

Convegno U.N.I.T.E.L.
Pescara, 21.04.2006
“Nuovi ruoli e competenze dell’Autorità”
Leonardo Miconi (*)

1. Per comprendere il nuovo ruolo che il nuovo Codice dei contratti pubblici assegna all’Autorità di vigilanza dobbiamo prima spendere qualche breve considerazione sulla impostazione complessiva della normativa stessa.

Per fare ciò sembra utile fare riferimento al parere reso dal Consiglio di Stato in sede consultiva del codice¹ prima dell’esame del Governo, parere che oltre a recare un’interessante lettura generale della normativa, rispetto a quella previgente, non manca di sottolinearne i punti di criticità e i suggerimenti per un suo miglioramento. Suggerimenti in parte accolti nella formulazione definitiva del codice e che potrebbero essere anche in seguito ripresi.

In sintesi dalla lettura del codice possiamo dire che mentre la legge quadro si prefiggeva di tutelare prevalentemente le procedure, lasciando (solo) tendenzialmente poco spazio alla discrezionalità, il codice si prefigge di tutelare un altro bene primario ed essenziale per la società insito nella c.d. “tutela del mercato” degli appalti pubblici, sia riformando significativamente le procedure di scelta del contraente (ad es. accordo quadro, dialogo competitivo, centrale di committenza), sia fornendo più opportunità agli operatori economici di essere presenti sul mercato (ad es. avvalimento) nonché ulteriori forme di aggregazione (cfr qualifica di “contraente generale”) e una più ampia possibilità di eseguire le opere con la figura del contraente generale che può, a sua volta, affidare direttamente l’esecuzione.

E’ però da precisare che un tale orientamento discende esplicitamente dalle direttive comunitarie 2004/18/CEE e 2004/17/CEE emanate nell’aprile 2004 e da recepire a cura degli Stati membri entro il gennaio 2006.

E’ inoltre da aggiungere che un tale analogo indirizzo era stato delineato anche dalla precedente direttiva 93/37; tuttavia nella fase di recepimento (legge n.109 del 1994) il

¹ Cfr parere del Consiglio di Stato del 6 febbraio 2006, n.355, in giustamm.it

legislatore nazionale, per fronteggiare le gravi emergenze che insorgevano nei primi anni '90, note come Tangentopoli, non poteva che caricarsi di un onere in più del semplice recepimento dettando norme più rigide ed attente al funzionamento interno della pubblica amministrazione, appunto più di quanto non fosse richiesto dalla direttiva n.93/37- per quanto tali regole via via ridimensionate nei vari adeguamenti anche da subito apportati -.

Basti pensare all'iniziale indirizzo di far svolgere la progettazione agli uffici interni delle amministrazioni - che da anni avevano abbandonato - oppure alla rigida disciplina degli affidamenti diretti e alla quasi totale inibizione dei criteri di scelta del contraente che potevano basarsi su criteri di aggiudicazione facilmente condizionabili (es. appalto concorso o licitazione privata con miglioramenti a progetti addirittura esecutivi ...).

Di quanto detto vi è un'evidente traccia nel detto parere del Consiglio di Stato ove si legge che *“non può sottacersi che con il nuovo quadro normativo delineato dal codice, possano derivare nuovamente gli inconvenienti cui le limitazioni della legge 109 del 1994 avevano inteso porre riparo e che non possono essere sottovalutati nel nuovo contesto amministrativo e sociale”*.

Mentre nel codice² si osserva che la progettazione è più estesamente affidata agli operatori economici perché si ampliano le possibilità di ricorso all'appalto integrato e l'appalto concorso non è più gravato da particolari restrizioni, insieme alla rivisitata disciplina della trattativa privata e alla generale applicabilità – dovuta in verità alla giurisprudenza della Commissione di giustizia europea prima che alla direttiva 2004/18 – del criterio della offerta economicamente più vantaggiosa³ a interventi di qualsiasi importo e tipologia.

Un aspetto che invece aveva destato perplessità era l'iniziale annullamento nel codice della felice previsione della l.q. di attribuire le funzioni di responsabile del procedimento ad un tecnico; anche se veniva controbilanciata dalla possibilità di esternalizzazione, come prima della l.q.

Con tali premesse e per introdurre invece il tema dell'Autorità si deve rimarcare, prima di esaminare l'articolato, la tendenza ad assegnare all'Autorità compiti prevalentemente

² Cfr nota di presentazione a cura dell'Autore del codice, in *giustamm.it* e L. Giampaolino, “Il nuovo codice degli appalti: rischi ed opportunità”, stessa rivista, n.4, 2006.

³ Per approfondimenti sul criterio cfr: L. Miconi, “cautele da osservarsi nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”, *giustamm.it*, dic. 2005.

osservatoriali e più precisamente articolati come nel seguito:

- un accentuato ruolo di raccolta dei dati, peraltro non esclusivo bensì piuttosto ramificato, unitamente ad equivalenti oneri di pubblicità dei bandi di gara, degli avvisi, dei programmi triennali, dei contratti, dei prezzi dei lavori, servizi e forniture, dei costi standardizzati, degli avvalimenti, delle sospensioni comminate agli operatori, dei nuovi elenchi degli esecutori di servizi, degli archivi di settore, delle massime della giurisprudenza ecc.;
- un ruolo di vigilanza sulla qualificazione degli operatori economici, accresciuto e consolidato con i poteri conferiti dalla giurisprudenza;
- un nuovo ruolo di conciliazione del contenzioso che può insorgere durante le procedure di affidamento.

