

**Analisi delle pronunce
dell'Autorità
per la vigilanza
sui lavori pubblici
Febbraio 2000-marzo 2001**



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

dott. ing. Sergio Polese	<i>Presidente</i>
prof. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Segretario</i>
dott. ing. Alessandro Biddau	<i>Tesoriere</i>
dott. ing. Leonardo Acquaviva	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Renato Buscaglia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ugo Gaia	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alcide Gava	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Romeo La Pietra	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Ferdinando Luminoso	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Domenico Ricciardi	<i>Consigliere</i>

Presidenza e Segreteria: 00187 Roma - Via IV Novembre, 114
Tel. 06.6788895, fax 06.6782783
cni@selfin.net



Centro Studi Consiglio Nazionale Ingegneri

CONSIGLIO DIRETTIVO

dott. ing. Giovanni Angotti	<i>Presidente</i>
dott. ing. Alberto Speroni	<i>Vice Presidente</i>
dott. ing. Renato Cannarozzo	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Alberto Dusman	<i>Consigliere</i>
dott. ing. Giancarlo Giambelli	<i>Consigliere</i>
dott. Massimiliano Pittau	<i>Direttore</i>

COLLEGIO DEI REVISORI

dott. Domenico Contini	<i>Presidente</i>
dott. Stefania Libori	<i>Revisore</i>
dott. Francesco Ricotta	<i>Revisore</i>

Il presente testo è stato redatto dall'avv. Lorenzo Passeri e dal dott. Nicola Colacino, con il coordinamento del dott. Massimiliano Pittau. In particolare al solo dott. Nicola Colacino vanno attribuiti i capitoli 1 e 2.

Sommario

Premessa	pag 11
1. Le Autorità amministrative indipendenti: caratteri generali e funzioni	15
1.1. <i>Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento italiano</i>	15
1.2. <i>I modelli di amministrazioni indipendenti nelle esperienze straniere</i>	23
1.3. <i>La classificazione e l'inserimento delle Autorità nel circuito istituzionale</i>	34
2. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici	41
2.1. <i>Fonti istitutive</i>	41
2.2. <i>Le disposizioni del D.P.R. n.554/99</i>	51
2.3. <i>L'intervento della giurisprudenza</i>	62
3. L'analisi delle pronunce dell'Autorità	65
3.1. <i>La potestà deliberativa dell'Autorità tra determinazioni e "interventi regolatori"</i>	65
3.2. <i>Gli atti di regolazione e di determinazione emesse nel periodo febbraio 2000-marzo 2001</i>	69

Premessa

Il panorama delle istituzioni che attengono al governo del settore dei lavori pubblici si è arricchito da alcuni anni di un ulteriore protagonista, *l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*.

Nonostante la sua recente istituzione, l'attività dell'Autorità ed in particolare quella derivante dalla predisposizione delle sue "determinazioni" ha dimostrato di avere grande influenza sugli operatori del settore, i quali ad essa si rivolgono per avere interpretazioni, chiarimenti e delucidazioni.

Proprio l'influenza che le interpretazioni (in nessun modo vincolanti) dell'Autorità hanno sugli operatori del settore, ha portato il Centro Studi del Consiglio Nazionale degli Ingegneri ad avviare, sin dalla sua costituzione, un'attività di monitoraggio e analisi delle "determinazioni" e "regolazioni" da essa predisposte.

Tale attività di monitoraggio ha portato alla pubblicazione di un primo volume (*"L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Organi, poteri e attività"*) nel mese di maggio 2000, al quale segue questo secondo che contiene una disamina delle "determinazioni" e "regolazioni" adottate dall'Autorità nel periodo tra il febbraio 2000 e il marzo 2001.

In esso inoltre si procede ad una ricognizione sulle esperienze di amministrazioni indipendenti nell'ambito di ordinamenti giuridici stranieri, quali in particolare Stati Uniti e Francia.

Negli Stati Uniti, fin dalle loro prime istituzioni intorno alla metà del XIX secolo, le *Independent Regulatory Commissions* (IRC) hanno rappresentato uno dei rari interventi correttivi pubblici posti in essere per fronteggiare le degenerazioni del liberismo economico e per regolare alcuni settori nevralgici dell'economia, investiti da un rapido e massiccio processo di modernizzazione e sviluppo tecnologico. Nel sistema statunitense le *Independent Commissions* sono considerate il soggetto tecnicamente idoneo a garantire la tutela della concorrenza e degli operatori più deboli del mercato. Le stesse leggi istitutive delle diverse *Independent Commission*, conferiscono all'azione di tali organismi una vera e propria indeterminazione e quindi sostanziale discrezionalità sia in ordine ai fini da perseguire che ai mezzi in concreto impiegati.

Nell'ordinamento francese invece le *Autorités administratives indépendantes* hanno rappresentato un tentativo di sperimentare nuove modalità di esercizio del potere pubblico. La loro istituzione ha costituito una sorta di passaggio obbligato derivante dalla palese inadeguatezza delle tradizionali strutture amministrative e giurisdizionali a gestire i più importanti settori della vita economica del paese. In realtà in Francia tale passaggio è stato più apparente che reale in quanto il Governo e le sue tradizionali amministrazioni hanno di fatto mantenuto inalterate le proprie attribuzioni e competenze.

Così come in Francia anche in Italia le condizioni che hanno determinato il sorgere e il proliferare delle Autorità indipendenti non sono maturate gradualmente e secondo un disegno razionale, bensì sono sorte dall'urgenza di innovare l'approccio istituzionale a particolare settori della vita economica, sulla scorta delle istanze di liberalizzazione avanzate dal diritto comunitario.

Il rapido inserimento di tali istanze nel nostro ordinamento ha inevitabilmente generato problemi di adeguamento delle strutture esistenti

nonché di coordinamento tra le vecchie e le nuove funzioni che l'amministrazione è chiamata a svolgere.

Attualmente ci si trova davanti alla necessità di porre rimedio alla proliferazione e eterogeneità delle Autorità indipendenti sorte negli ultimi anni. Tentativo di cui sembra volersi fare rapidamente carico l'attuale Governo.

Per ciò che attiene *l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici* la sua posizione per quanto attiene la discrezionalità, l'autoreferenzialità e la paragiurisdizionalità appare quanto mai singolare.

Questa amministrazione indipendente si differenzia infatti strutturalmente dalle altre Autorità presenti nel nostro ordinamento - quali quelle sulla concorrenza, sulle comunicazioni, sulla privacy - per non avere compiti di regolazione sul settore di propria competenza. Come cita infatti l'articolo 4, comma primo, della Legge 109/94, all'Autorità deve esclusivamente "garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1 (legge n. 109/94) nella materia dei lavori pubblici". In altre parole la legge assegna all'Autorità un ruolo meramente legisdizionale (ossia di ricognizione sul quadro normativo per l'individuazione delle regole giuridiche), escludendo ogni attività giurisdizionale (diretta ad accertare l'eventuale lesione di una situazione giuridica soggettiva e ad applicare il diritto al caso concreto).

Tale considerazione trova conferma nella sentenza n.482 del 7.11.1995 della Corte Costituzionale e più recentemente nell'orientamento della Corte dei Conti che ha negato il "visto" all'art.4, comma 4, del D.P.R. n. 554/99 che testualmente recava: "In singole e specifiche situazioni, l'Autorità può se richiesta dai soggetti interessati risolvere con propria determinazione e con efficacia vincolante nel caso di specie le questioni controverse sottoposte al suo esame".

Anteriormente alle censure mosse dalla magistratura contabile circa l'attribuzione del potere di risoluzione delle controversie di cui al sop-

presso 4° comma dell'art. 4 del D.P.R. n. 554/99, l'Autorità di vigilanza, con proprio regolamento, aveva comunque provveduto ad attribuirsi la facoltà di emanare (in particolari circostanze) provvedimenti a carattere regolatorio, aggirando di fatto i limiti e le attribuzioni definite dalla legge 109/94.

La stessa giurisprudenza non ha mancato di sottolineare e censurare recentemente l'ampliamento delle attribuzioni posto in essere dall'Autorità. (si veda il T.A.R. Piemonte, Sez I, sentenza 21.12.2000, n. 1427). In questa sede va ribadito che l'esercizio di attività di carattere regolatorio da parte dell'Autorità (che è proseguito anche durante il periodo oggetto di analisi del presente testo) si pone indubbiamente in contrasto con le disposizioni di legge fino a ravvisarsi un fondato sospetto di illegittimità costituzionale.

Anche per quanto attiene la legittima potestà deliberativa in capo all'Autorità, esercitata mediante le cosiddette determinazioni, possono essere fatte osservazioni.

Da segnalare in particolare la Determinazione n.10 del 23.2.2001 nella quale l'Autorità si esprime su alcuni problemi in materia di responsabile di procedimento, tra cui quello attinente i limiti di competenza dei geometri. Su questo punto in particolare la Determinazione dell'Autorità appare alquanto discutibile e meritoria di un intervento degli Ordini professionali coinvolti.

Giovanni Angotti

1. Le Autorità amministrative indipendenti: caratteri generali e funzioni

1.1. Le Autorità amministrative indipendenti nell'ordinamento italiano

In Italia, il fenomeno delle Autorità amministrative *indipendenti* si è sviluppato in modo consistente a partire dai primi anni '90. La precedente istituzione di organismi quali la CONSOB, nel 1974, il Garante per l'editoria, nel 1981, o l'ISVAP, nel 1982, è, peraltro, indicativa di una tendenza alla gestione di funzioni amministrative svincolata, almeno teoricamente, dal potere esecutivo.

Si parla, a tale proposito, del passaggio della P.A. da un modello "piramidale" ad uno "policentrico"¹, per accentuare il carattere di indipendenza delle nuove amministrazioni dal Governo e, di conseguenza, dal potere politico; carattere originariamente riservato solo agli organi giurisdizionali e consultivi (magistratura ordinaria, amministrativa e contabile).

La sostanziale indipendenza dall'Esecutivo che contraddistingue le Autorità amministrative, si manifesta attraverso la totale assenza di con-

1. Cfr. ROMANO, *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in *Le Autorità indipendenti*, Ed. Simone, Napoli, 2000, p. 7 ss.

trollo nella nomina dei componenti, i quali, peraltro, sono tenuti ad offrire le più ampie garanzie in ordine ai requisiti soggettivi e professionali necessari, e nella durata delle relative cariche. Una sorta di “inamovibilità”, quindi, che è alla base dei profili di autonomia organizzativa, finanziaria e contabile propri delle singole *authorities*.

Al di là dei motivi specifici che di volta in volta spingono il legislatore a recepire nel nostro ordinamento alcune fortunate esperienze giuridiche altrui, la *ratio* complessiva del fenomeno delle Autorità amministrative si coglie solo nell’ottica del recente e rapido sviluppo del decentramento amministrativo. Uno degli aspetti salienti di tale tendenza è proprio la gestione “a più voci” di interessi costituzionalmente rilevanti (quali il pluralismo nell’informazione, la concorrenza nel mercato, la tutela del consumatore nella fruizione di determinati beni o servizi), cui inevitabilmente corrisponde un ridimensionamento dell’azione ministeriale.

Di fatto, l’affrancamento dal Governo (ossia dall’organo cui è imputabile, in ultima analisi, la gestione dell’attività amministrativa nei diversi settori di competenza) di alcune parti dell’amministrazione, impedisce di ricondurre le Autorità al c.d. Stato-apparato, risultando invece queste un’espressione dello Stato-comunità, inteso quale complesso di funzioni riferibili all’intera comunità statale. Da ciò derivano alcune conseguenze, non solo dal punto di vista meramente sistematico.

Infatti, l’istituzione di tali Autorità, sottraendo all’esecutivo talune funzioni, tra cui rientrano il potere di indirizzo, di sollecitazione, e a volte anche di repressione e sanzione, nei confronti di soggetti pubblici e privati, ha determinato l’inserimento nel nostro ordinamento di figure atipiche, assimilabili ad organi di natura paragiurisdizionale, poiché spesso agenti in posizione di terzietà rispetto sia ai soggetti privati che all’amministrazione; con ciò ponendo ulteriori problemi in ordine alle relative garanzie di tipo procedimentale.

Occorre osservare, al proposito, come la proliferazione delle Autorità in numerosi settori, nella contestuale assenza sia di un'effettiva copertura costituzionale, sia di una legge disciplinante il fenomeno nel suo complesso, ponga tuttora non pochi problemi di inquadramento.

Appare condivisibile l'opinione secondo cui le *authorities* non rappresentano istituti, bensì semplici "fenomeni giuridici", poiché "non si tratta di enti ed organi creati dal legislatore in esecuzione di un preciso disegno e in adesione ad un dato modello", ma "di istituzioni concepite sulla spinta di un'esigenza di autonomia ed imparzialità, diversamente atteggiata a seconda del momento politico e delle caratteristiche operative necessarie"².

Ciò significa, da un lato, che la tipicità dei caratteri propri delle Autorità deriva non da un modello originario di riferimento, ma da "una base comune di principi"³ che garantisca il più possibile l'astensione del Governo dal controllo sulla loro attività; dall'altro, che sono le stesse leggi istitutive delle singole Autorità a determinarne, di volta in volta, il grado di autonomia e l'effettiva incidenza nei settori di appartenenza.

D'altronde, è sicuramente individuabile una funzione comune di regolamentazione e tutela, esercitata laddove sia maggiormente avvertita l'esigenza di sottrarre all'intervento autoritativo dei poteri pubblici la gestione di interessi collettivi rilevanti. Da questa funzione, c.d. *tutoria*, discendono i tratti comuni alla maggior parte (non mai alla generalità) delle Autorità amministrative operanti nel nostro ordinamento, segnatamente:

2. Così ROMANO, *Verso un nuovo modello di amministrazione: le amministrazioni indipendenti*, in *Le Autorità indipendenti*, cit., p.11.

3. *Ibidem*, p.12.

- l'insussistenza di controlli e collegamenti con l'esecutivo (bilanciata da un obbligo di informazione nei confronti del Governo o del Parlamento), nonché di rapporti di subordinazione gerarchica con l'amministrazione centrale dello Stato (fanno eccezione, tuttavia, le c.d. Autorità *di settore*, ISVAP, AIPA, che presentano, fin dal momento della nomina dei propri componenti, un collegamento diretto con il Governo);
- l'autonomia organizzatoria (cui si accompagna solitamente un'autonomia di organico, presupposto indispensabile per svincolare l'attività delle *authorities* da condizionamenti esterni), finanziaria (dato estremamente raro, proprio dell'ISVAP e, solo in parte, della CONSOB) e contabile;
- i criteri, i requisiti e le incompatibilità relative alla nomina dei titolari;
- i poteri di regolamentazione e decisione (per i quali si discute sulle attitudini quasi giurisdizionali di alcune Autorità), di ispezione e indagine (di natura strumentale ai fini della migliore attuazione dei controlli nei confronti dei soggetti operanti nel settore); infine quelli di raccomandazione e proposta (spettanti, in forme diverse, pressoché a tutte le Autorità) e quelli sanzionatori (consistenti nella diffida a mantenere un dato comportamento considerato illegittimo, ovvero nella possibilità di comminare sanzioni amministrative pecuniarie).

Le caratteristiche evidenziate esaltano, in misura maggiore o minore, la funzione tutoria cui si accennava in precedenza. In altri termini, le Autorità, prive in quanto tali di copertura costituzionale, nascono ed operano per garantire proprio una più efficace protezione di interessi costituzionalmente rilevanti, attraverso un radicale mutamento nell'approccio alla loro gestione.

Si parla, in questo senso, di “neutralizzazione” dell’intervento pubblico⁴, a significare che l’incapacità degli apparati amministrativi tradizionali a tenere il passo con le trasformazioni avvenute in numerosi settori della vita sociale, possa essere superata solo con l’istituzione di organismi, altamente qualificati e indipendenti, i quali risultino in posizione di terzietà rispetto agli organi di amministrazione attiva.

Il massiccio ricorso alle Autorità indipendenti, decretando il sostanziale fallimento (o quantomeno l’inattualità) dell’intervento diretto dello Stato in campo economico, rappresenta il segnale più forte dell’abbandono dell’impostazione dirigista verso l’attuazione di un modello di amministrazione “acefala”⁵ che, riassumendo in sé le tre funzioni legislativa, esecutiva e giudiziaria, si pone automaticamente al vertice del proprio ambito di operatività.

In definitiva, nonostante “l’eterogeneità delle spinte propulsive sfociate nella genesi delle singole Autorità”⁶, sul presupposto dell’elevato tasso di tecnicismo che ne contraddistingue l’attività, si è constatata l’inadeguatezza, sia delle strutture amministrative classiche, sia degli organi giudiziari (in assenza di una preparazione specifica), ad intervenire nella regolamentazione e nella tutela di determinate situazioni nevralgiche.

In particolare, per quanto attiene alla possibilità di devolvere alla magistratura la cura di interessi collettivi, è stato giustamente rilevato

4. Cfr. SIRIANNI, *Nuove tendenze legislative in materia di amministrazioni indipendenti*, in *Nomos*, 1993, p.75.

5. Un modello mutuato dal diritto anglosassone, in particolare statunitense, dove, peraltro, esso nasce per esigenze opposte. V. *infra*, § 2.

6. CARINGELLA, *Le amministrazioni indipendenti tra neutralità e paragiurisdizionalità: il problema della copertura costituzionale*, in *Le Autorità indipendenti*, cit., p.48.

come “il sindacato giudiziario, intervenendo nella dimensione patologica della vita relazionale”⁷, lasci integralmente scoperta la fase – per così dire – anteriore (fisiologica), quella cioè in cui si rendano necessari “interventi correttivi” volti ad indirizzare, e non a sanzionare, il comportamento degli operatori. Inoltre, il perdurante divieto costituzionale di istituire “giudici speciali”, priverebbe comunque l’eventuale devoluzione di competenze di un requisito fondamentale: la conoscenza tecnica specifica in capo all’organo giudicante, assunta, tuttavia, non come dato (in questo caso basterebbe, infatti, la dotazione in organico di consulenti specializzati), ma come presupposto.

Pertanto, allo scopo di regolare alcuni interessi di fondamentale importanza (perché di derivazione costituzionale), ovvero di realizzare funzioni amministrative ad elevato tasso di tecnicismo mediante organi di garanzia per i cittadini, il ricorso generalizzato agli apparati del potere giurisdizionale è apparso impraticabile.

Spetta, tuttavia, all’Autorità giudiziaria (con una netta prevalenza del giudice amministrativo rispetto al giudice ordinario) il controllo sugli interventi e le pronunce delle *authorities*, attività che – come si vedrà anche in seguito – pone non pochi problemi⁸. Secondo coloro che attribuiscono alle Autorità funzioni paragiurisdizionali (di “magistratura morale”) al vertice del proprio settore di appartenenza, sottoporre le relative decisioni ad un successivo controllo giurisdizionale configurerebbe un

7. *Ibid.*, p.49.

8. Sull’argomento si segnalano diversi contributi. Cfr., tra gli altri, CARINGELLA, *La tutela giurisdizionale amministrativa nei confronti delle Autorità indipendenti ieri, oggi e domani*, in *Consiglio di Stato*, 2000, 7, p. II/1535 ss.; CLARICH, *Il controllo del giudice sul ruolo dell’Authority non si deve considerare un’interferenza indebita*, in *Guida al diritto*, 1999, 44, p.103 ss.; VERDE, *Autorità amministrative indipendenti e tutela giurisdizionale*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1998, 4, p.739 ss.

inutile doppione, perlopiù inopportuno, posto che, nello svolgimento della medesima funzione, le Autorità godono di ampi e insindacabili poteri di negoziazione (e persuasione) nei confronti dei destinatari delle loro pronunce; mentre i giudici rimangono vincolati al rispetto di rigidi criteri, sia in ordine alla procedura da seguire, che ai contenuti dell'atto da emanare⁹. Al contrario, nonostante il fondamentale connotato di indipendenza che caratterizza il fenomeno delle *authorities* nel suo complesso, c'è chi ritiene correttamente che "la garanzia giurisdizionale effettiva è una delle condizioni di compatibilità con la Costituzione della disciplina delle Autorità in discorso"¹⁰.

Quest'ultima tesi viene confermata da chi osserva come sia l'elevata competenza tecnica, sia la posizione di neutralità rispetto ai soggetti pubblici e privati operanti nel proprio settore, non bastino ad escludere quel quantum di "valenza politica" di per sé inerente all'attività delle Autorità indipendenti, per il fatto che "i settori di mercato demandati alle Autorità sono considerati sensibili proprio in considerazione dell'alta valenza politica che li caratterizza"¹¹. Non rileva, peraltro, la "circostanza che (...), apparentemente, la decisione sia assunta sulla scorta della mera sussunzione della fattispecie concreta nell'ambito di un'astratta previsione normativa"¹².

9. Sul punto cfr. AUTIN, *Le contrôle des autorités administratives indépendantes par le conseil d'Etat est-il pertinent?*, in *Revue du droit public*, 1991, p.1533 ss.

10. Così CARANTA, *La tutela giurisdizionale nei confronti degli atti delle autorità amministrative indipendenti*, in *Le Autorità indipendenti*, cit., p.155, riferendosi a T.A.R. Lazio, Sez. I, 21.7.1993 n.1157, in *Foro it.*, 1994, I, col.147, in merito alle garanzie nei confronti di provvedimenti sanzionatori emessi da autorità indipendenti.

11. V. CASSANO, *Le autorità indipendenti tra neutralità e responsabilità*, in *Le Autorità indipendenti*, cit., p.71.

12. *Ibidem*.

In questo senso, non può negarsi che risulta estremamente riduttivo configurare il complesso delle attività di controllo e tutela svolto dalle Autorità in termini di mera legislazione¹³, intesa quale verifica della reale corrispondenza dei comportamenti esaminati al dettato normativo. In altre parole, in casi espressamente previsti dalle leggi istitutive, ma anche in rari casi di autoattribuzione di funzioni (ne rappresentano un chiaro esempio gli interventi regolatori – o Regolazioni – di cui all’art.5 del Regolamento interno dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici), l’azione delle Autorità va ben oltre la semplice applicazione di regole, inquadrandosi invece in una più ampia applicazione di principi (afferenti alla natura del rapporto in contestazione), “come tale discrezionale e potenzialmente creativa”¹⁴.

Per tali motivi, quanto più è avvertita l’esigenza di ricorrere a soggetti imparziali (*super partes*) per la gestione di interessi rilevanti, tanto maggiore appare il rischio che gli organi a ciò preposti vadano assumendo carattere di autoreferenzialità e tendano perciò a sottrarsi al controllo giurisdizionale, indispensabile, tuttavia, per garantire la liceità del loro operato nei confronti di coloro che ne “subiscono” l’azione.

Inoltre, la naturale moltiplicazione dei settori della vita economica determina a volte situazioni di conflitto tra i valori di cui le Autorità sono portatrici in via esclusiva¹⁵. È necessario, allora, individuare la sede (o le sedi) in cui attuare un bilanciamento effettivo di tali valori, affinché non

13. Cfr. SCODITTI, *Riforma costituzionale e giurisdizione*, in *Democrazia e diritto*, 1997, 1, p.1 ss.

14. Così CASSANO, *op. cit.*, p. 72.

15. Sulla “tendenziale vocazione “monista” di alcune Autorità” (così il Documento conclusivo della I Commissione della Camera dei deputati adottato all’esito dell’indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti) v. *infra*, § 3.

venga messa in discussione l'unicità e l'integrità dello stesso ordinamento giuridico.

L'esposizione di questi brevi spunti problematici sul ruolo delle Autorità nel nostro paese, è finalizzata all'analisi critica dell'attività esercitata dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, in particolare sotto il profilo della legittimità delle relative pronunce.

Le considerazioni sin qui svolte, infatti, non sono prive di ripercussioni sulla disciplina giuridica propria di detta Autorità, nel suo sviluppo parzialmente difforme rispetto alle previsioni contenute nella legge n.109/94, specie dopo l'entrata in vigore del Regolamento (D.lgs. n.554/99)¹⁶. In altri termini, proprio in riferimento ai problemi di discrezionalità, autoreferenzialità e paragiurisdizionalità, la posizione dell'Autorità sui lavori pubblici appare quantomai singolare.

È opportuno, tuttavia, preventivamente completare il quadro espositivo generale attraverso l'esame di esperienze analoghe maturate nell'ambito di ordinamenti giuridici stranieri (Stati Uniti e Francia).

1.2. I modelli di amministrazioni indipendenti nelle esperienze straniere

Il fenomeno delle Autorità indipendenti, così come attualmente presente nel nostro paese, è frutto di una rielaborazione, non del tutto priva

16. Già nel 1996, GATTAMELATA, *L'Autorità sui lavori pubblici: il suo difficile inserimento nella famiglia delle amministrazioni indipendenti*, in *Rivista trimestrale degli appalti*, 1996, p.57 ss., rilevava alcune anomalie nell'istituzione e nel regime giuridico dell'Autorità sui lavori pubblici rispetto allo sviluppo complessivo del fenomeno delle *authorities* nel nostro paese.

di spunti originali, dei modelli sviluppatasi in anni precedenti in altri ordinamenti. La scelta di limitare in questa sede il confronto alle esperienze nordamericana e francese risponde ad esigenze di semplificazione: infatti, se nel primo caso viene analizzato un modello che rappresenta l'archetipo per tutte le soluzioni successive¹⁷, lontano, tuttavia, dalla tradizione giuridica continentale, nel secondo si tratta di un'esperienza, per certi versi "incompiuta", che ha molti punti in contatto con la nostra: dai problemi di inquadramento nell'assetto istituzionale, al controllo giurisdizionale sugli atti delle Autorità.

Diametralmente opposte, d'altronde, le condizioni sociali che hanno condotto alla nascita e allo sviluppo del fenomeno nei due ordinamenti presi in esame. In definitiva, mentre "le matrici storiche delle Autorità indipendenti negli Stati Uniti affondano nell'esigenza di una maggiore penetrazione dell'intervento dei pubblici poteri a tutela di interessi individuali e collettivi, contro gli effetti infausti del *laissez-faire* (...), in Europa (...), l'avvento di questi organi è legato in gran parte proprio al fenomeno *opposto*¹⁸ delle privatizzazioni dei settori economici già in mano pubblica e della necessità di un intervento recessivo dell'intervento pubblico in economia"¹⁹.

17. È controverso, tuttavia, se il paese originario di provenienza del fenomeno non sia la Gran Bretagna, piuttosto che gli Stati Uniti. Cfr. TESAURO, *Le "Independent Regulatory Commissions"*, Napoli, 1966, p.30, nota 22; BALBONI, *Amministrazione giustiziale*, Padova, 1986.

18. Corsivo nostro.

19. Così TIBERI, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, in *Amministrare*, 2000, n.1/2, p.168; ma v. anche AMATO, *Le Autorità indipendenti nella costituzione economica*, in *Regolazione e garanzia del pluralismo. Le autorità amministrative indipendenti*, Milano, 1997, p.3 ss.

Negli Stati Uniti, dunque, fin dalla loro istituzione intorno alla metà del XIX secolo, le *Independent Regulatory Commissions (IRC)* hanno rappresentato uno dei rari interventi correttivi pubblici di fronte alle degenerazioni del liberismo economico e alla necessità di regolare alcuni settori nevralgici, investiti da un rapido e massiccio processo di modernizzazione e sviluppo tecnologico.

Si può notare, *prima facie*, che la scelta di affidare la gestione di rilevanti interessi economici in settori *sensibili* ad organismi neutrali contiene in sé già una valutazione critica in ordine alle reali possibilità di successo di un intervento regolatore a carattere dirigitico promosso dalle strutture tradizionali dell'amministrazione pubblica²⁰.

In altri termini, le istituende Autorità vengono considerate sin dal principio, più di ogni altro, il soggetto tecnicamente idoneo a garantire la tutela della concorrenza e degli operatori più deboli sul mercato: e si osserva come, nell'esperienza nordamericana, in ciò consista - sostanzialmente - il "perseguimento [concreto] dell'interesse pubblico" nella vita economica del paese²¹.

