

## FORUM NAZIONALE OICE

### RILANCIARE LE OPERE PUBBLICHE

#### **Una nuova politica per le opere pubbliche in Italia: le difficoltà da una iper - regolamentazione**

**Luigi Giampaolino**

1. Rilanciare le opere pubbliche in Italia è anche, e per parte notevole, un problema di regole: la presenza di diversi legislatori, forse troppi; un procedimento autorizzatorio che prende l'andamento e la complessità del processo - che, com'è noto, è la forma di una lite – per la presenza di interessi tutti degni di tutela, ma forse troppo tutelati con potestà di veti pregiudiziali; la presenza di parti (regioni, enti locali, enti pubblici e privati) ritenute tutte parti necessarie al fine del decidere. L'eccessiva regolamentazione e burocratizzazione della materia degli appalti pubblici potrebbe costituire, pertanto, un ostacolo alla realizzazione delle opere, laddove occorrerebbe fornire linee di scorrimento e di agile percorribilità e non una disciplina dettagliata ed ostacolante.

2. Ricostruiamo brevemente il quadro normativo, cominciando dalle regole comunitarie.

Le direttive sugli appalti pubblici si basano, com'è noto, su tre principi fondamentali:

- pubblicità degli appalti su scala comunitaria per far sì che le imprese di tutti gli Stati membri abbiano la possibilità di presentare un'offerta;
- divieto di formulare specifiche tecniche che risultino discriminatorie nei confronti di potenziali offerenti stranieri;
- applicazione di criteri obiettivi nelle procedure di gara e di aggiudicazione.

Quest'ultimo principio è garantito dall'osservanza dei seguenti requisiti:

- gli appalti devono essere oggetto di una gara aperta o ristretta, a discrezione dell'autorità aggiudicatrice; solo in circostanze eccezionali quest'ultima può ricorrere a una procedura negoziata o al dialogo competitivo;
- le parti interessate possono essere escluse dalla partecipazione o dalla selezione finale sulla base di taluni specifici criteri qualitativi;
- gli appalti possono essere attribuiti unicamente sulla base di criteri economici o tecnici, ossia scegliendo l'offerta che presenta il prezzo più basso o quella più vantaggiosa.

3. Tutti questi principi sono certamente stati recepiti nel Codice dei contratti.

Tali gruppi di norme, però, sono ovviamente interrelati e sono, nell'insieme, volti anche a tutelare l'interesse dell'amministrazione ad ottenere un bene, un servizio o una fornitura che risponda agli interessi della collettività ed a garantire l'esigenza, senz'altro complementare, della corretta formazione della domanda pubblica sul mercato.

Per altro verso, norme volte a tutelare l'interesse pubblico generale e, per esso, le pubbliche amministrazioni, sono anche occasioni per favorire la concorrenza.

Così, ad esempio, la programmazione dei lavori pubblici - com'è noto, unitariamente introdotta in via sistematica dalla legge Merloni (art.14, legge n.109/1994) - attiene alla fase della individuazione stabile e concreta dell'interesse pubblico da perseguire attraverso la realizzazione del lavoro o dell'opera, ma insieme a tutti gli altri momenti del complesso *iter* procedimentale può essere occasione e strumento per favorire la concorrenza. Si pensi alla possibilità di presentare proposte di intervento anche da parte di privati da inserire nella programmazione ed all'attenzione alla trasparenza attraverso la pubblicazione dei programmi da parte dell'Autorità.

La stessa progettazione, posta al centro della fattispecie dei lavori pubblici nella disciplina introdotta dalla Merloni, assume ora, nel nuovo codice, in concreto, una valenza diversa per la prevalenza che in un mutato contesto vengono ad assumere i concorsi di progettazione, donde la più frequente attenzione che la prassi e la giurisprudenza hanno dedicato a questi aspetti della concorrenza.

4. Il Codice garantisce maggiore flessibilità e libertà di azione e di scelta alle amministrazioni aggiudicatrici nel rivolgere le proprie richieste al mercato: siamo consapevoli che tale flessibilità si deve coniugare con il rispetto da parte delle amministrazioni dei principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione.