Come si vede, vi è coerenza con i fini prima detti perché l’Autorità è impegnata in particolare a garantire che gli operatori economici siano affidabili e quindi tali da assicurare una “effettiva concorrenza”⁴ e in tale ottica, come vedremo, ad essa sono attribuiti poteri di sospensione degli operatori che ci riportano ai poteri già in capo alla Commissione centrale dell’A.N.C., di comminare la sospensione dalla partecipazione alle gare di appalto su tutto il territorio nazionale.

E’ infine da evidenziare che il ruolo dell’Autorità di garantire l’osservanza dei principi che venivano posti dall’art.1 comma 1 della legge n.109 del 1994, a loro volta derivanti dall’art.97 del Costituzione, sono stati rafforzati nell’art.2 del codice con i principi del diritto comunitario, con il seguente risultato:

- a) per la fase di affidamento ed esecuzione dei contratti si deve garantire:
 - qualità delle prestazioni
 - economicità ed efficacia
 - tempestività e correttezza
- b) per la sola fase di affidamento si deve garantire:
 - libera concorrenza
 - parità di trattamento
 - non discriminazione
 - trasparenza
 - proporzionalità

⁴ Concetto che domina la direttiva 2004/18.

- pubblicità

Infine si rafforzano comunque i poteri di richiedere informazioni e dati, di disporre ispezioni ed accertamenti nonché di comminare sanzioni, potere quest'ultimo esteso alle amministrazioni e agli organismi di attestazione.

2. Le disposizioni che riguardano direttamente l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (in seguito AVCP) sono contenute in tre articoli (due nella legge n.109/94): l'art.6 ove si dispone in ordine alla natura giuridica dell'Istituto e ai compiti generali; l'art.7 con il quale si dettano le norme di funzionamento dell'Osservatorio e infine l'art.8 con il quale si forniscono le disposizioni in materia di organizzazione, personale e di finanziamento dell'Autorità.

Poi vi sono altri articoli dove pure si richiama l'intervento dell'Autorità e che però vedremo successivamente.

3. I commi 1, 2 e 3 dell'art.6 indicano oltre al cambio di denominazione per includere i servizi e le forniture, la durata del Consiglio - quale organo collegiale - di cinque anni come all'art.4 della legge n.109/94 e il trattamento economico dello stesso che dovrà dipendere da un provvedimento - DPCM - da emanarsi su proposta del Tesoro. Ciò diversamente da quanto in precedenza, ove questo veniva direttamente fissato dalla legge.
4. Quanto alla natura giuridica, al comma 4 art.6 si stabilisce che l'Autorità è connotata da:
 - indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione;
 - autonomia organizzativa.

E' questa una prima rilevante novità rispetto alla legge quadro, alla quale si perviene attraverso il disposto di varie norme.

In primis, le direttive che prevedono rispettivamente agli artt. 81 comma 2 e 72 comma 2 la possibilità per gli Stati membri di istituire una autorità indipendente per assicurare la applicazione delle stesse direttive. Poi l'art. 25 comma 1 lett.c) della legge n.62 del 2005 (c.d. legge comunitaria), che alla già esistente Autorità affidava i compiti di vigilanza anche sui servizi e sulle forniture attribuendo altresì alla stessa la indipendenza funzionale e l'autonomia organizzativa seppure con la previsione che ciò non dovesse comportare un incremento della spesa a carico dello Stato. Successivamente con la legge finanziaria n.266 del 2005 (art.1 commi 65 e 67) veniva anche riconosciuta l'autonomia finanziaria e il c.d. "autofinanziamento" con la

contribuzione dei soggetti vigilati.

E' da osservare che nel disposto del comma 4 manca il riferimento alla vecchia articolazione dell'Autorità precisamente in Segreteria Tecnica, Servizio Ispettivo ed Osservatorio, di cui quest'ultimo è l'unico servizio a sopravvivere. Con la eliminazione altresì delle dotazioni massime di risorse umane che erano assegnate ai tre Servizi nell'art.5 della l.q.

La disposizione però, se da un lato favorisce una più flessibile organizzazione senza schemi predeterminati e con la adattabilità dell'organigramma che sarà necessaria soprattutto nella fase iniziale di attuazione del codice, d'altro canto sottolinea la assorbenza della funzione osservatoriale rispetto ad altre funzioni lungamente sperimentate con il Servizio Ispettivo previsto dalla l.q.

5. In ordine all'ambito di intervento, il comma 5 dell'art.6 estende la vigilanza dell'Autorità ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture anche di interesse regionale al fine di assicurare il rispetto dei principi generali del codice indicati nelle due fasi a) e b).

Tale estensione della vigilanza ai contratti di livello regionale, da sempre in realtà praticata dall'Autorità, a parere del Consiglio di Stato ha trovato e trova il suo fondamento anche per il codice in esame, nella Sentenza della Corte Costituzionale n.482 del 1995 emanata a seguito del ricorso di alcune regioni che denunciavano il contrasto dei poteri dell'Autorità con le prerogative regionali ecc.

Infatti secondo la Corte “... *l'istituzione dell'Autorità ha rappresentato uno dei cardini della riforma in materia di lavori pubblici ... e che le ... attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo ... ma esprimono una funzione di vigilanza e di garanzia ... e comportano l'obbligo per le amministrazioni di comunicare dati e informazioni ... come espressione del dovere di cooperazione dello Stato, Regioni e Province autonome ...*” come più volte confermato dalla giurisprudenza costituzionale.