La prima Autorità sorta in ambito federale è la *Interstate Commerce Commission* (1889), nel settore del trasporto ferroviario. Essa presenta *in nuce* le caratteristiche fondamentali che contraddistinguono le successive *IRC*. In questo nuovo modello istituzionale, infatti, si concentrano sia funzioni di regolazione, tipicamente amministrative; sia, in via strumentale, poteri normativi e paragiurisdizionali, utili per semplificare e rendere più efficace l'azione delle Autorità nei rispettivi ambiti.

20. Cfr. TIBERI, *Le Independent Commissions nell'ordinamento statunitense*, cit., p.169.

21. *Ibidem*.

L'attribuzione di funzioni da parte del legislatore²², tuttavia, non è avvenuta secondo criteri e limiti rigorosamente prefissati. Manca, quindi, in riferimento al modello statunitense, una disciplina generale uniforme del fenomeno delle *Independent Commissions*²³; un dato, questo, comune all'esperienza italiana.

È da rilevare altresì l'assenza, nell'ambito delle singole leggi istitutive, di una definizione dei compiti specifici spettanti alle *authorities*. Ciò conferisce all'azione di tali organismi una sorta di indeterminatezza, traducibile praticamente in vera e propria *discrezionalità*, sia in ordine ai fini da perseguire che ai mezzi in concreto impiegati.

Pertanto, dati i rischi evidenti che la gestione autonoma (svincolata cioè da qualsiasi forma di indirizzo governativo) delle funzioni attribuite alle IRC potesse sfociare, a causa dalla mancanza di inquadramento legislativo, in arbitrio, la dottrina statunitense ha tentato una *reductio ad unitatem* del fenomeno, evidenziandone i caratteri ricorrenti.

Ai fini di una comparazione col modello recepito nel nostro paese, occorre guardare innanzitutto alla configurazione strutturale delle *Independent Commissions*, che si presentano come organi esclusivamente

22. La dottrina maggioritaria (cfr. BOGNETTI, *Legislation delegated* (voce), in *Dig. Disc. Pubbl.*, Tornio, 1994, p.200 ss.) ritiene si tratti di *delegation*, intesa quale attribuzione del potere a carattere provvisorio e dipendente, rimanendo la titolarità nelle mani del legislatore. Taluni, al contrario, considerano riduttiva tale lettura, definendo le attribuzioni di funzioni a favore di enti autonomi quali *devolved legislative powers* (v. PATRONO, *Sistema dei Regulatory powers e Corte suprema federale*, Milano, 1974, p.86 ss.).

23. Non esiste, del resto, neanche una definizione ufficiale di *Independent Commission* nelle varie leggi istitutive; né nell'*Administrative Procedure Act*, che regola il procedimento amministrativo delle Autorità indipendenti e delle *Executive Agencies*. Cfr. TIBERI, *op. cit.*, p.204, nota 41.

collegiali, laddove la collegialità “è un elemento assai importante nel sistema nordamericano delle agenzie indipendenti, trattandosi di una scelta non casuale, ma direttamente funzionale ad una diversa qualità del decidere”²⁴; i cui membri, nominati dal Presidente con il consenso del Senato tra esponenti della maggioranza e dell’opposizione in numero più o meno equivalente, durano in carica per un tempo superiore a quello del mandato presidenziale. Ciò garantisce, grazie anche alla necessità della presenza di una giusta causa per la loro rimozione²⁵, un’indipendenza effettiva, al sicuro dalle intromissioni dell’esecutivo nella gestione dei propri uffici.

A queste rigide previsioni in ordine alla nomina e alla composizione delle *Commissions*, corrisponde, come già preannunciato, un ampio spettro di funzioni, esercitate sia in campo economico (borsa, finanza, industria, trasporti, telecomunicazioni, energia), che in campo sociale (ambiente, salute, consumatori)²⁶. Funzioni che non si limitano all’attività di regolazione nei rispettivi settori, ma che giungono fino alla ricognizione del diritto applicabile al caso concreto – c.d. *adjudication*²⁷, in base a cui le *IRC* sono chiamate a risolvere i conflitti di interessi tra i soggetti operanti nel proprio ambito attraverso l’applicazione delle norme di legge, nonché di quelle emanate dalle stesse Autorità, rilevanti per la controversia in esame, ferma restando la possibilità di un successivo controllo di legittimità in sede giurisdizionale. Infine, completano il quadro una serie di

24. *Ibidem*, p.174.

25. Cfr., ad esempio, la legge istitutiva dell’*Occupational Safety and Health Review Commission*, del 1970, in *Public Law* 91-596, 84 Stat. 1590, 29 USC 651.

26. Sebbene, in questi settori, le presidenze repubblicane degli anni ‘80 abbiano ridimensionato concretamente l’influenza delle *IRC*. V. TIBERI, *op. cit.*, p.182.

27. Da noi definita alla stregua di *legisdizione*: v. *supra*, § 1.

poteri ispettivi e sanzionatori, indispensabili per rendere più agevole ed efficace l'azione delle IRC nell'esercizio delle predette funzioni e svincolarla dai condizionamenti dell'amministrazione pubblica tradizionale²⁸.

Anche nell'ordinamento statunitense, quindi, il contemporaneo svolgimento di funzioni riconducibili ai poteri normativo, esecutivo e giudiziario da parte delle *Commissions*, pone alcuni problemi di rispondenza al dettato costituzionale, laddove il principio di separazione dei poteri appare sancito in maniera più che mai rigorosa. A tali problemi hanno tentato di ovviare le stesse leggi istitutive delle IRC nonché l'*Administrative Procedure Act* (del 1946), prevedendo la netta separazione, all'interno del singolo organo, tra coloro che svolgono compiti di natura giurisdizionale e coloro ai quali spettano, invece, compiti ispettivi e di accertamento²⁹.

Ovviamente, non pare senz'altro questa la via migliore per garantire la trasparenza dell'operato delle Commissioni nei confronti degli operatori del settore, sebbene nel sistema nordamericano sia effettivamente vigente il principio di correttezza nell'ambito dei rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione.

Ulteriori margini di intervento, ancorché ristretti, potevano interessare gli aspetti procedurali. Proprio attraverso l'instaurazione (sempre nell'*Administrative Procedure Act*) di un procedimento comune altamente garantistico, ricalcato sulle forme di quello giudiziario, infatti, si è riusciti a ridurre la discrezionalità insita nell'azione delle IRC, o quantomeno a predisporre una tutela per le situazioni giuridiche soggettive minacciate da eventuali iniziative arbitrarie.

28. Tali poteri arrivano a comprendere talvolta la facoltà di agire in giudizio innanzi alle Corti federali per la tutela di interessi rilevanti nel proprio settore. Cfr. TIBERI, *op. cit.*, p.176.

29. *Ibidem*, p.178.

In concreto sono previste, pertanto, sia la preventiva pubblicazione delle norme che si intendono adottare, al fine di mettere i destinatari nella condizione di formulare eventuali osservazioni in merito; sia la necessaria udienza delle parti in causa che la successiva motivazione dei provvedimenti emanati in attuazione del potere di decisione.

In tal modo, si sostiene correttamente che, in virtù del rilevante potere “che le associazioni rivestono nella società americana”, le suesposte garanzie procedimentali consentono “di ricreare un surrogato del processo politico” nel quale la Commissione “funge da arbitro e (...) riesce a godere di una legittimazione dal basso tale da permetterle di pervenire ad un concreto - e meno partigiano - assetto di interessi, lasciati dal legislatore assai vaghi”³⁰.

A ciò si aggiunge, in base ad espressa previsione legislativa, il sindacato giurisdizionale sugli atti e i provvedimenti delle Autorità effettuato dalle Corti federali, perennemente in bilico tra la realizzazione di un controllo *effettivo* (basato, cioè, su parametri di giudizio determinati, applicabili nella maggioranza dei casi) e l’invasione delle rispettive sfere di competenza che le stesse leggi istitutive attribuiscono alle IRC. In buona sostanza, tale controllo è apparso eccessivamente penetrante, laddove ha finito per intaccare anche l’area di discrezionalità tecnica riservata alle Commissioni indipendenti.

In conclusione, se è da evidenziare come indubbiamente nel sistema statunitense le *Independent Commissions* costituiscano un fenomeno di assoluta rilevanza, e più di ogni altro funzionale al perseguimento di interessi pubblici, è altrettanto vero che lo stesso sistema, che ha consentito la proliferazione di tali organismi, presenta delle caratteristiche affatto ori-

30. *Ibidem*, pp.180-181.

ginali: su tutte, una particolare *duttilità* con riferimento sia all'impianto istituzionale, sia all'approccio nei confronti delle questioni inerenti alla vita pubblica del paese.

In buona sostanza, gran parte del successo riscosso dalle amministrazioni indipendenti negli Stati Uniti deriva, a monte, dall'astensione dei pubblici poteri da qualsiasi intervento regolativo in ambito economico, ma soprattutto dalla completa fiducia in un modello organizzativo il cui innesto nel tessuto sociale si è rivelato sostanzialmente agevole, in un sistema giuridico non uso ad intraprendere riforme del settore amministrativo che non fossero dettate da esigenze concrete ed immediate³¹.

L'impossibilità pratica di "esportare" tale visione pragmatica all'interno del nostro ordinamento induce a reperire altrove i tratti comuni all'esperienza italiana. Le caratteristiche sin qui esaminate in relazione alle *Independent Commissions* nordamericane appaiono, infatti, solo in parte assimilabili ai modelli continentali.

In particolare, nella tradizione giuridica francese, l'assoluta centralità del governo e, conseguentemente, dell'apparato amministrativo nell'architettura costituzionale pone non pochi problemi di inquadramento nei confronti di organismi che sfuggono al controllo gerarchico da parte dell'esecutivo, determinando la rottura del tradizionale equilibrio nella ripartizione dei poteri.

L'art.20 della Costituzione francese del 1958 afferma che "il governo

31. "L'oscurità del comune denominatore che avrebbe ispirato il Congresso nel preferire la formula delle commissioni indipendenti è per noi tanto più difficile da illuminare se si considera che è tipico della tradizione giuridica statunitense concepire soluzioni istituzionali nel campo dell'amministrazione pubblica rispondenti, prevalentemente, non ad elaborazioni sistematiche, non a grandi disegni teorici dell'amministrazione, ma a più occasionali problemi particolari". *Ibidem*, p.197.

determina e guida la politica della Nazione”; e a tal fine, “dispone dell’amministrazione”. In tale potere di disposizione è, pertanto, individuabile il vincolo gerarchico tra governo e amministrazione, che in sé costituisce il fondamento dell’unità dello Stato. Insieme alle prerogative riservate al Primo ministro, elencate al successivo art.21, detto vincolo si pone quale limite invalicabile ai fini dell’attribuzione di funzioni ad amministrazioni *indipendenti*, considerando tale caratteristica evidentemente contraddittoria rispetto al ruolo istituzionale concepito per l’amministrazione.

In questo senso, se appare preclusa ogni via diretta ad offrire alle *Autorités administratives indépendantes (Aai)* una solida copertura costituzionale, nondimeno la giurisprudenza del *Conseil Constitutionnel* è riuscita, non senza varie difficoltà, ad affermarne la *costituzionalità* (intesa come generica non-incostituzionalità), attraverso il conferimento al governo di un potere generale di controllo sulla legalità dell’operato delle Autorità³².

Un simile potere, pur non arrivando a compromettere l’indipendenza delle *Aai*, è tuttavia in grado di assicurare una continuità nell’azione complessiva degli apparati amministrativi, dal momento che il governo è comunque “responsabile davanti al parlamento dell’attività delle amministrazioni dello Stato”³³, indipendenti e non.

Nell’ordinamento francese, in quanto espressione della “crisi dello Stato Provvidenza, della funzione pubblica e dei suoi organi”, nonché “dell’inadeguatezza dei modelli classici d’intervento”, le *Aai* hanno rappresentato un tentativo di sperimentare “nuove modalità di esercizio del potere pubblico”³⁴.

32. Cfr. *Conseil Constitutionnel*, 18.9.1986, 86/217 DC, *Considerant* 23.

33. *Ibidem*.

34. MAIA, *Le Autorités administratives indépendantes tra vincoli costituzionali e potere politico*, in *Amministrare*, 2000, n.1/2, p.150.

Una sorta di passaggio obbligato, che avviene nel momento in cui le tradizionali strutture amministrative e giurisdizionali si rivelano inadeguate a gestire i settori chiave della vita economica, ma che, in quanto *passaggio*, non assume mai carattere definitivo, rimanendo sospeso tra la possibile riconversione nelle strutture originarie o l'eventuale soppressione³⁵.

In realtà, la rinuncia al controllo dei settori in cui sia stata istituita un'*Aai* è da parte del governo "più apparente che reale, il vero obiettivo essendo piuttosto quello di liberarsi dalla responsabilità delle scelte" senza, tuttavia, rinunciare alla sostanza delle proprie attribuzioni. In Francia, pertanto, "l'introduzione di una nuova Autorità amministrativa indipendente non è [mai] sinonimo di *deregulation*"³⁶.

Vero è che nell'assolvimento delle proprie funzioni le *Aai* godono di una certa irresponsabilità, poiché, in definitiva, è lo Stato stesso a risultare responsabile del loro operato nei confronti dei cittadini, nonché delle decisioni adottate in contrasto con norme di legge.

D'altro canto, dall'esame dei caratteri tipici del modello francese, rilevabili nella maggior parte delle *Aai* (mancanza di un'effettiva auton-

35. Il tumultuoso inserimento delle *Aai* nell'ordinamento francese è testimoniato puntualmente dalla disciplina del settore radiotelevisivo, nel quale, dal 1981, si sono succedute tre diverse Autorità a seconda dei governi in carica (la *Haute Autorité de la communication audiovisuelle*; la *Commission nationale de la communication et des libertés*; infine, il *Conseil supérieur de l'audiovisuel*, attualmente in vigore). Sottolinea MAIA, *ibidem*, p. 150, che "in nessun caso una *Aai* è stata puramente e semplicemente cancellata riattribuendo in blocco al ministro tutte le competenze sulla materia", indice, questo, dell'irreversibilità del cambiamento dei modi di intervento pubblico in settori particolarmente delicati, "ma restituzioni parziali, anche cospicue, di competenze a vantaggio dell'esecutivo vi sono state".

36. *Ibidem*, p.152.

mia finanziaria e patrimoniale; potere di riforma e scioglimento in capo al Parlamento; designazione dei membri delle Autorità da parte del parlamento e del governo; rappresentanza governativa diretta in alcune *Aai* tramite un commissario cui spetta la facoltà di sospendere l'efficacia delle deliberazioni; limitato potere di autoregolamentazione) emerge indiscutibilmente come il controllo esercitato dal parlamento e dal governo sia abbastanza penetrante, rispetto agli spazi di effettiva autonomia riservati alle Autorità.

La visione più realistica in cui collocare l'esperienza francese delle *Autorités administratives indépendantes* sembra, quindi, quella di "schermo protettivo" dell'esecutivo. In altri termini, rimanendo sostanzialmente inalterata la capacità di quest'ultimo di intervenire nella regolazione dei settori nevralgici, l'interesse dell'opinione pubblica viene dirottato sulle *Aai*, organismi solo apparentemente lontani dalle pressioni politiche.

In base al relativo statuto, detti organismi agiscono in modo indipendente, con finalità di tutela degli interessi dei cittadini rispetto alle degenerazioni dell'economia di mercato e alla lentezza della burocrazia, e con criteri più vicini all'*equità* che al *diritto*. È il caso, ad esempio, del *Médiateur* che può spingersi fino alla richiesta all'amministrazione di non applicare la legge in tutti in casi in cui ravvisi che dall'applicazione possa derivare un pregiudizio nel caso specifico³⁷. Tuttavia, a parte l'assenza di un effettivo controllo gerarchico, la realtà individua legami tutt'altro che deboli con i poteri tradizionali dello Stato, che scandiscono le fasi centrali dell'attività delle *Aai*, tenendo conto altresì che gli atti di queste ultime (tutti riconducibili, anche quando atipici, al *genus* di provvedimento) rimangono comunque soggetti al sindacato di legittimità del Consiglio di Stato.

37. *Ibidem*, p.164, nota 33.

1.3. La classificazione e l'inserimento delle Autorità nel circuito istituzionale

Ai fini dell'indagine attuale, l'analisi delle esperienze straniere riserva alcuni profili di indubbio interesse. Per verificare il grado di incidenza dei modelli esaminati su quello sviluppatosi in Italia, si rende necessaria qualche ulteriore considerazione.

Se negli Stati Uniti il fenomeno delle *IRC* nasce in conseguenza di una valutazione positiva, ma soprattutto *consapevole* sull'opportunità di istituire organismi regolatori posti al di fuori delle tradizionali strutture amministrative (e, in effetti, ben si presta a tale operazione un apparato istituzionale flessibile e "a maglie larghe" come quello statunitense), in Francia, l'irrisolto problema della legittimazione costituzionale, l'impossibilità di ricondurre le *Aai* nei canoni tradizionali della responsabilità amministrativa e la difficoltà di ridimensionare l'influenza governativa nella gestione della *res publica*, hanno, di fatto, compromesso l'indipendenza di azione delle *Autorités*, tanto che lo stesso interesse dei commentatori per il fenomeno sembra da qualche tempo essere venuto meno³⁸.

È noto che in Italia (così come in Francia) le condizioni che hanno determinato il sorgere e il proliferare delle Autorità indipendenti, non sono maturate gradualmente e secondo un disegno razionale, bensì sono sorte nell'urgenza di innovare l'approccio istituzionale a particolari settori della vita economica, sulla scorta delle istanze di liberalizzazione avanzate dal diritto comunitario³⁹.

38. La più recente analisi generale del fenomeno delle *Aai* nell'ordinamento francese risale, infatti, ad oltre dieci anni fa: (a cura di) COLLIARD e TIMSIT, *Les autorités administratives indépendantes*, Parigi, 1988.

39. "L'istituzione degli organismi indipendenti è avvenuta quasi sempre

In effetti, la normativa di matrice comunitaria – meglio, i principi ispiratori di tale normativa – hanno introdotto negli ordinamenti degli Stati membri una visione del tutto nuova rispetto al tradizionale assetto giuridico dei rapporti tra Stato ed economia e tra Stato e mercato. Il rapido assorbimento di tale (inedita) impostazione, ha inevitabilmente generato problemi di adeguamento delle strutture esistenti; nonché di coordinamento tra le vecchie e le nuove funzioni che l'amministrazione è chiamata a svolgere.

Pertanto, come già rilevato in apertura, la *proliferazione* e l'*eterogeneità* delle Autorità indipendenti nell'ordinamento, quale conseguenza del ricorso indiscriminato a soluzioni di apparente compromesso tra le istanze di liberalizzazione e privatizzazione e l'esigenza di garantire la tutela di determinati diritti e interessi, rappresentano i problemi più immediati relativi all'inserimento di tali organismi nel circuito istituzionale.

Ora, l'ampio spettro di organismi attualmente esistenti qualificati come Autorità indipendenti (Commissioni, Garanti, Agenzie), comprende fenomeni tra loro diversi, sia sotto il profilo strutturale e organizzativo, che dell'attività e dei poteri in concreto esercitabili.

Secondo una classificazione generalmente accolta⁴⁰, si distinguono le Autorità c.d. *di garanzia* (preposte alla cura di interessi pubblici o col-

segue nota 39.

per decisioni a carattere congiunturale, seppur accomunate dal fatto di essere riconducibili alla necessità di rispondere a specifiche esigenze di tutela emergenti nella società". Così BANI, *Il potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, Torino, 2000, p.26.

40. Tentativi di classificazione parzialmente difforme sono rilevabili in AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1997, 3, p.648; PICOZZA, *Procedure e sanzioni nel diritto amministrativo economico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico comunitario*, 1996, p.931 e nel disegno di legge delega di iniziativa governativa n.2157/Senato del 30.9.1995.

lettivi di immediata derivazione costituzionale), quelle c.d. *di regolazione*, (le uniche, a rigore, realmente indipendenti, perché titolari di un potere di normazione, prevalentemente a carattere tecnico) e, infine, quale categoria residuale, organismi preposti a particolari settori (anche questi generalmente tecnici) che svolgono funzioni di natura amministrativa.

Tale distinzione è basata sul “tipo di rapporti instaurabili tra le Autorità di nuova istituzione e le forze di governo”⁴¹, ma non dà il giusto risalto alle differenze tra le Autorità *tout court* indipendenti e la categoria delle Autorità (o Agenzie) c.d. *di settore* (parzialmente coincidenti con il terzo gruppo sopra citato) istituite con lo scopo di “sopperire all’inefficienza con cui hanno operato (...) gli apparati amministrativi tradizionali” in alcuni comparti “ad alto grado di tecnicità”⁴², ma prive dei poteri sanzionatori propri delle Autorità di regolazione e di garanzia.

Le Agenzie di settore, pertanto, sono un fenomeno inquadrabile con sicurezza *all’interno* della pubblica amministrazione. Nonostante, infatti, il riconoscimento della “piena autonomia nei limiti stabiliti dalla legge”⁴³, esse rappresentano il tentativo di riqualificare l’azione amministrativa: operano al servizio delle amministrazioni, nazionali e locali, e sono sottoposte ai poteri di indirizzo e vigilanza di un Ministro.

Al contempo, le Agenzie riflettono l’intenzione del legislatore di arginare la tendenza diffusa al ricorso ad organismi indipendenti in tutti casi in cui gli apparati amministrativi tradizionali si rivelino effettivamente inadeguati a garantire il più equo bilanciamento degli interessi in gioco.

41. BANI, *op. cit.*, p.27.

42. *Ibidem*, p. 28. Sulle Agenzie di settore v., in particolare, ARENA, *Agenzia amministrativa* (voce), in *Enc. Giur.*, I, 1998.

43. Art.8 del d.lgs. 30.7.1999, n.300.

A tale proposito, è opportuno rivolgersi all'esame di due recenti atti di matrice parlamentare, da cui emergono sia rilievi critici in merito alla massiccia presenza del fenomeno delle Autorità nell'ordinamento, sia proposte per una *reductio ad unitatem*, a fronte della capacità disgregatrice insita del fenomeno medesimo: la proposta di legge di iniziativa dell'On. Bielli e altri sulla *Disciplina delle Autorità indipendenti*, presentata alla Camera il 2 luglio 1999⁴⁴, e, in particolare, il documento conclusivo approvato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei deputati, all'esito dell'*Indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti*.

Quest'ultimo individua i profili problematici per i quali il fenomeno delle Autorità, nel suo complesso, non pare ancora correttamente recepito nel nostro ordinamento. Come già osservato, l'eterogeneità e la proliferazione delle *authorities* nei settori più rilevanti della vita economica del paese sono i dati essenziali da considerare, per far fronte ai rischi di frammentazione e conseguente possibile conflittualità tra i centri decisionali riferibili allo Stato.

L'attuale raccordo costituzionale, rappresentato dall'art. 97 Cost. (che sancisce il principio di imparzialità della pubblica amministrazione), non è ritenuto sufficiente a garantire la piena ed effettiva legittimazione delle Autorità quali soggetti indipendenti. Si auspica, pertanto, una modifica o integrazione della Carta costituzionale, necessaria "per dare una legittimazione anche in Costituzione ai poteri normativi conferiti alle Autorità"⁴⁵.

Questo aspetto risulta legato all'opportunità di un intervento legislativo recante una disciplina unitaria del fenomeno in discorso. Dal do-

44. A.C. n.6197.

45. V. il Documento conclusivo approvato dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati il 4.4.2000, p.26.

cumento emerge, al riguardo, una valutazione nel complesso positiva. Detto intervento, di portata *generalissima*, dovrebbe essere volto a:

- dare una definizione generale delle Autorità, evidenziando la relazione tra i caratteri fondamentali di indipendenza e garanzia;
- dettare norme uniformi in materia di autonomia organizzativa e contabile, incompatibilità dei membri, *status* giuridico ed economico del personale;
- “individuare standard minimali di garanzia del procedimento sotto il profilo della trasparenza e della partecipazione dei soggetti interessati”⁴⁶;
- disciplinare il sindacato giurisdizionale sugli atti delle Autorità, con particolare riguardo all’opportunità di istituire una “tutela giurisdizionale in unico grado davanti al Consiglio di Stato relativamente agli atti di carattere normativo”⁴⁷.

D’altronde, la proposta di legge richiamata in precedenza, elaborata sulla base dei contributi offerti dall’Istituto per la documentazione e gli studi legislativi (ISLE) anteriormente alle valutazioni effettuate mediante l’indagine conoscitiva, già rappresenta un’ipotesi di regolamentazione unitaria delle Autorità. Essa, infatti, detta norme comuni per la loro istituzione, il funzionamento, i rapporti istituzionali, i poteri normativi e le funzioni amministrative, con l’unico limite dell’assenza di raccordo costituzionale.

L’esigenza di una disciplina giuridica uniforme, peraltro, non è l’unico spunto critico sollevato nel documento. Ad esso si accompagna la constatazione della “tendenziale vocazione “monista” di alcune Autorità”⁴⁸, e

46. *Ibidem*, p.28.

47. *Ibidem*.

48. *Ibidem*, p.13.

della conseguente necessità di individuare la sede idonea per attuare la composizione degli interessi la cui tutela rappresenta la ragion d'essere dell'istituzione delle varie Autorità.

Detta sede è dai più indicata nel Parlamento, sebbene, allo stato attuale, le relazioni predisposte e inviate annualmente al supremo organo legislativo non sembrano uno strumento in grado di realizzare un'effettiva ponderazione di istanze diverse, talora in conflitto, dal momento che la relativa approvazione costituisce un atto puramente formale. D'altronde, un'eccessiva "invadenza" del sindacato parlamentare sull'attività delle *authorities* potrebbe configurare una limitazione della loro indipendenza.

L'approccio generalizzato al fenomeno delle Autorità indipendenti, nell'evidenziare taluni profili critici comuni, risulta estremamente funzionale all'analisi dell'attività dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, laddove "le funzioni tipiche di un'amministrazione indipendente non paiono – a prima vista – essere realmente necessarie in un contesto ove ciò cui maggiormente deve essere garantito sono le pari opportunità tra le imprese concorrenti"⁴⁹.

L'ulteriore compito di verifica della trasparenza e della legittimità delle procedure di appalto, svolto nell'esclusivo interesse dell'amministrazione ad evitare sprechi di denaro pubblico, non dovrebbe, infatti, risultare estraneo alla natura dello stesso apparato amministrativo preesistente all'Autorità (vuoi nelle sue articolazioni locali o a livello ministeriale), stante il richiamo costituzionale di cui all'art.97.

Diversamente, l'esercizio della funzione di *vigilanza*, supportato dai cospicui poteri di controllo, ispezione e sanzione⁵⁰ attribuiti dalla legge quadro e dal relativo regolamento di attuazione, collocano tale Autorità

49. Così GATTAMELATA, *op. cit.*, p.69.

50. V. *infra*, Cap.II.

“in una posizione estremamente avanzata sotto il profilo dell’incisività della sua presenza nel rispettivo settore di pertinenza”⁵¹.

Ora, la prevalenza del momento inquisitorio su quello regolatorio espone l’Autorità a dubbi di legittimità, in considerazione del ruolo che, anche al di là delle previsioni di legge, essa sembra avere assunto sia riguardo all’attività di qualificazione giuridica delle fattispecie che le vengono sottoposte, che, soprattutto, all’efficacia assunta dalle relative pronunce nel caso concreto.

Per tracciare un quadro sufficientemente chiaro e completo delle attribuzioni dell’Autorità, è essenziale muovere dall’esame dei precetti normativi, per poi passare ad analizzare l’attività svolta, con particolare riguardo al potere di delibera.

51. GATTAMELATA, *ibidem*.

2. L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

2.1. Fonti istitutive

L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è stata istituita dall'art.4 della legge 11.2.1994, n.109 e successive modificazioni, "al fine di garantire l'osservanza dei principi di cui all'articolo 1, comma 1, nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale" (comma 1).