E proprio la necessità di contemperare la libertà di scelta della pubblica amministrazione con la trasparenza delle procedure, le esigenze del libero mercato con la tutela degli interessi della collettività, hanno determinato i recenti interventi su di un pur tanto complesso corpus normativo.

Così, sono stati emanati due decreti correttivi allo scopo di rafforzare le esigenze di trasparenza negli appalti, senza però porre vincoli alla libertà di scelta dell'amministrazione, anche nella prospettiva comunitaria.

In particolare, il secondo correttivo ha la finalità di conservare la "centralità del progetto" che, come ricordato, era uno dei principi fondanti della legge Merloni, con la liberalizzazione dell'appalto integrato, prevista dal Codice. In tale prospettiva, si rinvia all'emanazione del regolamento attuativo l'entrata in vigore della piena liberalizzazione, che viene peraltro limitata ai soli appalti sopra la soglia comunitaria. Inoltre è introdotta la possibilità di prevedere nel bando il pagamento diretto della parcella al progettista e la valorizzazione della qualità dei progetti nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per gli appalti di servizi e forniture, è da evidenziare l'eliminazione della "forcella" e quindi la possibilità di limitare il numero dei candidati da invitare nella procedura ristretta.

Sempre sotto il profilo della trasparenza, il correttivo introduce maggior rigore nel sistema di qualificazione SOA riconoscendo espressamente la funzione pubblicistica delle SOA ed un insieme di controlli più stringenti.

Ed ancora sulla linea del rafforzamento della trasparenza e della concorrenza occorre leggere le modifiche riguardanti la procedura negoziata: il decreto ha eliminato la possibilità di ricorrere a tale procedura quando si verifica l'impossibilità di fissare preliminarmente i prezzi o le specifiche del contratto e nel caso di lavori ripetitivi in seguito ad una prima aggiudicazione a procedura aperta.

Anche sul piano della tutela del lavoro, il correttivo prevede maggiori garanzie nel caso di inadempienze retributive e contributive: l'appaltatore inadempiente nei confronti del subappaltatore subirà la sospensione dei pagamenti; gli oneri per la sicurezza pagati al subappaltatore non potranno essere oggetto di ribasso; la responsabilità solidale tra appaltatore e subappaltatore sul rispetto della normativa sulla sicurezza. Inoltre il DURC viene inserito tra i requisiti soggettivi.

5. Ma, a questo punto, occorre, purtroppo ricordare che il quadro normativo non si esaurisce qui, ma occorre considerare anche la normativa regionale.

Il problema è quale sia il rapporto fra questo corpus normativo e la legislazione regionale, sia delle regioni a statuto ordinario, sia delle regioni a statuto speciale.

Il codice, com'è noto, ha indicato una soluzione del problema nell'art. 4, disponendo che le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano esercitano la potestà normativa in materia nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dalle disposizioni relative a materie di competenza esclusiva statale.

Con riferimento alla legislazione concorrente, si rinvia al rispetto, da parte delle regioni, dei principi fondamentali contenuti nel codice stesso, in particolare, in tema di *"programmazione di lavori pubblici, approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi, organizzazione amministrativa, compiti e requisiti del responsabile del procedimento, sicurezza del lavoro"*.

Si afferma, quindi, la competenza esclusiva dello Stato nelle materia relative *"alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso"*, oltre che *"alla tutela dei beni culturali, i contratti nel settore della difesa, i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza relativi a lavori, servizi, forniture"*.

Si prevede, comunque, che, con riferimento alla competenza regionale, concorrente o esclusiva, il codice si applichi in mancanza della necessaria normativa

regionale di attuazione, con l'introduzione della clausola di cedevolezza, al momento della relativa adozione da parte di ciascuna regione.