Il Consiglio di Stato ha in definitiva rilevato che i principi richiamati dalla Corte sono ancora validi per la estensione delle competenze dell'Autorità a livello regionale e che anche la estensione ai settori dei servizi e delle forniture, benché non prevista dalle due direttive recepite dal codice, non è in contrasto con la legge delega (cfr primo periodo, lett.c, art.25 legge n.62 del 2005) in quanto è la legge stessa che lo prevede

espressamente.

6. Vi è poi il lungo comma 7 dell'art.6 del codice che, pur introducendo importanti novità di cui diremo tra breve, ha riprodotto con semplificazioni la gran parte delle previsioni di cui al comma 4 dell'art.4 della legge n.109/94 e che storicamente hanno dato vita al Servizio relativamente più grande dell'Autorità che è, come noto, il Servizio Ispettivo.

Per porre l'accento sulle più rilevanti novità del comma 7 art.6:

- alla lett. b) si prevede la vigilanza sui contratti “esclusi” e sulla legittimità della sottrazione al codice salvo le materie di cui agli artt. 16, 17 e 18 (contratti per la produzione di armi, contratti segreti, contratti internazionali) sottratti all'obbligo di comunicazione all'Osservatorio;
- alla lett. f) si prevede la facoltà dell'Autorità di fare proposte al Governo per le modifiche alla legislazione; ciò perché una tale facoltà rientra tra le attribuzioni ausiliarie delle Autorità indipendenti di intervenire nella legislazione; compito che in verità l'Autorità non ha mancato di svolgere come ad esempio, tra vari casi, la determinazione ove si proponeva il criterio della “accessorietà” in luogo della “prevalenza” nei contratti misti, oppure la determinazione nella quale venivano enumerate le categorie ad alta specializzazione di cui all'art.13 comma 7 della legge quadro e degli artt. 72 e 74 del reg. n.554/99;
- alla lettera m) si prevede la vigilanza sull'intero sistema di qualificazione - ciò che già svolge in forza del D.P.R. n.34/2000 - con altresì la possibilità di sospensione e annullamento delle attestazioni in caso di inerzia della SOA attestante con le modalità procedurali che saranno previste con il regolamento da emanarsi ai sensi dell'art.5 del medesimo codice; novità che rafforza notevolmente o meglio consolida i poteri di vigilanza sull'operato degli organismi di attestazione e che deriva dal riconoscimento del Consiglio di Stato (cfr Cons. Stato, IV sez., n.991/2004 ecc.) della linea già lungamente sperimentata dall'Autorità di annullamento o riforma delle attestazioni in applicazione dell'art.14 dello stesso D.P.R. n.34 del 2000 - come noto allo stato sono state revocate centinaia di attestazioni -;
- alla lettera n) si prevede che l'Autorità svolga, su istanza delle parti (di una o di più parti), attività di composizione delle controversie che possano insorgere tra le amministrazioni appaltanti e gli operatori economici durante lo svolgimento delle

procedure di gara. L'Autorità può formulare una ipotesi di composizione non vincolante per le parti, dietro il corrispettivo valutato con le tariffe stabilite al citato art.1, comma 67, della legge n.266 del 2005. E' questa da considerare una rilevante novità del codice - pur con qualche perplessità del Consiglio di Stato - con la ratio di introdurre una funzione para-contenziosa che sia in grado di deflazionare il contenzioso innanzi alle giurisdizioni proprie del Tar, Consiglio di Stato ecc., le cui modalità di svolgimento sono rimesse, con lo stesso comma, al regolamento sul funzionamento interno dell'Autorità medesima.⁵

Riguardo al merito vi è da dire - non senza soddisfazione per il riconoscimento che ciò evidentemente comporta - che nella pratica corrente, già su specifico indirizzo del primo Consiglio, una attività del tutto analoga a quella introdotta dal codice viene già svolta dall'Autorità - dal Servizio Ispettivo e dall'Ufficio Affari Giuridici - con lo stesso carattere non vincolante anche se con la differenza che il procedimento di verifica in sede di gara veniva attivato da una sola delle parti: più di frequente dal secondo classificato nella graduatoria di merito ma anche in verità, prima dell'aggiudicazione provvisoria, dai concorrenti che ritenevano non correttamente individuati alcuni elementi critici dei requisiti di qualificazione per la partecipazione alla gara.

Nell'ottica descritta e senza la pretesa di fare statistiche⁶, merita un cenno l'attività di verifica richiesta durante la gara dalle varie Associazioni di categoria normalmente le più attente ad evitare la svalutazione nel bando dei requisiti tecnici dei propri iscritti come ASSISTAL, ANIEM, ASSOROCCIA, ACAI, AISES ecc. con rilievi frequentemente penetranti sulla correttezza della individuazione delle categorie prevalente e scorporabili indicate nei bandi di gara.⁷

Ciò vale specularmente per le gare dei servizi di progettazione e dei concorsi di idee e di progettazione - che non sembrano però ricompresi nel comma - dove sia direttamente i liberi professionisti, gli Ordini nonché l'OICE, intervengono per suggerire modifiche dei bandi di gara per lo più anche qui sui requisiti di ammissione, di documentazione delle offerte, dei punteggi ecc.; molte volte, l'intervento dell'Autorità, ha prodotto la

⁵ A. Botto ha delineato una analogia con le modalità di soluzione delle controversie note internazionalmente come A.D.R. (*alternative dispute resolution*) tipiche dei paesi di *common law*, in atti del convegno IGI del 12.04.2006, Roma. Sulle A.D.R. cfr anche M.P.Chiti in Atti stesso convegno IGI.

