

REGOLAMENTATI I POTERI DI CONTROLLO DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA DEGLI APPALTI PUBBLICI: CONFERMATA LA FACOLTÀ DI ISPEZIONARE GLI UFFICI E LA COLLABORAZIONE CON LA GUARDIA DI FINANZA.

Nota del dott. M. Cozzio

[estratto da *Informator*, 1, 2009]

 **REGOLAMENTO in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 8, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006, pubblicato sulla Gazz. Uff. n. 80 del 6 aprile 2009.**

Il regolamento pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale lo scorso 6 aprile 2009 disciplina le attività di vigilanza del mercato degli appalti pubblici e precisa le modalità per l'esercizio dei poteri ispettivi, con particolare attenzione soprattutto alle fasi dell'avvio, della partecipazione e della conclusione delle attività istruttorie che il legislatore nazionale ha assegnato in modo ampio (v. artt. 6, 7 e 8, Codice appalti) all'Autorità di Roma. L'adozione del regolamento rappresenta un ulteriore tassello del percorso di riorganizzazione avviato dall'Autorità che segue il regolamento sull'organizzazione del 20 dicembre 2007 e permette di svolgere due considerazioni di carattere generale.

Maggior discrezionalità e maggiori controlli

La prima considerazione per evidenziare che il Codice degli appalti attribuisce all'Autorità strumenti di controllo più incisivi rispetto a quelli stabiliti dalla disciplina previgente¹. L'Autorità svolge funzioni di controllo con un ampio mandato e si occupa di tutti i contratti pubblici “*al fine di garantire l'osservanza dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente, e di economica ed efficiente esecuzione dei contratti, nonché il rispetto delle regole della concorrenza nelle singole procedure di gara*”².

¹ V. art. 2, d.lgs. 163/2006, secondo il quale “*l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice... Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile*”.

² Cfr. art. 6, co. 5, d.lgs. 163/2006. Il Consiglio di Stato, Sez. consultiva, nel parere reso sullo schema del d.lgs. 163/2006 nell'Adunanza del 6 febbraio 2006 stabilisce che l'estensione delle competenze dell'Autorità non si pone in alcun modo in contrasto con le prerogative delle Regioni, come ha già avuto modo di chiarire in passato la Corte costituzionale con la sentenza n. 482 del 1995. Le attribuzioni dell'Autorità, aggiungono i giudici, non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo eventualmente svolta in sede regionale, ma

Le nuove funzioni dell'Autorità sono conseguenza da un lato, delle indicazioni provenienti da Bruxelles³ e, dall'altro lato, del *favor* concorrenziale che ispira il Codice degli appalti, le cui disposizioni sono caratterizzate (1) da una maggior apertura degli appalti pubblici alle dinamiche della concorrenza e (2) dalla possibilità per le Amministrazioni di agire sul mercato con accresciuta flessibilità e discrezionalità, potendo anche disporre di nuovi strumenti negoziali. Ne deriva il rischio⁴ di una minore tutela delle esigenze pubblicistiche e delle garanzie del corretto agire della Pubblica amministrazione. Di qui l'esigenza di rafforzare le funzioni di vigilanza dell'Autorità.

Un sistema di controlli 'multi' ripartito

La seconda considerazione per rilevare che le funzioni di controllo e vigilanza non costituiscono oggetto di monopolio dell'Autorità ma, al contrario, sono esercitate da più enti (comunitari, nazionali e regionali) che perseguono obiettivi comuni, ciascuno sulla base delle proprie competenze. Ecco quindi la Commissione europea e la Corte di giustizia, ma anche i Tribunali amministrativi regionali e le Corti dei conti ed ora, con accresciuta importanza, l'Autorità di vigilanza. È facile comprendere come un sistema di controllo così articolato presenti indubbi vantaggi: più sono i soggetti controllori, più ampia (ed efficace) dovrebbe risultare l'azione di controllo. Tuttavia non vanno taciuti gli oneri che un siffatto sistema impone: è necessario infatti che i vari attori coinvolti mettano in campo buone capacità di sinergia e di coordinamento, in difetto delle quali si corre il rischio di creare discontinuità e incertezza giuridica a discapito degli operatori e del buon funzionamento del mercato.

Particolare attenzione va rivolta all'applicazione del diritto comunitario dal quale provengono, sempre più spesso, le indicazioni più impattanti sulle regole e la prassi nazionale. Al riguardo sembra configurarsi un sistema di stretta collaborazione fra enti (nazionali e comunitari) per l'esercizio congiunto delle funzioni di controllo. Questa collaborazione fra Istituzioni comunitarie e autorità degli Stati membri rientra, non a caso, nella strategia europea per rafforzare l'attuazione e il controllo sull'applicazione del diritto comunitario⁵.

esprimono una funzione di garanzia, strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore degli appalti pubblici.