Le norme contenute in detto articolo esauriscono le fonti normative primarie dell'Autorità, dal momento che la rubrica del successivo art.5 si limita a prevedere *Disposizioni in materia di personale dell'Autorità e del Servizio ispettivo e norme finanziarie*; e risultano immediatamente applicabili, svincolate cioè dall'approvazione del Regolamento generale di esecuzione della Legge, che pure dedica alla disciplina degli aspetti organizzativi e funzionali dell'Autorità, in virtù del rinvio espresso contenuto nell'art.3 della legge n.109/94 e successive modificazioni, il Capo II del Titolo I (articoli da 3 a 6).

La completa padronanza delle fonti è, in buona sostanza, la chiave di accesso ad eventuali rilievi critici inerenti al ruolo centrale svolto dall'Autorità nel sistema di gestione degli appalti pubblici scaturito dalla riforma.

I principi richiamati al comma 1 dell'art.4 della legge quadro riguardano la "qualità, efficienza ed efficacia dei lavori pubblici"; la "tempesti-

vità, trasparenza e correttezza delle procedure adottate”; il “rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori”. È superfluo sottolineare, una volta di più⁵², come tali principi, con l’aggiunta del riferimento al “rispetto del diritto comunitario”, ribadiscano sostanzialmente i contenuti del precetto costituzionale di cui all’art.97, a riprova del fatto che l’imparzialità di azione è un requisito che dovrebbe informare l’intera gamma delle attività della pubblica amministrazione e non solo delle Autorità indipendenti.

In ogni modo, il 2° comma dell’art.4 afferma specificamente che “l’Autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”, passando poi a definirne la struttura di “organo collegiale costituito da cinque membri” la cui nomina avviene attraverso una “determinazione adottata d’intesa” dai Presidenti delle due Camere del Parlamento – il che, complessivamente, vale ad attribuire all’Autorità il carattere di indipendenza nel senso più ampio, secondo la classificazione operata nel capitolo precedente.

D’altro canto, la “piena autonomia funzionale e organizzativa, nonché l’indipendenza di giudizio e di valutazione” sono garantite, ai sensi dell’art.6 della legge quadro, anche al Consiglio superiore dei lavori pubblici, “quale massimo organo tecnico consultivo dello Stato”. Tale previsione, di fatto, sminuisce la portata della formula che attribuisce indipendenza all’Autorità, in quanto pressoché equivalente a quella riferita al Consiglio superiore dei lavori pubblici⁵³.

Sempre al 2° comma (ultimo periodo) è previsto che l’Autorità scelga tra i suoi componenti un presidente e provveda a stabilire “le norme

52. Cfr. CANNADA BARTOLI, *Commento all’art.4 della legge n.109/94*, in (a cura di) ANGELETTI, *La riforma dei lavori pubblici*, Torino, 2000, p.94.

53. Cfr. *ibidem*.

sul proprio funzionamento". Tralasciando di esaminare nel dettaglio gli aspetti inerenti al funzionamento degli uffici posti "alle dipendenze dell'Autorità" (art.4, 10° comma, lettera a))⁵⁴, è necessario, tuttavia, accennarvi sommariamente. Essi sono:

- il Consiglio, organo supremo dell'Autorità, composto dai cinque membri suddetti (incluso il Presidente) nominati dai Presidenti delle Camere con provvedimento del 29.1.1999, la cui disciplina specifica, in ossequio alle espresse previsioni della legge (art.4, 2° comma: "l'Autorità (...) stabilisce le norme sul proprio funzionamento) e del regolamento (art.3, 1° comma), è contenuta nel Titolo I del Regolamento sul funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, recante norme sull'organizzazione e funzionamento del Consiglio;
- la segreteria tecnica, che costituisce, in definitiva, l'apparato amministrativo posto al servizio dell'Autorità, ed è disciplinata quasi esclusivamente dal Regolamento di funzionamento della Segreteria tecnica, emanato dal Consiglio dell'Autorità, dal momento che la legge si limita a stabilire (art.5, 2° comma) che essa "è composta da non più di 50 unità, ivi comprese 4 unità di livello dirigenziale, ed è coordinata da un dirigente generale di livello C";
- il servizio ispettivo, che, ai sensi dell'art.4, comma 10-bis della legge quadro, è chiamato a svolgere "accertamenti ed indagini ispettive nelle materie di competenza dell'Autorità", nonché ad informare "gli organi competenti sulle eventuali responsabilità

54. Per un'analisi completa dei profili organizzativi dell'Autorità si rinvia a Centro Studi CNI, *L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici - Organi poteri e attività*, n.5/2000.

riscontrate a carico di amministratori, di pubblici dipendenti, di liberi professionisti e di imprese”⁵⁵ e la cui organizzazione, al di là delle scarse indicazioni legislative (commi 10-ter e 10-quinquies) è disciplinata dal Regolamento per il funzionamento del servizio delle ispezioni e degli accertamenti, approvato dal Consiglio dell’Autorità ed in vigore dall’ottobre 1999;

- l’Osservatorio sui lavori pubblici, di cui l’Autorità si avvale, ai sensi dell’art.4, 5° comma della legge, “per l’espletamento dei propri compiti”, unitamente ad altri organismi⁵⁶. La legge quadro riserva alla disciplina dell’Osservatorio diverse altre disposizioni, sancite ai commi 14 (articolazione dell’Osservatorio in sezioni, centrale e regionali), 15 (procedure operative e collegamenti con altre strutture), 16 (compiti della sezione centrale) e 16-bis (ipotesi di coordinamento con le sovrintendenze per i beni ambientali e architettonici), nonché al 4° comma dell’art.5 (che prevede, in analogia con quanto stabilito per la segreteria tecnica, il numero massimo di dipendenti, fissato in 59 unità, nonché la direzione affidata ad un dirigente generale di livello C); mentre una disciplina dettagliata del relativo funzionamento è pre-

55. Il servizio ispettivo è stato posto nuovamente alle dipendenze dell’Autorità dalla legge n.415/98 che ha introdotto al riguardo all’art.4 i commi 10-*bis*, 10-*ter* e 10-*quinquies*, mentre il comma 10-*quater* dispone che “sono fatte salve le competenze del Nucleo tecnico di valutazione e verifica degli investimenti pubblici di cui all’articolo 3, comma 5, del decreto legislativo 5 dicembre 1997, n.430”.

56. Segnatamente, le “unità specializzate di cui all’art.14, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n.152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n.203, nonché, per le questioni di ordine tecnico, della consulenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali, relativamente agli interventi aventi ad oggetto i beni sottoposti alle disposizioni della legge 1° giugno 1939, n.1089”.

vista dal Regolamento per l'organizzazione e il funzionamento dell'osservatorio dei lavori pubblici, emanato anche questo dal Consiglio dell'Autorità.

I compiti affidati dalla legge all'Autorità sono elencati al 4° comma dell'art.4. Essi attengono:

- alla generale funzione di vigilanza, esercitata sia sull'“economicità di esecuzione dei lavori pubblici” (lett. a); sia “sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare in materia”, attraverso la verifica, “anche con indagini campionarie, [del]la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici” (lett. b); sia, infine, “sul sistema di qualificazione di cui all'art.8” (lett. i);
- all'accertamento, “che dall'esecuzione dei lavori non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario” (lett. c), ipotesi in cui, ai sensi del comma 9, l'Autorità trasmette gli atti e i rilievi in merito “*anche*⁵⁷ ai soggetti interessati e alla procura generale della Corte dei conti”. In virtù della medesima disposizione, infatti, “qualora accerti l'esistenza di irregolarità”, l'Autorità è tenuta in generale a trasmettere “gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale agli organi giurisdizionali competenti”;
- alla dinamica dei rapporti con le istituzioni, che includono sia la segnalazione “al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, [di] fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici” (lett. d); sia la formulazione “al ministro dei Lavori pubblici [di] proposte per la revisione del regolamento” (lett. e); nonché la predisposizione e l'invio “al Governo e al Parlamento [di] una

57. Corsivo nostro.

relazione annuale nella quale si evidenziano disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici con particolare riferimento: 1) alla frequenza del ricorso a procedure non concorsuali; 2) all'inadeguatezza della pubblicità degli atti; 3) allo scostamento dai costi standardizzati di cui al comma 16, lettera b); 4) alla frequenza del ricorso a sospensioni dei lavori o a varianti in corso d'opera; 5) al mancato o tardivo adempimento degli obblighi nei confronti dei concessionari e degli appaltatori; 6) allo sviluppo anomalo del contenzioso" (lett. f);

- alla direzione⁵⁸ dell'"attività dell'Osservatorio dei lavori pubblici di cui al comma 10, lettera c)" (lett. g);
- all'esercizio dei poteri sanzionatori "di cui ai commi 7 e 17" (lett. h), che normalmente consegue al rifiuto o all'omissione di informazioni (dati, documenti) senza giustificato motivo, ovvero alla resa di informazioni non veritiere, da parte dei soggetti (pubblici e privati) cui viene richiesta dall'Autorità la collaborazione nell'ambito della relativa attività di vigilanza.

Il presupposto per l'emanazione di provvedimenti sanzionatori consiste, pertanto, nella rilevazione di eventuali impedimenti all'esercizio della *funzione di controllo* sulla materia dei lavori pubblici, imputabili a comportamenti specifici.

In tale funzione risiede essenzialmente il fine istituzionale dell'Autorità, creata per garantire un monitoraggio costante sugli interessi di diversa natura e provenienza che confluiscono nel settore dei pubblici appalti e influiscono sul relativo andamento. Ciò allo scopo di realizzare, attraverso forme di intervento *preventivo*, quella "anticipazione della tu-

58. Più specificamente, la norma stabilisce che l'Autorità "sovrintende" all'attività dell'Osservatorio dei lavori pubblici.

tela” – rispetto ai canali tradizionali, propri della tutela giurisdizionale – che rappresenta uno dei tratti caratteristici delle Autorità indipendenti nel nostro ordinamento⁵⁹.

L’Autorità è tenuta così a verificare la corrispondenza tra il concreto assetto di interessi di volta in volta presente nel mercato dei lavori pubblici, e il rispetto dei “principi desumibili dalle disposizioni” della legge quadro, in quanto “norme fondamentali di riforma economico sociale e principi della legislazione statale” (art. 1, 2° comma)⁶⁰, nonché dei principi generali di derivazione comunitaria, in particolare quelli relativi alla libera circolazione di beni e servizi, alla libertà di concorrenza e alla *par condicio* tra gli operatori del settore.

In questo senso, la *potestà ispettiva* espressamente attribuita all’Autorità dall’art.4, 6° comma della legge quadro, diviene essenziale, sotto il profilo strumentale, ai fini dello svolgimento di un’efficace azione tutoria, nonché propulsiva e di consulenza nei confronti delle istituzioni – si pensi alle segnalazioni *ex art.4*, 4° comma, lett. *d*) riguardo a “fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta” della normativa –, ma soprattutto alla relazione annuale inviata al Governo e al Parlamento, in cui si evidenziano le “disfunzioni riscontrate nel settore degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici” (lett. *f*).

In base alla disposizione di cui all’art.4, 6° comma, “nell’ambito della propria attività l’Autorità può richiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, agli altri enti aggiudicatori o realizzatori, nonché a ogni altra pubblica amministrazione e a ogni ente, anche regionale, impresa o persona che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di inca-

59. Cfr. BANI, *op. cit.*, p. 23 ss.

60. Cfr. Corte cost., sentenza 7 novembre 1995, n. 482.

ricchi di progettazione, agli affidamenti dei lavori". Le ispezioni possono essere disposte "anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse" e per la loro attuazione l'Autorità si avvale "del servizio ispettivo (...) e della collaborazione di altri organi dello Stato". L'Autorità, inoltre, "può disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria".

L'ultima parte del comma 6 dispone inoltre che "tutte le notizie, le informazioni o i dati riguardanti le imprese oggetto di istruttoria da parte dell'Autorità sono tutelati, sino alla conclusione dell'istruttoria medesima, dal segreto di ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni. I funzionari dell'Autorità, nell'esercizio delle loro funzioni, sono pubblici ufficiali. Essi sono vincolati dal segreto d'ufficio".

Da tali rigide previsioni normative emerge una sostanziale limitazione del diritto di accesso agli atti amministrativi così come garantito dalla legge n.241/90, perché in concreto soccombente dinanzi all'esigenza di condurre a buon fine le procedure di controllo avviate dall'Autorità.

Ciò appare confermato dall'art.4 della legge n.265/99, che modificando l'art.23 della legge del 1990, ha incluso anche le Autorità tra i soggetti che sono tenuti a garantire il diritto di accesso, con il limite, tuttavia, dell'osservanza delle rispettive discipline. Del medesimo tenore l'art.5, comma 4, del regolamento di attuazione della legge quadro, secondo cui: "*salvo quanto previsto dall'art.4, comma 6, della Legge*⁶¹, al procedimento, ai diritti e agli obblighi dei soggetti interessati, e all'accesso agli atti si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n.241, e successive modificazioni".

61. Corsivo nostro.

L'esercizio dei poteri sanzionatori menzionato alla lettera h) del 4° comma dell'art.4 – quale conseguenza, come osservato in precedenza, della rilevazione di comportamenti (ingiustificati) che ostacolano la normale attività di controllo svolta dall'Autorità – attiene a due ipotesi distinte.

La prima, di carattere generale (art.4, comma 7) si riferisce ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità nei confronti dei soggetti i quali, a seguito della richiesta, inoltrata dall'Autorità, di fornire "gli elementi di cui al comma 6", si rifiutino od omettano "senza giustificato motivo" di ottemperare a tale richiesta (pagamento di una somma fino a 50 milioni); ovvero forniscano informazioni o esibiscano documenti non veritieri (fino a 100 milioni).

Il comma 7 precisa altresì che "l'entità delle sanzioni è proporzionata all'importo contrattuale dei lavori cui le informazioni si riferiscono"; e che "sono fatte salve le diverse sanzioni previste dalle norme vigenti".

La seconda ipotesi (art.4, comma 17), invece, è ristretta ai casi di "lavori pubblici di importo superiore a 150.000 Ecu", per i quali "le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri enti aggiudicatori o realizzatori sono tenuti a comunicare all'Osservatorio dei lavori pubblici", entro un massimo di 15 giorni dalla data di emissione del verbale di gara o di definizione della trattativa privata, "i dati concernenti la denominazione dei lavori, il contenuto dei bandi e dei verbali di gara, i soggetti invitati, l'importo di aggiudicazione, il nominativo dell'aggiudicatario o dell'affidatario e del progettista"; nonché, entro un massimo di 30 giorni dalla data della relativa effettuazione, "l'inizio, gli stati di avanzamento e l'ultimazione dei lavori, l'effettuazione del collaudo, l'importo finale del lavoro". Il mancato invio dei dati richiesti, senza giustificato motivo, espone il soggetto al "pagamento di una somma fino a lire 50 milioni". La sanzione è elevata fino al doppio, qualora vengano forniti "dati non veritieri".

Ora, mentre il comma 7 dispone che contro i provvedimenti emanati dall'Autorità, "è ammesso ricorso al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva (...) entro trenta giorni dalla data di ricezione dei provvedimenti medesimi", non è previsto analogo rimedio al comma 17: si tratta, presumibilmente, di una (grave) distrazione del legislatore, che peraltro non esclude, in linea di principio, un'interpretazione analogica della norma di cui al comma 7⁶².

Da segnalare, inoltre, al riguardo, il successivo intervento "riequilibrativo" promosso in sede regolamentare. Ai sensi dell'art.6, 3° comma del D.P.R. n.554/99, "i provvedimenti [dell'Autorità] (...) sono impugnabili avanti al giudice amministrativo nei modi e nei termini di legge".

Detto intervento, nonostante abbia eliminato, rispetto al testo di legge, il riferimento al carattere *esclusivo* della giurisdizione del giudice amministrativo⁶³, non tiene conto, tuttavia, del fatto che la facoltà di attribuire la giurisdizione è riservata esclusivamente alla legge. Ne è priva, pertanto, qualsiasi fonte di natura secondaria⁶⁴.

La giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti dell'Autorità consegue al "carattere speciale di tale ricorso", dal momento che tali provvedimenti risultano "impugnabili secondo i principi generali e connessa garanzia costituzionale. Né diversa opinione può fondarsi nel qualificarli giustiziali o quasi giustiziali o quasi giurisdizionali"⁶⁵.

62. Cfr. TASSAN MAZZOCCO, ANGELETTI, ZOPPOLATO, *Legge quadro sui lavori pubblici (Merloni-ter)*, Milano, 1999, p.383.

63. Cfr. CARANTA, *Modalità di esercizio della vigilanza da parte dell'Autorità sui lavori pubblici*, in (a cura di) CARBONE, CARINGELLA, DE MARZO, *L'attuazione della legge quadro sui lavori pubblici*, Milano, 2001, p.26.

64. Cfr. *ibidem*, p.24.

65. Così CANNADA BARTOLI, *Commento*, cit., p.110.

Una simile anomalia, infatti, mutuabile esclusivamente dai caratteri propri di altri ordinamenti⁶⁶, sottraendo (sul presupposto della loro atipicità e della collocazione al di fuori degli schemi giuridici tradizionali) i provvedimenti dell'Autorità al successivo sindacato giurisdizionale, rischierebbe di vedere affermata l'indipendenza di detto organismo nei confronti dell'intero ordinamento; e, in ultima analisi, di compromettere la stessa integrità del sistema.

2.2. Le disposizioni del D.P.R. n.554/99

Ulteriori aspetti problematici sono riferibili all'entrata in vigore del regolamento generale di attuazione della legge quadro (D.P.R. 21.12.1999, n.554), che dedica all'Autorità il Titolo I, Capo II, recante *Modalità di esercizio della vigilanza da parte dell'Autorità sui lavori pubblici*.

Aspetti che sono emersi fin dal procedimento di adozione del regolamento, quando la stessa Autorità, di propria iniziativa⁶⁷, sul presupposto dell'applicazione analogica del disposto dell'art.4, comma 4, lett. e) della legge quadro (che conferisce all'Autorità il potere di formulare "proposte per la revisione del regolamento" al ministro dei lavori pubblici), è

66. V. *supra*, Cap.I, § 2.

67. Nell'attuale versione (Merloni-*ter*), la legge quadro non prevede la preventiva consultazione dell'Autorità ai fini dell'adozione del regolamento di attuazione. Tale previsione, infatti, è stata eliminata dall'art.3, 2° comma, a seguito della riforma operata dalla legge n.216/95. Peraltro, "la posizione assunta dall'Autorità pare condivisibile nella misura in cui sarebbe irrazionale, in quanto contrario al principio di economia degli atti giuridici, limitare la facoltà di intervento alla fase successiva all'adozione del Regolamento". CARANTA, *op. cit.*, p.23.

intervenuta, mediante parere, in relazione “ai punti (...) che ne individuano il ruolo nell’ordinamento e che riguardano particolarmente la sua organizzazione e funzionamento, ovvero a quelli che con tali punti hanno specifica e diretta correlazione”⁶⁸.

Dai rilievi formulati in tale atto, si desume che l’intenzione dell’Autorità era di vedersi attribuite, sulla base di alcune lacune presenti nel testo di legge, funzioni ulteriori a quella di vigilanza e poteri assolutamente nuovi, anche in rapporto a quelli esercitati da altre *authorities* nei rispettivi ambiti di operatività.

Secondo il parere dell’Autorità, difatti, il regolamento avrebbe dovuto prevedere nei suoi confronti:

- il riconoscimento di una *legitimatio ad causam* attiva e diretta (senza, cioè, usufruire del patrocinio obbligatorio dell’Avvocatura dello Stato) ad impugnare gli atti finali delle procedure di aggiudicazione di lavori pubblici considerate illegittime;
- la “facoltà di procedere direttamente alla consultazione del Consiglio di Stato”⁶⁹; senza, pertanto l’intervento dell’ufficio di Presidenza del Consiglio dei Ministri;
- l’inserimento, nel testo dell’emanando regolamento, dell’art.5-bis, e la modifica dell’art.6, 1° comma, al fine di “chiarire meglio i profili circa l’adozione di provvedimenti sanzionatori e la relativa tutela giurisdizionale”⁷⁰.

68. Così l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, *Parere sul regolamento di attuazione di cui all’articolo 3 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modifiche ed integrazioni*, del 17 marzo 1999.

69. Proposta dell’Autorità per la revisione dell’art.3 del regolamento, *ibidem*.

70. Così CARANTA, *Modalità di esercizio della vigilanza da parte dell’Autorità sui lavori pubblici*, cit., p.24.

Tuttavia, tali proposte, dirette ad un effettivo accrescimento del ruolo dell’Autorità nel settore dei lavori pubblici, hanno incontrato l’opposizione dell’Adunanza generale del Consiglio di Stato.

In particolare, nel valutare la richiesta di legittimazione attiva a ricorrere in sede giurisdizionale, il Consiglio ha innanzitutto rilevato, in linea generale, che la materia è riservata alla legge e, pertanto, non può essere oggetto di normazione secondaria; inoltre, che tale previsione risulterebbe essenzialmente in contrasto con il principio di corrispondenza necessaria tra l’interesse sostanziale del soggetto e la relativa legittimazione processuale. Tali considerazioni sono state recepite in pieno dal Governo al momento della stesura finale del testo del regolamento⁷¹.

Lo stesso Governo ha evidenziato, in merito alla connessa questione sul libero patrocinio, come la normativa *de qua* non fosse la sede adatta per derogare alle previsioni legislative che avevano affidato all’Avvocatura dello Stato in via “organica ed esclusiva”, il patrocinio legale delle amministrazioni⁷².

Quanto all’opportunità di adire in via diretta il Consiglio di Stato a fini consultivi, il parere dell’Adunanza generale è apparso, invece, non del tutto contrario. Ciò sul presupposto che la mediazione dell’esecutivo

71. CARANTA, *ibidem*, p. 25, riporta anche le osservazioni del Governo (contenute nella relazione finale di accompagnamento al regolamento), che sul punto condivide l’opinione del Consiglio di Stato. “La attribuzione di una generale legittimazione ad impugnare (una sorta di azione pubblica nell’interesse della legge) al di là della tradizionale figura dell’interesse occasionalmente protetto pare non possa che essere disposta per legge; ma tale non è stata la scelta operata dal legislatore (...), così confermando che il contenuto dei poteri dell’Autorità di vigilanza è tipizzato e si esprime attraverso i mezzi previsti dalla legge, tra i quali non c’è l’iniziativa processuale”.

72. Cfr. il R.D. n. 1611/1933 e la legge n. 103/1979.

potesse risultare in conflitto con l'autonomia attribuita dalla legge all'Autorità⁷³.

D'altro canto, a quest'ultima è stata negata qualsiasi possibilità di irrogare sanzioni diverse da quelle di natura pecuniaria, quali, ad esempio, la potestà di sospendere le imprese dalla partecipazione alle gare. In base alla legislazione attualmente in vigore, detta potestà, infatti, spetta in via esclusiva alle stazioni appaltanti nel merito della valutazione delle relative situazioni. Al riguardo, nel testo definitivo dell'art.6, 4° comma, del D.P.R. n.554/99, è stato aggiunto l'attributo "pecuniaria" alla "sanzione" disposta nei casi di violazione "degli obblighi di veridicità delle dichiarazioni e delle dimostrazioni ai sensi dell'art.10, comma 1-*quater*, della Legge" – nell'intento di evidenziare i limiti entro i quali l'Autorità è legittimata all'esercizio del potere sanzionatorio.

Ai sensi dell'art.3, 1° comma, del regolamento, "l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità, della Segreteria tecnica, del Servizio Ispettivo, dell'Osservatorio dei lavori pubblici e delle eventuali commissioni istituite al proprio interno, nonché le modalità di esercizio della vigilanza sul contenzioso arbitrale sono disciplinati dai regolamenti adottati dall'Autorità stessa".

In sostanza, la norma si limita a dare conferma della autonomia organizzativa conferita all'Autorità dalla previsione legislativa di cui all'art.4, 2° comma, della Legge. Peraltro, l'Autorità aveva già provveduto ad approvare il regolamento sul proprio funzionamento in data 17 marzo 1999.

Nella sua formulazione originaria, la bozza di regolamento prevedeva anche che l'adozione delle normative interne dovesse avvenire a

73. Cfr. CARANTA, *op. cit.*, p. 27.

maggioranza assoluta dei membri dell’Autorità, stabilendo, pertanto un *quorum* per la validità delle relative deliberazioni. Tuttavia, in considerazione del carattere di indipendenza, anche formale, dell’Autorità dall’esecutivo, ciò è apparso, in un secondo momento, eccessivo.

Mentre il 2° comma dell’art.3 specifica esclusivamente che “le modalità di esercizio della vigilanza sul sistema di qualificazione sono disciplinate dal regolamento previsto dall’articolo 8, comma 2, della Legge”, il 3° comma introduce la regola secondo cui “tutte le delibere dell’Autorità sono trasmesse in copia conforme ai soggetti interessati con lettera raccomandata con avviso di ricevimento”⁷⁴, e afferma altresì che “le delibere e gli atti riguardanti questioni di rilievo generale o comportanti la soluzione di questioni di massima sono pubblicati sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana*”, garantendo così la più ampia diffusione anche a quelle delibere dell’Autorità meritevoli di attenta considerazione, anche sul piano dei rilievi critici⁷⁵.

Infine, il 4° comma prevede che “ove ricorrano esigenze di elevata e specifica professionalità, l’Autorità può avvalersi di supporti esterni, definendo le modalità di conferimento dei relativi incarichi professionali”. Fermo restando il *favor* manifestato dalla norma nei confronti dell’impiego di risorse esterne *ad adiuvandum*, la valutazione in concreto di dette esigenze è comunque rimessa all’Autorità.

L’art.4 del D.P.R. n.554/99, intitolato *Esercizio della funzione di vigilanza*, contiene, in effetti, solo alcune norme al riguardo, dal momento che il successivo art.5 prevede ulteriori disposizioni sulla *Istruttoria e provvedimenti conseguenti*. C’è chi ha voluto individuare in tale distinzione

74. Sulla “opportunità della cristallizzazione di una regola del genere nel regolamento governativo”, v. ancora CARANTA, *op. cit.*, p. 28.

75. V. in particolare, *infra*, Cap. III, § 3.

una suddivisione tra funzioni generali (attinenti all'attività di raccolta dei dati e delle informazioni) e "procedimenti specifici di accertamento di concreti e puntuali episodi di violazione della disciplina in materia di appalti di lavori"; ovvero, "alternativamente", tra "l'indagine preliminare e la procedura formale"⁷⁶.

A prescindere da qualsiasi rilevazione di natura sistematica, il contenuto dell'art.4 è abbastanza scarso. Il 1° comma, infatti, si limita a specificare che "le richieste di cui all'art.4, comma 6, della Legge⁷⁷ contengono il termine entro il quale i destinatari devono inviare gli elementi richiesti". Ad un'attenta lettura, tale disposizione appare superflua, specie in considerazione del fatto che la stessa Autorità (che pure ne ha sollecitato l'inserimento) ben avrebbe potuto provvedere, di volta in volta, alla definizione di un termine oltre il quale il mancato invio delle informazioni e dei documenti richiesti avrebbe cagionato l'imposizione di una sanzione, ai sensi dell'art.4, comma 7, della Legge.

Il 2° comma prevede esplicitamente, "ai fini dell'assunzione di notizie e chiarimenti" la possibilità per l'Autorità – "previo congruo preavviso e con indicazione delle circostanze su cui devono essere sentiti" – di convocare i soggetti a qualsiasi titolo coinvolti nell'indagine dell'Autorità: rappresentanti delle pubbliche amministrazioni, amministratori, sindaci, revisori, direttori di imprese e società, nonché "chiunque sia ritenuto opportuno sentire". Ai sensi del 3° comma, "l'Autorità può altresì inviare funzionari per assumere notizie e chiarimenti nella sede di amministrazioni e imprese".