⁶ Si rinvia alla consultazione delle relazioni al Parlamento nel sito istituzionale di AVLP.

⁷ Per approfondimenti sui criteri di individuazione delle categorie cfr L. Miconi, "criteri di scelta delle categorie prevalente e scorporabili", *Strade & Autostrade*, numero di gennaio-febbraio, Milano.

modifica dei bandi

Sul punto, l'esperienza diretta ha evidenziato che il responsabile del procedimento sceglie spesso di resistere alle richieste di riforma degli atti suggeriti dall'Autorità sia perché teme ragionevolmente di esporsi alle richieste dei concorrenti sia perché in esse vede una sorta di delegittimazione; ciò però potrebbe essere almeno parzialmente superato in quanto ora è la norma stessa che consente al r.p. di rimettere la controversia all'Autorità. Non deve peraltro sfuggire il vantaggio del r.p. di essere meglio tutelato nelle successive fasi del contenzioso.

Quanto alla presumibile entità della casistica, occorre tener presente che la impugnabilità del bando è ammessa solo per quelle clausole o disposizioni che inibiscono la ammissione di un concorrente alla selezione mentre, solitamente, non vi sono preclusioni dopo la conclusione della gara cioè quando è noto l'aggiudicatario.

Sicché prima dell'aggiudicazione è ragionevole ipotizzare che i casi saranno comunque contenuti e generalmente tendono ad accumularsi sulle tematiche connesse con la corretta individuazione delle categorie prevalente e scorporabili.

Ad avvenuta aggiudicazione - fase cui deve includersi la verifica della congruità dell'offerta giacché essa può incidere sull'aggiudicatario a seconda del criterio di aggiudicazione ecc. e dunque compresa nella "procedura di gara" di cui alla lett. n - scattano invece i numerosi motivi di impugnabilità connessi con la conclusione della gara quali: la formulazione dell'offerta economica, il metodo di gara, i criteri di aggiudicazione, la valutazione dell'anomalia, oppure le modalità di presentazione dell'offerta, i termini incongrui, l'allegazione dei documenti, fino alla esclusione delle offerte ritenute non ammissibili dalla commissione perché incongrue o economicamente non vantaggiose, cui dovranno verosimilmente aggiungersi il nuovo sistema di qualificazione "per avvalimento" da farsi anche "gara per gara" e le nuove forme di scelta del contraente (cfr dialogo competitivo).

Il legislatore ha inteso dunque mettere a disposizione degli interessati il bagaglio di esperienze accumulato da AVCP con l'introduzione di uno strumento giuridicamente ascrivibile al rango di "parere non vincolante" - né decisione vincolante né giudizio arbitrale - reso da un organo che opera in condizioni di perfetta terzietà e dunque neutralità, con il fine di evitare l'insorgere delle liti giudiziarie e di concluderle auspicabilmente in modo diverso dalla decisione giurisdizionale. Il tutto nella libera

facoltà delle parti di attivare tale strumento oppure di ricorrere alle vie ordinarie per le stesse questioni, sia durante la fase di pronuncia dell'AVCP che dopo.

L'importanza dell'istituto introdotto dal codice ha già prodotto alcune riflessioni su come dovrebbe essere praticato ed organizzato. Tra tali criteri sembrano interessanti le seguenti questioni:

- la tempestività del parere reso in modo da non aggravare il procedimento di individuazione del contraente;⁸
- la garanzia del contraddittorio tra le parti;
- la possibilità di assumere la soluzione con il metodo dell'audizione breve (cfr art.4 comma 2 del reg. n.554/99) per le questioni di elevata complessità;
- l'obbligo delle parti di formulare con chiarezza le domande e di contribuire, se necessario, con memorie concise;
- formazione di una banca dati e tipizzazione dei casi;
- svincolo della struttura preposta al servizio dalle procedure ordinarie di AVCP e/o "validazione" del parere da rendersi a cura di un membro del Consiglio;
- natura interdisciplinare del servizio e "differenziazione" dei casi;
- possibilità di trasferimento del servizio decisorio - per predeterminate tipologie di casi - presso l'utenza.

Solo a proposito della "tempestività" si osserva che, l'AVCP ha già sviluppato negli anni scorsi una metodologia di validazione on-line delle gare che, in virtù di un apposito protocollo di intesa per la gestione delle c.d. "clausole di gradimento"⁹, venivano sottoposte al vaglio del Servizio Ispettivo prima dell'aggiudicazione provvisoria con parere non vincolamene per il responsabile del procedimento. Il parere veniva reso on-line nel termine di 5 giorni dal dirigente preposto, parere preventivamente validato dal Presidente dell'Autorità a ciò appositamente delegato dal Consiglio. Lo strumento informatico potrebbe essere perciò studiato in analogia a quanto detto.

Per concludere sulla procedura della lett. n) si precisa che alle osservazioni del Consiglio di Stato secondo le quali l'autoregolamentazione dell'AVCP dovrebbe farsi

⁸ La prima versione dell'articolo prevedeva il termine massimo di venti giorni e la estensione della facoltà prevista anche alla fase di esecuzione dell'intervento.

