

ALLEGATO N. 26

Risposte fornite dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato

PAGINA BIANCA

*Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato*

Il Presidente

Prot. n. 15331

00187 Roma, **21 SET. 1992**
Via Calabria, 48 - Tel. 06-481621

Onorevole Presidente,

adempiendo a quanto richiesto nella Sua lettera del 28 luglio u.s., Le rimetto la memoria relativa al probabile contenuto del mio intervento al Comitato Parlamentare di indagine sui sistemi di esecuzione delle opere pubbliche da Lei presieduto.

Con l'occasione desidero esprimerLe il mio vivo apprezzamento per l'iniziativa e formulare un sincero augurio per un proficuo svolgimento dei lavori.

Con la più alta considerazione

(Francesco Saja)



Onorevole
Dott. Giuseppe CERUTTI
Presidente della
Commissione Ambiente
Camera dei Deputati
R O M A

CAMERA DEI DEPUTATI

SENATO DELLA REPUBBLICA

Indagine conoscitiva in materia di esecuzione di opere pubbliche

Audizione del Dr. Francesco Saja
Presidente dell'Autorità Garante
della Concorrenza e del Mercato

Roma, 29 settembre 1992

Introduzione

La riforma dei meccanismi di aggiudicazione e di realizzazione delle opere pubbliche costituisce, nel nostro paese, un impegno di grande rilevanza - data l'entità degli investimenti pubblici - ma anche di estrema delicatezza e complessità.

Le ragioni della complessità attengono alle gravi e numerose carenze che, sotto diversi profili, limitano in modo consistente la funzionalità e l'efficienza delle attuali modalità di intervento pubblico in questo settore.

L'individuazione e l'analisi di tali carenze e disfunzioni costituisce oggetto di un rapporto predisposto dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato in materia di appalti pubblici e presentato nello scorso mese di luglio al Presidente del Consiglio, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 24 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

In conformità alla citata disposizione di legge e alle specifiche competenze istituzionali dell'Autorità, il contenuto del rapporto si estende peraltro alla considerazione di problemi relativi all'intero ambito della contrattazione pubblica (non solo appalti di lavori, quindi, ma anche di forniture e di servizi) e all'indicazione di alcune proposte dirette a favorire l'adeguamento della normativa vigente ai principi della concorrenza.

In questa prospettiva si è inoltre tenuto debitamente conto degli indirizzi espressi e delle azioni intraprese dalle istituzioni comunitarie a sostegno di una sostanziale liberalizzazione dei mercati nazionali delle commesse pubbliche e di una loro effettiva apertura ad un confronto concorrenziale, tra le imprese operanti nella Comunità, non ostacolato o distorto dall'esistenza di regimi preferenziali.

A livello comunitario, il settore dei pubblici appalti risulta attualmente disciplinato da otto direttive del Consiglio:

- la direttiva 71/305/CEE del 26.7.1971, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, modificata dalla direttiva 89/440/CEE del 18.7.1989;
- la direttiva 77/62/CEE del 21.12.1976, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, modificata da ultimo dalla direttiva 88/295/CEE del 22.3.1988;

- la direttiva 89/665/CEE del 21.12.1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle **procedure di ricorso** in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori;
- la direttiva 90/531/CEE del 17.9.1990, relativa alle **procedure di appalto** degli enti operanti nei **settori di pubblica utilità** (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni);
- la direttiva 92/13/CEE del 25.2.1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle **procedure di ricorso** in materia di aggiudicazione degli appalti nei **settori di pubblica utilità**;
- la direttiva 92/50/CEE del 18.6.1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli **appalti pubblici di servizi**.

Le relative disposizioni intervengono a regolare aspetti diversi e rilevanti della materia, quali la pubblicità delle gare e degli esiti, le prescrizioni in materia di standard tecnici, i criteri di selezione qualitativa delle imprese, le procedure e i criteri di aggiudicazione dei contratti, nonché la definizione e il coordinamento degli strumenti di tutela giuridica degli operatori economici nei confronti di violazioni delle norme comunitarie.

Pur nei limiti segnati dalla natura degli obiettivi perseguiti, nonché dal relativo ambito di applicazione, le regole comunitarie tendono quindi a delineare un insieme di principi e di criteri fondamentali destinati a rappresentare un parametro ineliminabile di riferimento nell'evoluzione e nella disciplina dei sistemi di contrattazione pubblica dei singoli Stati membri.

Il riordinamento e la revisione della normativa

L'inosservanza delle regole e l'arbitrarietà dei comportamenti in materia di appalti pubblici, trovano spesso valido supporto nell'elevato grado di confusione che caratterizza l'attuale quadro normativo, la cui estrema complessità e dispersione - dovuta alla disordinata ed incessante sovrapposizione di interventi legislativi e regolamentari in un arco di tempo ormai largamente superiore al secolo - indebolisce in misura consistente le garanzie di certezza e trasparenza necessarie per una efficace tutela dell'interesse pubblico ed un corretto svolgimento dei rapporti contrattuali.

In questo senso deve quindi ritenersi urgente e prioritario un'intervento di riordino e di adeguamento dell'attuale disciplina normativa che, una volta fissati per legge i principi e le norme fondamentali della materia, potrebbe

opportunamente concretizzarsi nella predisposizione di un Testo unico diretto ad una generale ricomposizione del quadro normativo all'interno di un disegno complessivo sufficientemente chiaro, organico e coerente.

In linea generale, inoltre, la revisione della normativa dovrebbe tendere, per quanto possibile, anche ad uno snellimento delle complessità burocratiche derivanti dalla molteplicità dei pareri, approvazioni ed autorizzazioni previsti per la formazione ed il perfezionamento dei contratti, favorendo la riunificazione dei momenti decisionali mediante il più ampio ricorso agli strumenti di coordinamento già esistenti, come quello - ad esempio - della conferenza di servizi disciplinata dall'art. 14 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Rinviando alle considerazioni e alle osservazioni svolte nel citato rapporto dell'Autorità per quanto concerne l'analisi più dettagliata e puntuale delle insufficienze e delle distorsioni dell'attuale sistema di esecuzione delle opere pubbliche, sarà opportuno richiamare brevemente, tra le indicazioni propositive contenute nel rapporto stesso, quelle ritenute più rilevanti nella prospettiva di un organico ed efficace intervento di riforma.

Le garanzie di concorrenzialità e trasparenza

Relativamente ai meccanismi di scelta del contraente, occorre innanzitutto affermare con chiarezza il principio generale del ricorso obbligatorio alla gara e la contestuale necessità di garantire alle imprese, in primo luogo attraverso la pubblicazione integrale dei bandi e la tempestiva e corretta diffusione delle informazioni, condizioni eque e trasparenti di accesso e di partecipazione alle procedure di attribuzione dei contratti.

L'elusione del confronto concorrenziale e l'omessa o insufficiente pubblicità dei bandi di gara costituiscono infatti fenomeni diffusi e persistenti nel nostro paese dove, secondo stime effettuate da alcune associazioni imprenditoriali, la quota delle opere pubbliche appaltate mediante gare formali si aggira intorno al 50% del valore totale degli investimenti in opere pubbliche.

Le deroghe ai suddetti principi dovrebbero pertanto assumere un carattere di assoluta eccezionalità ed essere espressamente limitate ai soli casi per i quali le direttive comunitarie ammettono il ricorso alla procedura negoziata senza la preliminare pubblicazione di un bando di gara. Anche in questi casi, tuttavia, dovrebbe escludersi ogni possibilità di individuazione *ex lege* del contraente, ovvero ogni forma di limitazione all'efficace e corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali, imposta dal legislatore nazionale o regionale

mediante la costituzione di riserve o preferenze a favore di determinate imprese o categorie di imprese; privilegi che non solo si fondano su ragioni ed esigenze sempre più dubbie e discutibili, ma soprattutto, come in diverse occasioni è stato rilevato dalla stessa Corte di Giustizia CE, risultano in aperto contrasto con i principi dell'ordinamento comunitario.

Esplicita rilevanza normativa dovrebbero inoltre assumere i rapporti di controllo e di collegamento eventualmente esistenti tra le imprese ammesse alla gara. Tali rapporti dovrebbero essere obbligatoriamente dichiarati dalle imprese partecipanti, al fine di consentire all'Amministrazione un preventivo controllo circa la sussistenza di un livello accettabile di concorrenza in sede di gara e di evitare così che la presenza di un numero estremamente ridotto di imprese realmente indipendenti possa privare di ogni effettivo significato la formale osservanza delle procedure di aggiudicazione.

Le concessioni di opere pubbliche

Nella medesima prospettiva si rende inoltre necessaria una disciplina più attenta e severa degli affidamenti in concessione, al fine di evitare gli abusi connessi ad una utilizzazione spesso distorta di questo istituto. La natura fiduciaria che in linea di principio caratterizza il rapporto di concessione e la conseguente sottrazione della scelta del concessionario alle normali procedure di gara, hanno infatti favorito, soprattutto negli ultimi anni, la proliferazione di figure concessorie solo marginalmente distinguibili dall'appalto e di fatto sostanzialmente elusive delle garanzie e dei vincoli concorrenziali previsti per l'assegnazione delle commesse pubbliche.