Il Consiglio di Stato, nel parere reso in occasione della formazione del "codice" (n. 355/06, del 6 febbraio 2006), osservò come non fosse possibile l'esercizio decentrato di potestà normative con riferimento agli ambiti appartenenti al cd "nucleo essenziale del Codice" (la qualificazione e selezione dei concorrenti, i criteri di aggiudicazione, il subappalto e la vigilanza sul mercato degli appalti affidata ad una Autorità indipendente), riconoscendosi per altri la competenza normativa delle Regioni, sempre nel rispetto dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria.

Richiamando, altresì, la giurisprudenza della Corte Costituzionale, Esso ha sottolineato la necessaria applicazione del principio di leale collaborazione, al fine di superare le situazioni di interferenze in concreto verificabili.

Sta di fatto, che per quanto riguarda le Regioni a statuto speciale, va ricordato che nella circolare del 18 settembre 2006, emanata dall'Assessorato ai lavori pubblici della regione Sicilia, si afferma che il rinvio statico alla legge 109/1994, operato dalla "Legge quadro in materia di lavori pubblici" della regione (legge regionale n.7/2002), escluderebbe l'applicazione automatica della disciplina contenuta nel codice dei contratti, fino ad un ulteriore intervento del legislatore regionale in tali sensi, salve, comunque, le norme afferenti alle materie di competenza esclusiva statale.

Per quanto riguarda le regioni a statuto ordinario, va segnalato che, per quanto consta, sono state emanate la legge regionale Campania (legge regionale n.3 del 27 febbraio 2007), la legge regionale Sardegna (legge regionale n.5 del 7 agosto 2007) e la legge regionale Liguria (legge regionale n.31 del 13 agosto 2007).

6. Tutta la problematica, peraltro, è *sub judice* innanzi alla Corte Costituzionale, a seguito dei ricorsi delle regioni Abruzzo, Lazio, Piemonte, Toscana, Veneto e della Provincia autonoma di Trento.

Le regioni hanno osservato, per quanto riguarda la potestà legislativa concorrente, che la programmazione dei lavori pubblici, l'organizzazione amministrativa, l'approvazione dei progetti, i compiti ed i requisiti del responsabile del procedimento non appaiono riconducibili a materie soggette alla legislazione concorrente, per cui non si comprende perchè le regioni debbano essere vincolate al rispetto dei principi statali, con riferimento agli appalti di competenza della regione stessa nonché degli enti regionali e locali.

Con riferimento alla potestà esclusiva, lamentano che gli aspetti più significativi della disciplina degli appalti pubblici, sono attribuiti dal Codice, in maniera analitica ed onnicomprensiva, alla potestà legislativa esclusiva dello Stato. Pertanto, la disciplina contenuta nel Codice e nel regolamento di attuazione, rappresentando in concreto l'unica fonte normativa in materia, a detta delle regioni, finirebbe per essere vera a propria normativa di dettaglio, vincolante e non cedevole, anche per gli appalti di interesse regionale e per ambiti attribuiti alla competenza normativa regionale.

In proposito, però, quel che preme segnalare, alla stregua di quanto, in verità, è stato fatto anche in sede di presentazione della relazione al Parlamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, è che normative regionali che moltiplicassero e diversificassero in maniera troppo divergente discipline riguardanti una eguale attività, per buona parte incidente sul comune bene della concorrenza, rimesso ex articolo 117, comma 2, lettera e) della Costituzione, alla valutazione unitaria degli organi dello Stato, potrebbero risolversi in appesantimenti per le imprese e in un disorientamento per gli operatori economici.

Ed è per questo che un'attenzione alla legislazione regionale appare indispensabile per assicurare un quadro ordinato e coerente di sviluppo.

7. I problemi che si pongono, derivano, in questa materia, dalla presenza di una legislazione che assume il respiro e la dimensione di un Codice della materia, doppiato, poi, per buona parte, nelle varie sede regionali.

Questo complesso normativo, poi, viene integrato e, talvolta, duplicato, da un intervento regolamentare ancora più massiccio ed invasivo, con una impostazione fortemente analitica, sia pure mossa dall'intento di disciplinare in modo esauriente la fattispecie per limitare le incertezze interpretative e garantire al meglio possibile le parti in causa.