⁹ Per i dettagli vedasi protocollo d'intesa per la gestione delle clausole di gradimento in vol. I relazione al parlamento anno 2005. Tra le 4 clausole di gradimento si prevedeva la "turbativa di gara" e il "divieto di subappalto" a soggetti che avevano partecipato alla medesima gara. Nella stessa fonte la definizione del protocollo.

con un sistema di consultazione preventiva dei soggetti vigilati, in quanto il protocollo n.7 del Trattato di Amsterdam ha già dimostrato come il rapporto tra “consultazione” e “qualità della regolazione” migliori l’applicazione della regolamentazione negoziata, si è osservato che il legislatore ha già operato in tale direzione con riferimento alle Autorità indipendenti (cfr regolamenti AGICOM per la risoluzione non giurisdizionale delle controversie). La disposizione suggerita dal Consiglio di Stato è stata tuttavia integralmente recepita al primo comma dell’art.8 sicché questa sarà evidentemente applicata anche per la definizione del servizio in commento.

Vi sono perciò tutti i presupposti perché l’istituto del c.d. pre-contenzioso introdotto dal codice sia di grande utilità per le amministrazioni.

- e da ultimo al comma 7 lett. o) si prevedono i compiti di cui all’art.1 comma 67 della legge n.266 del 23.12.2005 ove si conferisce ad AVCP la vigilanza sulla “sicurezza ferroviaria” con modalità da emanarsi con D.P.C.M.

7. Infine quanto al comma 9 dell’art.6 - di capitale importanza per la acquisizione dei dati e informazioni - il codice conferma quanto già disposto dalla l.q. (art.4 commi 6 e 9) con la sola aggiunta della possibilità di avvalersi della Guardia di Finanza, con ciò recependo una lunga prassi di collaborazione tra AVCP e la GDF svolta sulla base di un protocollo di intesa che prevedeva sia la mera acquisizione dei dati che gli approfondimenti pre-giudiziari.¹⁰ E’ altresì mantenuta la possibilità di disporre ispezioni su richiesta di “chiunque ne abbia interesse”.¹¹
8. In ordine al sistema sanzionatorio, al comma 11 art.6 si confermano le sanzioni a carico di coloro che omettono di fornire dati o forniscano informazioni non veritiere con gli importi della l.q. (ora in euro) e le comunicazioni di rito agli altri organi di competenza. Qui nondimeno il codice introduce due importanti novità consistenti nella estensione del sistema delle sanzioni proprio dell’AVCP alle stazioni appaltanti: la prima, prevede che le stesse sanzioni si applicano agli operatori economici che non ottemperano alle richieste delle stazioni appaltanti per comprovare i “requisiti di partecipazione” alle procedure di affidamento; la seconda, analogamente, prevede l’applicazione delle stesse sanzioni agli operatori economici che non ottemperano alle richieste delle stazioni appaltanti o degli organismi di attestazione per comprovare i “requisiti di qualificazione”.

¹⁰ Per il protocollo vedasi vol. II relazione al Parlamento anno 2002.

¹¹ Per la nozione vedasi det. n.4 del 2000.

Oltre agli evidenti fini delle disposizioni, di scoraggiare la falsità delle dichiarazioni, la seconda in particolare conferisce grande forza agli organismi di attestazione, precisandone la responsabilità, per eliminare e prevenire nel futuro le anomalie della “certificazione dei lavori eseguiti” raccordandosi con la detta facoltà dell’AVCP di annullamento delle attestazioni.

Pertanto, da un lato gli organismi non potranno lamentare una carenza di misure necessarie alla verifica delle documentazioni, dall’altro i soggetti attestandi non potranno semplicemente far cadere le richieste istruttorie che si rivelerebbero scomode da documentare. Contribuendo così ai quei fini generali prima indicati di assicurare la affidabilità degli operatori.

9. Sul fronte dell’amministrazione e dei suoi dipendenti, al comma 12 dell’art.6 si perfezionano le indicazioni già date dalla l.q. (art.4 comma 8) quando i soggetti cui si applicano le sanzioni sono pubblici dipendenti.

Infatti il procedimento disciplinare prima con la l.q. genericamente rimesso alla valutazione dell’amministrazione, ora viene instaurato su specifica richiesta dell’Autorità alla quale dovrà essere comunicato l’esito. Potendo dunque AVCP verificarne l’esito e, sembra, dovendo l’amministrazione comunque avviare un procedimento disciplinare, le amministrazioni sono sollecitate e richiamate ad un uso non formale o di circostanza dell’attività disciplinare. Sembra questa una prova, seppur timida ma niente affatto secondaria, che il codice non ha dimenticato le problematiche degli anni ’90 e che ora spetti all’Autorità mantenersi vigile più che mai sulla legalità nello svolgimento dell’attività amministrativa. Rifuggendo da toni troppo rassicuranti, è da porre in rilievo che l’Autorità è ben conscia di dover perseguire tale via, tanto che di recente ha inteso consolidare la collaborazione con il Ministero dell’Interno, attraverso un rinnovato protocollo di intesa per la verifica della legalità in alcune amministrazioni comunali interessate da gravi fenomeni di condizionamento ambientale, sulla scia di un indirizzo in verità già ampiamente sperimentato dal primo Consiglio.

10. Circa le segnalazioni che fa l’Autorità, al comma 13 dell’art.6 si mantiene la facoltà di rinviare i rilievi, in relazione all’esito istruttorio di AVCP, ai competenti “organi di controllo” o agli organi giurisdizionalmente competenti quando le irregolarità hanno rilevanza penale, o alla Procura generale della Corte dei Conti quando derivi pregiudizio per il pubblico erario.