D'altra parte, sebbene in larga misura motivato dalle crescenti difficoltà dell'Amministrazione in ordine alla programmazione, alla progettazione e al coordinamento degli interventi, l'utilizzazione dello strumento concessorio non sembra aver risolto né i problemi relativi al rispetto dei tempi e delle previsioni progettuali, né quelli legati al contenimento della spesa effettiva nei limiti di quella preventivata.

In conformità agli indirizzi e alle disposizioni della normativa comunitaria, il ricorso alla concessione di opere pubbliche dovrebbe quindi essere limitato ai soli contratti nei quali la concessione a costruire è accompagnata dal diritto del concessionario di gestire l'opera realizzata ed il corrispettivo delle attività svolte dal concessionario è costituito - in tutto o in parte - dai proventi derivanti dalla gestione diretta dell'opera; prevedendo altresì un'espressa equiparazione all'appalto di tutte le altre forme di concessione di opere pubbliche (con la sola

eventuale eccezione delle concessioni di pura committenza) e la conseguente soggezione di queste ultime alle medesime regole fissate per i contratti di appalto.

In tutti i casi, peraltro, l'affidamento in concessione dovrebbe avvenire nel pieno rispetto dei normali obblighi di pubblicità, se non altro al fine di garantire un minimo di deterrenza nei confronti di un ricorso eccessivamente disinvolto a questo strumento contrattuale e la possibilità di un confronto concorrenziale ancorché più limitato rispetto alle normali procedure di assegnazione dei contratti pubblici.

Procedure e criteri di aggiudicazione

Con riguardo a queste ultime, in particolare, un'esplicita preferenza dovrebbe essere accordata alle procedure aperte - nelle quali ogni impresa interessata può presentare la propria offerta - e al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, preferibilmente riferito all'intera opera. Un sistema di questo tipo richiede tuttavia una chiara definizione preliminare dei termini e delle condizioni del contratto da aggiudicare e, in particolare, un'esatta e completa specificazione dei profili progettuali e dei tempi di realizzazione dell'opera stessa.

Nella prassi corrente, la frequente incompletezza o inesattezza del progetto iniziale finisce spesso per togliere sostanza ed efficacia al procedimento concorsuale; l'insufficiente specificazione dell'oggetto contrattuale rende infatti incerti tempi e costi dell'adempimento e riduce in misura consistente il grado di affidabilità delle offerte presentate in sede di gara, in quanto la possibilità di recuperare successivamente - mediante il ricorso alle varianti in corso d'opera - i ribassi di prezzo praticati nella fase di aggiudicazione, incentiva le imprese alla formulazione di offerte che non hanno alcuna seria corrispondenza con i costi effettivamente attesi per l'esecuzione dell'opera.

L'indizione di una gara dovrebbe pertanto essere espressamente condizionata all'esistenza di un progetto esecutivo (e di una adeguata copertura finanziaria) in modo tale da ridurre al minimo e da rendere sostanzialmente eccezionale la possibilità di modificazioni o integrazioni del contratto nella successiva fase di realizzazione dell'opera. La competizione tra le imprese e la selezione delle offerte presentate potrebbero così svolgersi su basi di maggiore certezza e trasparenza.

Specifiche limitazioni dovrebbero essere parallelamente previste per l'utilizzazione di procedure ristrette (appalto-concorso o licitazione privata) e negoziate (trattativa privata). Il ricorso alle prime dovrebbe essere ammesso nei soli casi in cui la particolare natura delle prestazioni contrattuali renda inopportuna una rigida separazione delle funzioni progettuali ed esecutive (appalto-concorso), ovvero faccia ritenere conveniente la presentazione, in sede di gara, di modificazioni e miglioramenti al progetto esecutivo da parte delle imprese concorrenti (licitazione privata); entro questi stessi limiti dovrebbe inoltre essere ammessa l'utilizzazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedendo però che tutti gli elementi di valutazione (prezzo, termine di esecuzione o di consegna, valore tecnico, qualità, costo di utilizzazione ecc.) e la diversa importanza loro attribuita siano espressamente indicati nel bando di gara o nel capitolato d'onori. Nel rispetto delle disposizioni comunitarie, la predeterminazione del numero minimo e massimo degli inviti potrebbe essere demandata ad una autonoma e discrezionale valutazione dell'amministrazione appaltante.

In termini anche più restrittivi dovrebbe invece essere disciplinato il ricorso alla trattativa privata, una pratica largamente abusata nel nostro paese e fonte di notevoli ditorsioni ed arbitri; a tale proposito la normativa nazionale potrebbe prevedere l'integrale applicazione della corrispondente disciplina comunitaria a tutti gli appalti di opere pubbliche, anche se di importo inferiore alle soglie minime indicate dalle direttive CEE.

Progettazione delle opere e garanzie contrattuali

Accanto al rafforzamento delle garanzie di trasparenza e di concorrenzialità nell'aggiudicazione delle commesse, l'efficace tutela dell'interesse pubblico rende necessari ulteriori interventi intesi ad assicurare le condizioni sufficienti per un funzionale e corretto svolgimento dei rapporti contrattuali.

Allo stato attuale, tali condizioni appaiono seriamente compromesse nel nostro paese, in virtù di una prassi che, come già osservato in precedenza, ha progressivamente generalizzato il ricorso alle varianti in corso d'opera. Dietro lo schermo del sopravvenuto manifestarsi di carenze e difetti progettuali in sede di esecuzione, infatti, questo meccanismo presenta spesso notevoli vantaggi per le imprese appaltatrici, consentendo loro ampi margini di recupero degli iniziali ribassi d'asta, o l'affidamento di prestazioni ulteriori, da parte dell'Amministrazione, al riparo da ogni confronto concorrenziale. Il che si traduce in una costante dilatazione dei tempi e dei costi di realizzazione

dell'opera e in un sistematico aggravio delle spese sostenute dall'amministrazione appaltante.

Per correggere simili distorsioni sarebbe quindi opportuno procedere ad un ripensamento complessivo delle attuali modalità di configurazione dei contratti, prevedendo in primo luogo che, in assenza di un progetto direttamente predisposto dall'Amministrazione, i compiti progettuali siano chiaramente distinti da quelli propriamente esecutivi e formino oggetto di un distinto rapporto giuridico.

A ciò dovrebbe aggiungersi una più equa distribuzione dei rischi contrattuali attraverso una maggiore responsabilizzazione sia del progettista che dell'esecutore dell'opera. A tale scopo, a carico di ciascuno di essi potrebbe essere previsto l'obbligo di presentare un'apposita garanzia fideiussoria (assicurativa o bancaria) diretta a fornire al committente pubblico un adeguato grado di copertura nei confronti dei danni o delle maggiori spese derivanti dall'inadempimento o dall'inesatto adempimento degli obblighi contrattuali. La responsabilità solidale degli istituti assicurativi o bancari, peraltro, tenderebbe presumibilmente ad incentivare la preliminare ed attenta valutazione del lavoro progettuale, il controllo circa la qualificazione tecnica ed economica delle imprese e un costante e scrupoloso monitoraggio dei comportamenti di queste ultime durante l'intero svolgimento del rapporto contrattuale.

La qualificazione delle imprese

L'adeguata tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento degli obblighi contrattuali non deve in alcun modo tradursi in arbitrarie ed artificiali limitazioni del legittimo interesse delle imprese a concorrere - in condizioni di effettiva parità - per l'aggiudicazione delle commesse. Particolare attenzione va quindi rivolta al controllo sugli strumenti e sui criteri in base ai quali l'Amministrazione procede alla preventiva selezione delle imprese, condizionando il loro accesso alle gare al possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica e finanziaria.

Si impone in questo senso una seria riflessione circa i limiti relativi alle attuali modalità di funzionamento dell'Albo Nazionale dei Costruttori. Le garanzie fornite da questo strumento si sono infatti notevolmente ridotte nel tempo, principalmente per l'assenza di efficaci e tempestive revisioni dei requisiti previsti per l'iscrizione, nonché di periodici interventi di aggiornamento degli elenchi e di controllo circa l'effettiva permanenza dei requisiti stessi. Associati ai tempi relativamente lunghi necessari per il rilascio delle iscrizioni, tali fattori

tendono anzi a produrre effetti distorsivi sulle procedure di selezione preventiva delle imprese e quindi sulle condizioni di concorrenza nella fase di aggiudicazione dei contratti.

Del resto l'utilità dell'albo risulta ulteriormente circoscritta a seguito del recente regolamento, adottato con D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55, per garantire l'omogeneità dei comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai contenuti dei bandi e degli avvisi di gara. Ai fini dell'accertamento dell'idoneità tecnica ed economica delle imprese, il regolamento prevede infatti il possesso di requisiti ben più articolati oltre alla semplice iscrizione all'albo, la cui sufficienza resta limitata ai soli appalti di lavori di importo pari o inferiore ad un milione di ECU.

Il sistema dei controlli

Un'ultima serie di considerazioni deve necessariamente rivolgersi alla natura e alla funzionalità dei meccanismi e degli strumenti di controllo indispensabili a garantire il rispetto e la corretta applicazione delle norme.