Il 4° comma del predetto articolo, inserito nella versione finale del regolamento, non è stato ammesso al visto della Corte dei Conti e, di con-

76. Così CARANTA, *op. cit.*, pp. 29-30.

77. V. *supra*, § 1.

sequenza espunto dal testo pubblicato nella Gazzetta Ufficiale. La norma *de qua* disponeva che “in singole e specifiche situazioni, l’Autorità può se richiesta dai soggetti interessati *risolvere con propria determinazione e con efficacia vincolante nel caso di specie*⁷⁸ le questioni controverse sottoposte al suo esame. I relativi procedimenti, ispirati comunque al rispetto del contraddittorio, sono disciplinati dall’Autorità con proprio regolamento”.

Nel rilievo 24 gennaio 2000, n.2, la magistratura contabile, *prima facie*, aveva evidenziato un “contrasto con l’art.4, comma 4, della legge quadro, che elenca compiutamente e puntualmente *tutti* i compiti dell’Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici”. In effetti, detta norma non è *norma di principio* e, pertanto, “non può essere “integrata” da una norma regolamentare (cfr. l’art.17, comma 1, lett. *b*), della legge 23 agosto 1988, n.400”.

Oltre a questo profilo di illegittimità, la Corte aveva osservato come la disposizione fosse “censurabile” anche sotto il profilo sostanziale, poiché “essa mal si concilia con gli istituti di carattere generale attinenti alla risoluzione delle controversie tra i contraenti”. Ciò sul presupposto della mancata definizione dei limiti entro cui tale potere di risoluzione delle controversie fosse esercitabile.

Se, infatti, nella relazione finale il governo aveva illustrato come fosse opportuno “prevedere un meccanismo che attribuisce all’Autorità, investita del relativo potere dalla volontà consensuale, la regolamentazione della specifica fattispecie, attraverso un momento di composizione stragiudiziale e pregiudiziale della possibile vertenza, che consenta all’Autorità stessa di dettare la regola per il caso concreto”, tuttavia, in tale documento non veniva specificata né la natura giuridica delle pronunce emesse (*atto amministrativo atipico* ovvero *determinazione contrattuale*: in quest’ultimo caso, secondo la Corte dei Conti si sarebbe trattato di “arbi-

78. Corsivo nostro.

trato irrituale, la cui natura è dalla costante giurisprudenza individuata in un mandato negoziale mediante il quale viene conferito al terzo”, e cioè all’Autorità, “il potere di comporre una lite sostituendosi alla volontà dei contraenti, mediante composizione amichevole, conciliativa o transattiva, o mediante negozio giuridico di mero accertamento”) e la loro impugnabilità; né il rapporto tra le determinazioni “e l’accordo bonario disciplinato dall’art.31-*bis* della legge quadro e dall’art.149 del regolamento”; né, infine, “se l’attività venga svolta a titolo gratuito”.

In risposta al rilievo n.2/2000, il Ministero dei Lavori pubblici aveva osservato come la previsione di un generale potere di definizione delle controversie con efficacia ristretta al caso di specie non fosse altro che una delle “modalità di esercizio della vigilanza”, la cui attuazione era stata espressamente demandata dalla legge alla normativa secondaria.

Inoltre, pur trattandosi “nella fattispecie di una disposizione di portata sostanzialmente nuova” aveva indicato nel *parere vincolante* la qualificazione giuridica più idonea per le determinazioni dell’Autorità, “proprio in virtù del libero e concorde assoggettamento delle parti”. In questo senso, tali atti si innestavano sulla “fase dell’autotutela amministrativa oppure della transazione a seconda del momento temporale del rapporto” in cui venivano ad inserirsi.

Tuttavia, con la Deliberazione conclusiva 8 maggio 2000, n.40, la Corte ha sostanzialmente ribadito le precedenti osservazioni critiche, rilevando altresì “la inidoneità delle deduzioni [del Governo] a superare le perplessità avanzate, (...) con particolare riguardo alla “conciliabilità” della normativa in esame con quella che disciplina gli istituti di carattere generale attinenti alla risoluzione delle controversie tra i contraenti”. Non è apparso, pertanto, soddisfacente l’inquadramento delle determinazioni nella categoria dei pareri vincolanti, e la Corte è addivenuta “a declaratoria di non conformità a legge dell’art.4, quarto comma, del regolamento”.

Le considerazioni della Corte dei Conti appaiono del tutto condivisibili. È illogico ritenere che, nel silenzio della legge, sia conferito all’Autorità un potere di tipo para-giurisdizionale quale espressione della funzione di vigilanza, anche ammettendo che un simile potere sia esercitabile esclusivamente dietro sollecitazione delle parti interessate. Laddove le intenzioni del legislatore fossero state chiaramente dirette ad attribuire all’Autorità un’ulteriore “modalità attuativa del generale potere di vigilanza”⁷⁹, ciò sarebbe emerso in modo inequivoco: “ed infatti – afferma ancora la Corte – l’Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici è titolare di una serie di significative competenze *peraltro tutte non attinenti a singole fattispecie concrete*⁸⁰, bensì correlate al sistema “lavori pubblici” e finalizzate a “garantire l’osservanza dei principi di cui all’articolo 1, comma 1, della legge quadro (...)” (così l’art.4, comma 1, della stessa legge quadro)⁸¹.

Il 1° comma dell’art.5 stabilisce che, sulla base degli “elementi acquisiti anche a norma dell’art.4”, l’eventuale deliberazione dell’Autorità relativa alla “apertura dell’istruttoria in merito alla situazione sottoposta ad esame” sia comunicata “a tutti i soggetti interessati”: sia, pertanto, ai soggetti destinatari del provvedimento finale, sia a coloro che sono chiamati semplicemente ad intervenire nel corso della procedura.

In virtù del richiamo di cui al successivo comma 4⁸², detta comunicazione coincide sostanzialmente con la comunicazione di avvio del proce-

79. Così la risposta del Ministero dei Lavori pubblici al rilievo n.4/2000 della Corte dei conti.

80. Corsivo nostro.

81. Corte dei Conti, Deliberazione 8 maggio 2000, n.40.

82. Art.5, 4° comma, del D.P.R. n.554/99: “Salvo quanto previsto dall’articolo 4, comma 6, della Legge, al procedimento, ai diritti e agli obblighi dei soggetti interessati, e all’accesso agli atti si applicano le disposizioni della legge 7 agosto 1990, n.241, e successive modificazioni”.

dimento di cui all'art.7 della legge n. 241 /90. Ai sensi del 2° comma, essa "deve contenere gli elementi essenziali della fattispecie oggetto di istruttoria, e deve assegnare il termine, non inferiore a venti giorni, entro il quale il destinatario può chiedere di essere sentito".

Il 3° comma individua nel Servizio Ispettivo l'organo centrale di cui si avvale l'Autorità "per l'espletamento delle ispezioni nei casi previsti dalla Legge". La norma, opportunamente, dispone inoltre che l'Autorità è tenuta fissare "l'oggetto, la data di inizio e di ultimazione dell'ispezione", con ciò dettando dei limiti necessari ai poteri astrattamente esercitabili dall'organo di vigilanza.

L'art.6 del regolamento, *Esercizio del potere sanzionatorio*, conclude lo spettro delle norme regolamentari dedicate all'Autorità. Ai sensi del 1° comma, "l'Autorità provvede alla contestazione della violazione del dovere di informazione di cui all'art.4, commi 6 e 17, della Legge, e del dovere di esatta dichiarazione e di dimostrazione circa il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa di cui all'articolo 10, comma 1-*quater*, della Legge, concedendo un termine non inferiore a venti giorni per la presentazione di eventuali giustificazioni scritte".

Allo scadere del termine, l'Autorità è tenuta a valutare le giustificazioni pervenute e a deliberare in merito (comma 2). Queste possono vertere sia sulla presenza di elementi idonei a configurare un "giustificato motivo" per la violazione commessa, sia, all'opposto, sulla carenza degli elementi idonei a configurare l'illecito.

I provvedimenti dell'Autorità "prevedono il termine di pagamento delle sanzioni, e sono impugnabili avanti al giudice amministrativo nei modi e nei termini di legge" (comma 3). Nonostante il parere contrario del Consiglio di Stato⁸³, la norma in esame prova a supplire alle carenze

83. V. *supra*, § 1.

del testo legislativo, mediante una previsione uniforme, riferibile sia ai provvedimenti di cui al comma 7, che a quelli del comma 17 dell'art.4.

Ora, stante la riserva assoluta di legge contenuta nell'art.25 Cost., circa la necessaria precostituzione del giudice naturale, esorbita sicuramente dalle competenze della normativa regolamentare qualsiasi attribuzione di giurisdizione⁸⁴. Pertanto, la disposizione, se non del tutto illegittima, appare eccessiva nella sua perentorietà. D'altro canto, anche riconoscendole un valore meramente confermativo delle norme di legge, implicitamente se ne ammetterebbe l'ovvietà.

Due utili specificazioni sono contenute a commi 4° e 5° dell'art.6. Il 4° comma stabilisce che nei casi di sanzioni pecuniarie irrogate "per violazione degli obblighi di veridicità delle dichiarazioni e delle dimostrazioni ai sensi dell'art.10, comma 1-*quater*, della Legge" il provvedimento sia trasmesso all'Osservatorio dei Lavori pubblici.

Il 5° comma si riferisce al procedimento da osservare nell'ipotesi contemplata "all'art.4, comma 8, della Legge". Tale ipotesi attiene alle violazioni commesse da soggetti appartenenti alla pubblica amministrazione, nei confronti dei quali si applicano "le sanzioni disciplinari previste dall'ordinamento per gli impiegati dello Stato" (art.4, comma 8, della legge quadro). L'Autorità "informa i soggetti competenti per l'applicazione delle sanzioni disciplinari"; mentre "l'amministrazione è tenuta a comunicare all'Autorità l'esito del procedimento disciplinare".

84. Nella sua originaria versione, il Regolamento "addirittura fissava il carattere esclusivo della giurisdizione del g.a. e fissava il termine di decadenza per l'impugnazione di trenta giorni dalla data di ricevimento dell'atto". Cfr. CARANTA, *op. cit.*, p.38.

2.3. L'intervento della giurisprudenza

L'analisi delle funzioni e delle attività dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, condotta sulla base delle fonti normative rilevanti, consente di inquadrare tale organismo rispetto ai caratteri del fenomeno delle *authorities* così come delineato nel Capitolo 1.

In via preliminare, è necessario osservare che la legge ha inteso qualificare l'Autorità sostanzialmente in base a criteri di autonomia e indipendenza, peraltro gli stessi che – si è visto – caratterizzano, nel medesimo settore, l'azione del Consiglio superiore dei lavori pubblici. In questo senso, non sembra logico collocare l'Autorità di vigilanza, per il solo fatto di essere svincolata dall'organizzazione ministeriale e dall'influenza dell'esecutivo, in una posizione di assoluta terzietà, esclusivamente in virtù dei compiti che è chiamata a svolgere.

In effetti, all'Autorità, quale organo di garanzia preposto al settore dei lavori pubblici, sono state attribuite alcune funzioni, *tassativamente* elencate all'art.4, 4° comma della legge n.109/94 e successive modificazioni, di natura sostanzialmente amministrativa, sebbene, come ha rilevato la Corte Costituzionale nella sentenza n.482/95, le stesse “non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo”, ma “esprimono una funzione di garanzia in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo”.

Pertanto, “le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici”.

In considerazione di ciò, non può accogliersi, con riferimento all'organismo *de quo*, l'opinione di quella dottrina che ritiene le Autorità indipendenti, sul presupposto della loro estraneità allo Stato-apparato, esonerate dal perseguimento dell'interesse pubblico⁸⁵.

Infatti, seppure, in linea teorica, la posizione di garanti del rispetto delle regole nei confronti dell'intera collettività, la prevalente impronta tecnica e la sottrazione alle direttive politiche collocano tali organismi al di fuori delle strutture amministrative tradizionali, non è possibile inquadrare il fenomeno come *amministrazione neutrale*, il cui ruolo sia assimilabile a quello di un organo giurisdizionale.

Pertanto, è necessario rilevare l'assenza di quella ovvia corrispondenza tra il dato normativo, che rappresenta l'Autorità "come "organo" amministrativo preposto a un'attività di vigilanza sulla corretta applicazione della normativa in materia", senza tuttavia, "attribuirle un'effettiva incidenza sull'esecuzione delle gare e dei contratti e in generale sul mercato, diversamente da altre Autorità"⁸⁶ e le funzioni in concreto esercitate dall'Autorità di vigilanza.

La citata sentenza n.482/95 della Consulta, nel definire il ruolo dell'Autorità all'interno del sistema dei lavori pubblici, ha stabilito i relativi limiti di azione, precisando che la creazione di un "nuovo organismo collegiale di alta qualificazione, chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo e agli organi di ogni amministrazione" è funzionale allo svolgimento di un ruolo di vigilanza e garanzia, il quale "implica una conoscenza completa ed integrata del settore dei lavori pubblici". Si esclude, pertanto, l'esercizio di alcun potere di natura giurisdizionale, ridimensionando la tendenza manifestata dall'Autorità

85. Per tutti CASSANO, *Le autorità indipendenti tra neutralità e responsabilità*, cit., p.70 ss.

86. Centro Studi CNI, *Spazi e opportunità di intervento per le amministrazioni regionali in materia di lavori pubblici*, n.20/2000, p.60. L'A. riporta l'esempio dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, cui la legge attribuisce sia poteri di vigilanza, sia la facoltà di intervento per la risoluzione di conflitti.

ad intervenire in situazioni determinate, mediante l'adozione di provvedimenti a carattere regolatorio⁸⁷, astrattamente in grado di influire sulle posizioni giuridiche soggettive.

Anche il T.A.R. Piemonte (Sez. I, sentenza 21.12.2000, n.1427) è intervenuto per annullare un provvedimento emesso dal direttore del servizio ispettivo dell'Autorità, nella parte in cui censurava un atto della Giunta del comune di San Gillio, sul presupposto che "l'art.4 della legge n.109/94 non prevede che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici possa adottare atti puntuali, rilevanti sulla legittimità di quelli degli organi che stipulano i contratti, all'esito delle procedure sottoposte alla sua vigilanza".

Nella pronuncia si osserva altresì che "l'Autorità intimata ha ampliato le proprie attribuzioni, determinando modalità precise a cui gli organi dell'amministrazione si devono attenere nell'espletamento della loro funzione nel settore; si possono ricordare a titolo di recente esempio le "tipologie unitarie dei bandi di gara per l'affidamento dei lavori pubblici" pubblicate nel s.o. della G.U. 4.9.2000, n.206. In quel caso la natura dell'atto appare assimilabile a quella regolamentare, per cui anche nei confronti di tale determinazione si potrebbe porre il problema dell'impugnazione".

I puntuali rilievi mossi dal giudice amministrativo introducono l'analisi della potestà deliberativa e delle singole pronunce dell'Autorità.

87. V. *infra*, Cap. 3, § 1.

3. L'analisi delle pronunce dell'Autorità

3.1. La potestà deliberativa dell'Autorità tra determinazioni e "interventi regolatori"

Nel panorama delle funzioni attribuite all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, un cenno a parte merita la *potestà deliberativa*, il cui esercizio consente, in particolare attraverso l'attività di interpretazione delle norme, di intervenire puntualmente sul "buon andamento" e lo sviluppo del settore degli appalti pubblici.

Si è già avuto modo di rilevare⁸⁸ come tale potestà abbia subito un ridimensionamento rispetto a quanto stabilito dal 4° comma dell'art.4 del D.P.R. n.554/99, norma che poneva in capo all'Autorità la facoltà di *risolvere con propria determinazione e con efficacia vincolante circoscritta al caso di specie* le controversie sottoposte al suo esame dai soggetti interessati. Detta norma, come è noto, non ha ottenuto il visto di registrazione da parte della Corte dei Conti. La censura è stata motivata sulla base dei riscontrati profili di *illegittimità* ("per contrasto con l'art.4, comma 4, della legge quadro che elenca compiutamente, e puntualmente, tutti i compiti dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici") e di sostanziale *inconcilia-*

88. V. *supra*, Cap. 2, § 2.

bilità “con gli istituti di carattere generale attinenti alla risoluzione delle controversie tra i contraenti”⁸⁹.

Allo stato attuale, pertanto, la potestà deliberativa viene esercitata dall’Autorità mediante *determinazioni* – qualificabili alla stregua provvedimenti amministrativi atipici, nella sostanza assimilabili ai pareri – emesse allo scopo di fornire chiarimenti in merito a questioni di natura interpretativa, ma formalmente prive di alcun valore coercitivo.

Presupposto per l’emissione di una determinazione è la segnalazione inviata dai soggetti che gravitano nella sfera di applicazione della normativa sui lavori pubblici (enti locali, pubbliche amministrazioni, ordini professionali, imprese), direttamente coinvolti nella questione su cui è richiesto il parere dell’Autorità, ovvero indirettamente interessati alla fissazione di precisi canoni interpretativi di una o più norme.

Vista l’efficacia non vincolante di tali provvedimenti, non si pongono problemi di legittimità riguardo alla loro emanazione. D’altro canto, proprio a causa dell’estrema autorevolezza dell’organo dal quale provengono, è opportuno riflettere sulla portata che le singole determinazioni possono assumere in concreto. Le questioni sottoposte all’Autorità, infatti, seppure legate a situazioni specifiche, hanno *valenza generale*, come più di una volta la stessa Autorità ha messo in risalto.

In questo senso, è difficile ritenere che il contenuto delle determinazioni non contribuisca, in modo effettivo, alla formazione di un “diritto derivato” in materia di lavori pubblici, specie laddove l’Autorità si configuri quale interprete privilegiato, seppure necessario, delle norme sottoposte al suo esame⁹⁰.

89. Cfr. Corte dei Conti, Deliberazione n.40/2000.

90. V. *infra*, § 2.

Non va dimenticato d'altronde che, anteriormente alle censure mosse dalla magistratura contabile circa l'attribuzione del potere di risoluzione delle controversie di cui al soppresso 4° comma dell'art.4 del D.P.R. n.554/99, l'Autorità di vigilanza, con proprio regolamento, aveva già provveduto ad attribuirsi la facoltà di emanare (in presenza di particolari circostanze) provvedimenti a carattere *regolatorio*, con ciò aggirando essenzialmente i limiti imposti dalla legge⁹¹.

Infatti, ai sensi dell'art.5, 1° comma, del *Regolamento per il funzionamento del servizio delle ispezioni e degli accertamenti* emanato dal Consiglio dell'Autorità, "qualora dalle risultanze delle ispezioni e degli accertamenti istruttori emerga un'azione amministrativa non conforme alla disciplina del settore, per dubbi interpretativi circa il contenuto delle regole, il Consiglio può attuare un intervento regolatore, secondo le modalità individuate nel seguente comma".

Il citato 2° comma è del seguente tenore: "l'Autorità adotta con deliberazione del Consiglio l'intervento di cui al comma precedente dopo un preliminare esame, sulla base dei dati ed elementi forniti dai servizi competenti, con l'ausilio, ove necessario, di consulenze e previa audizione delle amministrazioni interessate e di rappresentanze delle categorie produttive".

Ora l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici non può certamente annoverarsi tra le Autorità c.d. di regolazione, stante l'assenza di una espressa attribuzione legislativa di tale potestà.

Inoltre, non pare che la facoltà di *attuare interventi regolatori* sia riconducibile alla semplice *legisdizione*, cioè a quell'attività ricognitiva delle norme rilevanti nel caso concreto, in genere consentita alle Autorità indi-

91. Ha così giustamente affermato la Corte dei conti.

pendenti perché priva di qualsiasi discrezionalità nell'accertamento di eventuali lesioni di situazioni giuridiche soggettive; bensì diretta in via esclusiva a garantire *la certezza del diritto*⁹².

Al contrario, sembra molto più vicina ad un'attività di natura *quasi giurisdizionale*, per la quale la pronuncia emessa dall'organo di vigilanza (nel vario intento di comporre interessi in conflitto, colmare vuoti legislativi, dettare discipline uniformi cui gli organi dell'amministrazione sono tenuti ad adeguarsi) è in grado di incidere concretamente sulle posizioni giuridiche dei ricorrenti.

Oltre ad essere del tutto estranea ai principi che informano il nostro ordinamento⁹³, come è stato correttamente evidenziato tale attività "esorbita notevolmente da quelle che sono le competenze non solo dell'Autorità stessa, ma in generale delle amministrazioni indipendenti, garanti sicuramente del rispetto delle regole di un determinato settore, ma non certo preposte a regolamentarlo spodestando da tale ruolo il legislatore"⁹⁴. Pertanto, il relativo esercizio si pone in aperto contrasto con le disposizioni della legge quadro, che attribuiscono all'Autorità una serie di competenze tipiche e nominate, fino a ravvisarsi un fondato sospetto di illegittimità costituzionale.

92. V. *supra*, Cap. I, § 1.

93. Cfr. CANNADA BARTOLI, *Commento*, cit., p.110.

94. Così Centro Studi CNI, *L'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Organi, poteri e attività*, cit. p. 49.

3.2. Gli atti di regolazione e di determinazione emesse nel periodo febbraio 2000-marzo 2001

In questo paragrafo vengono analizzate e commentate le principali determinazioni emanate dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici nel periodo febbraio 2000-marzo 2001.

Determinazione n. 3 del 17.02.2000

Clausole di riserva ai professionisti residenti contenute nei bandi ovvero in pubblici avvisi per progettazione di opere pubbliche

Con nota dell'8.11.1999, il C.N.I. richiamava l'attenzione dell'Autorità di vigilanza sui ll.pp. su di una clausola contenuta in un bando relativo ad un concorso di idee in forza della quale il Comune di Gallarate limitava l'ambito soggettivo di partecipazione alla predetta procedura concorsuale ai soli progettisti residenti nella Regione Lombardia. Analoga limitazione veniva, poi, segnalata dalla Sezione regionale siciliana del S.N.I.L.P.I.⁹⁵ anche se relativamente alla diversa fattispecie di un avviso, esperito dalla Regione Toscana, diretto alla formazione di un elenco regionale dei collaudatori.

In buona sostanza all'Autorità viene chiesto di verificare se le summenzionate clausole limitative possano o meno considerarsi conformi ai principi che informano il settore dei lavori pubblici.

La questione proposta offre lo spunto per esaminare, prima di tutto, la natura, nonché i profili procedurali del concorso di idee e del con-

95. Sindacato Nazionale Ingegneri Libero Professionisti Italiani.

corso di progettazione dei quali l'amministrazione committente può avvalersi qualora la progettazione riguardi lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico - artistico, nonché tecnologico⁹⁶. Orbene mediante tali concorsi, pur con articolazioni procedurali diverse, il committente pubblico mira a raggiungere l'identico risultato dell'individuazione dell'idea progettuale (più o meno elaborata)⁹⁷ che dovrà essere sviluppata attraverso le successive attività progettuali; sulla scorta dell'orientamento dottrinario prevalente tali procedure concorsuali sostanzierebbero una vera e propria "offerta al pubblico"⁹⁸ con le quali la pubblica amministrazione "promette di acquistare, premiandola o meno, un'idea progettuale"⁹⁹ ovvero un progetto che normalmente è definito a livello preliminare¹⁰⁰. In definitiva mentre con il concorso di idee l'amministrazione eleggerà solamente l'idea o le idee vincitrici delle quali si approprierà verso il pagamento di un premio, con il concorso di progettazione essa sceglierà, sempre verso il corrispettivo di un premio, il progetto preliminare migliore con la facoltà di procedere, attraverso trattativa diretta, alla stipulazione di un contratto di progettazione vero e proprio con il vincitore per l'affidamento dei successivi livelli.

Ciò premesso, l'Autorità di vigilanza, al fine di confutare la tesi addotta dal Comune di Gallarate secondo la quale un concorso di idee non sarebbe assimilabile al concorso di progettazione per il quale ultimo sola-

96. Art. 17, 13° comma, Legge n. 109/94.

97. Nel caso di concorso di progettazione, infatti, il prodotto ultimo assume, quanto meno, le caratteristiche di un progetto preliminare.

98. In tal senso M.S. Giannini, *"Diritto pubblico dell'economia"*, Bologna, 1977, 46.

99. Concorso di idee.

100. Concorso di progettazione. In questo senso l'Autorità nella determinazione n. 3/2000.

mente sussisterebbe il divieto di imporre discriminazioni di tipo territoriale, ha ricondotto il primo ad una sottospecie del secondo¹⁰¹ conseguentemente ritenendo applicabile al caso l'art. 26, 7° comma, del D.Lgs. n. 157/95, di attuazione della direttiva CEE n. 92/50¹⁰² che espressamente vieta che l'ammissione dei partecipanti ai concorsi di progettazione possa essere limitata al territorio nazionale ovvero a parte di esso.

Ora, le argomentazioni dell'Autorità sono, nel caso specifico, sicuramente condivisibili atteso l'innegabile collegamento che ricorre fra le due procedure di cui al 13° comma, dell'art. 17 della Legge n. 109/94 tale da precludere che le garanzie poste per uno non possano valere anche per l'altro; nonostante ciò, a nostro avviso, la ragione dell'illegittimità della clausola restrittiva apposta dall'Amministrazione comunale può essere ricercata ancora più a monte e precisamente nei principi comunitari in materia di prestazione di servizi ai quali lo stesso ordinamento giuridico interno deve uniformarsi. È difatti noto che uno dei principi cardine sui quali poggia l'ordinamento comunitario sia proprio quello della libera circolazione dei servizi nell'ambito comunitario in forza del quale il servizio può essere reso liberamente e, tendenzialmente, senza alcuna restrizione di sorta in qualsiasi Stato membro. Ora, il carattere generale del principio citato ne comporta la vincolatività per i diversi ordinamenti interni a prescindere dalla circostanza se il valore dell'oggetto del con-

101. L'Autorità ha motivato normativamente la propria scelta sulla scorta della previsione normativa di cui all'art. 5 del D.P.R. n. 1063/1962. La norma citata definisce gli aspetti del cd. "concorso in due gradi" avente lo scopo di selezionare i progetti ed ammettere al concorso di secondo grado senza alcuna graduatoria i progetti giudicati idonei.

102. Che definisce i concorsi di progettazione e non quelli di idee. L'art. 26 è stato modificato dall'art. 14 del D.Lgs. n. 65, del 25.02.2000 che, fra l'altro, non ha intaccato il 7° comma.

corso¹⁰³ sia o meno superiore alla soglia “comunitaria”; va da sé, dunque, che limitare la partecipazione ad una gara, del tipo di quella in esame, ai soli progettisti residenti nella regione venga prima di tutto a violare proprio il generale principio comunitario della libera circolazione dei servizi il cui rispetto, fra l’altro, si pone, anche ai sensi dell’art. 1, 1° comma, della Legge n. 109/94, quale principio fondamentale non derogabile dalle Regioni nell’esercizio della propria potestà legislativa concorrente¹⁰⁴.

Parimenti la clausola si appalesa illegittima sotto il diverso profilo della lesione del principio di concorrenza la cui *ratio* è da ricercarsi proprio nell’esigenza di evitare fenomeni ostruzionistici del mercato quali quelli posti in essere dal Comune di Gallarate, nonché sotto quello della lesione del principio costituzionale di parità di trattamento sancito dall’art. 3 della Costituzione e, con riferimento specifico alla materia, dall’art. 3, 2° comma, della D.CEE, n. 92/50¹⁰⁵. In tal senso depongono anche le norme regolamentari recate dal D.P.R. n. 554/99¹⁰⁶ che hanno previsto per l’espletamento dei concorsi le modalità del pubblico incanto, evidentemente ispirandosi al principio della più ampia partecipazione.

Le stessi argomentazioni possono, infine, essere richiamate a suggellare l’illegittimità della limitazione territoriale nella seconda questio-

103. Comunque determinato in base all’importo del premio ai sensi dell’art. 57, 1° comma, del D.P.R. n. 554/99.

104. Principio del quale, inoltre, il citato 7° comma, dell’art. 26 del D.Lgs. n. 157/95 è palesemente attuazione.

105. Richiamato dall’Autorità in altra occasione (formazione dell’albo dei collaudatori), ma stranamente non considerato per la disamina della questione relativa al concorso di idee.