11. Passando alla funzione di osservatorio, con il comma 1 dell'art.7 si prevede l'articolazione dell'AVCP nel solo Osservatorio centrale - per la semplificazione dell'apparato prima evidenziata - collegato come nella l.q. con le sezioni regionali le quali devono essere articolate secondo protocolli da concordarsi con la Conferenza permanente Stato-Regioni-Province.

Tale nuova disposizione che tocca le modalità di organizzazione della banca dati ecc. è dettata dalla necessità di aderire alla recente riforma del titolo V della Costituzione avvenuta con legge costituzionale n.3 del 2001 e con le indicazioni date dalla Corte Costituzionale sui criteri da seguire quando le competenze enumerate dall'art.117 sono inestricabilmente intrecciate e che pertanto possono essere ascritte di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato oppure a quelle concorrenti.

Come dire che la materia della raccolta dei dati è stata vista, correttamente, come "materia trasversale".

Del resto una esplicita conferma si trova all'art.4 del codice ove si indica la ripartizione delle competenze legislative ed amministrative tra lo Stato e le Regioni e dove, la raccolta dei dati, non sembra immediatamente rinvenibile. Pacifico che la materia del codice rientra nella legislazione concorrente, qui si dice che le regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella di cui al codice con riferimento a quanto segue:

- qualificazione e selezione dei concorrenti;
- procedure di affidamento;
- criteri di aggiudicazione;
- disciplina del subappalto;
- poteri di vigilanza dell'AVCP;
- disciplina della progettazione e sicurezza;
- stipula dei contratti;
- direzione, contabilità, collaudo e contenzioso;

E' altresì ribadita la competenza esclusiva dello Stato per la disciplina dei contratti dei beni culturali (salvo lo sfruttamento), della difesa e delle opere segregate. Il che è coerente con il comma 1 dell'art.117 ove si contemplano le materie della "tutela della

concorrenza”, “tutela dell’ambiente”, “tutela dei beni culturali”¹².

12. Al comma 3 dell’art.7 si prevedono ulteriori novità poiché l’Osservatorio potrà stringere accordi di collaborazione (letteralmente “convenzioni”) con vari organi quali: Ragioneria, Ministeri, Istat, Inps, Inail, Regioni, Upi, Anci, Camere di Commercio, Casse edili e Consip. Tuttavia sempre con ruolo di spicco della Commissione nazionale informatica della pubblica amministrazione (Cnipa) alla quale potrebbe anche essere affidata, sembrerebbe, la funzione di raccordo. Non è più prevista invece la facoltà di avvalersi - d’ufficio, s’intende - della consulenza del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e del Consiglio Nazionale dei Beni Ambientali come in precedenza all’art.4 comma 5 della l.q.
13. Al comma 4 dell’art.7 si prevedono oltre alle già note incombenze sulla raccolta ed elaborazione dei dati della l.q., sui contratti di lavori, servizi e forniture, anche importanti novità quali:
- pubblicazione annuale dei costi standard dei servizi e delle forniture, con la collaborazione di Istat, secondo il sistema Consip (art.26 l. n.488 del 99);
 - collegamento informatico (on-line ?) con le stazioni appaltanti e le regioni per la acquisizione in tempo reale di dati e informazioni;
 - elaborazione dei prospetti statistici di cui agli artt. 250 e 251 da inviare annualmente alla C.E. sui settori normali e speciali (derivazione comunitaria ma anche art.80 comma 12 reg. n.554/99) per gli importi di interesse comunitario.
14. Ai commi 5 e 6 dell’art.7 si prevedono compiti dell’Osservatorio di AVCP correlati alla attività di rilevazione posti in capo ad altri soggetti quali l’Istat, la Cnipa ed il Ministero dell’economia e delle finanze. Dunque con un sistema che nel complesso non è unico. Infatti l’Istat e la Cnipa sono incaricate di rilevare sul territorio nazionale i prezzi dei beni e dei servizi informatici nonché di assicurare la pubblicazione semestrale degli stessi; l’Istat è altresì incaricato - potendo peraltro avvalersi delle Camere di Commercio - di rilevare i prezzi di mercato di beni e servizi. Mentre, la determinazione dei costi standardizzati per i servizi e le forniture come alla lett. c) dell’art.4, in relazione alle rilevazioni di cui sopra, è posta a cura di AVCP che dunque resta esclusa dall’attività di rilevamento.

¹² Per argomentazioni sulla costituzionalità di alcune previsioni del codice, cfr Luigi Giampaolino, come in nota 2 e Federica Mannella, “L’intervento della Corte costituzionale nel riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni”, giustamm.it, dic. 2006.

Un ruolo decisamente rilevante nell'ambito della rilevazione dei prezzi di servizi e forniture è altresì affidato al Ministero dell'economia e delle finanze rinnovando qui le indicazioni che si sono succedute in varie leggi finanziarie con particolare riferimento al sistema Consip.

Infatti il Ministero vigilerà sugli obblighi di comunicazione delle amministrazioni dei prezzi elementari di beni e servizi con la facoltà dello stesso Ministero, nell'ambito della proposizione della legge finanziaria di ogni anno, di proporre la riduzione degli stanziamenti a favore delle amministrazioni che si rivelassero inadempienti.

In tale ottica le attività di Istat e Cnipa sono coordinate e assicurate dal Ministero dell'economia di concerto con la Funzione Pubblica, cui è affidata altresì la vigilanza sulla rilevazione dei prezzi.