Controlli esclusivamente formali, quali quelli attualmente esistenti, risultano assai poco efficaci nell'individuazione e nel perseguimento di quei comportamenti collusivi che, nell'apparente rispetto delle procedure, consentono in realtà l'elusione sostanziale dei principi e delle norme posti a tutela dell'interesse pubblico, talvolta anche mediante l'apporto di illecite complicità individuali all'interno dell'Amministrazione.

Maggiori garanzie, invece, potrebbe in tal senso offrire un sistema di controlli selettivi (cioè non sistematici su ogni singolo appalto) esterni alle amministrazioni appaltanti, attivabili d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati e operante a livello nazionale.

Tali controlli dovrebbero in primo luogo riguardare la regolarità delle procedure di aggiudicazione dei contratti; in caso di violazioni particolarmente rilevanti delle norme, soprattutto di quelle in materia di pubblicità dei bandi di gara, l'organo di controllo dovrebbe poter intervenire direttamente per impedire la conclusione del contratto, ovvero richiederne l'annullamento con conseguente rinnovazione della procedura.

Ulteriori controlli esterni dovrebbero essere introdotti al fine di permettere verifiche approfondite in merito alla congruità e ragionevolezza del prezzo di aggiudicazione in rapporto alla natura e al valore dell'opera, ovvero in merito al grado di corrispondenza tra l'importo iniziale di aggiudicazione e il costo finale

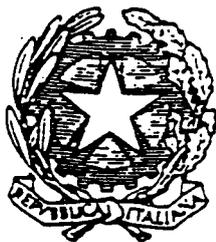
complessivamente sostenuto dall'amministrazione, soprattutto in presenza di varianti intervenute in corso di esecuzione.

In tutti i casi poi, e indipendentemente dalla eventuale sussistenza di fattispecie penalmente rilevanti, all'accertamento delle irregolarità dovrebbe far seguito l'adozione di specifiche sanzioni nei confronti dei soggetti che a qualunque livello, politico o amministrativo, si fossero resi responsabili - individualmente o in concorso con altri - di violazioni palesi delle norme in materia di contrattazione pubblica, ovvero di attività e comportamenti comunque sostanzialmente lesivi dell'interesse pubblico.

In questo senso dovrebbe peraltro darsi piena attuazione alle disposizioni della legge 7 agosto 1990, n. 241, che prevedono, per ogni singolo procedimento, la figura del funzionario responsabile del procedimento stesso, prevedendo eventualmente che nel bando di gara venga data chiara indicazione della sua identità.

Dovrebbe essere previsto, infine, un opportuno coordinamento dell'organismo (o degli organismi) di controllo con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato e in particolare un obbligo di tempestiva informazione di quest'ultima ogni qualvolta l'esito delle indagini effettuate renda ipotizzabile l'esistenza di pratiche restrittive della concorrenza, vietate ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

PAGINA BIANCA



*AUTORITA' GARANTE
DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO*

APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA

Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri

Roma, luglio 1992

INDICE***APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA***

1. <i>Introduzione</i>	2
2. <i>Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici</i>	5
3. <i>Limiti e carenze del sistema degli appalti pubblici in Italia</i>	8
4. <i>Direzioni e proposte di intervento per la tutela della concorrenza</i>	17

ALLEGATO I***La normativa comunitaria in materia di appalti pubblici***

1. <i>Introduzione</i>	32
2. <i>Principi ed evoluzione della normativa comunitaria: dal Trattato CEE alle direttive degli anni '70</i>	32
3. <i>L'attuale assetto della normativa comunitaria</i>	35
4. <i>Le ulteriori iniziative comunitarie e i progetti di direttiva in corso di approvazione</i>	45

ALLEGATO II***La disciplina degli appalti pubblici in Italia***

1. <i>Introduzione</i>	52
2. <i>Problemi e ritardi nell'adeguamento alla normativa comunitaria: il fenomeno della c.d. legislazione recalcitrante</i>	53
3. <i>Le discriminazioni a favore delle imprese pubbliche e locali</i>	61
4. <i>L'inadeguatezza del quadro normativo e le distanze tra legislazione e prassi</i>	67

APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA

Premessa

La presentazione al Presidente del Consiglio dei Ministri di un rapporto in materia di appalti pubblici, rientra tra i compiti espressamente assegnati all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dall'art. 24 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

In conformità a quanto previsto dalla citata disposizione di legge, il presente rapporto, elaborato previa consultazione delle amministrazioni interessate e in particolare del Ministero dei Lavori Pubblici, è diretto alla individuazione e al suggerimento delle azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza la normativa nazionale concernente il settore degli appalti pubblici.

In questa prospettiva, il rapporto, dopo l'introduzione, contiene una breve descrizione della normativa comunitaria ed una disamina degli aspetti complessivamente più qualificanti della vigente legislazione nazionale. Ad esse fa seguito l'indicazione di una serie di proposte di razionalizzazione e di modifica del quadro normativo, secondo le linee d'intervento che l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ritiene essenziali per adeguare la disciplina del settore ai principi della concorrenza.

Al rapporto viene allegata un'analisi più dettagliata delle direttive CEE già adottate dal Consiglio e delle proposte di direttiva elaborate dalla Commissione e tuttora in corso di approvazione, nonché un più approfondito esame dell'attuale normativa nazionale, con particolare riguardo ai rapporti con la corrispondente disciplina comunitaria e ai limiti e alle insufficienze che nel nostro paese caratterizzano la concreta applicazione delle regole in materia di contrattazione pubblica.

1. *Introduzione*

Gli investimenti pubblici effettuati dalla Stato e dagli enti locali ammontano nel 1990 a oltre 48.000 miliardi di lire, pari a circa il 3,8% del Prodotto Interno Lordo (PIL). Gli acquisti di beni e servizi sono invece di difficile rilevazione e possono essere stimati attorno ai 70.000 miliardi di lire. Complessivamente l'Amministrazione pubblica, escludendo naturalmente la spesa per i suoi dipendenti, acquista circa il 9% del PIL.

L'importanza della domanda pubblica nel sistema economico va apprezzata considerando anche l'influenza indiretta che essa esercita. Innanzitutto essa stimola la crescita professionale e imprenditoriale delle imprese chiamate a produrre i beni e i servizi richiesti. Inoltre determina un importante impatto sull'economia nazionale, in quanto funzionale all'offerta dei servizi pubblici. Più questi ultimi risultano efficienti, maggiori sono le opportunità di crescita del Paese, visto che i cittadini e lo stesso sistema produttivo ne utilizzano direttamente e indirettamente quantità estremamente elevate, con importanti effetti sul tenore di vita della popolazione e sulla produttività delle imprese.

Diventa pertanto essenziale garantire il contribuente che l'Amministrazione minimizzi la spesa, mantenendo, al contempo, un soddisfacente livello qualitativo del servizio offerto. Per ottenere questo risultato, nella consapevolezza che la discrezionalità amministrativa non necessariamente determina comportamenti finalizzati al perseguimento dell'interesse generale, le procedure generalmente previste per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche favoriscono l'utilizzazione dei meccanismi concorrenziali per la scelta dell'offerta migliore.

Obiettivo di questo rapporto è valutare le forme e gli effetti dell'attività contrattuale dell'Amministrazione. Da questo punto di vista i dati a disposizione sono scarsi ed estremamente parziali. Inoltre essi sono limitati al settore delle opere pubbliche, mentre sono completamente assenti per gli altri investimenti pubblici e per le forniture. Dai dati disponibili emerge comunque che nel 1990 le opere pubbliche appaltate mediante una gara formale erano 3511 per un valore di circa 15.000 miliardi, la metà dell'importo complessivo degli investimenti in opere pubbliche del Paese¹.

¹Queste informazioni sono ricavate dall'indagine annuale dell'ANCE, l'Associazione nazionale dei costruttori edili, sui bandi di gara relativi ai lavori di importo superiore ai 750 milioni di lire e apparsi sulla stampa quotidiana.

La modesta quota di appalti assegnati mediante una gara dipende anche dalla crescente incapacità dell'Amministrazione a programmare e coordinare soprattutto gli appalti di lavori. Ciò ha ostacolato la diffusione delle regole di aggiudicazione di tipo concorrenziale e ha condotto, in questi ultimi anni, alla frequente utilizzazione della concessione e all'altrettanto frequente ricorso alla trattativa privata. Queste pratiche hanno indebolito notevolmente le garanzie di efficienza che un sistema di aggiudicazione delle commesse dovrebbe possedere. Inoltre, anche quando la gara viene effettuata, la concorrenza tra le imprese partecipanti è solo apparente, visto che la gara viene spesso bandita in assenza di un progetto esecutivo dettagliato e le imprese concorrono più per una promessa di lavoro che per fornire un prodotto specifico.

Pertanto il sistema italiano, certamente più nella prassi che nella normativa, invece di averla limitata, ha favorito la discrezionalità dell'Amministrazione e, non premiando le imprese più efficienti e più capaci, rappresenta un ostacolo alla crescita professionale e imprenditoriale delle imprese coinvolte. Inoltre, la stessa macchinosità delle procedure di contrattazione e la scarsa efficacia dei controlli favoriscono il diffondersi di fenomeni di corruzione e di collusione, anche di tipo mafioso.