106. Precisamente artt. 57 - 58 per il concorso di idee ed artt. 59 - 60 - 61 per il concorso di progettazione. Va precisato che dall’epoca della determinazione il D.P.R. 554/99 non era ancora entrato in vigore.

ne proposta all'Autorità relativa alla formazione dell'albo regionale dei collaudatori.

Un aspetto della determinazione va ulteriormente precisato. Afferma l'Autorità che, ove la clausola della limitazione territoriale per i collaudatori, trovi supporto in una norma regionale, la questione verrebbe traslata sul piano della legittimità costituzionale il cui sindacato spetta alla Corte Costituzionale. Ci preme rilevare che i principi generali dei quali si è cercato di dare conto sopra, si pongono inevitabilmente quale limite alla potestà legislativa concorrente delle Regioni nella materia dei ll.pp.; queste ultime, pertanto, dovranno inevitabilmente rispettarne i contenuti anche nell'esercizio delle proprie potestà normative.

Determinazione n. 4 del 17.2.2000

Modalità di nomina commissione giudicatrice di appalti

La Determinazione dell'Autorità n.4/2000 verte sull'immediata applicabilità dei commi 4°, 5°, 6°, 7° e 8° dell'art.21 della legge quadro (*Criteri di aggiudicazione - Commissioni aggiudicatrici*), nonché sul carattere di tassatività dell'elencazione delle categorie di soggetti che, sempre ai sensi del citato 6° comma, possano essere nominati componenti delle Commissioni giudicatrici di appalti di lavori, ovvero di concessioni di lavori pubblici.

Secondo l'Autorità, le disposizioni di cui all'art.21, commi 5°, 6°, 7° e 8° della legge n.109/94 e successive modificazioni (specificamente attinenti alle modalità di composizione e alle incompatibilità previste per i membri delle Commissioni), in mancanza di esplicito rinvio alla normativa regolamentare, risultano immediatamente applicabili. Né – afferma correttamente l'Autorità – tale diretta applicabilità può essere messa in

discussione dal “richiamo al Regolamento effettuato dal comma 4 dello stesso articolo, che si riferisce unicamente alla determinazione delle modalità di valutazione delle offerte da parte di Commissione aggiudicatrice, una volta nominata”.

Per quanto riguarda, infine, l’elencazione di cui al 6° comma, il tenore della norma non lascia dubbi sulla sua natura tassativa, “vincola[ndo] l’Amministrazione nelle relative scelte”.

Determinazione n. 5 del 17.02.2000

Affidamento incarichi di progettazione e importo minimo stimato

Con la determinazione in esame l’Autorità chiarisce alcuni aspetti problematici relativi all’applicazione delle norme di cui al comma 12 - bis dell’art. 17, nonché del 3° comma, dell’art. 19 della Legge n. 109/94.

Con riferimento alla prima disposizione normativa essa è stata introdotta dall’art. 6, 4° comma della Legge n. 415/98 e prevede, limitatamente a quanto qui interessa, che nello stimare l’importo da corrispondere al progettista l’amministrazione affidataria deve ricomprendere tutti i servizi, ivi compresa la direzione dei lavori, qualora si intenda affidarla allo stesso progettista esterno. L’Autorità nella citata determinazione ha, stringatamente, precisato che la norma in esame non può trovare applicazione qualora gli incarichi di progettazione e quello di direzione dei lavori siano affidati da distinti soggetti aggiudicatori.

Ci sembra che tale conclusione non colga appieno la *ratio* che supporta il disposto in esame che, a nostro avviso, presta più attenzione alla figura del progettista ed alle mansioni che complessivamente gli sono affidate nell’ambito della “realizzazione” dell’opera pubblica e non tanto al numero delle amministrazioni aggiudicatrici ovvero ai soggetti aggiudicatori.

Difatti, dalla disamina dei lavori parlamentari¹⁰⁷, si evidenzia come l'esigenza che il legislatore intendeva soddisfare con la predetta norma era quella di evitare che, tramite un frazionamento delle prestazioni che il progettista era chiamato ad espletare, potesse procedersi a lottizzazioni artificiali del valore economico dell'attività dallo stesso svolta al fine di eludere le norme procedurali relative all'aggiudicazione¹⁰⁸.

Sulla scorta di tale impostazione è chiaro che del tutto irrilevante diventa la circostanza che i due incarichi siano stati affidati da due soggetti distinti dovendosi piuttosto fare riferimento al *complesso* delle attività, ivi compresa la direzione dei lavori, rese dal progettista nel processo *lato sensu* realizzativo dell'opera; e questo tanto più qualora si tratti del medesimo soggetto.

Prive di dubbi sono invece le considerazioni dell'Autorità in merito alla seconda delle due disposizioni normative sopra considerate; ossia l'art. 19, 3° comma della Legge n. 109/94 che, volta a reprimere gli effetti distorsivi prodotti nel sistema dalla cd. "concessione di committenza", vieta in modo assoluto all'amministrazione aggiudicatrice il trasferimento¹⁰⁹ delle funzioni di stazione appaltante ad altri soggetti (pubblici o privati) salvi quelli, tassativamente, elencati ovverosia le Province ed i Provveditorati. Non può infine minimamente mettersi in discussione che fra le funzioni della stazione appaltante vi sia anche la progettazione.

107. Si veda VIII Commissione Camera, seduta del 28.05.1998.

108. In questo senso il testo dell'emendamento 6.96 (On. Formenti ed altri) presentato in data 28.05.1998 ed approvato dalla Commissione il successivo 03.06.1998 la cui formulazione, successivamente modificata con l'eliminazione del primo inciso così statuiva: "Ai fini dell'individuazione dell'importo stimato non possono essere apportate artificiali lottizzazioni.....".

109. Da intendersi qui tecnicamente e quindi comprensivo anche del divieto di delega di funzioni.

Determinazione n. 7 del 17.02.2000

Premio incentivante la produttività. Progetti relativi alle manutenzioni ordinarie

Con la presente determinazione l'Autorità di vigilanza sui lavori Pubblici interviene nella materia dell'incentivazione dei progettisti "interni" di opere e lavori pubblici regolamentata dall'art. 18 della Legge n. 109/94 variamente modificata sul punto.

L'Autorità ha correttamente ritenuto che, "stante il generico riferimento alla manutenzione di opere ed impianti contenuto nell'art. 2, comma 1 della Legge n. 109/94", anche nel caso di lavori di manutenzione ordinaria, al progettista interno spetti l'incentivo di cui al 1° comma del citato art. 18 demandando all'apposito regolamento previsto dalla medesima norma di tenere conto dell'eventuale scarsa entità dell'opera realizzata al fine della determinazione del *quantum* da corrispondere al dipendente. Lascia, invece, perplessi l'ulteriore considerazione che tale incentivo possa essere concesso anche qualora l'intervento da realizzare (di manutenzione ordinaria) non sia previsto dalla programmazione triennale soprattutto ove si venga a considerare la funzione tipica che il legislatore ha riservato a quest'ultima, ossia "inquadrare la realizzazione di opere pubbliche in un razionale sistema di interventi e di investimenti, in omaggio ai criteri di economicità e buon andamento"¹¹⁰.

Procedendo con ordine va innanzitutto detto che il 2° comma dell'art. 18 della Legge n. 109/94 prevede che le somme occorrenti per le "incentivazioni economiche" a favore dei progettisti dipendenti, vadano prele-

110. Così, A. Crisafulli nel commento all'art. 14 della Legge n. 109/94 in *"La nuova Legge quadro sui lavori pubblici"* a cura di G. Caringella, 1999, 371.

vate sulle “quote degli stanziamenti annuali riservate a spese di progettazione” ai sensi dell’art. 16, comma 7 della medesima legge che, a sua volta, espressamente prevede che gli oneri inerenti alla progettazione facciano carico sugli stanziamenti previsti per la realizzazione dei singoli lavori negli stati di previsione della spesa o nei bilanci delle amministrazioni aggiudicatrici. Orbene il finanziamento, sia esso diretto o indiretto, dei lavori pubblici potrà realizzarsi *solamente*¹¹¹ quando gli stessi siano ricompresi nel cd. “elenco annuale”, allegato al bilancio, di cui al 1° comma dell’art. 14 della Legge “Merloni”¹¹², ma è pur vero che l’inserimento di un intervento in tale elenco presuppone che lo stesso sia stato espressamente programmato mediante il documento di programmazione triennale del quale il primo è strumento di attuazione. In buona sostanza: se gli incentivi della progettazione ricadono sulle quote riservate alle spese di progettazione a loro volta calcolabili sull’importo finanziato per la realizzazione del lavoro e se un lavoro può essere finanziato solo qualora sia inserito nello “elenco annuale” e se tale inserimento presuppone la previsione dello stesso nell’ambito della programmazione triennale, è logico desumere che qualora tale intervento - seppur minimo - non sia programmato esso non potrà essere finanziato e, di conseguenza, il relativo progettista dipendente non potrà ricevere il rispettivo incentivo.

111. Fanno eccezione gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da eventi imprevedibili e calamitosi, nonché le modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da atti amministrativi adottati a livello statale o regionale (Art. 14, 5° comma della Legge n. 109/94).

112. Dispone, infatti, l’art. 14, 10° comma, della Legge n. 109/94: “I lavori non ricompresi nell’elenco annuale.....non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni”.

Diverso è il discorso nel caso in cui la programmazione triennale ed il relativo elenco annuale siano modificati¹¹³ da sopravvenute prescrizioni normative ed amministrative che prevedano il nuovo intervento; qui è lo stesso art. 14 della Legge (5° comma) a prevedere ugualmente il finanziamento dell'opera alla quale consegue l'incentivazione del dipendente progettista.

Ovvie e condivisibili le ulteriori due statuizioni contenute nella determinazione in esame. Con la prima l'Autorità riconosce la possibilità che, ricorrendone le condizioni stabilite *ex art.* 17, 4° comma della Legge n. 109/94, anche la progettazione di un'attività di manutenzione ordinaria possa essere affidata all'esterno, mentre con la seconda precisa che il compenso incentivante di cui all'art. 18, 1° comma della Legge debba essere determinato al netto della prevista incrementazione IVA.

Determinazione n. 9 del 17.02.2000

Affidamento incarichi esterni di progettazione, di direzione dei lavori e di supporto tecnico da parte delle Aziende Sanitarie

Nella presente determinazione l'Autorità nega che una Azienda Sanitaria Locale possa appaltare servizi, che non siano afferenti all'attività tipica esercitata, esulando dal rispetto delle procedure di cui all'art. 17, commi 11° e 12°, della Legge n. 109/94.

113. Il fatto che la norma in esame usi il verbo modificare con riferimento al documento di programmazione triennale lascia pensare che un piano triennale dei lavori deve comunque preesistere al successivo intervento che, appunto ne modifica il contenuto. Al di fuori, quindi, degli interventi calamitosi, il lavoro pubblico potrà essere finanziato solamente se inserito nel documento di programmazione.

La questione trae origine dal contrasto fra il dettato normativo di cui all'art. 3, comma 1 - *ter*, del D.Lgs. n. 229, del 19.06.1999 e quello di cui ai citati commi dell'art. 17 della Legge n. 109/94. Il primo testualmente dispone: "...I contratti di fornitura di beni e servizi, il cui valore sia inferiore a quello stabilito dalla normativa comunitaria in materia, sono appaltati o contrattati direttamente secondo le norme di diritto privato indicate nell'atto aziendale di cui al comma 1 - *bis*"; mentre i secondi, come si sa, individuano gli adempimenti al cui espletamento le amministrazioni aggiudicatrici sono chiamate per l'aggiudicazione dei servizi di progettazione; adempimenti - giova ricordarlo - ora minuziosamente delineati dal Titolo IV del D.P.R. n. 554/99. In buona sostanza mentre le norme da ultimo citate impongono all'amministrazione procedente l'obbligo di indire una gara nel rispetto di specifiche procedure per l'affidamento dell'incarico di progettazione, ciò non avviene nel summenzionato art. 3 che demanda, invece, all'ente la possibilità di contrattare privatisticamente l'affidamento del servizio.

Ora, il ragionamento dell'Autorità ruota sostanzialmente su di un duplice presupposto del quale non è possibile mettere in discussione la fondatezza, ossia: 1) le A.S.L. rientrerebbero nella previsione normativa di cui all'art. 2, 2° comma, lett. a) della Legge n. 109/94 in quanto enti aventi "personalità giuridica pubblica"; 2) esse sono espressamente indicate fra i soggetti pubblici che possono costituire uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori ed in quanto tali sarebbero assoggettate, ai fini dell'affidamento delle attività di progettazione alle limitazioni stabilite dagli artt. 17 e 27 della Legge n. 109/94. A nostro avviso, però, è necessario chiarire ulteriormente la questione in esame.

Innanzitutto è vero che le Aziende Sanitarie Locali hanno personalità giuridica di diritto pubblico, ma altrettanto vero è anche che le stesse hanno autonomia imprenditoriale e, dunque, la loro azione nei confronti

di terzi si sviluppa tendenzialmente secondo le regole dell'agire *iure privatorum*. Inoltre dal dettato normativo non emerge, nemmeno *de relato* ad altre norme, che i servizi aggiudicabili "direttamente" siano solamente quelli che "abbiano funzionali pertinenze con l'attività di settore".

Infatti, fermo restando che anche una progettazione potrebbe presentare tale funzionalità, pare difficile credere che, nel citato art. 3 del D.Lgs. n. 229/99, il silenzio del legislatore debba essere inteso come *voluntas legis* di delimitare l'ambito di operatività della norma ai soli servizi strettamente funzionali all'attività sanitaria espletata dalla A.S.L.; questo tanto più considerando che il legislatore, circoscrivendo l'operatività dell'art. 3 ai soli casi in cui il valore dell'appalto sia inferiore alla soglia comunitaria, ha di fatto mostrato di aver considerato l'esistenza di una normativa specifica nel settore, normativa alla quale ha, dunque, espressamente voluto derogare.

Conveniamo sicuramente con l'Autorità circa le difficoltà di contemperare l'art. 3 del D.Lgs n. 229/99 con il vigente quadro normativo in materia di appalti di servizi¹¹⁴, ma le argomentazioni rassegnate nella determinazione oggetto di disamina non sembrano esaustive a giustificare l'interpretazione data. Circa il riferimento al 4° comma, dell'art. 1 della legge n. 109/94 che prevede la derogabilità della "Merloni" solamente nei casi di norme sopravvenute che espressamente dichiarino di derogarvi, va precisato che l'inciso in esame, certamente non una novità per l'ordinamento giuridico italiano¹¹⁵, denota piuttosto la particolare importanza che il legislatore ha inteso assegnare a tali leggi e non ha cer-

114. In particolare con i principi comunitari che presiedono alla normativa in materia.

115. Norma analoga era difatti già contenuta nell'art. 1 della Legge n. 142/1990 sulle Autonomie locali, oggi abrogata dal D.Lgs. n. 267/2000.

tamente una capacità derogativa dei principi che informano la gerarchia delle fonti normative fra i quali quello che prevede l'abrogazione della legge anteriore da parte di quella posteriore di diverso contenuto che intervenga sulla stessa materia. Considerando, pertanto, che il D.Lgs. n. 229/99 è sopravvenuto alla Legge n. 109/94¹¹⁶ a noi sembra più giusto assegnare al precetto normativo di cui all'art. 3, comma 1 - *ter* del predetto D.Lgs. una valenza sostanzialmente abrogativa dei commi 11° e 12° dell'art. 17 della Legge n. 109/94; abrogazione ovviamente circoscritta nella sua efficacia alle sole ASL. Accolta tale impostazioni diventano ininfluenti le ulteriori argomentazioni prodotte dall'Autorità.

Determinazione n. 10 del 17.2.2000

Disciplina italiana sugli incarichi di direzione lavori e normativa comunitaria

La questione sottoposta all'Autorità riguarda il contrasto ravvisabile tra il disposto dell'art.27, 2° comma, lettera *b*) della legge quadro (affidamento diretto al progettista dell'incarico di direzione dei lavori) e la direttiva 18 giugno 1992, n. 92/50/CEE, che circoscrive ad ipotesi specifiche la possibilità del ricorso a tale procedura, escludendo quella di cui alla citata norma interna.

Secondo l'Autorità, al fine di ricercare un'intima coerenza tra le due disposizioni, "*in base al generale principio della conservazione dei valori giuridici*", è ammissibile un'interpretazione della norma di legge che "*precisi*

116. Evidentemente anche qualora si faccia riferimento alla integrazioni ed innovazioni apportate dalla Legge n. 415/98.

che all'affidamento diretto si può procedere soltanto nell'ipotesi in cui lo stesso sia stato esplicitamente previsto nel bando di gara di progettazione".

Ora tale interpretazione fornita dall'organo di vigilanza lascia perplessi, non tanto in merito alla soluzione concretamente prospettata, quanto all'operazione in sé considerata. Quest'ultima si dirige, infatti, ben oltre la lettera della legge; mentre non sembra ammissibile che una semplice "precisazione" interpretativa possa eccedere in modo così rilevante rispetto al tenore complessivo della norma.

Determinazione n. 12 del 17.2.2000

Concessione di lavori pubblici e attività di progettazione

La Determinazione n.12/2000 dell'Autorità prende spunto da alcuni "accertamenti in merito all'affidamento da parte del Comune di Roma dell'incarico di progettazione relativo alla realizzazione del mercato di Ponte Milvio", al fine di "individuare criteri generali riferiti (...) al testo ora vigente dell'art.19 della legge 11 febbraio 1994, n.109 in materia di concessione di lavori pubblici".

Secondo il 1° comma della legge quadro, "i lavori pubblici di cui alla presente legge possono essere realizzati esclusivamente mediante contratti di appalto o di concessione di lavori pubblici", salvo quanto stabilito all'art.24, 6° comma per i lavori in economia.

L'intervento dell'Autorità si limita a fornire chiarimenti in merito alla fattispecie della concessione di lavori pubblici.

Ai sensi del 2° comma del citato art.19, la concessione è un contratto, concluso in forma scritta, "tra un imprenditore ed una amministrazione aggiudicatrice", avente ad oggetto "la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori pubblici, o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la

loro gestione funzionale ed economica” e, quale controprestazione, il “diritto di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente tutti i lavori realizzati”. Secondo l’Autorità, ciò appare confermato dalla successiva previsione di cui all’art.20, 2° comma, in base al quale “le concessioni di cui all’art.19 sono affidate mediante licitazione privata, ponendo a base di gara un progetto preliminare corredato, comunque, anche dagli elaborati relativi alle preliminari essenziali indagini geologiche, geotecniche, idrologiche e sismiche”. Si tratterebbe, dunque, di un progetto preliminare *“per così dire arricchito di ulteriori elementi (...) per corrispondere ad esigenze che possano trovare giustificazioni solo nelle scelte e nell’attività della pubblica amministrazione”*.

L’analisi dell’Autorità in merito alle ragioni dell’aggiunta di *“ulteriori elementi”* al progetto preliminare appare peraltro eccessivamente generica, laddove la legge ha inteso prevedere in modo esplicito a base di gara, oltre al progetto preliminare, anche quei requisiti considerati *essenziali* per il successivo affidamento della concessione. Ciò nonostante, è indubbio che, allo stato attuale non sia consentita *“una operazione che limiti l’intervento del concessionario solo alle fasi della esecuzione dell’opera e della sua gestione, con acquisizione, in proprio, da parte della stazione appaltante di tutta la elaborazione progettuale”*.

Determinazione n. 13 del 08.03.2000

Affidamento di incarichi di progettazione a più professionisti

Sostanzialmente condivisibili le conclusioni propugnate dall’Autorità nella citata determinazione avente ad oggetto le problematiche connesse all’affidamento di un incarico di progettazione a più professionisti.

L’Autorità ribadisce l’oramai consolidato principio che riconosce ca-

rattere personale ed individuale della prestazione inerente alle tradizionali prestazioni liberali fra le quali, ovviamente, va ricondotta anche la progettazione. A tale precetto consegue che l'affidamento collettivo a più professionisti di un incarico di progettazione possa concretarsi nei soli casi nei quali la legge espressamente lo consente, ossia: in presenza di una società fra professionisti, di una società di ingegneria e di un raggruppamento temporaneo costituito da tali società e/o da singoli professionisti¹¹⁷. Rimane fermo anche in questo caso - e l'Autorità non dimentica di ribadirlo - il carattere personale dell'attività libero professionale dovendo essere l'incarico concretamente espletato da un singolo professionista che, con la sottoscrizione del progetto, se ne assume la responsabilità¹¹⁸.

Con riferimento specifico ai Raggruppamenti temporanei di professionisti nella determinazione in esame viene enunciato un altro principio, anch'esso di portata generale, anche se tendenzialmente fatto valere dalla giurisprudenza nel caso di A.T.I.; il raggruppamento potrà costituirsi anche successivamente alla presentazione dell'offerta purchè quest'ultima contenga il formale impegno da parte degli offerenti di conferire mandato collettivo con rappresentanza ad uno di essi nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice nel caso di aggiudicazione della gara.

Determinazione n. 14 del 30.3.2000

Organo comunale competente ad approvare il progetto preliminare

Argomento della pronuncia dell'Autorità è "*l'esatta individuazione dell'organo comunale competente ad approvare il progetto preliminare*". La di-

117. Così dispone l'art. 17, 1° comma, della Legge 11.02.1994, n. 109.

118. Art. 17, 8° comma, Legge n. 109/94.

sciplina legislativa relativa ha subito alcune modificazioni. Infatti, ai sensi dell'art.4, 2° comma della legge n.415/98 (c.d. Merloni-ter), che ha riformato la lettera *b*) del 2° comma dell'art.32 della legge n.142/90, tra le competenze spettanti in via esplicita al Consiglio comunale non è più inclusa quella relativa all'approvazione del progetto preliminare. In sostituzione, il citato 2° comma dell'art.4 assegna al Consiglio Comunale la competenza circa l'adozione dei programmi triennali e dell'elenco annuale dei lavori pubblici.

Pertanto, sul presupposto che il Consiglio è titolare esclusivamente di attribuzioni "*tipiche e nominate*", secondo l'Autorità da ciò "*discende che il legislatore ha voluto espressamente trasferire alla Giunta la competenza ad approvare i progetti preliminari*", essendo quest'ultima l'organo "*cui competono gli atti di amministrazione che non siano riservati dalla legge al Consiglio*".

Il Consiglio di Stato ha precisato, peraltro, che laddove il progetto costituisca una mera variante degli strumenti urbanistici ai sensi dell'art.1, 5° comma, della legge n.1/1978, la competenza rimane in capo al Consiglio (v., da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 22 gennaio 1999, n.53)¹¹⁹.

Determinazione n. 16 del 5.4.2000

Perizia di variante in sanatoria. Illegittimità

La pronuncia verte sulla presunta violazione della norma sancita all'art.25 della legge n.109/94 e successive modificazioni, norma che "*esclude la possibilità del ricorso a variazioni progettuali non previamente approvate dalla stazione appaltante*".

119. In *Urbanistica e appalti*, 3/1999, p.324 ss.

Nella fattispecie, si trattava di una delibera di giunta comunale che aveva disposto una perizia suppletiva e di variante in sanatoria con efficacia esecutiva immediata, sul presupposto che, nel corso dello svolgimento di lavori relativi al completamento di un asilo comunale, fosse sopravvenuta la necessità, derivante dal cospicuo aumento delle domande di iscrizione (successive all'approvazione del progetto originario) di un adeguamento della struttura in funzione dell'alto numero di iscritti. Gli ulteriori lavori, pari a £. 53.900.000, consistenti nella realizzazione di un vialetto di accesso carrabile, nell'ampliamento dei locali della cucina e in altri interventi minori, erano così stati commissionati in corso d'opera ed eseguiti nell'urgenza di rispettare i tempi di consegna previsti, *"al fine di non interrompere un servizio pubblico importante e improrogabile"*.

L'Autorità ha ritenuto che la violazione della predetta norma non fosse giustificata in base *"alla mancanza di ogni altra soluzione"*, poiché *"si sarebbe potuto procedere ad affidamento dei nuovi lavori a trattativa privata ai sensi del disposto di cui all'art.24, comma 1, lett. a) dell'indicata legge"*. Detta norma consente, infatti, qualora si tratti di *"lavori di importo complessivo non superiore a 300.000 ECU"*, e in presenza di una obiettiva situazione di urgenza (di cui all'art.41 del R.D. 23 maggio 1924, n.827), il ricorso alla trattativa privata, senza dover indire una preventiva *"gara informale"*, prevista, invece, dal successivo comma 5 per i lavori di importo superiore a 300.000 ECU.

Determinazione n. 17 del 05.04.2000

Concorso di progettazione - Autonomia delle fasi di selezione

Con la presente determinazione l'Autorità ribadisce il principio della separazione tra la fase della qualificazione (meglio di prequalificazione)

e quella della valutazione dell'offerta già affermato nella determinazione n.6 dell'8.11.1999. Siffatta interpretazione deve ovviamente essere condivisa in quanto pienamente rispondente alla stessa struttura procedimentale della licitazione privata, procedura applicabile per l'affidamento degli incarichi di progettazione d'importo superiore ai 200.000 Euro. Non ci si soffermerà sulla questione se non per rilevare che lo stesso D.P.R. n. 554/99, nel regolamentare la licitazione privata per l'affidamento degli incarichi di progettazione di valore comunitario distingue fra "qualificazione" (*ex art. 66*) e le successive fasi della presentazione e valutazione delle offerte¹²⁰; lo stesso dato normativo esclude, dunque, che possano riunirsi ed utilizzarsi per la scelta del concorrente i requisiti previsti per la qualificazione.

Determinazione n. 18 del 5.4.2000

Trattativa privata. Urgenza conseguente a inerzia dell'amministrazione

La Determinazione n.18/2000 prende spunto da un appalto relativo alla sistemazione di impianti sportivi, concesso mediante trattativa privata, ai sensi dell'art.24, 1° comma, lettera *a*) della legge quadro. Il ricorso a tale procedura era giustificato in base alla necessità di far eseguire i lavori nel periodo compreso tra giugno e settembre, durante la pausa del campionato di calcio.

Al riguardo, l'Autorità ha peraltro osservato che, al fine di consentire l'affidamento a trattativa privata, è necessaria una situazione di urgen-

120. Sui criteri di aggiudicazione nulla dispone il D.P.R. 554/99; è d'uopo, pertanto, ricorrere ai criteri di cui all'art. 23 del D.Lgs. n. 157/95.

za tale da non consentire il ricorso a incanti o licitazioni, così come previsto dall'art.41 del R.D. 23 maggio 1924, n.827. Detta situazione, per giurisprudenza consolidata, ricorre esclusivamente nei casi di *"imprevedibilità oggettiva dell'evento"*. In altri termini, *"l'urgenza deve essere qualificata e non generica, deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e deve essere tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso"*.

Nel caso esaminato, l'urgenza appare invece determinata dal comportamento colpevole dell'amministrazione, cui è imputabile un'errata valutazione del tempo utile a realizzare l'intervento programmato: consegue cioè all'inerzia della stazione appaltante e non a cause esterne e imprevedibili. Pertanto, secondo l'Autorità, è da considerare illegittimo il ricorso alla fattispecie di cui all'art.24, comma 1, lettera a) della Legge.

Determinazione n. 19 del 05.04.2000

Relazione geologica e indagini geologiche

Con la presente determinazione l'Autorità specifica che, ai sensi del comma 14 - quinquies dell'art. 17 della Legge n. 109/94, permane il divieto in capo al progettista incaricato di ricorrere al subappalto per le redazioni della relazione geologica che rimane, pertanto, di esclusiva competenza del geologo. Tale interpretazione pare corretta alla luce del dettato normativo recato dalla norma citata sì come introdotta dall'art. 6, 6° comma, della Legge n. 415/98, la quale ponendo un generale divieto di subappalto per le attività di progettazione e per quelle accessorie, elenca espressamente le seguenti eccezioni: attività accessorie relative alle indagini geologiche, geotecniche e sismiche, a sondaggi, a rilievi, misurazioni

e picchettazioni, alla predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, la cd. attività di disegno. Come si vede fra queste non sono ricomprese le relazioni geologiche che, anzi, sono espressamente escluse dal legislatore.