Ed è così che subentra la preoccupazione di una eccessiva pervasività e burocratizzazione della materia, che, nella specie, si ricordi, è un mercato sfaccettato e dinamico al quale occorrerebbe soltanto fornire linee di scorrimento di agile percorribilità e non disciplina dettagliata ed ostacolante.

Si pone, cioè, nella materia, un problema di iper-regolamentazione ai cui rischi di ingessamento l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, proprio in quanto organismo di gestione di regole per il mercato, si è dimostrata sensibile, richiamano su di esso l'attenzione.

Infatti, questo della tecnica normativa, è un aspetto che l'Autorità segnala proprio per evitare che la regolazione, da essa - e da altri organismi nazionali - condotta, non si trovi ad operare in un contesto di disciplina dove la rivendicazione di competenza, la diffidente regolamentazione della discrezionalità, l'imposizione di una dettagliata disciplina dell'offerta, soffoca l'efficienza, finendo per trasferire integralmente a situazioni di mercato criteri elaborati per campi di dominio amministrativo.

8. L'Autorità guarda la materia degli appalti in una luce nuova, come strumento funzionale al mercato inteso come valore da promuovere e tutelare. Competitività e trasparenza dei mercati sono il binomio necessario affinché le amministrazioni pubbliche possano acquistare beni e servizi e lavori a prezzi più bassi ma soprattutto di qualità migliore, mediante una consistente semplificazione dei processi di acquisto e una riduzione dei costi amministrativi e delle altre inefficienze del settore.

Nello stesso tempo, l'Autorità opererà affinché, nel rispetto del principio della concorrenza, l'intero mercato oggetto della sua azione possa beneficiare di un sistema

di regole efficienti e trasparenti in grado di assicurarne il buon funzionamento, sempre tenendo a mente la tutela dell'interesse pubblico, inteso come interesse della collettività al buon uso del denaro pubblico ed alla trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa.

Anche per tale motivo, l'Autorità utilizzerà sempre di più il metodo delle audizioni degli operatori del mercato, al fine di acquisire gli elementi conoscitivi necessari per valutare le azioni da intraprendere; tali azioni dell'Autorità intendono essere soprattutto di guida agli operatori affinché il mercato possa essere caratterizzato da un sistema di regole condiviso e riconosciuto dagli stessi ed ispirato da logiche di semplificazione.

Ed affinché tutto ciò non resti sulla carta l'Autorità assicurerà un costante monitoraggio sull'effettivo conformarsi delle amministrazioni a modelli operativi procedurali ed organizzativi che siano conformi alla massima apertura del mercato e a garantire la concorrenza nel mercato.

L'Autorità quindi intende svolgere non solo interventi volti ad arginare patologie del sistema, ma la sua azione è soprattutto diretta all'individuazione di soluzioni che tali patologie evitino per il futuro.

Insomma, l'Autorità dedicherà la massima attenzione alla predisposizione di linee guida e di *best practices* che possano aiutare le amministrazioni nell'utilizzo delle nuove normative sui lavori pubblici e soprattutto dei nuovi strumenti e modalità di affidamento, quali il partenariato pubblico privato, il global service, strumenti con i quali si devono confrontare anche le piccole e medie imprese.

9. In tale prospettiva deve essere considerata la funzione che l'Autorità ha nella prassi esercitato e che ha assunto un connotato ulteriore e differente rispetto alla mera vigilanza e cioè la cosiddetta regolazione "interpretativa", attraverso l'emanazione di determinazioni.

Nel momento in cui l'Autorità è chiamata a vigilare sulla correttezza dell'applicazione della normativa, evidentemente il Legislatore ha attribuito ad essa anche una funzione di interpretazione della normativa poiché la vigilanza comprende necessariamente una valutazione e quindi una interpretazione della correttezza di una data applicazione della normativa.

In sostanza, mediante la emanazione di tali atti a portata generale, l'attività dell'Autorità è andata oltre la vigilanza con contenuto meramente accertativo.