Da questo rapporto sugli appalti pubblici, previsto dall'art. 24 della legge 10 ottobre 1990 n. 287, emerge l'estrema complessità e dispersione della normativa, derivante dalla sovrapposizione di interventi legislativi e regolamentari che si sono succeduti in un arco di tempo superiore al secolo. I fondamenti generali della disciplina degli appalti pubblici in Italia sono infatti ancora oggi contenuti nella legge 20 marzo 1865, n. 2248 (All. F). Gli interventi legislativi succedutisi in questi ultimi anni per adeguare e modificare il quadro normativo sono stati numerosi, senza tuttavia un disegno unitario: molte disposizioni hanno risposto a esigenze specifiche, spesso di natura congiunturale, introducendo deroghe e norme speciali.

L'elevata frammentazione del quadro normativo influenza profondamente i rapporti tra settore pubblico e mondo delle imprese, favorendo un'organizzazione dell'attività produttiva non sempre efficiente. In particolare, la spesso difficile interpretazione della legge spinge le imprese di costruzione in Italia a privilegiare soprattutto gli aspetti normativi, addirittura trascurando, in alcuni casi, il necessario approfondimento delle problematiche tecnologiche. Inoltre la complessità della normativa rende meno trasparente l'esercizio dell'attività contrattuale dell'Amministrazione con grave pregiudizio dell'interesse pubblico e delle opportunità concorrenziali delle imprese.

Per porre rimedio a questo disordine legislativo occorrerebbe un'unica legge organica che contenesse i principi e le norme generali della materia, con l'obiettivo di fornire alle amministrazioni e agli operatori un quadro di chiarezza e trasparenza. Per garantire maggiore flessibilità alla normativa, l'applicazione di questi principi alle diverse fattispecie potrebbe quindi avvenire, secondo quanto previsto dalla legge 23 agosto 1988, n. 400, facendo ricorso allo strumento regolamentare.

Questo rapporto si propone pertanto di individuare e suggerire le linee principali di una risistemazione di un corpo normativo che si presenta tra i più disordinati e intricati di tutta la legislazione italiana, tenendo come punto di riferimento essenziale l'ormai consistente produzione normativa e giurisprudenziale delle Comunità Economiche Europee.

E' bene però osservare che finora la trasposizione delle norme comunitarie nell'ordinamento italiano ha richiesto tempi molto lunghi, ben al di là dei termini previsti dalle direttive per l'adeguamento della normativa degli Stati membri.²

Tali comportamenti omissivi, che rappresentano soltanto una delle innumerevoli forme di resistenza che hanno accompagnato nel nostro paese l'introduzione e l'attuazione dei principi comunitari in materia di liberalizzazione e di apertura alla concorrenza del settore delle commesse pubbliche, proteggono, nel brevissimo termine, l'industria nazionale, ma comportano danni notevoli nel più lungo periodo.

L'adozione delle direttive comunitarie, infatti, costituisce una grande opportunità per il sistema industriale. In primo luogo la presenza di una normativa omogenea in tutti i paesi membri della CEE rappresenta un elemento di certezza e di trasparenza per gli operatori, soprattutto nel nostro paese, dove risulta particolarmente evidente la mancanza di un disegno normativo sufficientemente coerente ed organico e dove - a seconda degli eventi, dei governi e del prevalere dei singoli gruppi di pressione - sono state introdotte norme più o meno straordinarie e di eccezione ai principi di trasparenza e di concorrenzialità del sistema; norme di cui proprio la trasposizione delle direttive ha in larga parte imposto la soppressione.

² I ritardi nel recepimento delle direttive non possono costituire un'alibi per la loro mancata applicazione. Secondo la concorde giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo (Fratelli Costanzo-Comune di Milano, sent. 22 giugno 1989, Raccolta 1989, pag. 1839) e della Corte Costituzionale (Sentenza del 4 luglio 1989 n. 389) non solo gli organi giurisdizionali, ma anche quelli amministrativi hanno l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con il diritto comunitario. Pertanto le singole amministrazioni hanno il dovere di applicare le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, anche se esse non sono ancora recepite nell'ordinamento interno.

Inoltre, una regolamentazione comune a tutti i paesi membri della CEE in materia di appalti pubblici rappresenta un vantaggio per le imprese nazionali, visto che consente loro l'apprendimento di regole valide su un mercato molto ampio, aumentando pertanto le loro possibilità di penetrazione sui mercati esteri e favorendo lo sviluppo di capacità concorrenziali adeguate al confronto con i principali operatori esteri. A questo proposito va pur sempre tenuto presente che la relativa debolezza dell'industria italiana rispetto a quella degli altri paesi e la minor abitudine al confronto di mercato cui essa è stata abituata, determinano la necessità di importanti interventi di qualificazione e di formazione, soprattutto per le imprese di dimensioni più modeste, o per quelle che (come nel caso delle imprese pubbliche o locali), in quanto destinatarie di regimi preferenziali nell'attribuzione delle commesse pubbliche, risultano tradizionalmente meno esposte ai meccanismi e agli stimoli concorrenziali.

Va infine ricordato che l'insieme della disciplina comunitaria rappresenta sostanzialmente un quadro di riferimento generale, vale a dire un minimo comune denominatore normativo e che l'incidenza delle relative disposizioni è essenzialmente limitata al momento della scelta del contraente. Nell'adeguamento della normativa nazionale ai principi concorrenziali, diviene pertanto essenziale che i medesimi principi posti a fondamento delle direttive CEE trovino adeguato riconoscimento e concreta espressione, così come previsto in questo rapporto, anche nella disciplina normativa concernente l'esecuzione e lo svolgimento dei rapporti contrattuali.

2. Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici

Nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea si trovano espressi i principi e gli indirizzi fondamentali cui si ispira l'intera produzione normativa comunitaria in materia di appalti pubblici. Si tratta soprattutto dei principi relativi al diritto di stabilimento (artt. 52 e seg.) e alla libera circolazione dei beni (artt. 30 e seg.) e dei servizi (artt. 59 e seg.), più direttamente e strettamente connessi all'obiettivo della progressiva integrazione economica dei singoli Stati membri.

A questo fine, nel Libro Bianco sul completamento del mercato interno presentato al Consiglio nel giugno del 1985, e successivamente nell'Atto unico europeo del primo luglio 1987, venivano previsti interventi in tutti quei settori nei quali risultasse ostacolata la progettata formazione di un mercato interno europeo, cioè di uno spazio senza frontiere nel quale è assicurata la libera circolazione delle

merci, delle persone, dei servizi e dei capitali; l'apertura alla concorrenza del settore delle commesse pubbliche, dove la presenza di imprese estere è tuttora assai modesta, diventava in tal modo essenziale per il processo di integrazione europea.

Tutti i paesi membri della CEE sono dotati di una normativa che, per la scelta dei contraenti dell'Amministrazione Pubblica, dovrebbe favorire i meccanismi di tipo concorrenziale e nondimeno i mercati nazionali delle commesse pubbliche risultano fortemente preclusi alle imprese estere. Infatti, secondo le stime fornite nel rapporto Cecchini - frutto di un progetto di ricerca su *I Costi della Non-Europa* promosso dalla Commissione CEE³ - nel 1986 il valore complessivo della domanda pubblica - a livello comunitario - per beni e servizi teoricamente soggetti a concorrenza, ammontava a circa 340 miliardi di ECU, equivalenti a circa il 10% del prodotto interno lordo della Comunità. Solo una modestissima quota di tali commesse, pari a circa lo 0,1% del PIL-CEE, risultava tuttavia aggiudicata ad imprese di Stati membri diversi da quello di appartenenza dell'ente appaltante, con conseguenze peraltro assai rilevanti in termini di maggiori costi a carico del contribuente europeo, che il rapporto stimava complessivamente pari a circa 22 miliardi di ECU.

Questo protezionismo, legato al soddisfacimento della domanda pubblica, non dipende tanto dalla norma scritta quanto dalla prassi di applicazione della legge. Esso viene di volta in volta giustificato da esigenze di politica industriale legate allo sviluppo di settori cosiddetti strategici e, più in generale, dalla convinzione che la domanda pubblica abbia come principale obiettivo il sostegno del reddito e dell'occupazione del paese.

Pertanto il progetto di completamento del mercato interno europeo ha previsto l'adozione di una serie di direttive intese a rimuovere queste discriminazioni e a favorire l'apertura del commercio tra Stati membri, promuovendo soprattutto la trasparenza e la pubblicità delle gare. In particolare, obiettivo della Commissione è quello di privilegiare i meccanismi concorrenziali nella scelta dell'impresa fornitrice, in modo da garantire l'accesso alle commesse pubbliche da parte di qualsiasi impresa, indipendentemente dalla sua nazionalità.

Attualmente il settore degli appalti pubblici risulta disciplinato, a livello comunitario, da sette direttive, cinque delle quali sono già state recepite

³ Una sintesi del rapporto è contenuta nel volume *The European Challenge 1992 - The Benefits of a Single Market*. Commissione delle Comunità Europee, 1988 (edizione italiana pubblicata da Sperling & Kupfer nel volume *La sfida del 1992 - Una grande scommessa per l'Europa*, 1988).

nell'ordinamento italiano. Queste ultime si riferiscono agli appalti pubblici di lavori e di forniture e alle rispettive procedure di ricorso. Devono ancora essere recepite le direttive relative alle procedure di appalto e di ricorso nei settori dove operano imprese pubbliche ovvero imprese private ma operanti in un monopolio a norma di legge (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni).⁴ Sono invece ancora in una fase propositiva le direttive relative alle procedure di appalto di servizi.