Con ciò si ripropongono i criteri già in uso per il c.d. sistema Consip. Consip S.p.A. è come noto istituita con D.M. 24.02.2000 nell'ambito del quadro generale della c.d. "esternalizzazione" delle funzioni amministrative e dei servizi di cui per la prima volta al D.P.E.F. del 2000, posseduta interamente dal Tesoro, svolge funzioni di amministrazione aggiudicatrice. Stipula "convenzioni" con fornitori e prestatori di servizi sulla base di contratti quadro, convenzioni assolutamente obbligatorie per le amministrazioni statali cui possono aderire - anzi è auspicato - anche gli enti non statali come province, comuni, consorzi ecc. Gli obiettivi del sistema, il cui raggiungimento non trova però tutti concordi, sono quelli della riduzione dei prezzi per le economie di scala, il monitoraggio dei consumi di beni e quindi il loro più facile contenimento, oltre alla razionalizzazione ed efficienza dei processi di acquisto e il supporto alla riduzione degli stanziamenti.¹³

Ciò premesso, la norma istitutiva e poi la legge n.448 del 2001, per assicurare l'obbligo delle amministrazioni statali di ricorrere al sistema ovvero diversamente a praticare i prezzi unitari delle convenzioni Consip, accettando solo ribassi d'asta, ha previsto vari misure sanzionatorie quali: la nullità del contratto, la responsabilità civile del dipendente che risponde della obbligazione, la responsabilità per danno erariale qualora vi fosse scostamento tra i prezzi di convenzione e quelli del contratto stipulato. Ciò anche per gli enti locali quando, pur convenzionati, non adottano i prezzi Consip a base

¹³ I beni oggetto delle convenzioni sono: autoveicoli, carburanti, cancelleria, fax, pc, stampanti, software, global service per uffici, servizi energia ecc. Di recente Consip ha ampliato i servizi che pone nelle convenzioni (la c. può essere: attiva, esaurita, in corso).

di gara oltre alla misura che li obbliga a gara europea per acquisti al di sopra di euro 50.000 (se fuori convenzione).

Dunque le previsioni dei commi 5 e 6 vanno nella direzione di corroborare il sistema concisamente descritto, affidando la raccolta dei dati a più soggetti e riservando ad AVCP la sola elaborazione dei costi standardizzati, compresi i servizi e le forniture (lett. c comma 4 art.7).

L'importanza assegnata alla rilevazione dei prezzi è evidenziata dalla più grave sanzione accennata che prevede la riduzione degli stanziamenti per le amministrazioni non attente agli obblighi di comunicazione dei prezzi medesimi.

15. Al comma 7 dell'art.7 si prevedono gli obblighi per il Soprintendente regionale di comunicare all'Osservatorio i dati di cui alle lett. a), b) e c) del comma 4, relativi agli interventi sui beni sottoposti al codice dei beni culturali emanato con D.L.vo n.42 del 22.01.2004. Per non essere pleonastico il disposto deve distinguersi per due novità di cui la prima nella raccolta dei dati delle soprintendenze presso il Sovrintendente regionale quale unico centro di raccolta locale e poi la seconda nell'invio delle stesse non per il tramite delle sezioni regionali ma direttamente ad AVCP.

16. Infine al comma 8 art.7, dove si prevedono gli obblighi di comunicazione all'Osservatorio per i contratti superiori a 150.000 euro e degli stati di avanzamento superiori a 500.000 euro, si introducono varie sostanziali novità rispetto alla disciplina dell'invio dei dati prevista dalla l.q.

La prima, di notevole portata, obbliga all'invio dei dati all'Osservatorio anche i "soggetti aggiudicatori" che, come noto, progettano e realizzano le infrastrutture strategiche e gli insediamenti produttivi strategici con la nuova figura del contraente generale di cui alla legge obiettivo n.443 del 2001, legge ora integralmente recepita con lievi adattamenti nel codice. Mentre tale obbligo non era previsto nella legge obiettivo nella legge quadro come novellata dopo il 2001 a parte la previsione dell'invio dei bandi di gara.

Una seconda novità vede l'allargamento dei dati da comunicare dopo i 60 giorni dall'aggiudicazione o dall'affidamento dei contenuti dei bandi, dei verbali di gara e dei soggetti inviati, oltre agli altri già previsti.

Tali più estese previsioni vanno incontro sia alla necessità molto sentita da AVCP di ammodernamento delle "schede", sia all'arricchimento con informazioni utili alla

prevenzione delle deviazioni tipiche della fase di scelta del contraente. E' appena il caso di rimarcare che dai verbali di gara si desumono i nominativi di tutti i partecipanti alla gara con i relativi ribassi o offerte economiche, ribassi di fondamentale utilità per l'applicazione dei modelli che facilitano il riconoscimento di eventuali anomalie o distorsioni.¹⁴

Problema quest'ultimo destinato a porsi ancora di più al centro dell'attenzione in vista dei nuovi e numerosi sistemi e procedure di scelta del contraente come le aste elettroniche, il dialogo competitivo, l'acquisizione dinamica, l'accordo quadro.

Il comma esclude invece dall'obbligo di comunicazione i contratti relativi ai vecchi "settori esclusi" e ad altri contratti quali il trasporto su gomma, la locazione, l'acquisto di acqua per l'energia, le sponsorizzazioni, di cui agli artt. da 19 a 26 compresi. Per i quali è invece richiesta una relazione ricognitiva annua entro il 31 gennaio.