Proprio l'*iter* formativo del precetto in esame rappresenta un caso emblematico di come una norma possa venire ad esistenza in mancanza di un vero e proprio dibattito parlamentare. Difatti, lo specifico divieto di subappalto dell'attività di redazione della relazione geologica, non statuito nell'originaria versione della norma si come recata dall'art. 6, 3° comma, del d.d.l. n. 2288¹²¹, è stato introdotta in forza di un emendamento¹²² approvato dalla VIII Commissione Senato¹²³ nella seduta del 18.12.1997 senza alcuna spiegazione a giustificare una, altrimenti, incomprensibile differenza con le indagini geologiche e le relazioni geotecniche direttamente subappaltabili. Tale differenza è emersa nel dibattito parlamentare alla Camera tanto è vero che nella seduta dell'VIII Commissione del 28.05.1998 furono presentati ben quattro emendamenti volti a sopprimerla¹²⁴ tutti, però successivamente ritirati, anche qui senza alcuna motivazione, nella successiva seduta del 29.05.1998.

Ne è, così, scaturita una disposizione normativa fortemente incoerente volta a disciplinare in maniera diversificata fattispecie di prestazioni strettamente correlate; la norma difatti dapprima stabilisce un genera-

121. Presentato al Senato il 27.03.1997.

122. Precisamente emendamento n. 6.103 ad opera del senatore Petrucxcioli.

123. Commissione lavori pubblici e comunicazioni.

124. Precisamente l'emendamento 6.117 (Casinelli) volto a sopprimere l'inciso di cui al comma 14 quinquies; gli emendamenti 6.118 (Formenti, Dussin, Fongaro, Parolo) e 6.119 (On. Stradella, Radice), 6.120 (Martinat, Foti) diretti a sostituire la relazione geotecnica a quella geologica.

le divieto di subappalto da parte del progettista incaricato per le attività accessorie alla progettazione, successivamente lo ammette per indagini geologiche e le relazioni geotecniche e viene poi nuovamente a vietarlo per la redazione della relazione geologica.

Con riferimento alle attività subappaltabili l'Autorità precisa che la scelta di avvalersi o meno di un geologo è rimessa alla discrezionalità del progettista che rimane comunque responsabile dell'intero progetto e quindi anche per le attività espletate dal geologo stesso in ossequio d'altra parte al principio, propugnato dall'art. 2232, della responsabilità personale del prestatore d'opera. È bene comunque chiarire che l'operatività di tale principio non esclude l'eventuale responsabilità solidale del professionista al quale è stata subappaltata una determinata attività ai sensi e per gli effetti del combinato normativo di cui agli artt. 1176, 2° comma e 2236 c.c.

Determinazione n. 20 del 5.4.2000

Deposito del contratto di subappalto

La pronuncia dell'Autorità attiene all'interpretazione dell'art.18, comma 3, n.2, della legge n.55/90. In particolare, in merito alle conseguenze del mancato "deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative lavorazioni".

L'art.18 elenca al comma 3 (numeri 1-5) le condizioni per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto; mentre al comma 9 (sostituito dall'art.34, comma 3, del D.Lgs. 19 dicembre 1991, n.406 e, in seguito, modificato dall'art.9, comma 69, della legge 18 novembre 1998, n.415) è stabilito che "la stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizza-

zione entro trenta giorni dalla relativa richiesta”, termine che “può essere prorogato una sola volta, ove ricorrano giustificati motivi” e che, trascorso “senza che si sia provveduto” determina automaticamente il rilascio dell’autorizzazione. L’Autorità fa altresì riferimento ad ulteriori norme che concorrono ad individuare la disciplina relativa al subappalto.

L’Autorità precisa che il deposito del contratto di subappalto, una volta stipulato, è da considerarsi un “*successivo adempimento autonomo*”, rispetto alla richiesta dell’autorizzazione. A tal fine, il termine di 20 giorni “è inteso ad assegnare all’amministrazione un ulteriore spatium deliberandi per la verifica del contratto stipulato e comporta un divieto per l’appaltatore di consentire l’effettivo inizio dell’esecuzione delle relative lavorazioni da parte del subappaltatore”.

Determinazione n. 21 del 05.04.2000

Incarichi affidati a dipendenti pubblici da parte di Commissari straordinari per la protezione civile implicanti compensi aggiuntivi

Con la presente determinazione l’Autorità propugna il condivisibile principio secondo cui il ricorso al personale di altre amministrazioni, dovuto all’insufficienza di organico della struttura committente, non comporta la conseguenza automatica del pagamento della prestazione sulla base della tariffa professionale e non già, come normalmente avviene per i dipendenti pubblici, con la partecipazione alla sola incentivazione, in quanto la prestazione del dipendente è da considerare come riferibile alla amministrazione di appartenenza e deve essere ritenuta resa nell’ordinario espletamento dei doveri d’ufficio.

La questione posta trae origine dal fatto che sia il Commissario straordinario di Governo delegato alla protezione civile per la Regione

Campania che il Prefetto di Bari nella sua qualità di delegato per gli interventi necessari a fronteggiare la situazione di emergenza socio economica della Regione Puglia avevano consentito ad alcune amministrazioni comunali l'affidamento ai responsabili dei propri uffici tecnici dell'incarico di direttore dei lavori disponendone il pagamento in forza delle vigenti tariffe professionali.

La soluzione sopra prospettata è, in vero, conforme piuttosto al profilo teleologico che supporta l'art. 18 della Legge n. 109/94 che non al suo tenore letterale. Con riferimento a quest'ultimo, infatti, la norma recando l'inciso che il fondo vada ripartito tra il personale degli uffici tecnici dell'*amministrazione aggiudicatrice* sembrerebbe piuttosto giustificare la tesi inversa, ossia che ancorchè pubblico, il dipendente se non appartiene all'amministrazione aggiudicatrice (come sarebbe nel caso *de quo*) non dovrebbe essere pagato ai sensi dell'art. 18; una siffatta impostazione contrasterebbe, però, con i presupposti che lo sorreggono, nonché con gli obbiettivi da esso perseguiti.

Le mansioni tecniche espletate da un dipendente di una amministrazione pubblica pertengono ai suoi doveri d'ufficio, pertanto è giusto incentivarlo per il servizio prestato, ma non considerarlo un libero professionista e dunque corrispondergli un compenso determinato sulla scorta delle tariffe vigenti e questo anche qualora sia dipendente di una amministrazione diversa da quella aggiudicatrice in quanto - afferma l'Autorità - la prestazione del dipendente è riferibile all'amministrazione di appartenenza.

Viene altresì chiarito, infine, che solo qualora il conferimento avvenga a favore di un dipendente a tempo parziale al di fuori dell'orario di servizio potrebbe prospettarsi un'ipotesi di affidamento esterno da parte della p.a., fermo restando, ovviamente, il limite previsti dal comma 2-ter dell'art. 18 della Legge n. 109/94 ossia che l'incarico non sia espletato

nell'ambito territoriale di appartenenza del dipendente incaricato¹²⁵ tranne che l'incarico non consegua al rapporto di impiego.

Determinazione n. 22 del 7.4.2000

Divieto di partecipazione alla medesima gara di imprese che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'art.2359 del codice civile

Oggetto della Determinazione n.22/2000 è l'analisi degli istituti del controllo e del collegamento societario di cui, rispettivamente, ai commi 1° e 3° dell'art.2359 c.c., al fine di valutare, ai sensi dell'art.4, 4° comma, della legge quadro, la regolarità della procedura di una gara d'appalto promossa dal Comune di Agazzano.

Una clausola del bando di gara prevedeva, infatti, l'attestazione da parte dei concorrenti *"di non trovarsi, con altri partecipanti, in situazioni di controllo e/o collegamento ai sensi dell'art.2359 c.c. e di non avere in comune titolari, amministratori o procuratori con poteri di rappresentanza"*. A seguito dei controlli effettuati dalla stazione appaltante, erano emersi *"elementi tali da far ritenere che, tra alcuni dei partecipanti, poteva essersi concretizzata una situazione atta ad alterare i risultati della procedura"*. Pertanto, sospesa quest'ultima, i relativi atti erano stati inviati all'Autorità.

Quanto alla possibilità di ravvisare nella fattispecie un'ipotesi di con-

125. Si noti come la norma citata non si limita a disporre che il dipendente non possa assumere incarichi da parte della stessa amministrazione di appartenenza, ma vincola espressamente tale assunzione anche alla circostanza che egli non agisca nel medesimo ambito territoriale di appartenenza come pubblico dipendente.

trollo, l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, sulla base della “relazione fornita dalla Guardia di Finanza”, della “documentazione fornita dai soggetti interessati”, nonché delle “risultanze dell’audizione (...) alla quale hanno preso parte i rappresentanti del Comune e delle imprese”, ha ritenuto non probante la contemporanea presenza di tre elementi, ancorché significativi: la “comunanza di sedi” di tre imprese partecipanti alla gara; la “progressività del numero delle raccomandate” contenenti le offerte di dette imprese; infine, “la presenza dell’amministratore unico e legale rappresentante di una quarta società del gruppo, non partecipante alla gara, nelle assemblee ordinarie di due delle società partecipanti”.

Il Comune di Agazzano, in una memoria, aveva sostenuto che, proprio in virtù di quest’ultimo elemento, potesse considerarsi sussistente una forma di controllo societario espressa attraverso la partecipazione delle tre società al medesimo gruppo, e quindi, indirettamente, tra loro.

Tuttavia, l’Autorità, pur constatando in effetti la presenza di un gruppo, ha ritenuto che ciò non bastasse a configurare un’ipotesi di controllo, dal momento che, per le tre imprese, la perdita della rispettiva “identità gestionale” a favore di “un unico centro decisionale (...) [era] una circostanza che non risulta[va] provata”. Né, d’altronde, la “ricorrenza di situazioni di controllo da parte di altre società del gruppo”, non partecipanti alla gara de qua, poteva assumere rilevanza alcuna, stante la previsione di cui all’art.10, comma 1-bis, della legge quadro.

L’Autorità ha inteso allora verificare la sussistenza ulteriore di un’ipotesi di collegamento – anche questa vietata dal bando – tra le imprese menzionate. Ai sensi dell’art.2359, 3° comma, c.c., “sono considerate collegate le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole”. Tale requisito è presunto, sempre ai sensi del 3° comma, “quando nell’assemblea ordinaria può essere esercitato almeno un quinto dei voti ovvero un decimo se la società ha azioni quotate in borsa”.

Nel caso in esame, pur non potendosi ritenere sussistente una situazione di quest'ultimo tipo (le società interessate, infatti, non risultavano tra loro partecipate), l'Autorità ha rinvenuto nella *"presenza, a vario titolo, [in tutte e tre le società] di componenti della famiglia Cogni"*, un elemento comunque idoneo a configurare la presenza di un collegamento societario.

In definitiva, secondo l'Autorità è evidente *"come un intreccio di organi amministrativi, di rappresentanza e tecnici si sia realizzato tra le imprese in questione"*. Peraltro, concordemente alle valutazioni della giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. sez. IV, sentenza 12 gennaio 1999, n.16) ciò non sarebbe di per sé idoneo *"a concretizzare quegli effetti distorsivi e pertanto atti ad inficiare il buon esito di una procedura di gara"*, poiché la presenza di un gruppo *"non implica (...) il formarsi di una soggettività distinta, soggettività che permane in capo a ciascuna impresa"*.

Di conseguenza, essendo ammessa, per giurisprudenza consolidata, l'esclusione dalle gare solo qualora siano presentate offerte *"di più imprese riconducibili ad un medesimo centro decisionale che alteri la trasparenza e la par condicio tra i concorrenti"*, nel caso di specie *"non è il collegamento in sé, come categoria generale di cui all'art.2359 c.c., ed a cui il Comune si è richiamato nel bando di gara che legittima la esclusione, bensì la valutazione della potenziale incidenza delle esposte situazioni di fatto a consentire l'adozione del provvedimento di esclusione"*.

Ora, dal tenore di tali conclusioni non sembra errato desumere che l'Autorità, pur attribuendo al bando la natura di *"legge della gara"*, consideri parzialmente priva di efficacia la clausola relativa al divieto di collegamento tra le imprese partecipanti. Infatti, ritenuta sussistente l'ipotesi del collegamento societario, l'esclusione dei concorrenti non conseguirebbe automaticamente al mancato rispetto di detta clausola, bensì all'incidenza – seppure *"potenziale"* – della fattispecie sul *"buon esito della procedura"*; il che appare fuorviante, laddove alle valutazioni della stazione

appaltante venga attribuito un margine di discrezionalità, ancorché ristretto.

Determinazione n. 26 del 29.5.2000

Affidamento a trattativa privata di opere complementari – compatibilità della norma regionale con i principi generali della legge quadro art.24 legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni – art.35 legge regione Abruzzo 24 dicembre 1996, n.146

La questione sollevata innanzi all’Autorità attiene ai profili di compatibilità tra la normativa di cui alla legge quadro e la legge regione Abruzzo 24 dicembre 1996, n.146; in particolare, con riferimento all’art.35, 4° comma, lettera c) di quest’ultima, si tratta di stabilire se sia consentito l’affidamento a trattativa privata di lavori complementari non considerati nel contratto d’appalto originario, ma che si siano resi necessari in virtù di “*sopravvenute impreviste circostanze*”.

In effetti, la norma regionale propone una disciplina dell’istituto dell’affidamento dei lavori pubblici a trattativa privata parzialmente non coincidente con quella contenuta nella legge quadro. Pertanto, secondo l’Autorità, al fine di accertare l’effettiva compatibilità tra le due normative, si renderebbe necessario individuare i principi generali inderogabili, relativi alla materia *de qua*, affermati dalla legge stessa – che costituiscono il limite oltre il quale il legislatore regionale è da considerarsi in difetto.

Tuttavia, l’Autorità è del parere che “*il caso dedotto possa trovare soluzione indipendentemente dall’esame della questione interpretativa prospettata*”. Ciò sul presupposto che la fattispecie possa essere ricondotta all’ipotesi di cui all’art.25, comma 1, lettera a) della legge n.109/94 e successive

modificazioni, a norma del quale è consentito l'affidamento di lavori a trattativa privata per un importo non superiore a 300.000 ECU, nel rispetto delle norme sulla contabilità generale dello Stato. In conseguenza, la norma regionale richiamata non appare in aperto contrasto con i principi affermati dalla legge dello Stato, secondo cui il ricorso all'affidamento negoziato è possibile proprio in virtù della presenza di lavori *di natura complementare*, resi necessari da *circostanze imprevedibili*, fermo restando il tetto massimo di importo indicato.

“È da ritenere – conclude l'Autorità – che, qualora le norme regionali contengano indicazioni compatibili con i principi generali che si possono trarre dalla normativa di cui alla legge quadro (...), non si pongono questioni di abrogazione di norme regionali per sopravvenuta emanazione di nuovi principi generali ovvero di situazioni di incompatibilità con la legge regionale”.

Malgrado il ragionamento seguito dall'Autorità nel caso attuale sia sostanzialmente condivisibile, non del tutto chiara appare la portata di tale ultima affermazione, laddove la *“sopravvenuta emanazione di nuovi principi generali”* nell'ambito della legislazione statale esige comunque una verifica di compatibilità con le norme regionali vigenti, pur non dovendo necessariamente condurre all'abrogazione delle suddette norme.

Regolazione n. 29 del 09.06.2000

Legislazione nazionale e normativa regionale in materia di qualificazione delle imprese esecutrici di lavori pubblici

L'Autorità coglie l'occasione per precisare che fra i principi fondamentali desumibili dalla Legge n. 109/94 - ai quali comunque le Regioni devono attenersi - rientrerebbe anche quello dell'unicità del sistema di qualificazione si come delineato dall'art. 8 della Legge n. 109/94 e suc-

cessivamente attuato dal D.P.R. n. 34/2000; in buona sostanza quest'ultimo regolamento dovrebbe essere applicato anche alle gare indette dalle Regioni.

Si è già avuto modo di censurare¹²⁶ sotto più profili tale regolazione; in questa sede riporteremo i punti salienti della ricostruzione effettuata.

Non si pone, ovviamente in discussione il principio dell'unicità del sistema di qualificazione, ma le modalità con le quali lo stesso è realizzato; il D.P.R. n. 34/2000, proprio in quanto fonte normativa di rango secondaria, non potrà mai *ex se* prevalere sulle vigenti leggi regionali. La Legge n. 109/94, pur propugnando l'unicità del sistema di qualificazione, non autorizza assolutamente il regolamento a sostituirsi alla vigente normativa regionale nella materia, anzi fa gravare su quest'ultimo l'obbligo di tenerne debitamente conto statuendo all'art. 8, 2° comma che l'istituzione del nuovo sistema di qualificazione dovrà essere effettuata *"tenendo conto della normativa vigente in materia"*. È quindi la portata generalizzante che l'Autorità intende assegnare al D.P.R. n. 34/2000 che non può essere accettata in quanto un regolamento governativo non può abrogare le leggi regionali e sostituirsi ad esse.

Il legislatore, a nostro avviso, tende ad un sistema di qualificazione coordinato e coordinabile con le leggi già vigenti nella materia e non ancora abrogate; leggi fra le quali vanno evidentemente annoverate anche quelle regionali. Sono dunque i principi generali che informano i rapporti fra le diverse fonti normative che ostano ad un'applicazione generalizzata del regolamento governativo a discapito delle leggi regionali; il sistema di qualificazione di cui all'art. 8 della Legge n. 109/94 è *"unico"*,

126. Sia consentito rinviare a Centro Studi CNI *"Spazi e opportunità di intervento per le amministrazioni regionali in materia di lavori pubblici"*, 2001, Roma, 73 ss.

ma non “esclusivo” come lascerebbe intendere l’Autorità. Né può ritenersi ostativo a tale impostazione il richiamo all’art. 93, 1° comma, lett. f) del D.Lgs. n. 112/98 che demanda allo Stato le funzioni di gestione del sistema di qualificazione in quanto il predetto D.Lgs n. 112 si discosta dal parallelismo funzioni amministrative e legislative di cui agli artt. 117 e 118 della Costituzione con la conseguenza che l’assegnazione allo Stato delle funzioni amministrative afferenti al sistema di qualificazione non comporta l’automatica attribuzione allo stesso, in via esclusiva, anche delle funzioni legislative.

Va infine rilevato che la pronuncia in esame rientra nel novero delle “regolazioni” come palesato anche dall’inciso conclusivo che reca testualmente che le Regioni “devono” conformarsi al D.P.R. n. 34/2000. Sull’istituto della regolazione dell’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, e sulla sua dubbia legittimità si rinvia a quanto già detto in precedente.

Determinazione n. 30 del 9.6.2000

Perizia suppletiva e di variante

A seguito delle sollecitazioni di diverse amministrazioni comunali, l’Autorità, come già nella precedente determinazione n.16/2000, interviene in merito alla portata dell’istituto della variante in corso d’opera, di cui all’art.25 della legge n.109/94 e successive modificazioni.

In base a detta norma, le ipotesi per le quali è consentito disporre una variante in corso d’opera sono da considerarsi tassative. Pertanto, non sono ammissibili eventuali integrazioni. L’Autorità, in particolare, distingue tra le ipotesi di cui al comma 1, lettera *b*) (“cause impreviste e imprevedibili”), lettera *b-bis*) (“eventi inerenti la natura e la specificità dei beni sui quali si interviene”) e lettera *c*) (“casi previsti dall’art.1664,

secondo comma, del codice civile” – c.d. *sorpresa geologica*), ai fini della loro corretta applicazione.

Un cenno ulteriore è riservato ai casi di ricorso alla trattativa privata, di cui all’art.24, 1° comma, lettera *a*), della Legge. Secondo l’Autorità, in presenza dei requisiti richiesti dalla legge (lavori di importo non superiore a 300.000 ECU e condizioni di urgenza, di cui all’art.41 del R.D. 23 maggio 1924, n.827), la trattativa privata, ossia la procedura negoziata con il soggetto che ha già eseguito i lavori principali, risulta “*compatibile con il principio di economicità che deve contraddistinguere l’azione amministrativa (...), tenendo comunque conto del fatto che l’esigenza di lavori aggiuntivi o complementari non sia scaturita da errori od omissioni progettuali imputabili alle amministrazioni appaltanti*”.

Determinazione n. 31 del 14.06.2000

Dimostrazione dei lavori eseguiti in base al D.P.C.M. n. 55/91

Con la presente determinazione l’Autorità ha avuto modo di precisare che: “l’ente appaltante non può prevedere nel bando disposizioni maggiormente onerose rispetto a quelle previste con D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55 (cosiddetto decreto sui bandi - tipo), in vigore fino all’introduzione del nuovo sistema di qualificazione delle imprese, nel rispetto del principio generale, affermato dalla giurisprudenza, della omogeneità di comportamento delle stazioni appaltanti in ordine alle condizioni di gara, volte a garantire la più ampia partecipazione alle gare stesse”.

La soluzione così data alle questione insorta, a seguito della previsione in un bando di gara da parte della “Ferrovie dello Stato Spa” di requisiti ultronei rispetto a quelli richiesti dall’art. 6 del summenzionato D.P.C.M., è pienamente condivisibile solo che si venga a considerare la

tassativa previsione normativa di cui al 6° comma del medesimo art. 6 la quale prevedeva che: “Le amministrazioni committenti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della capacità economica e finanziaria e capacità tecnica con modalità diverse da quelle previste per il presente articolo”.

È appena il caso di precisare che allo stato attuale della normativa la questione è stata superata dall’entrata in vigore del D.P.R. n. 34/2000 e dalla contestuale abrogazione del D.P.C.M. n. 55/91.

Determinazione n. 33 del 13.07.2000

Organismi di diritto pubblico e società miste

Con la presente determinazione l’Autorità ha esaminato la questione se una S.P.A. mista debba essere assoggettata alla legge quadro anche qualora la sua attività non si ponga in relazione allo svolgimento di un servizio pubblico o alla produzione di beni e di servizi non destinati ad essere collocati sul mercato in regime di libera concorrenza¹²⁷.

Nel rispondere al quesito, l’Autorità pone prima di tutto in evidenza la differenza fra S.P.A. miste a prevalente capitale pubblico e quelle a prevalente capitale privatistico qualificando le prime come soggetti pubblici e le seconde come soggetti di diritto privato alle quali, fra l’altro, il servizio pubblico potrà essere affidato solamente in concessione. Tale conclusione è stata disattesa dalla più recente giurisprudenza la quale ha ritenuto non sussistere alcuna diversità funzionale fra le due tipologie di

127. Presupposto richiesto dall’art. 2, 2° comma, lett. b) della Legge n. 109/94 perché possa applicarsi la medesima legge anche alle S.P.A. miste con capitale pubblico minoritario.

società tale da fare ritenere legittimo l'affidamento diretto del servizio pubblico in caso di partecipazione maggioritaria e, viceversa illegittimo in caso di partecipazione pubblica minoritaria¹²⁸.

Pienamente condivisibile, anche perché supportata dal chiaro tenore letterale dell'art. 2, 2° comma, lett. b) della Legge n. 109/94 è invece la determinazione *de qua* nella parte in cui precisa che, mentre nel caso delle S.P.A. prevalente capitale pubblico andrà comunque applicata la Legge n. 109/94, qualora si tratti di società con capitale pubblico minoritario tale legge andrà applicata solamente nel caso in cui la predetta società presenti i requisiti dell'organismo di diritto pubblico, mentre andrà disapplicata qualora essa agisca sul mercato in regime di libera concorrenza.

Determinazione n. 37 del 26.07.2000

Calcolo degli oneri di sicurezza e dell'incidenza della manodopera in attesa del regolamento attuativo

Con la presente determinazione l'Autorità si limita a ribadire alcuni principi operanti in materia di piano di sicurezza, già affermati con la determinazione n. 12/1999, sulla fondatezza dei quali non è lecito dubitare.

In sintesi vengono individuati i seguenti principi basilari:

- a) l'amministrazione committente è obbligata ad indicare nel bando di gara i costi relativi alla sicurezza;
- b) tali costi non sono soggetti a ribasso d'asta al fine di evitare che quest'ultimo possa avere incidenza sulla efficacia delle misure di sicurezza adottate dai concorrenti;

128. Cass. SS.UU., 29.10.1999, n. 754; T.A.R. Toscana, sent. 03.02.1999, n. 188.

- c) la redazione del piano di sicurezza - documento dettagliato e non generico - è funzione che fa capo alla committenza;
- d) pur in mancanza del regolamento generale è comunque fatto obbligo alle amministrazioni appaltanti di individuare ed evidenziare nei bandi di gara gli oneri relativi alla sicurezza.

Con la presente determinazione l'Autorità provvede, altresì, ad individuare le linee guida per l'individuazione dell'incidenza dei costi della sicurezza. È appena il caso di richiamare, in questa sede, il principio in forza del quale le determinazioni dell'Autorità non sono vincolanti per i destinatari, bensì concretano esclusivamente quell'esigenza di uniformità dell'interpretazione della normativa sui lavori pubblici della quale l'Autorità è garante; pertanto un'amministrazione, fermi restando i principi enunciati sopra, che non si attiene alle linee guida dettate dal Garante non necessariamente integrerà gli estremi di un'attività illegittima.

Determinazione n. 42, del 30.08.2000

Cause di esclusione dalle gare in carenza della prevista normativa regolamentare (Problemi di diritto transitorio)

Premesso che gli artt. 52 e 75 del D.P.R. n. 554/99, relativi all'individuazione delle cause di esclusione dei candidati dalle gare per l'affidamento dei servizi di ingegneria, nonché di appalti e concessioni, non venivano registrati dalla Corte dei Conti (cfr. rilievo n. 2/2000) nonostante l'intervenuta abrogazione dell'art. 18 del D.Lgs n. 406/1991, con la presente determinazione l'Autorità garante faceva una rassegna delle diverse normative applicabili al fine di regolamentare i casi di esclusione dalle gare indette ovvero da indire nel periodo di tempo che va dal 28.07.2000 - data di entrata in vigore del regolamento generale - fino alla data di

entrata in vigore del nuovo D.P.R. volto a sostituire i due articoli non registrati¹²⁹.

La ragione della mancata registrazione delle norme in esame si riscontrava nel fatto che, pur mancando qualsivoglia forma di delegificazione nella materia *de qua*, esse dettavano una disciplina delle cause di esclusione diversa da quella di cui all'art. 29 della Direttiva 92/50/CEE si come recepito dall'art. 12 del D.Lgs. n. 157/95¹³⁰ che a sua volta rinviava all'art. 11 del D.Lgs n. 358/1992¹³¹ ovvero, per quanto concerne l'art. 75, diversa da quanto previsto nella Direttiva n. 97/52/CEE.

Sul punto l'Autorità distingue fra gare già bandite alla data del 28.07.2000 e le gare che potrebbero essere bandite da tale data fino al 31.01.2001.

Con riferimento alla prima tipologia, considerando e richiamando il principio generale del bando *lex specialis* della gara, nonché l'ulteriore principio del *tempus regit actum* in conseguenza del quale anche qualora la norma prevista nel bando di gara venisse abrogata deve continuarsi ad applicare la predetta norma alla gara già in corso, l'Autorità precisa che "in tali gare le stazioni appaltanti continueranno ad applicare le regole del bando ancorché le stesse siano state redatte, per l'aspetto in esame, sulla base di norme non più operanti e da altre non sostituite".

Con riferimento, invece, alle gare ancora da bandire alla data del

129. Dunque fino al 31.01.2001 data di entrata in vigore delle nuove regole approvate con il D.P.R. n. 412, del 30.08.2000. Difatti il Governo a fronte della situazione di incertezza scaturente dal mancato "visto" degli artt. 52 e 75 provvedeva già in data 28.07.2000 (data di entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99) a predisporre un nuovo regolamento sulle cause di esclusione avente, però, gli stessi vizi degli articoli non registrati. A seguito dei nuovi rilievi si arrivò alla pubblicazione del D.P.R. n. 412/2000.