La normativa comunitaria, pertanto, sia pure per gli appalti superiori a una certa soglia, copre tutte le possibili fattispecie in cui sia necessaria la scelta di un'impresa fornitrice da parte della pubblica amministrazione e non lascia spazio a possibili elusioni.

L'intero corpo precettivo è ispirato al principio che solo attraverso la più aperta concorrenza tra imprese è possibile garantire la libertà di iniziativa economica e, contemporaneamente, la scelta dell'impresa più efficiente; e a questo fine le direttive intervengono a regolare aspetti diversi e rilevanti della materia, quali la pubblicità delle gare e degli esiti, le prescrizioni in materia di standard tecnici, i criteri di selezione qualitativa delle imprese, le procedure e i criteri di aggiudicazione dei contratti, nonché la definizione e il coordinamento degli strumenti di tutela giuridica degli operatori economici nei confronti di violazioni delle norme comunitarie.

Particolarmente importanti sono gli obblighi di pubblicità, volti a favorire una informazione sufficientemente ampia e tempestiva delle imprese ed una loro più agevole programmazione operativa e decisionale; sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee devono essere pubblicati non solo i bandi di gara, ma anche gli avvisi periodici concernenti sia le caratteristiche essenziali degli appalti non ancora indetti, ma solo programmati, da attribuire generalmente nel corso dei 12 mesi successivi, sia gli esiti delle procedure di aggiudicazione già espletate. Bandi ed avvisi devono inoltre essere redatti secondo modelli specificamente previsti ed allegati alle singole direttive.

Norme specifiche regolano anche la fissazione e il computo dei termini per la partecipazione alle gare e la presentazione delle offerte, imponendo il rispetto di termini minimi stabiliti in rapporto alle diverse procedure di aggiudicazione e derogabili solo in casi ed entro limiti specificamente indicati.

⁴ I criteri di delega al Governo per l'attuazione della direttiva 90/531/CEE sono già stati definiti dal legislatore nell'art. 14 della legge 19.2.1992, n. 142 (comunitaria 1991).

Sono previste procedure di aggiudicazione dei contratti di appalto che restringono l'uso della trattativa privata, il ricorso alla quale è in talune ipotesi subordinato alla preliminare pubblicazione di un apposito bando di gara, e comunque limitato a fattispecie tassativamente indicate che vanno dai casi di eccezionale urgenza alla mancanza, irregolarità o inaccettabilità delle offerte a seguito di una procedura aperta o ristretta, dalle prestazioni effettuate unicamente a scopo di ricerca e di sperimentazione a quelle complementari e successive rispetto al contratto originario purché ne risulti necessaria l'effettuazione da parte del medesimo contraente.

Le procedure usuali sono infatti quelle aperte (pubblico incanto), nelle quali ogni impresa interessata può presentare un'offerta, e quelle ristrette (licitazione privata e appalto concorso), nelle quali l'offerta può essere presentata solo dalle imprese invitate dalle amministrazioni o dagli enti aggiudicatori; tutte procedure nelle quali, comunque, il confronto concorrenziale tra le imprese tende a limitare la discrezionalità dell'Amministrazione nella scelta del proprio contraente.

3. Limiti e carenze del sistema degli appalti pubblici in Italia

Al di là dei profili relativi ai difficili e talvolta contrastati rapporti con l'ordinamento comunitario e all'osservata frammentazione e disorganicità dell'attuale quadro normativo, il settore degli appalti pubblici evidenzia, nel nostro paese, distorsioni e carenze la cui progressiva accentuazione ha notevolmente ridotto, negli ultimi decenni, l'efficacia dei meccanismi e delle garanzie diretti ad assicurare la trasparenza delle procedure contrattuali dell'Amministrazione, il rispetto dei principi concorrenziali e l'adeguata tutela dell'interesse pubblico.

Le distorsioni connesse all'utilizzo dello strumento concessorio

Una prima serie di considerazioni in tal senso, riguarda i problemi e gli inconvenienti collegati alle crescenti insufficienze organizzative ed operative della pubblica amministrazione, dovute principalmente alla parcellizzazione (e spesso alla sovrapposizione) delle competenze, nonché al progressivo depauperamento delle relative capacità e strutture tecniche.

Alle difficoltà incontrate dall'Amministrazione in ordine alla programmazione, alla progettazione e al coordinamento degli interventi, nonché al puntuale controllo circa il corretto adempimento degli obblighi contrattuali, ha infatti corrisposto - soprattutto negli ultimi anni - un crescente coinvolgimento di soggetti, strutture e

competenze esterne all'Amministrazione stessa. Per le opere pubbliche, ciò è avvenuto in larga parte mediante un utilizzo sempre più esteso dell'istituto della concessione, soprattutto in vista dei vantaggi collegati alla possibilità di accollare in tal modo al concessionario, oltre all'attività di progettazione, tutta una serie di compiti (relativi al coordinamento, alla direzione e alla contabilizzazione dei lavori) tradizionalmente spettanti all'Amministrazione.

Nei termini in cui è stato concretamente utilizzato, tuttavia, lo strumento concessorio non sembra aver risolto né i problemi relativi al rispetto dei tempi e delle previsioni progettuali, né quelli legati al contenimento della spesa effettiva nei limiti di quella preventivata. In primo luogo per l'insufficiente responsabilizzazione del concessionario in ordine ai rischi tecnici e finanziari connessi alla realizzazione degli interventi, in secondo luogo per l'eccessiva disponibilità dimostrata dall'Amministrazione nei confronti delle richieste finanziarie avanzate dal concessionario nel corso del rapporto contrattuale, accolte spesso a piè di lista e senza un accurato controllo di merito circa il grado di corrispondenza tra risultati effettivi e risorse complessivamente utilizzate.

La natura fiduciaria che in linea di principio caratterizza il rapporto di concessione e la conseguente sottrazione della scelta del concessionario alle normali procedure di gara, hanno inoltre favorito la proliferazione di figure concessorie solo marginalmente distinguibili dall'appalto per quanto concerne la disciplina e i contenuti del rapporto contrattuale,⁵ e di fatto sostanzialmente elusive delle garanzie e dei vincoli concorrenziali previsti per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche; tanto più nei casi in cui l'individuazione del concessionario è stata espressamente limitata dal legislatore nazionale o regionale attraverso la previsione di esplicite riserve a favore di determinate imprese o categorie di imprese (di solito quelle a prevalente partecipazione statale).

Va infine osservato che in larghissima parte la pratica degli affidamenti in concessione per l'esecuzione di opere pubbliche si è sviluppata in aperto contrasto con le norme comunitarie (e con la stessa normativa nazionale di recepimento) che limitano la figura della concessione ai soli contratti nei quali il corrispettivo delle attività svolte dal concessionario è rappresentato, in tutto o in parte, dal diritto di gestire l'opera realizzata. In base a tali norme, quindi, tutte le diverse forme di

⁵ E' il caso, in particolare, delle c.d. concessioni di sola costruzione, nelle quali gli obblighi a carico del concessionario riguardano unicamente la realizzazione dell'opera, ovvero delle c.d. concessioni a contenuto misto nelle quali, nonostante il formale ampliamento delle prestazioni del concessionario, quelle strettamente attinenti l'esecuzione materiale dell'opera assumono spesso - come nell'appalto - un rilievo assolutamente principale.

concessione a costruire, non accompagnate dalla gestione dell'opera, devono ritenersi equiparate all'appalto e come tali regolate.

Carenze progettuali e configurazione dei contratti

A differenza di quanto avviene nella maggior parte dei paesi della Comunità - dove l'attività di progettazione costituisce generalmente una prerogativa essenziale e qualificante del committente pubblico - in Italia risultano fortemente limitate le capacità dell'Amministrazione non solo in ordine alla diretta elaborazione, ma anche all'accurato controllo della completezza e della qualità dei progetti. Inoltre si instaura un meccanismo perverso per il quale le diverse Amministrazioni prima cercano di ottenere i fondi e, solo una volta che ne abbiano la piena disponibilità, decidono, molte volte approssimativamente, come spenderli. Le gare vengono così **indette, molto spesso, senza un progetto immediatamente eseguibile.**

In questa situazione, le imprese non concorrono dando le loro quotazioni per fornire un prodotto ben specificato, ma su una semplice promessa da parte dell'Amministrazione per un lavoro, ancora tutto da delineare e da stabilire. L'appalto viene aggiudicato all'impresa che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa o il prezzo più basso, ma questo prezzo di aggiudicazione non la vincola in alcun modo. Via via che l'opera viene costruita e il progetto si concretizza si rende infatti necessario, proprio perchè il progetto iniziale è solo indicativo, ricorrere diffusamente al sistema delle varianti in corso d'opera. Le quali a loro volta, dietro lo schermo del sopravvenuto manifestarsi di carenze e difetti progettuali in sede di esecuzione, presentano spesso consistenti vantaggi per l'impresa appaltatrice, consentendole ampi margini di recupero dell'iniziale ribasso d'asta, ovvero l'affidamento di prestazioni ulteriori da parte dell'Amministrazione (purché formalmente collegate o complementari a quelle inizialmente concordate) al riparo da ogni confronto concorsuale.