³ La previsione di Autorità indipendenti è inserita nell'art. 81 della Dir. 2004/18/CE, il quale si conforma a quanto già stabilito dalla Dir. 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 (art. 2). Per il legislatore comunitario “*gli Stati membri debbono assicurare l'applicazione delle direttive in materia di appalti direttiva tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti e a tal fine possono designare o istituire un'Agenzia indipendente*”.

⁴ GIAMPAOLINO L., *Il nuovo codice degli appalti: rischi ed opportunità*, 2006, su giustamm.it.

⁵ Sul tema, in sede comunitaria, si rinvia in particolare alla Comunicazione della Commissione, *Un'Europa dei risultati. Applicazione del diritto comunitario*, COM/2007/502 def., del 5 settembre 2007 e prima ancora alla Comunicazione *Sul miglioramento nel controllo dell'applicazione del diritto comunitario*, COM/2002/725 def., del 20 dicembre 2002. In ambito nazionale il dibattito ha riguardato soprattutto il ruolo che svolgono le Autorità indipendenti nell'integrazione comunitaria del diritto nazionale cfr. FRANCHINI C. - CHITI E., *L'integrazione*

Prerogative e funzioni dell'Autorità

L'Autorità di vigilanza è un ente dotato di indipendenza: *funzionale*, di *giudizio* e di *valutazione* oltre che di *autonomia organizzativa*. All'Autorità sono assegnate: (a) funzioni di controllo (ad esempio verificando, anche con indagini a campione, la regolarità delle procedure di affidamento, nonché sull'economicità di esecuzione dei contratti pubblici e sull'assenza di pregiudizi per il pubblico erario), (b) funzioni consultive (fra le quali va segnalata l'attività nuova del cd. *pre contenzioso*, in forza del quale l'Autorità, su iniziativa della stazione appaltante e di una o più delle parti in gara, esprime un parere non vincolante relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, eventualmente formulando una ipotesi di soluzione), (c) poteri sanzionatori (v. art. 6, co. 3, Codice appalti).

Il Codice degli appalti stabilisce che per lo svolgimento di queste funzioni l'Autorità può:

- richiedere agli operatori economici (aggiudicatari), alle pubbliche amministrazioni e ad ogni ente che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture pubblici, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti;
- disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi se necessario della collaborazione di altri organi dello Stato;
- disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;
- avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza che agisce, con i poteri di indagine ad esso attribuiti, ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi.

Per rendere più 'convincenti' le richieste dell'Autorità, il legislatore ha stabilito sanzioni amministrative pecuniarie fino a 25.822 euro se i soggetti si rifiutano senza giustificato motivo di fornire le informazioni o di esibire i documenti, e fino a 51.545 euro se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri.

Due strutture interne all'Autorità si occupano delle funzioni indicate: la *Direzione generale vigilanza lavori* e la *Direzione generale vigilanza servizi e forniture*, e possono farsi supportare da altri organi dello Stato e dalla Guardia di Finanza.

amministrativa europea, Bologna, 2003, 72 - 84, i quali, nel rilevare la frequente previsione di autorità indipendenti degli Stati membri da parte del legislatore comunitario, si chiedono se sia ormai possibile affermare che "lo sviluppo del diritto positivo comunitario dia luogo ad un vero e proprio modello - in via di formazione - di esercizio congiunto della funzione comunitaria"; ma v. anche CLARICH M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; PADOA SCHIOPPA KOSTORIS F., *Le autorità indipendenti e il buon funzionamento dei mercati*, Milano, 2002. Il tema è stato oggetto di ampia trattazione ai Seminari di Trento *sul diritto comunitario e nazionale degli appalti pubblici*, in particolare nella giornata del 24 ottobre 2008 dedicata alle *Funzioni di vigilanza, controllo e responsabilità fra Stato e Istituzioni Comunitarie*, con interventi di PICOZZA E., MARIUZZO F., PILATO S. e BOTTO A. (gli atti del Seminario sono in corso di pubblicazione per i tipi di EDK).

Il regolamento in materia di vigilanza e le fasi procedurali

Il regolamento del 6 aprile 2009 stabilisce le regole procedurali per l'esercizio delle attività di indagine e ispettive dell'Autorità. Le modalità di intervento dell'Autorità seguono uno schema così articolato:

1. fase conoscitiva
2. fase istruttoria
3. conclusione e comunicazione

Quanto alla fase conoscitiva

Dal regolamento si evince che vi sono: (a) indagini di tipo 'ordinario', attivate sulla base di programmi annuali stabiliti dal Consiglio dell'Autorità e vertenti su specifiche problematiche o criticità degli appalti pubblici; (b) indagini di tipo 'ispettivo', attivate d'ufficio a seguito di segnalazioni o su "*istanza motivata da chiunque ne abbia interesse*". In quest'ultimo caso la segnalazione va presentata compilando un apposito modulo disponibile sul sito web dell'Autorità.