130. Sì come modificato dal D.Lgs n. 65/2000.

131. Sì come modificato dal D.Lgs n. 402/1998.

28.07.2000, premessa la necessaria preventiva determinazione delle regole relative all'esclusione dei candidati¹³², l'Autorità specifica che "venuta meno la disciplina normativa generale della materia, si intende ripristinato nella sua piena espansione il potere generale discrezionale delle stazioni appaltanti che potranno, quindi, in sede di redazione dei bandi di gara, provvedere autonomamente alla individuazione dei requisiti morali minimali occorrenti ai concorrenti".

È d'altra parte necessario tenere conto della normativa comunitaria di riferimento, sia stata o meno la stessa recepita sul piano interno in quanto, anche qualora la gara sia d'importo inferiore alla soglia comunitaria, è indiscutibile che per essa l'amministrazione debba applicare i principi posti dalle direttive comunitarie che proprio perché applicabili ad ordinamenti differenziati sono per questi ultimi vincolanti in quanto diretti a garantire l'uniformità di comportamenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

Determinazione N. 43, DEL 25.09.2000

Incentivo per la progettazione ex art. 18 L. n. 109/94 e successive modificazioni

Nella presente determinazione l'Autorità esamina diverse questioni comunque connesse all'incentivo previsto dall'art. 18 della Legge n. 109/94.

Alcune di queste problematiche afferiscono l'ambito soggettivo di applicazione della predetta disposizione normativa. Si esamina innanzi-

132. Per garantire l'uniformità dei comportamenti dei pubblici poteri e per prevenire possibili applicazioni distorsive ed elusive delle finalità sottese all'individuazione di cause di esclusione dalla gare d'appalto.

tutto la possibilità di corrispondere l'incentivo anche ai tecnici diplomati *non abilitati* che abbiano redatto gli elaborati progettuali. Per individuare i soggetti beneficiari dell'incentivo, specifica giustamente l'Autorità, bisogna previamente individuare i dipendenti pubblici ai quali la legge attribuisce la facoltà di sottoscrivere i progetti; in tal senso l'art. 17, 2° comma, della Legge n. 109/94, relativamente ai tecnici non abilitati dispone che essi *"possono firmare i progetti nei limiti previsti dagli ordinamenti professionali, qualora siano in servizio presso l'amministrazione aggiudicatrice, da almeno cinque anni, e risultino inquadrati in un profilo professionale tecnico ed abbiano svolto o collaborato ad attività di progettazione"*. Dal tenore letterale della norma si evince che un tecnico non abilitato potrà firmare un progetto, e conseguentemente usufruire della ripartizione della somma a titolo di incentivo ai sensi dell'art. 18 della Legge n. 109/94, qualora concorrano tutte le seguenti condizioni:

- a) tale sottoscrizione non deve essere vietata dai rispettivi ordinamenti professionali;
- b) il tecnico sia dipendente di una amministrazione aggiudicatrice da almeno cinque anni;
- c) sia inquadrato in un profilo professionale tecnico;
- d) abbia svolto o collaborato ad attività di progettazione.

Giova precisare che l'esigenza di limitare l'intervento alla progettazione del tecnico non abilitato nei casi sub lett. a) e d) è sorta esclusivamente durante il dibattito parlamentare alla Camera dei Deputati sul d.d.l. n. 4420; difatti l'originaria formulazione dell'art. 6, 2° comma, della Legge n. 415/98 non ne faceva menzione; solo successivamente furono approvati, nella seduta del 3.6.1998, due emendamenti¹³³ che modellarono il testo nel senso sopra riportato.

133. Precisamente il 6.21 (On. Zagatti, Lorenzini ed altri) che imponeva il

Altra problematica, affrontata dall’Autorità, sempre connessa all’ambito soggettivo di operatività dell’art. 18 della Legge n. 109/94 è quella relativa all’applicazione dell’incentivo anche all’incaricato del collaudo statico inteso quale “incaricato del collaudo” ai sensi del più volte citato art. 18 della Legge n. 109/94. La risposta data al quesito, dal Garante è affermativa: ai sensi dell’art. 188, 6° comma, del D.P.R. n. 554/99 qualora i lavori comprendano strutture, l’incaricato al collaudo statico coincide con il collaudatore dell’opera pubblica ovvero con un membro della commissione collaudatrice¹³⁴; esso va dunque inserito nel novero dei soggetti che usufruiscono dell’incentivo normativamente stabilito.

Si pone altresì la questione se il responsabile del procedimento abbia parimenti diritto alla quota parte di incentivo ex art. 18 anche qualora la progettazione sia esterna. Anche in questo caso la soluzione prospettata è positiva solo che si tenga a mente quanto disposto dalla Legge n. 144/99 la quale, oltre all’abrogazione del riferimento al coordinatore unico, ribadisce l’intento del legislatore di prevedere in ogni caso a favore del responsabile del procedimento e dei suoi collaboratori il diritto alla corresponsione dell’incentivo.

Non è possibile, invece, ricomprendere nell’ambito della previsione normativa di cui al citato art. 18 il coordinatore per l’esecuzione dei lavori previsto dall’art. 3, 4° comma, del D.Lgs n. 494/1996 di recente modificato dal D.Lgs. n. 528/99; questo per un duplice ordine di ragioni. Innanzitutto l’art. 18 fa riferimento al solo coordinatore che redige i piani di sicurezza e, dunque, alla diversa figura del coordinatore per la progetta-

segue nota 133.

requisito dell’avvenuta collaborazione nell’attività di progettazione, e il 6.22 (On. Di Biasio, Calimani) che disponeva l’obbligo del rispetto dei limiti previsti dagli ordinamenti professionali.

134. Ex art. 188, 5° comma, D.P.R. n. 554/99.

zione ex art. 4 del D. Lgs n. 494/1996; inoltre l'art. 127 del D. P.R. n. 554/1999 assegna, in via generale, le mansioni del coordinatore per l'esecuzione al direttore dei lavori. Va comunque precisato che, in sede di ripartizione dell'incentivo andrà ovviamente considerato, in favore del direttore dei lavori, anche tale ulteriore incarico ricoperto.

Diverse le questioni, esaminate dall'Autorità con la presente determinazione, afferenti all'ambito oggettivo di operatività dell'art. 18 della Legge n. 109/94. Condivisibili le conclusioni prospettate così di seguito sintetizzate:

- a) spetta al dipendente pubblico l'incentivo ex art. 18 qualora progetti interventi di variante e/o suppletivi rispetto al progetto originario;
- b) non spetta, invece, tale incentivo qualora vengano eseguiti lavori di manutenzione straordinaria ed ordinaria proprio in quanto difetta l'attività di progettazione al cui espletamento è causale la corresponsione dell'incentivo;
- c) spetta al dipendente pubblico l'incentivo qualora rediga un regolamento edilizio in quanto quest'ultimo generalmente riconducibile alla previsione di cui all'art. 18, 2° comma, L. n. 109/94 che reca l'inciso "atto di pianificazione comunque denominato".

Determinazione n. 44 del 27.09.2000

Riduzione del 50% delle cauzioni e garanzie fidejussorie previste dall'art. 30, 1° e 2° comma, della Legge n. 109/94 e successive modificazioni

La questione esaminata all'Autorità di vigilanza consiste nell'accertare l'applicabilità dell'art. 8, comma 11 - *quater*, della legge n. 109/94 -

che prevede la riduzione del 50% dell'importo delle cauzioni e garanzie dovute dai candidati e/o dall'appaltatore ex art. 30 della legge n. 109/94 qualora questi ultimi godano della certificazione di sistema di qualità ai sensi delle norme UNI EN ISO 9000 ovvero di una dichiarazione che attesti la presenza di elementi significativi per l'ottenimento di tale certificazione - anche nel caso in cui partecipi ad una gara d'appalto un'associazione temporanea nella quale la società capogruppo è certificata ai sensi del predetto art. 8, mentre non lo è la società mandante.

In argomento pienamente condivisibile è il punto di partenza dell'Autorità. È, difatti, preliminarmente opportuno considerare l'obiettivo che con l'imposizione delle citate garanzie il legislatore dei lavori pubblici ha inteso perseguire; ossia preservare l'amministrazione dalle conseguenze economiche scaturenti dal colpevole inadempimento dell'aggiudicatario sia relativamente alla stipulazione del contratto e sia all'esecuzione dei lavori. Ciò premesso è, altresì, necessario distinguere fra A.T.I. "orizzontale" e "verticale" in quanto mentre nella prima le imprese associate hanno specializzazioni qualitativamente e quantitativamente omogenee nella seconda tale omogeneità non ricorre; in buona sostanza mentre nel caso di associazione di tipo "orizzontale" i lavori possono indistintamente essere realizzati da qualunque impresa associata, in quella di tipo "verticale" le imprese diverse dalla capogruppo possono, invece, realizzare solo quei lavori scorporati per i quali siano tecnicamente competenti.

Premesso, dunque, che la summenzionata riduzione è una sorta di "premio" all'offerente o all'esecutore dei lavori pubblici qualificati secondo le norme UNI EN ISO 9000 è agevole considerare che nel caso delle associazioni "orizzontali" la rilevata omogeneità della capacità delle imprese, nonché la responsabilità di tipo solidale fra di esse vigente, impone che tutte debbano avere la certificazione di sistema di qualità per

poter ottenere il beneficio della riduzione delle cauzioni di cui all'art. 8 della Legge n. 109/94.

Viceversa nel diverso caso delle associazioni verticali "se solo alcune imprese sono in possesso della certificazione di qualità, esse potranno godere del beneficio della riduzione sulla garanzia *per la quota parte ad esse riferibile*¹³⁵". In tal senso sembra deporre anche l'art. 108 del D.P.R. n. 554/99 che testualmente reca: "In caso di riunione di concorrenti ai sensi dell'art. 13 della Legge, le garanzie fidejussorie e le garanzie assicurative sono presentate, su mandato irrevocabile, dall'impresa mandataria o capogruppo in nome e per conto di tutti i concorrenti con corresponsabilità solidale nel caso di cui all'art. 13, comma 2¹³⁶, della Legge e con responsabilità "pro quota" nel caso di cui all'art. 13, comma 3¹³⁷, della Legge.

L'Autorità non si pone il problema circa l'applicabilità o meno della riduzione di cui all'art. 8, comma 11 - *quater*, della Legge n. 109/94, nel caso in cui le A.T.I. non siano costituite, bensì costituende ai sensi dell'art. 13, 5° comma, della Legge n. 109/94¹³⁸. In verità i termini della problematica, sì come sopra delineati, non mutano in quanto "la circostanza che due (o più n.d.r.) società abbiano dichiarato di volersi riunire in caso di

135. Ovviamente quota parte di lavori che esse possono realizzare.

136. A.T.I. orizzontale.

137. A.T.I. verticale.

138. Tale norme dispone: "È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'art. 10, comma 1, lett. d) ed e) anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto per nome e per conto delle mandanti".

aggiudicazione e l'impegno a conferire il mandato speciale con rappresentanza a quella tra esse indicata come (futura) capogruppo, non può esonerarle dalla stipulazione di polizza assicurativa intestata a ciascuna di esse, o almeno a quella individuata come capogruppo, ma con espressa indicazione nella polizza che essa copre la sottoscrizione del contratto da parte della mandataria della costituenda associazione¹³⁹.

Determinazione n. 45 del 09.10.2000

Offerta a prezzi unitari e verifica dell'anomalia

Con la presente determinazione l'Autorità chiarisce alcune problematiche connesse all'ambito oggettivo di operatività dell'art. 5 della Legge n. 14, del 02.02.1973 relativo alla disciplina dell'offerta a prezzi unitari quale metodo di determinazione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso¹⁴⁰. Per quanto la norma citata sia stata abrogata dall'art. 231 del D.P.R. n. 554/99 ed attualmente la materia dell'aggiudicazione mediante offerte a prezzi unitari sia disciplinata dall'art. 90 del medesimo D.P.R., giova, comunque, riassumere succintamente le argomentazioni svolte dall'Autorità.

Una amministrazione aggiudicatrice, bandita una licitazione privata da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso determinato secondo il modello dell'offerta a prezzi unitari di cui al predetto art. 5 della Legge n. 14/73, riscontrata ai sensi del 12° comma di tale articolo una manifesta inadeguatezza dell'offerta presentata dall'impresa provvisoriamente aggiudicataria, revocava tale aggiudicazione e, attesa l'incon-

139. T.A.R. Puglia-Bari, I, sent. 30.05.2001, n. 195, in www.Giust.it

140. Si veda art. 21 della Legge n. 109/94.

gruenza dell'offerta anche dell'impresa seconda classificata aggiudicava l'appalto alla terza classificata.

In proposito l'Autorità, premessa la compatibilità dell'offerta a prezzi unitari di cui all'art. 5 con i contratti il cui prezzo sia stato determinato a misura, statuisce che ben può l'Amministrazione aggiudicatrice, previo accertamento dell'anomalia dell'offerta presentata, revocare l'aggiudicazione provvisoria ed aggiudicare all'impresa seconda classificata, mentre illegittima deve ritenersi l'aggiudicazione alla terza classificata¹⁴¹

In verità tale impostazione viene suggellata dal dato normativo della Legge n. 109/94 il cui art. 10, comma 1-ter prevede l'affidamento dell'appalto all'impresa terza classificata solamente qualora l'impresa seconda classificata sia stata dichiarata fallita. Tale impostazione invece è contestabile sulla scorta del prevalente orientamento giurisprudenziale.

Difatti il Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 2331, del 18.04.2001 ha condiviso l'operato della pubblica amministrazione che, ritenuta anomala un'offerta ex art. 5 della Legge n. 14/1973, ha annullato la gara ed indetto una nuova procedura, al fine di ottenere un'offerta più favorevole.

Ora, è vero che la sentenza citata fa riferimento al diverso caso - rispetto all'aggiudicazione al terzo classificato - dell'indizione di una nuova gara, ma è altrettanto vero che la tutela dell'interesse pubblico ben potrebbe giustificare anche l'aggiudicazione all'impresa terza classificata, ovviamente qualora la stessa non presenti un distacco rilevante rispetto alle offerte che la precedevano, superando così la limitazione, a nostro avviso ingiustificata, posta dal citato art. 10 della Legge n. 109/94.

Un breve cenno, a questo punto, è necessario fare alla problematica

141. In tal senso anche Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.11.1981, n. 667.

che ha investito l'art. 5 della Legge n. 14/1973 relativamente all'entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99 volto a regolamentare la nuova "offerta a prezzi unitari"¹⁴².

L'art. 231, 1° comma, lett. q) del predetto regolamento - che espressamente abroga il citato art. 5 - veniva censurato dalla Corte dei Conti con il rilievo n. 2/2000 che, riteneva illegittima l'abrogazione totale di tale norma di legge ad opera del regolamento. Ora, pur prescindendo dalle successive evoluzioni della vicenda che hanno poi portato alla registrazione della norma contestata, non si può non convenire con le osservazioni della Corte dei Conti, in quanto una norma di legge non può essere abrogata da una norma regolamentare. Di conseguenza se l'art. 5 della Legge n. 14/73 era stato conservato dall'art. 21 della Legge n. 109/94, pur con le limitazioni dette, non era certo nelle possibilità del regolamento, anche se attuativo di principi generali recati dalla legge stessa, abrogare una norma di rango legislativo.

Determinazione n. 49 del 26.10.2000

Rimborsi spese e compensi per il responsabile dei lavori

Con la presente determinazione l'Autorità esamina una serie di questioni relative al "rimborso spese" della Tariffa professionale degli ingegneri e degli architetti, nonché al compenso da riservare alla prestazione di "responsabile dei lavori" di cui al D.Lgs. n. 494/1996.

In merito agli onorari del progettista il Garante specifica che gli onorari spettanti al professionista per la realizzazione di "rilievi planoalti-

142. Art. 90 del Regolamento generale.

metrici” da porre alla base della progettazione vadano determinati a vacazione ai sensi dell’art. 4 della Legge n. 143, del 1949 in aggiunta agli onorari a percentuale della Tab. A.

Circa la problematica dell’individuazione delle modalità mediante le quali deve essere esposta la spesa da parte del progettista, si è posta l’alternativa fra il ragguaglio delle stesse ad una percentuale forfetaria degli onorari di cui alla Tab. A, oppure una loro analitica indicazione e prova. L’Autorità ha scelto la prima impostazione argomentando tale scelta sulla base del tenore letterale dell’art. 64, 1° comma, lett. c) n. 1 lett. a) del D.P.R. n. 554/99 che relativamente alle offerte da presentare nei concorsi di progettazione pone anche, in capo al concorrente, l’onere di indicare la percentuale di ribasso da praticare *alla percentuale per rimborso spese*; da tale inciso verrebbe tratto il principio che le spese possono essere forfetariamente determinate anche qualora non si tratti di procedure concorsuali.

Infine viene precisato anche che al professionista dell’area tecnica spetta il compenso nel caso in cui espleti l’attività di coordinatore per la sicurezza nella fase di progettazione e non quella di responsabile dei lavori ai sensi del D.Lgs. n. 494/1996 e ciò per la ragione che l’art. 8, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99 riserva espressamente al responsabile del procedimento tale compito qualora il soggetto che nella struttura organizzativa dell’amministrazione aggiudicatrice sarebbe deputato a rappresentare il committente, non intende adempiere agli obblighi dalle stesse norme previsti. Giova precisare che, stando così il quadro normativo, l’affidamento dell’incarico di responsabile dei lavori ad un ingegnere ovvero ad un architetto che non ricopra l’incarico di responsabile del procedimento è da ritenersi illegittimo.

Regolazione n. 51 del 26.10.2000

Offerte nella licitazione privata conseguente a proposta del promotore nel project financing

Il presente atto di regolazione viene introdotto da un'affermazione di tale tenore: "...l'intervento di questa Autorità è finalizzato a stabilire l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare, soprattutto in presenza di norme che possono ingenerare dubbi applicativi come nella fattispecie in esame...". Siffatta affermazione potrebbe dar luogo ad equivoci che è bene fin d'ora chiarire. Finalità precipua dell'Autorità è quella di garantire l'osservanza dei principi fondamentali che supportano il quadro normativo e regolamentare in materia di lavori pubblici; essa dovrà, dunque, porre in essere una corretta attività ermeneutica volta a delucidare l'effettivo significato delle norme in esame alla luce dei summenzionati principi, ma non può garantire l'osservanza di queste ultime norme essendo, questa, attività alla quale sono deputati altri organi istituzionali.

Ciò premesso, la questione concretamente esaminata dall'Autorità riguarda il project financing e precisamente se, in sede di gara indetta ex art. 37 - *quater*, lett. a) della Legge n. 109/94, i candidati siano tenuti o meno a presentare soluzioni progettuali alternative rispetto a quelle del promotore il cui progetto preliminare è posto a base di gara.

Vanno preliminarmente indicate, in estrema sintesi, le fasi che segnano il procedimento del project financing:

- A) ai sensi dell'art. 37 - *bis* della legge n. 109/94 i soggetti promotori, espressamente identificati dal 2° comma del medesimo articolo, possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità;

- B) le amministrazioni aggiudicatrici, a loro volta, entro il 31 ottobre di ogni anno (termine ordinatorio) valutano le proposte presentate individuando quelle che ritengono di pubblico interesse (art. 37 - *ter*);
- C) le stesse amministrazioni, poi, entro il 31 dicembre di ogni anno, per ciascuna delle proposte aventi rilevanza pubblicistica provvedono a indire una gara, da svolgere secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art. 21, 2° comma, lett. b) al fine di scegliere le due migliori offerte per la realizzazione del progetto preliminare presentato dal promotore;
- D) infine l'amministrazione, tramite un procedura negoziata fra i soggetti presentatori delle due migliori offerte ed il promotore, aggiudicherà la concessione per la realizzazione e la gestione delle opere.

L'Autorità, sulla scorta di una interpretazione delle norme generali afferenti alla procedura della licitazione privata¹⁴³ che va pienamente condivisa, ha precisato che: " pur ammettendo la normativa esaminata la facoltà per i partecipanti di presentare offerte comprensive di varianti al progetto preliminare posto a base di gara, si tratta di una mera facoltà per il concorrente e non di un obbligo". Tale impostazione trova avallo anche nella *ratio* giustificatrice che supporta l'esperimento della licitazione privata nel complesso procedimento del "project financing" riscontrabile non

143. Più precisamente: l'art. 20, 2° comma, della Legge n. 109/94 e l'art. 85, 2° comma, del D.P.R. n. 554/99. Il primo, fra l'altro, prevede che: "...l'offerta ha ad oggetto gli elementi di cui all'art. 21, 2° comma, lett. b), nonché le eventuali proposte di variante al progetto posto a base di gara". Il secondo dispone che: "le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere la facoltà per i concorrenti di inserire nell'offerta la proposta di eventuali varianti al progetto posto a base di gara...".

nell'esigenza di individuare l'aggiudicatario, bensì in quella d'individuare le offerte che potranno confrontarsi con quella del promotore.

Discutibile ci sembra invece, l'ulteriore considerazione dell'Autorità in forza della quale le varianti progettuali al piano del promotore potrebbero essere esperite solamente durante la fase negoziale e non durante la pregressa fase della licitazione privata in quanto, in quest'ultimo caso "si potrebbe finire per snaturare il progetto posto a base di gara o comunque non renderlo compatibile con quello originario". In tal modo si viene a negare quanto precedentemente affermato; difatti, non solo è la stessa legge che rende facoltativa, in sede di licitazione privata, la presentazione di varianti al progetto preliminare posto a base di gara, ma tale presentazione è sicuramente coerente con lo stesso obiettivo di tale norma che è quello di selezionare le migliori offerte confrontabili con il progetto preliminare del promotore.

Condivisibile è, invece, il principio che il rimborso della spesa ai concorrenti o al promotore spetta senza che occorra alcun vaglio delle spese effettivamente sostenute.

Determinazione n. 53 del 07.12.2000

Il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 21, 2° co, lett. a) della Legge n. 109/94 e successive modificazioni

Con la presente determinazione l'Autorità affronta diverse questioni non tutte connesse alle materia dei criteri di aggiudicazione.

Nel corso dell'*iter* procedimentale veniva difatti eccepita la carenza di potere dell'Autorità a decidere sulle questioni proposte trattandosi di lavori pubblici di interesse regionale; il Garante ha rigettato tale eccezio-

ne adducendo il tenore letterale dell'art. 4, 1° comma, della Legge n. 109/94 che espressamente ne estende la competenza anche ai lavori pubblici di ambito regionale. Sul punto precisava anche che: "tra i principi desumibili dalla legge quadro, la Corte Costituzionale ha espressamente individuato quello relativo alla istituzione dell'Autorità di vigilanza, che rappresenta uno dei cardini della riforma in materia, le cui attività assumono carattere strumentale rispetto alla **conoscenza**¹⁴⁴ e alla **vigilanza**¹⁴⁵ nel complessivo settore dei lavori pubblici".

Tali affermazioni non possono che essere condivise se è vero, come sopra dimostrato, che la funzione "genetica" delle Autorità è proprio quella di garantire la normativa vigente in un settore vitale per la collettività; garanzia che può essere attuata mediante una corretta attività interpretativa e di controllo sul rispetto della stessa. Quello che, però, bisogna ancora una volta sottolineare è che la menzionata attività interpretativa della normativa concreta un potere di portata ben più ridotta rispetto alla funzione giurisdizionale che in determinate occasioni (si veda l'emanazione delle cosiddette "regolazioni") l'Autorità si è arrogata di esercitare.

Ciò premesso, nella determinazione in esame l'Autorità chiarisce che ai sensi dell'art. 21, 1° comma, della Legge n. 109/94 l'asta pubblica e la licitazione privata possono essere aggiudicate solamente mediante il criterio del prezzo più basso, diversamente dall'appalto-concorso e dalla concessione assentibili mediante i criteri dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Tale ripartizione rigida dei criteri di aggiudicazione prevista dalla Legge quadro sembrerebbe in apparente contrasto con le previsioni di cui alla D. Cee n. 93/37 che all'art. 30, 1° comma individua, quali

144. Grassetto nostro.

145. Grassetto nostro.

criteri di aggiudicazione, il “prezzo più basso” e la “offerta economicamente più vantaggiosa” senza porre in essere distinzione di sorta fra le procedure di aggiudicazione.

In verità, però, il legislatore nazionale secondo l’Autorità, nel recepire la predetta normativa comunitaria avrebbe previsto l’obbligatorietà del criterio del “prezzo più basso” alle due procedure di cui sopra al fine di ridurre “al massimo la discrezionalità della stazione appaltante”; di conseguenza esso non avrebbe determinato una lesione del diritto comunitario avendo assicurato “in modo più esteso” la concorrenza. L’Autorità conclude, quindi, nel senso dell’applicazione delle regole nazionali anche nel caso di appalti di valore comunitario. Le argomentazioni dell’Autorità, a giustificazione della legittimità della regola recata dall’art. 21 della Legge n. 109/94, sono pienamente condivisibili, anche se lascia in parte perplessi la discrasia che in siffatto modo viene a porsi con la normativa comunitaria.

Determinazione n. 57 del 21.12.2000

Avviso pubblico per la redazione di un albo di professionisti per il conferimento di incarichi di progettazione, direzione dei lavori e consulenza d’importo stimato inferiore a 40.000 Euro: pubblicità e motivazione dell’esclusione dei professionisti ritenuti non idonei e competenze professionali richieste

Con la presente determinazione vengono esaminate due distinte problematiche: l’una afferente alle modalità procedimentali di affidamento degli incarichi di progettazione d’importo inferiore ai 40.000 Euro, l’altra relativa ai confini dell’area delle competenze professionali degli ingegneri e degli architetti e relative interferenze.

Con riferimento al primo dei due profili citati, il procedimento è regolamentato dal combinato normativo di cui agli artt. 17, 12° comma, Legge n. 109/94 e 62, 1° comma, D.P.R. n. 554/99. In verità tali norme non definiscono esaustivamente le singole fasi procedurali limitandosi a precisare la necessità di dare adeguata pubblicità (art. 62) sia all'esigenza di acquisire la relativa prestazione professionale, sia dell'avvenuto affidamento¹⁴⁶ di tale incarico, ferma restando l'obbligo per la pubblica amministrazione committente di motivare circa l'esperienza e la capacità professionale (art. 17, 12° comma) dei professionisti scelti.

La laconicità delle norme - che non definiscono quali siano gli strumenti che consentano di giungere ad un livello di pubblicità adeguata - trova giustificazione nel fatto che si tratta di incarichi di basso importo generalmente caratterizzati da particolare urgenza per i quali, quindi, sarebbero state sicuramente inopportune procedure particolarmente articolate.

Il punto centrale della determinazione in esame si deve individuare nella delimitazione delle aree professionali di competenza degli ingegneri e degli architetti. Più precisamente si dibatte se gli architetti possano esercitare le seguenti attività: a) calcolo di strutture complesse in cemento armato, edili e stradali, b) impianti tecnologici e relative verifiche; ed inoltre se gli ingegneri possano espletare consulenza architettonica per interventi su beni vincolati.

Fondamentale sul punto è il capo V (art. 51 e 52) del R.D. n. 2537, del 23.10.1925 si come interpretato dalla giurisprudenza¹⁴⁷ in forza del quale

146. In verità in quest'ultimo caso l'art. 62 fa riferimento all'esigenza di rendere note con adeguate formalità l'avvenuta aggiudicazione utilizzando una diversa terminologia che di fatto non ha ripercussione sulla sostanza del fenomeno, ovverossia che l'aggiudicazione deve essere pubblicizzata.

147. Vengono richiamate dall'Autorità le seguenti pronunce: CS, Sez. III, sent. n. 1538/84; CS, IV, sent. n. 92/1990; CS, V, sentt. nn. 217/1996 e 416/1998.

nella competenza degli ingegneri rientrano: i lavori relativi alle vie ed ai mezzi di trasporto, di deflusso e di comunicazione, alle costruzioni di ogni specie, alle macchine ed agli impianti industriali, nonché alle applicazioni della fisica, i rilievi geometrici e le operazioni di estimo. È, pertanto, da escludere la competenza di un architetto per le opere sopra indicate con le lettere a) e b).