In questo modo, la concorrenza fra le diverse imprese che partecipano alle gare è soltanto apparente e l'Amministrazione non ha alcuna garanzia che l'impresa prescelta sia effettivamente quella più efficiente; la concorrenza è infatti inefficace se non sono chiari e ben definiti i termini essenziali del contratto per l'assegnazione del quale le imprese vengono poste in competizione tra loro. In assenza di un progetto realmente eseguibile, tempi e costi dell'adempimento risultano estremamente incerti e l'esito della gara viene a dipendere non dalla effettiva serietà e convenienza dell'offerta, quanto piuttosto **dalla diversa abilità dei concorrenti nell'individuare le lacune del progetto iniziale e nel preventivare la**

natura e la dimensione delle variazioni che sarà successivamente necessario apportare al contratto originariamente concluso.

Gli inconvenienti collegati all'inaccurata definizione dei progetti risultano ulteriormente amplificati in ragione delle particolari caratteristiche che il rapporto contrattuale è venuto progressivamente assumendo nella prassi corrente, soprattutto per effetto del ricorso ormai generalizzato al **meccanismo delle varianti in corso d'opera** e delle distorsioni che ne derivano in ordine ai comportamenti adottati delle imprese, sia nella fase di aggiudicazione che in quella di esecuzione del contratto.

Se l'accordo originariamente concluso è successivamente suscettibile di modificazioni o integrazioni anche sostanziali i cui maggiori oneri sono pressoché interamente addossabili all'amministrazione committente, le imprese scontano verosimilmente tale possibilità nel momento in cui effettuano le proprie valutazioni in merito all'opportunità di una loro partecipazione alla gara o alla formulazione delle rispettive offerte. Di conseguenza, **la partecipazione alla gara risulta sempre conveniente**: se infatti i termini e le condizioni contrattuali non sono realmente vincolanti, viene meno per i potenziali contraenti la necessità di un attento e costoso esame preliminare circa la fattibilità o le difficoltà di realizzazione del progetto iniziale. **L'incompletezza o l'inesattezza del progetto finiscono anzi per assumere un ruolo funzionale rispetto agli interessi delle imprese**, alle quali proprio la presenza di eventuali difetti di progettazione offre il vantaggio di più ampie e fondate opportunità di modificazione successiva del contratto.

Le condizioni alle quali il contratto è aggiudicato perdono così gran parte del loro significato e viene conseguentemente a ridursi il grado di affidabilità delle offerte presentate in sede di gara quale parametro indicativo della diversa efficienza delle imprese partecipanti e dei costi complessivamente a carico dell'Amministrazione. **Il rispetto delle procedure concorsuali assume infatti una valenza meramente formale laddove la possibilità di recuperare successivamente i ribassi di prezzo praticati nella fase di aggiudicazione incentiva le imprese alla formulazione di offerte che possono non avere alcuna seria corrispondenza con i costi effettivamente attesi per l'esecuzione del contratto.**

L'assenza del progetto, il fatto che l'offerta non risulti vincolante e il conseguente sovraffollamento delle gare hanno reso estremamente difficile il compito di selezione da parte dell'Amministrazione. Tuttavia, invece di rimuovere le cause effettive di queste difficoltà, sono state introdotte regole casuali e di tipo meccanico sia per l'individuazione delle offerte anormalmente basse (e quindi da

escludere dalla gara), sia per la scelta dell'impresa vincitrice, rinunciando in tal modo a perseguire l'obiettivo della scelta dell'offerta migliore.

E' questo, ad esempio, il caso del criterio statistico della media - inizialmente introdotto in diverse varianti dalla legge 2 febbraio 1973, n. 14 e successivamente confermato dalla legge 10 dicembre 1981, n. 741 - in base al quale l'aggiudicazione viene effettuata a favore dell'impresa la cui offerta più si approssima al prezzo medio calcolato sulla metà delle offerte più basse. Tale metodo è stato ripentamente avversato dalla Commissione CEE e dalla Corte di Giustizia che hanno rilevato la non corrispondenza di questo meccanismo ad alcuno dei criteri di aggiudicazione previsti dalla direttiva 71/305/CEE.⁶ Analoghe contestazioni hanno riguardato anche l'utilizzo del sistema delle medie come criterio di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, che la Corte di Giustizia ha ritenuto in contrasto con la diversa previsione delle norme comunitarie che impongono in ogni caso una preventiva procedura di verifica in contraddittorio relativamente alla composizione delle offerte anomale.⁷

L'inefficacia e la macchinosità di questi sistemi, associate alla possibilità di collusione e corruzione che essi possono comportare visto che le imprese possono accordarsi e presentare delle offerte concordate, hanno spinto alcuni studiosi a proporre, come alternativa, l'estrazione a sorte dell'impresa vincitrice della gara. Riconosciuto che comunque col sistema delle medie non c'è alcuna garanzia che l'impresa più efficiente vinca la gara, con l'estrazione a sorte si evitano per lo meno le possibilità di collusione e di corruzione. Tuttavia questa soluzione, paradossale come del resto quella adottata nell'ordinamento, abdica di fronte al problema della scelta dell'offerta migliore.

In realtà, il problema di fondo è che nel sistema attuale i contratti di appalto conclusi con la pubblica amministrazione si configurano di fatto come dei contratti a copertura totale dei costi, nei quali i rischi del rapporto contrattuale sono interamente sopportati dal committente. Il che si risolve in un sostanziale snaturamento della stessa nozione giuridica del contratto di appalto, come conseguenza degli eccessivi margini di aleatorietà delle prestazioni corrispettive e della sperequata distribuzione dell'alea contrattuale tra le parti (che ricade quasi interamente sulla pubblica amministrazione).

⁶ Cfr. sent. 28.3.1985, causa 274/83.

⁷ Cfr. sent. 22.6.1989, causa 103/88.

Anche ipotizzando un'assoluta indifferenza al rischio della pubblica amministrazione, va comunque osservato che una completa immunità delle imprese dai rischi contrattuali, oltre che pregiudicare la sostanziale correttezza ed efficacia del procedimento concorsuale e complicare l'accurata selezione delle offerte presentate, riduce gli incentivi al controllo e alla riduzione dei costi di produzione, che anzi l'impresa appaltatrice può avere un diretto interesse ad amplificare nella successiva fase di esecuzione del contratto, posto che le informazioni in merito alle diverse tecniche produttive e al loro differente grado di efficienza sono generalmente distribuite in modo fortemente asimmetrico tra le parti e il costo di acquisizione di tali informazioni è relativamente elevato per l'Amministrazione.

Le discriminazioni a favore delle imprese pubbliche e locali

Nell'ordinamento italiano alcune tipologie d'impresa presentano numerose posizioni di privilegio, quasi tutte considerate però illegittime dalla normativa e dalla giurisprudenza comunitarie.

Una prima e rilevante area in cui si osservano elementi di contrasto con i principi della concorrenza è data dalla posizione di privilegio accordata alle imprese a partecipazione statale. Soprattutto negli sviluppi di questi ultimi anni e per effetto di una legislazione speciale sempre più attenta a delimitare l'area di scelta del contraente, le imprese a partecipazione statale hanno assunto un ruolo di interlocutore pressoché esclusivo dell'Amministrazione, eliminando gran parte della concorrenza da parte delle imprese del settore privato.

Evidentemente l'obiettivo di queste discriminazioni non è la ricerca dell'efficienza perchè, se così fosse, le imprese privilegiate potrebbero vincere una gara regolare. Pertanto questi regimi di riserva alterano gli equilibri di mercato e promuovono imprese inefficienti. D'altra parte se gli obiettivi fossero di altro genere e legati al fatto che le imprese a partecipazione statale sono di proprietà pubblica e, quindi, più "affidabili", occorre ricordare che queste imprese operano secondo il diritto privato e, perciò, non possono fornire alcuna garanzia di affidabilità diversa da quella delle altre imprese.

D'altra parte, la stessa Corte di Giustizia delle Comunità Europee ha dichiarato illegittima una serie di riserve di legge a favore di società a partecipazione statale - disposte dal legislatore nazionale in ordine alla conclusione di convenzioni per la realizzazione di sistemi informativi per l'amministrazione pubblica - rilevandone la manifesta contrarietà agli articoli 52 e 59 del Trattato di Roma e al corrispondente principio della parità di trattamento che - a giudizio della Corte - "[...] vieta non

solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze".⁸

Analoghi rilievi sono stati avanzati, in sede comunitaria, anche nei confronti dei regimi preferenziali volti a favorire, nell'assegnazione delle commesse pubbliche, le imprese localizzate nelle aree depresse del paese. La Corte di Giustizia ha infatti osservato che la natura restrittiva di simili regimi preferenziali non può essere negata per il fatto che i relativi effetti discriminatori si dispiegano in eguale misura anche nei confronti di prodotti di imprese nazionali situate al di fuori dell'area territoriale interessata; se da un lato, infatti, la preferenza non favorisce la totalità dei prodotti nazionali rispetto a quelli di provenienza estera, dall'altro tutti i prodotti che ne beneficiano sono comunque prodotti nazionali.⁹

L'accesso alle gare e la qualificazione delle imprese

La disorganicità e la parcellizzazione della normativa vigente, la pluralità dei centri decisionali e di spesa e la frequente diversità della disciplina cui essi risultano sottoposti, hanno riflessi importanti sulla difformità dei comportamenti contrattuali delle amministrazioni pubbliche e sul grado di aderenza alle norme di tali comportamenti.