Nella fase conoscitiva viene svolta una sommaria attività istruttoria che può concludersi rapidamente qualora non sussistano dubbi interpretativi sulla fattispecie esaminata o alla stessa possa applicarsi, anche in via analogica, una precedente pronuncia dell'Autorità. Di norma le istruttorie preliminari sono svolte dalle due Direzioni generali, tuttavia nei casi di particolare importanza interviene il Direttore generale (vale a dire, ad esempio, per: contratti sopra soglia, interventi riportati dalla stampa nazionale; interventi nei quali siano state commesse gravi violazioni delle norme sulla sicurezza dei lavoratori; interventi nei quali si sia verificata la sospensione dell'attività per un tempo superiore a 1 anno; subappalti non autorizzati; casi la cui definizione implichi segnalazione alla Procura della Repubblica o della Corte dei Conti).

Già in questa fase possono essere attivate richieste di informazioni e di esibizione di documenti. L'Autorità stabilisce che il termine per far pervenire la risposta o esibire il documento deve essere congruo in relazione all'urgenza del caso ed alla quantità e qualità delle informazioni richieste, e comunque non inferiore a 15 gg. e non superiore a 30 giorni. I documenti richiesti devono essere trasmessi in originale o copia dichiarata conforme all'originale.

Quanto alla fase istruttoria

L'atto formale con il quale l'Autorità comunica l'avvio dell'istruttoria indica: *i.* gli elementi essenziali in merito alle presunte violazioni, *ii.* il termine di conclusione del procedimento, *iii.* il responsabile del procedimento, *iv.* l'ufficio dove si può prendere visione degli atti del procedimento, *v.* il termine entro il quale le imprese e gli enti interessati possono esercitare il diritto di essere sentiti ovvero di depositare memorie e documenti.

L'atto formale di avvio dell'istruttoria va comunicato alle stazioni appaltanti, alle imprese e agli enti interessati, nonché ai soggetti che, avendo un interesse diretto, immediato ed attuale, hanno presentato denunce o istanze utili all'avvio dell'istruttoria. Oltre a questi soggetti, possono partecipare all'istruttoria anche

altri portatori di interessi pubblici o privati, nonché le associazioni rappresentative dei consumatori, ai quali possa derivare un pregiudizio diretto, immediato ed attuale dalle infrazioni oggetto dell'istruttoria o dai provvedimenti adottati in esito alla stessa e che facciano motivata richiesta di intervenire entro trenta giorni dalla pubblicazione sul sito web del provvedimento di avvio dell'istruttoria.

Davanti all'Autorità, nel corso delle audizioni gli interessati possono comparire in persona del rappresentante legale oppure di procuratore speciale, possono inoltre farsi assistere da consulenti di fiducia.

Nel corso dell'istruttoria l'Autorità può eseguire e far eseguire, previa autorizzazione del Direttore generale, ispezioni presso chiunque sia ritenuto in possesso di documenti utili. Il legislatore ha previsto 'penetranti' poteri ispettivi. In effetti i funzionari incaricati di procedere alle ispezioni possono: (i) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto del soggetto ispezionato, con esclusione dei luoghi di residenza o domicilio estranei all'attività aziendale oggetto dell'indagine; (ii) controllare e prendere copia dei documenti cartacei, elettronici e in altro formato utilizzati ai fini dell'attività della stazione appaltante o dell'impresa, indipendentemente dal livello di responsabilità e rappresentatività dell'autore del documento, (iii) richiedere informazioni e spiegazioni orali.

Al termine della fase istruttoria

Al termine della fase istruttoria l'Autorità comunica ai soggetti interessati l'atto finale adottato, che viene pubblicato anche sul sito web. Successivamente al ricevimento della comunicazione delle risultanze istruttorie, le stazioni appaltanti, le imprese e gli enti interessati possono presentare controdeduzioni ed eventuale istanza di audizione finale di fronte agli uffici e al Consiglio dell'Autorità, nel qual caso devono far pervenire apposita richiesta entro cinque giorni dal ricevimento della comunicazione.

Tanto nel Codice degli appalti (art. 6, co. 10) quanto nel regolamento (art. 9) viene ribadito che le informazioni raccolte sono tutelate, fino alla conclusione dell'istruttoria, dal segreto d'ufficio anche nei riguardi delle pubbliche amministrazioni, fatti salvi gli obblighi di denuncia di cui all'art. 331 del codice di procedura penale.

Al fine di verificare fatti irregolari conseguenza di quelli rilevati nel corso delle attività ispettive l'Autorità può monitorare l'esecuzione dei contratti pubblici, anche mediante la richiesta di nuovi documenti e informazioni.