione “partecipata e sentita”.

In questi sensi, talune indagini sono state iniziate e si vanno concludendo in questo nuovo anno.

Quali quella sulla TAV, nel corso della quale sono stati sentiti l’Amministratore delegato del gruppo Ferrovie dello Stato, il Presidente dell’AGI e i rappresentanti del Consorzio COCIV: molto utili elementi sono

stati ricavati, durante questa indagine, in ordine ai motivi che hanno indotto il legislatore all'adozione dell'art. 13 del DL 7/2007, convertito in legge 40/2007, in merito all'applicazione del quale, peraltro, il TAR Lazio ha emanato, nei giorni scorsi, un'ordinanza di sospensione dei provvedimenti di revoca delle concessioni.

Negli stessi sensi si va conducendo un'indagine sulle clausole sociali ed ambientali nei bandi degli appalti pubblici ed una sulle emergenze idriche.

Notevole impegno si richiede all'Autorità per questa sua nuova missione per la quale, al momento, mancano ulteriori forze dotate delle necessarie competenze, specie in campo economico, informatico e nelle materie dei servizi e delle forniture.

Le forze attualmente esistenti hanno dato significative prove di sé, confermando il convincimento che l'affidabilità e l'intrinseca autorevolezza delle Istituzioni-Autorità non risiedono solo nell'indipendenza e nell'alta qualificazione dei membri del collegio ma, anche, nella specifica e provata, alta professionalità dei loro dipendenti, cui sembra necessario riconoscere uno stato giuridico ed economico adeguato.

Come si è detto, un'attività di vigilanza, attesi gli interessi e le risorse pubbliche che vi sono coinvolte, nel settore si appalesa necessaria (come, peraltro, è stato segnalato in un perspicuo parere del Consiglio di Stato n. 355/06) ed una evoluzione delle funzioni dell'Autorità è imposta dal contesto economico e dal dettato legislativo di origine comunitaria (in particolare l'art. 72 della direttiva 17/2004/CE e l'art. 81 della direttiva 18/2004/CE) .

Spetta agli uomini che attualmente la impersonano, ai collaboratori interni ed esterni ed alle altre istituzioni che dalle stesse norme del decreto legislativo n. 163/2006 sono chiamate a collaborare con l'Autorità - tra i quali una particolare menzione meritano l'Avvocatura dello Stato ed il Corpo della Guardia di Finanza - far sì che la vigilanza prosegua con sempre maggiore apporto costruttivo, investendo anche i settori dei servizi e delle forniture, e che le nuove funzioni siano compiutamente attuate.