Diffusa e persistente è in particolare la disapplicazione delle norme dirette a garantire alle imprese eque opportunità di accesso alle gare. Tra le irregolarità più frequenti figurano quelle relative alla omessa o non integrale pubblicazione dei bandi sulla Gazzetta Ufficiale, alla fissazione - senza giustificati motivi - di termini abbreviati per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione, alla mancata indicazione del criterio di aggiudicazione, alla imposizione - già in sede di prequalificazione - dell'obbligo di presentazione della documentazione richiesta¹⁰ e alla determinazione di requisiti di idoneità tecnica ed economica non commisurati all'oggetto e all'effettivo valore del contratto.

A ciò si aggiungono la pratica (frequente soprattutto nel settore delle forniture) del frazionamento artificioso degli appalti, diretta ad eludere i vincoli imposti dalla normativa comunitaria, e la perdurante assenza di una adeguata

⁸ Sent. 5.12.1989, causa C-3/88, punto 8 della motivazione.

⁹ Cfr. sent. 20.3.1990, causa 21/88.

¹⁰ Obbligo che lo stesso Ministero dei Lavori Pubblici, su conforme indirizzo della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, Sez.V, 3.7.1986, n.456 e 16.4.1987, n.246), ha ritenuto insussistente essendo allo scopo sufficiente la presentazione di semplici dichiarazioni sostitutive successivamente verificabili (cfr. circolari n.2180 e n.1837, entrambe del 1988).

programmazione degli interventi e delle commesse pubbliche, necessaria ad una più tempestiva informazione degli operatori economici.

Particolarmente carenti risultano inoltre i meccanismi di selezione preventiva delle imprese, intesi a garantire l'Amministrazione circa il corretto adempimento degli obblighi contrattuali mediante la verifica preliminare dell'idoneità tecnica e della solidità finanziaria dei potenziali contraenti.

A tali finalità, per i soli appalti di opere pubbliche, risponde l'Albo Nazionale dei Costruttori, istituito presso il Ministero dei Lavori Pubblici dalla legge 10 febbraio 1962, n. 57. Tuttavia, nel corso del tempo, la scarsa selettività dei requisiti necessari per l'iscrizione ha fortemente ridotto la capacità dell'albo di garantire della qualificazione delle imprese partecipanti. Inoltre, i ritardi nell'aggiornamento e nella revisione dell'albo e i tempi relativamente lunghi richiesti per il rilascio delle iscrizioni, distorcono in maniera significativa le procedure di selezione preventiva delle imprese e ostacolano l'operare dei meccanismi concorrenziali nella fase di aggiudicazione degli appalti; una volta ottenuta, infatti, l'iscrizione è spesso conservata indipendentemente da ogni serio e puntuale controllo circa l'effettiva permanenza nel tempo dei relativi requisiti di idoneità tecnica ed economica dell'impresa.

L'utilità dell'albo risulta ulteriormente circoscritta a seguito del recente regolamento, adottato con D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55, per garantire l'omogeneità dei comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai contenuti dei bandi e degli avvisi di gara. Ai fini dell'accertamento dell'idoneità tecnica ed economica dell'impresa, il regolamento prevede infatti il possesso di requisiti ben più articolati oltre alla semplice iscrizione all'albo, la cui sufficienza resta limitata ai soli appalti di lavori di importo pari o inferiore ad un milione di ECU.

Tuttavia i problemi connessi alla scarsa efficacia dei meccanismi di accertamento della qualificazione delle imprese non si limitano alla funzionalità dell'albo, ma investono anche la stessa definizione d'impresa. Nella legislazione in materia di appalti manca infatti qualsiasi riferimento ai legami di controllo societario nell'accertamento dell'indipendenza delle imprese partecipanti a una gara: ciò che conta è unicamente la formale autonomia giuridica dell'impresa. Si potrebbe quindi verificare il caso di una gara alla quale partecipino soltanto società direttamente o indirettamente controllate da uno stesso soggetto. La gara evidentemente dovrebbe ritenersi irregolare per assenza di un margine sufficiente di

concorrenza, mentre invece, secondo la legislazione attuale, essa è pienamente valida.

Il sistema dei controlli

L'inosservanza e la elusione sostanziale delle norme risultano favorite anche dalla scarsa funzionalità dimostrata dai meccanismi e dagli strumenti che dovrebbero garantirne il puntuale rispetto e la corretta applicazione.

Un primo limite in questo senso, è costituito dal fatto che - almeno secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale - il nostro ordinamento non riconosce alle imprese una tutela *specifica* dei rispettivi interessi successivamente alla stipulazione del contratto; avvenuta la quale, infatti, lo stesso annullamento da parte del giudice amministrativo di atti relativi alla fase procedurale, non consente comunque, a chi ha promosso il ricorso, di ottenere l'annullamento del contratto e la conseguente rinnovazione della procedura,¹¹ ma solo l'eventuale risarcimento del danno (come previsto dalla direttiva 89/665/CEE, limitatamente, però, ai soli appalti pubblici di lavori e di forniture regolati dalla normativa comunitaria). Essendo peraltro il danno risarcibile verosimilmente limitato alle spese sostenute per la partecipazione alla gara, l'interesse dell'impresa a ricorrere appare, nel complesso, piuttosto ridotto. E lo è probabilmente ancor di più nel corso della procedura, per il comprensibile condizionamento esercitato dal timore di "inimicarsi" l'amministrazione e di pregiudicare così le proprie residue opportunità di aggiudicazione del contratto.

Particolare rilevanza assumono quindi i problemi relativi alla natura e alla funzionalità dei **controlli (amministrativi) sull'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche**. Tali controlli sono attualmente numerosi (soprattutto nella fase antecedente il perfezionamento del contratto), spesso eccessivamente macchinosi, talvolta inutilmente ripetitivi, ma di solito **scarsamente efficaci e penetranti, anche perché concentrati in prevalenza su aspetti meramente formali**, come la regolarità delle procedure o il rispetto dei capitoli d'onere. Assai ridotte sono di conseguenza le possibilità di individuazione e di perseguimento di quei comportamenti collusivi che, nel rispetto di quelle stesse procedure, consentono in realtà l'elusione sostanziale dei principi e delle norme posti a tutela dell'interesse pubblico, favorendo, peraltro, l'attivazione di illecite ed interessate complicità individuali all'interno dell'Amministrazione.

¹¹ Successivamente all'annullamento di atti procedurali, infatti, la giurisprudenza ammette generalmente la possibilità di annullamento del contratto solo per vizio della volontà dell'amministrazione e quindi, ai sensi dell'art. 1441 c.c., solo ad iniziativa dell'amministrazione alla quale tale vizio è riferibile.

Il sistema degli appalti pubblici nel nostro paese, oltre che da omissioni o elusioni di tipo formale e procedurale, è infatti caratterizzato da un persistente e inaccettabile aggravio nei costi complessivamente sostenuti dall'Amministrazione per le diverse forniture di beni e servizi. La principale differenza tra i comportamenti di acquisto di un privato e quelli della pubblica amministrazione sta nel fatto che un privato denuncierebbe eventuali accordi collusivi tra i suoi potenziali fornitori diretti ad imporre condizioni contrattuali più onerose, mentre in ambito pubblico tali accordi possono addirittura trovare favore ed appoggio all'interno dell'Amministrazione stessa e quindi, nella prassi, risultare poco rilevabili, soprattutto in presenza di un sistema di controllo amministrativo di tipo procedurale.

Da questo punto di vista, quindi, limitarsi a un controllo esclusivamente formale implica il rischio di trascurare quei comportamenti che determinano prezzi di acquisto per l'Amministrazione eccessivamente elevati. I comportamenti collusivi tra i partecipanti a una gara, infatti, quand'anche fosse eliminato, o per lo meno indebolito, il fenomeno degli aumenti di costo determinati dalle varianti in corso d'opera, quasi mai possono essere individuati da un controllo concentrato solo sugli aspetti procedurali.

4. Direzioni e proposte di intervento per la tutela della concorrenza

Gli elementi di analisi e di riflessione emersi nella preparazione del rapporto suggeriscono l'opportunità di un ripensamento complessivo dell'attuale normativa in tema di contrattazione pubblica, volto a restituire coerenza ed organicità alla materia in un quadro di più sicure ed efficaci garanzie di trasparenza ed imparzialità in ordine all'esercizio di attività e poteri amministrativi destinati ad influenzare in misura rilevante il corretto funzionamento del mercato e l'adeguata tutela della libertà di concorrenza delle imprese.