Così come è da escludere la competenza degli ingegneri relativamente all'attività di consulenza architettonica sui beni vincolati con la precisazione, però, che non è assolutamente esclusa la capacità di tale categoria professionale di intervenire sui medesimi beni; dispone infatti l'art. 52, 2° comma, del R.D. n. 2537/1925 che nei casi di interventi di realizzazione di opere, di restauro e di ripristino su beni vincolati l'ingegnere può comunque compiere la parte tecnica dell'intervento.

Determinazione n. 1 del 11.1.2001

Profili interpretativi in materia di varianti - art. 25 della Legge quadro e art. 134 del regolamento di attuazione

Nella presente determinazione l'Autorità contribuisce a chiarire, con argomentazioni del tutto condivisibili, alcuni aspetti problematici afferenti alla nozione ed al procedimento di autorizzazione di variante.

Con riferimento alla prima viene specificato che: "la variante deve avere carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita; altrimenti si è in presenza non di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto".

Siffatta nozione è evidentemente collegata ad un'esigenza che il Regolamento generale non ha provveduto a soddisfare: la definizione del concetto di "variante sostanziale". È appena il caso di ricordare che su di

essa la giurisprudenza ha lungamente dibattuto¹⁴⁸ ed ha, infine, rinvenuto - in tal senso si esprime l'Autorità - la portata dell'inciso in questione nel divieto di mutare essenzialmente la natura delle opere appaltate; in proposito l'art. 134, 4° comma, D.P.R. n. 554/99 recepisce tale impostazione sancendo la legittimità delle variazioni "...che non mutino sostanzialmente la natura dei lavori compresi nell'appalto".

Da menzionare, poi, è una ulteriore considerazione del Garante secondo cui la definizione del limite del quinto dell'importo originario ai soli casi di varianti conseguenti ad errori ed omissioni del progetto esecutivo ex art. 25, 1° comma, lett. d) della Legge n. 109/94, implica il rischio che negli altri casi "sotto il nome di variante venga a confluire di tutto, e non solo quantità notevolmente maggiori o minori, quanto anche lavori diversi per qualità e categorie".

Circa poi il procedimento amministrativo di approvazione delle varianti, l'Autorità ne riconosce, validamente, la natura autorizzatoria. Ai sensi dell'art. 134, 9° comma, del D.P.R. n. 554/1999 le perizie di variante sono sempre disposte dal direttore dei lavori:

- A) con l'approvazione della predetta perizia da parte dell'organo decisionale della stazione appaltante previo parere dell'organo che ha approvato il progetto nel caso in cui le perizie di variante comportino ulteriore spesa rispetto a quella prevista dal quadro economico del progetto approvato;
- B) con l'approvazione da parte del responsabile del procedimento negli altri casi diversi da quello indicato sub lett. A).

148. A titolo esemplificativo si veda T.A.R. Abruzzo-Pescara, 2.3.1985, n. 119 che ha ritenuto nuovo progetto (e dunque variazione sostanziale) e non variante l'approvazione, a lavori già appaltati, di una variante ad un progetto per la sistemazione della rete idrica che comportava la realizzazione di un nuovo serbatoio ed il rifacimento di parte della rete fognante.

Precisa altresì l'Autorità che:

- 1) è da escludersi l'applicazione dell'art. 25 della Legge n. 109/94¹⁴⁹ nel caso dello spostamento di uno svincolo in differente località in dipendenza di un diverso piano di traffico per la presenza di una erigenda infrastruttura sociale in quanto una variante di siffatta portata assume la consistenza di un altro lavoro;
- 2) è da ricondursi alla fattispecie di cui all'art. 25, comma 5 - bis, della Legge n. 109/94 (errore ed omissione progettuale) la richiesta di una seconda perizia di variante per lavori non prevedibili a seguito dell'esecuzione dei lavori previsti in una prima perizia di variante.

Determinazione n. 2 del 10.1.2001

Calcolo dei costi di sicurezza nella fase precedente l'entrata in vigore del regolamento di cui all'art.31 della legge 11 febbraio 1994, n.109 e successive modificazioni

La Determinazione n.2/2001 fornisce alcuni chiarimenti in merito ad una precedente pronuncia dell'Autorità (n.37/2000 - *Calcolo degli oneri di sicurezza e dell'incidenza della manodopera in attesa del regolamento attuativo*). In particolare, è richiesto all'Autorità di stabilire "le modalità con cui è possibile effettuare la stima delle spese complessive di sicurezza di cui alla citata determinazione"; nonché di stabilire "se nella stima dei costi di sicurezza debb[a]no essere incluse le voci dell'utile d'impresa e dell'IVA".

Riguardo al primo quesito, l'Autorità, riferendosi ai contenuti dell'Allegato alla Determinazione n.37/2000 (*Linee guida per la determinazio-*

149. E delle norme regolamentari che sono ad esso collegate.

ne dell'incidenza della mano d'opera), indica il metodo per individuare sia le spese complessive relative alla sicurezza (SCS), sia, di conseguenza, l'incidenza media della sicurezza sui costi (IS).

In relazione al secondo quesito, l'Autorità esclude che le voci dell'IVA e degli utili d'impresa possano rientrare nel computo delle spese complessive relative alla sicurezza, dal momento che *"tali spese non sono soggette a ribasso"* e, pertanto, sarebbe sostanzialmente errato *"assoggettare alla stessa disciplina anche la parte di utili che invece può costituire un elemento di concorrenza tra diversi esecutori"*.

Chiarisce infine l'Autorità che le indicazioni fornite nella determinazione sono applicabili solo *"fino all'entrata in vigore del regolamento di cui all'art.31 della legge 109/94 e successive modificazioni"*.

Determinazione n. 3 del 24.01.2001

Applicabilità dei principi di cui all'art. 30, comma 2 bis, L. 109/94 in materia di polizze assicurative stipulate per garantire l'esatto adempimento da parte dell'esecutore dei lavori in assenza dello schema-tipo da approvarsi con Decreto del Ministro dei Lavori Pubblici e di quello dell'Industria

Nella presente determinazione si pone la questione se, in attesa dell'approvazione degli schemi - tipo da emanarsi con provvedimento di concerto tra il Ministro dei LL.PP. e quello dell'Industria, di cui all'art. 107 del D.P.R. n. 554/99 e all'art. 9, comma 59, della Legge n. 415/98 ai quali si devono conformare le polizza concernenti le coperture assicurative e le garanzie fidejussorie previste dal citato art. 30 L. n. 109/94, i contratti di assicurazione fidejussoria stipulati nell'ambito del settore dei lavori pubblici rimangono vincolati o meno all'assetto contrattuale si come definito dalle parti.

L'Autorità distingue fra le polizze stipulate anteriormente al 28.07.2000 (data di entrata in vigore del D.P.R. n. 554/99) e quelle negoziate successivamente a tale data. Per quelle anteriori non possono che valere le clausole contrattate dalle parti, mentre per quelle posteriori, avendo il regolamento *ex art.* 3 L. n. 109/94 completato la disciplina e non essendo possibile rinviare oltre l'applicazione di una norma di legge già integrata dal regolamento, andrà applicata la disciplina di cui all'art. 30, comma 2 - *bis*, della Legge n. 109/94 senza la necessità di attendere l'emanazione del Decreto interministeriale sugli schemi polizza ai quali non può essere riconosciuta efficacia condizionante l'applicazione della norma corrispondente all'interesse sostanziale dell'amministrazione di non incontrare ostacoli alla realizzazione delle proprie pretese economiche.

Determinazione n. 4 del 31.01.2001

La progettazione dell'opera pubblica con particolare riferimento ai contenuti del progetto esecutivo

La questione esaminata dall'Autorità ruota sostanzialmente intorno al concetto di "*cantierabilità*", e quindi alla definizione di progetto esecutivo ed alla connessa tematica dell'ampiezza dei compiti dell'appaltatore in sede di esecuzione dei lavori.

È noto che uno degli obiettivi perseguiti dalla Legge n. 109/94 è quello di ridurre i costi di realizzazione garantendo comunque la qualità dell'opera; in tal senso la tripartizione dei livelli progettuali e la conseguenziale tassativa descrizione dei rispettivi contenuti sì come definita dalla vigente normativa¹⁵⁰ assolve un ruolo fondamentale. Ora, a meno di non

150. Si consideri oltre agli artt. 16 e 17 anche l'art. 25 della Legge n. 109/94.

voler vanificare la portata della citata normativa, è chiaro che i particolari costruttivi devono inevitabilmente far parte del progetto esecutivo e non possono essere rinviati alla fase realizzativa e rimessi a carico dell'appaltatore; d'altro canto è pur vero che taluni elementi costruttivi, non espressamente descritti nel progetto, possono essere demandati alla successiva fase esecutiva senza che ciò possa modificare il progetto.

In sostanza nella spazio delle attività non progettabili rientra la "cantierizzazione" che, lungi dal configurarsi quale completamento del progetto esecutivo, consiste, a dire dell'Autorità, nella "redazione degli eventuali documenti di interfaccia tra il progetto e l'esecuzione, consentendo di coniugare le esigenze progettuali con quelle di realizzazione delle opere, nel rispetto dell'autonomia imprenditoriale dell'esecutore". La stessa "cantierizzazione" del progetto esecutivo è costituita da quell'insieme di attività e relativi documenti (piani operativi, piani approvvigionamenti e calcoli grafici delle opere provvisionali) che l'art. 35 del D.P.R. n. 554/99 non prevede facciano parte del progetto esecutivo.

Regolazione n. 5 del 31.1.2001

Appalti di forniture e appalti di lavori

Con l'atto di Regolazione n.5/2001, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici è intervenuta, a seguito della segnalazione dell'Associazione nazionale costruttori di impianti (Assistal), in merito alla distinzione tra gli istituti giuridici dell'appalto di fornitura e dell'appalto di lavori.

Più precisamente, la fattispecie sottoposta all'esame dell'Autorità riguarda l'applicabilità della disciplina di cui alla legge n.109/94 e successive modificazioni ad un bando di gara d'appalto, promosso dall'Ente

tabacchi italiani, avente ad oggetto lo stabilimento della Nuova Manifattura Tabacchi di Lucca.

Secondo la versione fornita dall'Ente Tabacchi, detto appalto non rientra nell'ambito di applicazione della legge quadro (*ex art.2*), in quanto l'oggetto del contratto consiste essenzialmente nella "*fornitura di macchinari realizzati da produttori secondo consolidati standard di progettazione*". Pertanto, ai fini della relativa qualificazione, risulterebbe senz'altro prevalente l'elemento della *datio*, derivante dalla compravendita dei macchinari; mentre l'ulteriore prestazione di *facere*, scaturente dall'attività di installazione e messa in opera degli stessi, acquisterebbe carattere puramente accessorio ai fini della complessiva esecuzione dell'obbligazione.

L'Autorità, dopo aver proceduto all'audizione delle parti e delle rappresentanze delle categorie interessate, ha espresso le proprie considerazioni mediante un *intervento regolatore*, che ai sensi dell'art.5 del *Regolamento per il funzionamento del servizio delle ispezioni e degli accertamenti* si rende necessario "qualora (...) emerga un'azione amministrativa non conforme alla disciplina del settore, per dubbi interpretativi circa il contenuto delle regole" – concludendo per la piena applicabilità della fattispecie alla legge quadro, ai sensi dell'art.2.

La relativa tesi muove dalla distinzione tra le attività rientranti nell'ambito di applicazione oggettivo della legge n.109/94 e successive modificazioni (ossia quelle attività, "*qualunque ne sia il valore (...), che si concretino in una rielaborazione o trasformazione della materia*"), e quelle escluse (costituite dalle "*attività di posa in opera o di mera installazione di beni o di impianti che formano oggetto di un contratto di fornitura, a meno che i lavori non assumano rilievo economico superiore al 50% dell'importo complessivo del contratto*"), così come desumibile sia dall'art.1 del D.lgs. n.358/92, a seguito delle modifiche introdotte dal D.lgs. n.402/98, sia dallo stesso art.2, 1° comma della legge quadro, quando stabilisce: "nei contratti misti di

lavori, forniture e servizi e nei contratti di forniture o di servizi quando comprendano lavori accessori, si applicano le norme della presente legge qualora i lavori assumano rilievo economico superiore al 50 per cento”.

In virtù di tali presupposti normativi, l’Autorità, al fine di qualificare la fattispecie in esame come “appalto di lavori”, afferma che *“la differenza tra il contratto d’appalto e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale, secondo l’intenzione dei contraenti, della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d’opera)”*, elencando a sostegno alcune decisioni giurisprudenziali (Cons. Stato, V sez., 2 aprile 1996, n.375; Cass., II sez., 2 dicembre 1997, n.12199).

Ora, secondo l’Autorità, dall’adozione di tale criterio *funzionale* discende necessariamente che *“quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale, industriale, ecc. non è consentito dare rilievo alle forniture, anche se di valore superiore al 50%. Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture ma detto appalto non muta natura quando l’opera si realizza o si modifica per consentire un’attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione”*.

Ciò equivale a dire che anche il contratto misto di appalto e fornitura, qualora riguardi un’opera pubblica per la cui realizzazione deve essere effettuata un’opera di ingegneria, rimane assorbito nella fattispecie dell’appalto, malgrado l’eventuale plusvalenza del valore economico delle forniture.

“Viceversa – afferma ancora l’Autorità – nei casi di forniture e lavori, congiuntamente presenti in un contratto finalizzato alla fornitura mentre i lavori acquistano la funzione di componente accessoria, è applicabile la disciplina dei contratti di fornitura, con il correttivo dato dalla regola sopra indicata e per cui nei casi di incidenza percentuale maggioritaria della componente lavoro pur trattandosi di forniture si applicano le norme sulla esecuzione di lavori pubblici”.

In effetti, dall'esame della regolazione non è agevole individuare il percorso logico-deduttivo seguito dall'Autorità per giungere a simili conclusioni. Ad un primo impatto, non si può non condividere l'opinione di chi ritiene che "il punto di vista dell'Autorità sembra fortemente condizionato dalla prospettiva di un soggetto specializzato, appunto, nella materia dei lavori pubblici e, pertanto, portato a ritenere che le eventuali zone grigie della normazione siano comunque da ricondurre alla disciplina della legge 109/94"¹⁵¹.

Prescindendo dalla valutazione del caso sottoposto all'Autorità, si vuole, tuttavia, tentare di offrire una diversa ricostruzione del rapporto tra gli istituti giuridici summenzionati.

È opportuno, al riguardo, rilevare preliminarmente che, nella distinzione tra appalto e fornitura - *id est* tra appalto e compravendita - per giurisprudenza consolidata, opera, ancora prima del criterio di interpretazione funzionale impartito dall'Autorità, un criterio *finalistico*, non sufficientemente evidenziato.

Secondo Cass. 12 aprile 1999, n.3578, infatti, "il negozio misto che presenta i caratteri della compravendita e dell'appalto deve ritenersi assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi debbano, nella specie, considerarsi prevalenti. Ne consegue che, qualora l'obbligazione di fare (caratteristica dell'appalto) si accompagni a quella di dare (tipica della compravendita), la disciplina applicabile sarà quella della vendita se il lavoro (e cioè il *facere*) rappresenta non già lo scopo ultimo del negozio, ma soltanto il mezzo per il conseguimento della *res*".

151. Così OLIVERI, *Il rapporto tra appalti di lavori pubblici e contratti di fornitura alla luce della determinazione 5/2001 dell'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici*, in *Giustizia amministrativa*, n.3/2001, p.227.

Come è ovvio desumere da tale pacifica interpretazione (la sentenza citata è, del resto, solo l'ultima in ordine di tempo: cfr., ad esempio, Cass. Sez. Unite 9 giugno 1992, n.7073, secondo cui "ai fini della distinzione fra vendita ed appalto, in casi in cui la prestazione di una parte consiste sia in un dare che in un fare, occorre aver riguardo allo scopo essenziale del negozio ed al significato che, in relazione ad esso, la fornitura della materia e la prestazione d'opera assumono nella comune intenzione delle parti, in vista del risultato che essi tendono a conseguire"), non è possibile assumere un criterio di natura prevalentemente oggettiva (come quello funzionale) per affermare, in un contratto, la prevalenza degli elementi dell'appalto su quelli della fornitura. D'altronde, la stessa definizione giuridica dell'appalto (art.1655 c.c.) contiene gli estremi di una compravendita, atteso che l'appaltatore provvede "all'organizzazione dei mezzi necessari" al compimento dell'opera.

Pertanto, è solo rivolgendosi all'esame dell'elemento soggettivo (lo "scopo" assunto dal negozio nella "comune intenzione delle parti") che si potrà verificare con sicurezza se la situazione concreta sia riconducibile all'una o all'altra fattispecie.

In altri termini, per qualificare un contratto, ed applicare nei suoi confronti la corretta disciplina prevista dalla legge, occorre stabilire con certezza non tanto la prevalenza funzionale di alcuni elementi caratterizzanti, bensì l'effettiva natura della prestazione (di *dare*, nella fornitura; ovvero di *facere*, nell'appalto) idonea a realizzare lo scopo voluto dai contraenti. Per questo motivo, "va ravvisato un appalto, e non una vendita, nel contratto di fornitura di prodotti creati con uno stampo *ad hoc* predisposto d'accordo tra le parti, sulla base di un preciso disegno del destinatario della fornitura" (Cass. 11 giugno 1983, n.4020).

Come è stato giustamente sottolineato, l'atteggiamento dell'Autorità nel caso *de quo* non tiene evidentemente conto delle conseguenze di

una “estensione acritica delle norme sui lavori pubblici ad ipotesi di fornitura”¹⁵², la maggiore delle quali configura un’ipotesi concreta di limitazione della concorrenza: considerando le fattispecie miste come riconducibili sostanzialmente alla figura dell’appalto, infatti, solo le ditte in possesso dei necessari requisiti di qualificazione sarebbero in grado di accedere ai relativi bandi di gara.

Determinazione n. 9 del 21.02.2001

Ambito oggettivo di applicazione della disciplina contenuta nell’art. 88 del D.P.R. n. 554/99

Nella presente determinazione l’Autorità affronta la problematica relativa alla definizione dell’ambito oggettivo di operatività dell’art. 88 del D.P.R. n. 554/99 relativo all’individuazione delle “tipologie di lavori eseguibili in economia” con particolare riferimento ai lavori forestali e di sistemazione idraulico forestale.

Tali lavori, afferma il Garante, sono sicuramente annoverabili fra quelli esperibili in economia, ad eccezione di quei lavori di “mera manutenzione forestale” che, non attengono ad opere ed impianti, ma si concretano in interventi che fanno rimanere salve le situazioni naturali.

Rilevante e pienamente condivisibile è, altresì, la considerazione dell’Autorità secondo la quale le disposizioni in tema di limiti al ricorso all’esecuzione in economia in amministrazione diretta non possono considerarsi principi fondamentali, bensì mere norme di dettaglio ed in quanto tali non suscettive di vincolare la potestà legislativa concorrente delle regioni in materia di lavori pubblici di interesse regionale.

152. *Ibidem*, p. 228.

Determinazione n. 10 del 23.2.2001

Problemi in materia di responsabile del procedimento

Con la Determinazione n.10/2001, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici si propone di fornire alcuni chiarimenti in merito alla figura del responsabile del procedimento, così come delineata dalle norme della legge quadro e del regolamento generale.

Diversi problemi, in particolare di natura applicativa, sono emersi, infatti, dall'analisi della disciplina del responsabile del procedimento e numerosi quesiti sono stati posti all'Autorità su tale argomento. La Determinazione n.10/2001 contiene una miscellanea di chiarimenti e interpretazioni, tra i quali uno anche sui *"limiti entro i quali l'incarico di responsabile del procedimento possa essere attribuito ai geometri"*.

Ai sensi dell'art.7, comma 4, del regolamento, *"il responsabile del procedimento è un tecnico in possesso di titolo di studio adeguato alla natura dell'intervento da realizzare, abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, è un funzionario con idonea professionalità, e con anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni"*. La norma, pertanto, è inequivocabile, nel ritenere che, oltre alla qualifica generale di *"tecnico"*, il responsabile del procedimento debba necessariamente essere in possesso di un titolo di studio *adeguato alla natura dell'intervento*, ossia commisurato alle effettive responsabilità derivanti dalla gestione del complesso *iter* di realizzazione dell'intervento.

Accanto a tale requisito, la norma prescrive *l'abilitazione all'esercizio della professione* e, solo (si badi bene, solo) nel caso in cui l'abilitazione non sia prevista dalla normativa in vigore per la specifica categoria professionale, la stessa norma indica a requisito *l'idonea professionalità* del soggetto insieme all'*anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni*.

In particolare, per quanto attiene al geometra, questi, per poter essere nominato responsabile del procedimento, deve necessariamente aver ottenuto l'abilitazione; la disciplina contenuta nel R.D. 11.2.1929, n.274, "Regolamento per la professione di geometra", prevede, infatti, tale requisito per l'esercizio della professione.

Ai fini dell'applicazione della normativa in materia di appalti pubblici, pertanto, a nulla valgono le capacità professionali e la competenza eventualmente acquisite "sul campo" da parte del professionista geometra, se egli non risulti comunque in possesso del requisito dell'abilitazione.

Dal tenore della pronuncia dell'Autorità, tuttavia, emerge un'interpretazione difforme, che sembra non tenere conto del dettato normativo. Nella Determinazione n.10/2001 si afferma, infatti, che *"la qualifica di geometra soddisfa la condizione imposta dalla legge quadro che il responsabile del procedimento deve essere un tecnico. L'adeguatezza a ricoprire l'incarico è data dalla professionalità acquisita dal tecnico nel corso del tempo e, dunque, dell'esperienza maturata"*. Conseguentemente, secondo l'Autorità *"è ragionevole ritenere che la competenza e le capacità acquisite consentano di individuare nella figura professionale del geometra il soggetto idoneo ad essere nominato responsabile del procedimento anche per opere che non rientrano nelle sue strette competenze"*.

Ora, l'interpretazione dell'Autorità appare discutibile sotto vari profili. Posto che nei confronti del geometra il requisito dell'idoneità professionale unito ai cinque anni di anzianità di servizio in ruolo non ha alcuna rilevanza, poiché l'esercizio della professione è garantito in via esclusiva dall'abilitazione, non si vede come l'adeguatezza del titolo di studio sottostante, che la norma ricollega "alla natura dell'intervento", possa essere sostituita da un'adeguatezza "di fatto", conferita al soggetto dall'esperienza e dalle capacità professionali dimostrate.

In realtà, l'esperienza soggettiva maturata "nel corso del tempo" non influisce sulla scelta del responsabile del procedimento, se non nei casi di categorie professionali che non richiedono l'abilitazione. Pertanto, anche volendo ammettere con l'Autorità che *"il ruolo del responsabile del procedimento all'interno dell'iter realizzativo dell'opera pubblica è (...) quello del project manager e, quindi, quello di fornire impulso al processo anche avvalendosi di uno staff di supporto"*; e che *"la capacità che si richiede al soggetto è organizzativa e propositiva in misura molto maggiore di quanto non sia la capacità meramente tecnica"*, il dato normativo di cui all'art.7, comma 4, del D.P.R. n.554/99 appare assolutamente forzato.

Al contrario, dal testo della norma risulta evidente che il conferimento dell'incarico di responsabile del procedimento, è prima di tutto legato al possesso di un titolo di studio "adeguato alla natura dell'intervento". Pertanto, affinché la norma possa dirsi correttamente applicata, la corrispondenza tra i due elementi, soggettivo (titolo di studio) ed oggettivo (tipologia di intervento), deve essere rispettata.

D'altronde, tale corrispondenza è espressione di un generale "principio di proporzionalità" tra le competenze proprie del geometra e l'entità dell'opera da realizzare; principio ripetutamente affermato dalla giurisprudenza, seppure esclusivamente con riguardo alle ipotesi di progettazione e direzione lavori. Secondo un indirizzo consolidato, infatti (v., da ultimo, Cons. Stato, V Sez., sentenza 31.1.2001, n.348; ma anche Cons. Stato, V Sez., sentenza 13.1.1999, n.25 e Cass. civ., II Sez., sentenze nn. 5873/2000 e 3046/99), sussiste il divieto per il geometra di firmare progetti e dirigere i lavori relativi a fabbricati ad uso di civile abitazione qualora vengano impiegate strutture in cemento armato e qualora le dimensioni del fabbricato non risultino "modeste". Tale indirizzo si basa correttamente sull'applicazione delle norme che disciplinano l'attività professionale dei geometri (in particolare, art.16, lettere *l*) e *m*) del R.D. n. 274/

1929), nonché sulla discriminante costituita dal termine “modeste costruzioni”, la cui genericità ha costretto i giuridici a sviluppare alcuni criteri guida (generalmente basati sui parametri della dimensione, complessità e valore economico dell’opera).

Se è vero che le funzioni del responsabile del procedimento includono anche profili di natura organizzativa, oltre che progettuale e tecnica, tuttavia non può in nessun caso venire disattesa la lettera della legge, secondo cui solo al *tecnico* deve essere attribuita la qualifica di responsabile del procedimento. Non c’è motivo, quindi, di considerare detto principio di proporzionalità non applicabile anche al caso specifico - a meno di non minare la coerenza dell’intero sistema di attribuzioni di competenze.

L’Autorità, peraltro, nella medesima Determinazione, giunge di seguito ad affermare che *“la logica conduce a ritenere che a fronte della realizzazione di opere particolarmente complesse, sarà opportuno che l’incarico di responsabile del procedimento venga affidato a soggetti in possesso di titolo di studio più elevato e commisurato alla tipologia degli interventi da effettuare”*.

Questa inversione di rotta, apparentemente ispirata da buon senso, è in realtà del tutto superflua. Infatti, laddove è la legge a prescrivere espressamente, per la nomina a responsabile del procedimento, la presenza di un professionista in possesso di titolo di studio adeguato all’intervento da eseguire, non sembra esserci spazio per eventuali ragioni di *opportunità* nella relativa scelta da parte dell’amministrazione.

Determinazione n. 11 del 20.03.2001

Oneri di sicurezza

In tale determinazione l’Autorità precisa che:

- 1) l’art. 3 del D.Lgs. n. 494/1996 e successive modificazioni nella

parte in cui reca l'inciso "nei cantieri in cui è prevista la presenza di più imprese" fa riferimento all'ipotesi in cui i lavori vengano eseguiti da più imprenditori a prescindere dall'ambito temporale del loro intervento e quindi anche qualora gli stessi non intervengano contemporaneamente;

- 2) l'art. 3, comma 4 - *bis* del D.Lgs n. 494/96, che dispone la nomina del coordinatore per l'esecuzione dei lavori anche nel caso in cui l'esecuzione sia affidata a più imprese dopo l'affidamento dell'appalto ad una unica impresa, fa riferimento alla tipica ipotesi del subappalto. Specifica, però, l'Autorità che l'ambito oggettivo della norma va esteso ad ogni altro caso in cui si realizzi il presupposto della presenza di più imprese in un cantiere, ancorché esse non operino contestualmente ed anche se al momento dell'affidamento dell'appalto non fosse prevista tale compresenza. In verità esclusa l'ipotesi del subappalto, la norma sembra fare riferimento al caso di cui all'art. 1656 c.c., norma, quest'ultima, che facendo riferimento all'affidamento di lavori a privati, è difficilmente applicabile nel caso di appalto di lavori pubblici;
- 3) ai sensi del disposto di cui all'art. 25, 2° comma, decreto legislativo n. 528/1999, le norme di tale decreto trovano applicazione anche nel caso in cui vi sia stato affidamento di incarico di progettazione prima del 24.03.1997 e sempre che non sia intervenuta, alla data del 18.04.2000, l'approvazione del progetto esecutivo; al contrario troverà invece applicazione la normativa vigente alla data di affidamento dell'incarico, qualora alla data del 18.04.2000 non sia intervenuta la predetta approvazione del progetto esecutivo.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2001
Stampa: tipografia Edigraf, via Ugo Fleres 24, 00137 Roma