E' una funzione che ha assunto rilievo autonomo, anche perché sovente tali atti non sono stati emanati dall'Autorità in esito ad esposti su casi singoli o a seguito del monitoraggio sui fenomeni rilevanti effettuato dall'Osservatorio, ma a seguito di autonoma valutazione dell'Autorità, qualora si riscontrino problemi interpretativi. Ad esempio, si pensi alle determinazioni emanate dall'Autorità per chiarire dubbi interpretativi a seguito dell'entrata in vigore di nuove leggi o regolamenti.

Con le determinazioni l'Autorità intende fare il punto della normativa in materia, dando alle amministrazioni appaltanti un sussidio ermeneutico. Essa si limita ad esporre il proprio avviso interpretativo, emanando atti destinati ad orientare la successiva attività degli enti vigilati.

La portata generale di tali atti è stata inoltre avvalorata dalla riconosciuta possibilità, per questi, ove riguardino questioni di interesse generale o la soluzione di questioni di massima, di essere pubblicati nella Gazzetta Ufficiale, oltre che sul sito dell'Autorità (art. 8, comma 5 – prima previsto dall'art. 3 del dPR 554/99).

Il Codice, inoltre, ha previsto, all'articolo 8, comma 1, che l'Autorità, al fine di migliorare la qualità dei propri atti, utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente. La consultazione preventiva degli operatori del settore è stata, in realtà, quasi sempre utilizzata dall'Autorità.

Per quanto riguarda la natura giuridica degli atti dell'Autorità, secondo la giurisprudenza, essi costituiscono una manifestazione di volontà e, pertanto, comportano l'obbligo di avviare un procedimento di secondo grado destinato a concludersi con un provvedimento motivato di conferma, di riforma o di auto annullamento e/o revoca. In tal senso si è anche espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva (C.d.S. Commissione speciale, n. 323, 19 aprile 2002), affermando che gli atti dell'Autorità adottati per specifiche e singole fattispecie costituiscono un richiamo per i soggetti responsabili della fattispecie in esame su quella che è ritenuta la corretta interpretazione delle norme riguardanti la detta fattispecie. Ha anche precisato che il potere di vigilanza dell'Autorità deve essere inteso come potere di interpretazione delle norme che disciplinano il settore dei lavori pubblici.

10. La giurisprudenza ha ricondotto, in sostanza, gli atti dell'Autorità nella categoria delle circolari interpretative, in quanto destinate ad orientare la successiva attività delle amministrazioni vigilate, non hanno carattere necessariamente vincolante su di esse, dato che queste se ne possono discostare nel caso in cui li reputino *contra legem*.

Anche se è stata ribadita la mancanza di vincolatività degli atti adottati dall'Autorità e la loro impossibilità a produrre effetti lesivi di situazioni giuridiche soggettive, viene riconosciuta l'importante collocazione di questi nel novero delle circolari interpretative, attribuendogli così effetti giuridici.

Si può affermare, così, che è riconosciuta all'Autorità una funzione orientativa dell'operato dei soggetti operanti nel settore. Tale funzione è conseguenza della riconosciuta autorevolezza dell'organo.

È vero che l'attività di regolazione, per incidere in maniera effettiva, dovrebbe essere accompagnata dalla possibilità di comminare la sanzione nel caso di mancato rispetto delle "regole". Tuttavia, proprio in considerazione della posizione dell'Autorità, tali atti sono comunque in grado di produrre effetti dissuasivi e, in ogni caso, di orientare il comportamento delle stazioni appaltanti.

I provvedimenti dell'Autorità sembrano, pertanto, configurarsi come atti "persuasivi", di alta consulenza, finalizzati, a volte, a evitare l'insorgere di controversie, a volte, a fornire alle stazioni appaltanti risposte in ordine a questioni interpretative della normativa sui lavori pubblici.

E nel solco di questa funzione di regolazione “interpretativa” svolta dall’Autorità si può collocare una delle innovazioni più interessanti introdotte dal Codice: la prevista facoltà per le stazioni appaltanti e per i concorrenti di rivolgersi all’Autorità per dirimere controversie in fase di gara.