17. Al comma 10 dell'art.7 si prevedono da ultimo compiti di pubblicazione nel sito dell'Osservatorio di archivi differenziati per bandi, avvisi e programmi ecc. nonché la pubblicazione delle massime giurisprudenziali e arbitrali.

18. Rimane da illustrare l'art.8 del codice il quale reca disposizioni sulla organizzazione interna dell'Autorità e sulla disciplina di finanziamento.

Per quest'ultima si richiama l'art. 1 comma 67 della legge 23.12.2005 n.266 ove si prevede un sistema di contribuzione dei soggetti pubblici e privati (stazioni appaltanti, operatori economici, Soa) e in particolare un contributo degli operatori quale condizione necessaria per la partecipazione alla procedura di gara - e altre attività da assoggettare a versamento da individuarsi a cura di AVCP - secondo limiti percentuali fissati in base al valore del mercato di competenza. A seguito di ciò il P.C.M., su proposta di AVCP, sentito il Tesoro, ha già emanato i provvedimenti per la disciplina del versamento, pubblicati sul sito istituzionale e ai quali si rimanda per i dettagli alla delibera del 26.01.2006 e alle "istruzioni operative" presenti sul sito istituzionale dell'Autorità.

Quanto invece al primo punto, l'art.8 ha previsto ai fini della determinazione della propria organizzazione, su indicazione del Consiglio di Stato, che per migliorare la qualità dei propri atti (generalmente, di programmazione e di pianificazione) l'Autorità utilizzi metodi di consultazione preventiva sul progetto di atto, per consentire agli interessati di presentare le proprie osservazioni.

¹⁴ Sul punto cfr studio concernente la turbativa di gara in "pubblicazioni" nel sito istituzionale di AVCP e resoconto su vol. I relazione al Parlamento anno 2005.

Circa il regolamento di funzionamento, l'AVCP dovrà prevedere:

- il termine che si assegna ai soggetti che devono fornire le informazioni;
- la possibilità che siano inviati propri funzionari per acquisire dati, informazioni ecc.;
- la possibilità di audire gli interessati (amministrazioni, operatori, Soa, ecc.)
- modalità di svolgimento dell'istruttoria nel rispetto dei principi di cui alla legge 7.8.1990 n.241;
- forme di partecipazione degli atti.

Aspetti questi già collaudati dagli attuali regolamenti sul funzionamento interno dell'Autorità che magari potranno essere rivisitati in vista del fatto che ora i regolamenti diverranno elementi di garanzia per gli utenti e per i soggetti vigilati dall'Autorità.

Ai maggiori compiti AVCP dovrà provvedere senza maggiori oneri per la finanza pubblica ma potrà avvalersi di personale di altre amministrazioni.

Infine al personale di AVCP si applicano le disposizioni del D.L.vo 30.03.2001 n.165 e rimangono le rigide previsioni di divieto già della l.q. di assumere altri impieghi o incarichi o di esercitare attività professionale e industriale.

Una ultima notazione riguarda come conseguenza del nuovo sistema di finanziamento il fatto che non è più prevista l'assegnazione di risorse a favore delle sezioni regionali come veniva stabilito dall'art.5 comma 7-bis della l.q.

19. Vi sono da ultimo altri spunti che si desumono dall'articolato. Concisamente:

- all'art.40 (qualificazione, ex artt. 8 e 9 l.q.) comma 3, si confermano le competenze dell'AVCP in tema di qualificazione (autorizzazione, revoca e vigilanza su Soa, sindacato su attestazioni, casellario soggetti attestati) e in particolare obbligo di comunicazione all'Osservatorio di tutti i "certificati dei lavori eseguiti" cui dovranno attingere gli organismi di attestazione per l'attività di certificazione;
- all'art.45 (elenchi ufficiali di fornitori, art.52 dir. 2004/18) gli elenchi dei fornitori e prestatori di servizi e casellari informatici;
- all'art. 48 (controlli su possesso requisiti) comma 1, si conferma la procedura di verifica gara per gara di cui all'art.10 comma 1-quater delle l.q. e si prevedono: per la non conferma delle dichiarazioni rese in sede di gara rinvio ad AVCP ai sensi art.6 comma 11 (sanzioni) e attribuzione ad AVCP di sospensione del soggetto dalla procedure di affidamento per un periodo variabile da 1 a 12 mesi.

- all'art.49 (avvalimento) comma 3 invio a AVCP nel casi di dichiarazioni mendaci per art.6 comma 11 (sanzioni) e al comma 11 (Osservatorio) comunicazione di tutte le “dichiarazioni di avvalimento” per l’esercizio della vigilanza e pubblicazione nel sito istituzionale;
- all'art.66 (modalità di pubblicazione avvisi e bandi, art.80 reg. 554/99) comma 7, invio ad Osservatorio per pubblicazione sul sito istituzionale;
- all'art.128 (programmazione dei lavori pubblici, art.14 l.q.) comma 11, invio ad Osservatorio per pubblicazione nel sito istituzionale;
- all'art. 193 (art. 20–decies D.L.vo n.190/02) obbligo di comunicazione dei soggetti aggiudicatori all' Osservatorio centrale dei contratti stipulati dal contraente generale;
- agli artt. 250 e 251 (prospetti statistici) obblighi per AVCP di predisposizione prospetti statistici sui contratti da inviare a CE per importi sopra soglia.□

(*) dirigente AVCP