A queste fondamentali esigenze intendono rispondere le osservazioni e le considerazioni contenute nel rapporto le quali, pur senza esaurire l'intero spettro dei problemi relativi ad una materia divenuta estremamente vasta e complessa, consentono tuttavia di formulare alcune indicazioni propositive in merito ai criteri e agli indirizzi generali che si ritengono più rilevanti nella prospettiva di un efficace ed auspicabile intervento di riforma.

1) Il riordinamento e la revisione della normativa

Il grado di estrema complessità e dispersione raggiunto dalla normativa in materia di contrattazione pubblica, pone con urgenza il problema di una sua profonda e complessiva sistematizzazione, non ulteriormente differibile dati gli evidenti riflessi negativi che l'attuale frammentazione comporta sia in ordine alla omogeneità, correttezza e trasparenza dei comportamenti amministrativi, sia in rapporto agli interessi e alle esigenze degli operatori economici.

Il riordino e l'adeguamento dell'attuale disciplina normativa dovrebbero avvenire mediante la predisposizione di un **Testo unico**¹² per la redazione del quale, una volta fissati per legge i principi e le norme generali della materia, potrebbe farsi utilmente ricorso allo strumento regolamentare, secondo quanto già previsto nel nostro ordinamento dall'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, che consente al legislatore di autorizzare l'esercizio della potestà regolamentare del Governo per la disciplina di materie non coperte da riserva assoluta di legge.

Le norme di principio, contenute nella legge generale di riordino, dovrebbero essere fondamentalmente indirizzate al duplice scopo di assicurare una tutela adeguata (e cioè sostanzialmente efficace) dell'interesse pubblico e il rispetto di idonee garanzie concorrenziali nell'aggiudicazione dei contratti.

L'ambito di applicazione della disciplina dovrebbe essere esteso il più possibile, sotto il profilo sia oggettivo che soggettivo, in modo da ricomprendere l'intero panorama delle forme e degli strumenti contrattuali utilizzati per l'acquisizione di beni e servizi da parte non solo del settore pubblico (amministrazioni statali, enti territoriali, aziende ed enti pubblici), ma anche degli organismi (imprese private, pubbliche o a prevalente partecipazione statale) che, laddove titolari di diritti speciali o esclusivi concessi per l'esercizio di attività di specifico interesse pubblico, operano generalmente in una situazione di complessivo isolamento dai meccanismi e dai vincoli di un mercato concorrenziale.

Entro i limiti dettati dal rispetto dei principi generali, nonché dal necessario coordinamento con le norme di origine comunitaria, andrebbe comunque salvaguardata la possibilità di prevedere regole opportunamente differenziate in rapporto sia alla natura e all'oggetto del contratto (opere pubbliche, forniture e

¹² In altri paesi della Comunità, come la Francia e la Germania, la materia è da tempo regolata da veri e propri codici.

somministrazioni, prestazioni di servizio e d'opera) che alle sue dimensioni in termini di valore e complessità (grandi infrastrutture e opere ordinarie, prodotti ad alto contenuto tecnologico e forniture correnti), onde evitare che una eccessiva uniformità degli obblighi procedurali possa tradursi in un dispendioso e ingiustificato appesantimento dei meccanismi di contrattazione pubblica.

A questo stesso fine sarebbe infine opportuno procedere anche ad uno snellimento delle complessità burocratiche derivanti dalla molteplicità dei pareri, approvazioni ed autorizzazioni previsti per la formazione e il perfezionamento dei contratti, favorendo la riunificazione dei momenti decisionali mediante il più ampio ricorso agli strumenti di coordinamento già attualmente esistenti.¹³

2) Le concessioni di opere pubbliche

Al fine di evitare gli abusi connessi ad una utilizzazione sostanzialmente strumentale (diretta cioè all'aggiramento delle procedure di contrattazione pubblica) di questo istituto, il ricorso alla concessione di opere pubbliche deve essere limitato ai soli contratti nei quali il corrispettivo delle attività svolte dal concessionario è rappresentato, in tutto o in parte, dal diritto di gestione dell'opera realizzata. Al medesimo fine va inoltre precisato che tale corrispettivo (totale o parziale) deve essere necessariamente costituito dai proventi della gestione diretta dell'opera da parte del concessionario, in modo da eliminare le opportunità di elusione derivanti dall'affidamento al concessionario stesso della sola gestione economica dell'opera separatamente da quella funzionale. **Tutte le altre forme di concessione a costruire, non accompagnate dalla gestione dell'opera, devono essere espressamente equiparate all'appalto e come tali regolate.**

Un'eccezione potrebbe essere disposta - salvo diversa previsione comunitaria - per le c.d. concessioni di pura committenza, intendendo come tali quelle concessioni dirette a consentire, in presenza di oggettive esigenze tecniche connesse alla realizzazione di opere pubbliche di particolare complessità e dimensione, la delega da parte dell'Amministrazione dei soli compiti riguardanti l'organizzazione e il coordinamento generale dell'intervento; fermi restando sia la completa estraneità del concessionario alla progettazione e alla realizzazione, diretta o indiretta (mediante società ad esso collegate), dell'opera, sia i vincoli imposti dal rispetto delle procedure concorrenziali relativamente agli appalti attribuiti a terzi dal concessionario stesso.

¹³ Come quello della conferenza di servizi disciplinata dall'art. 14 della legge 7.3.1990, n. 241.

In tutti i casi, infine, l'affidamento in concessione deve essere preceduto da idonee forme di pubblicità, dirette a garantire comunque la possibilità di un confronto concorrenziale - ancorché più limitato rispetto a quello consentito dalle normali procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici - e tali da esercitare un minimo di deterrenza nei confronti di un ricorso eccessivamente disinvolto allo strumento della concessione.

3) La separazione tra fase progettuale ed esecutiva e i sistemi di aggiudicazione dei contratti

La possibilità di indire una gara deve essere espressamente condizionata all'esistenza di un progetto esecutivo e di una adeguata copertura finanziaria. La fase progettuale deve essere chiaramente separata da quella esecutiva e - in assenza di un progetto direttamente predisposto dall'amministrazione appaltante - formare oggetto di un distinto rapporto giuridico.

Il ricorso a professionisti esterni, mediante affidamento con procedura negoziata di appositi incarichi di progettazione, potrebbe ritenersi generalmente ammissibile¹⁴ sulla base di opportune valutazioni discrezionali da parte dell'Amministrazione; mentre per interventi di maggiore valore o complessità la selezione del progetto dovrebbe effettuarsi nel pieno rispetto dei principi concorrenziali e sulla base delle procedure normalmente previste per l'aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi.

Generalmente, in presenza di un progetto esecutivo l'attribuzione dei contratti dovrebbe avvenire mediante procedure aperte e sulla base del solo criterio del prezzo più basso; prezzo che, salvo casi particolari, dovrebbe riferirsi all'intera opera da realizzare ovvero alla totalità delle prestazioni richieste dall'Amministrazione nel bando di gara.

L'unificazione dei compiti progettuali ed esecutivi dovrebbe di conseguenza riguardare le sole ipotesi in cui il carattere decisamente innovativo (sotto il profilo delle soluzioni tecniche o scientifiche richieste), ovvero l'assoluta originalità (dal punto di vista estetico e/o artistico) delle prestazioni, rendano opportuno ricorrere alla procedura ristretta dell'appalto-concorso per l'aggiudicazione del contratto, affidandone l'esecuzione all'autore del progetto prescelto dall'Amministrazione.

¹⁴ Ovviamente al di sotto delle soglie di applicazione delle corrispondenti norme comunitarie (tuttora in fase di definizione) in materia di appalti pubblici di servizi.

Il ricorso alla procedura ristretta, nella forma della licitazione privata, dovrebbe essere analogamente limitato ai casi in cui, in ragione delle caratteristiche dei beni o dei servizi da acquisire, si ritenga conveniente permettere l'apporto di eventuali modificazioni e miglioramenti al progetto esecutivo iniziale, prevedendo la possibilità per le imprese di formulare proprie varianti in sede di gara, purché conformi a requisiti minimi preventivamente fissati dall'amministrazione appaltante e dalla stessa debitamente indicati nel capitolato d'onere. A differenza di quelle in corso d'opera, le varianti formulate in sede di gara consentono infatti all'amministrazione aggiudicatrice un apprezzamento comparativo più completo ed approfondito circa la convenienza tecnica ed economica delle singole offerte, senza pregiudicare la trasparenza e l'efficacia del confronto concorrenziale tra le imprese partecipanti.

In questi termini, l'aggiudicazione mediante procedura ristretta (sia nell'ipotesi di appalto-concorso che di licitazione privata) andrebbe logicamente collegata all'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo che possa darsi specifico rilievo, oltre che al prezzo, ad ulteriori elementi di valutazione quali il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il valore tecnico, la qualità, il carattere estetico e funzionale ovvero il servizio successivo alla vendita. In conformità a quanto previsto dalle norme comunitarie, per ciascun appalto tali elementi dovrebbero essere espressamente indicati nel bando di gara o nel capitolato d'onere, nell'ordine decrescente di importanza che è loro attribuita, possibilmente quantificando i pesi di aggregazione.

Inammissibile e vietata deve invece ritenersi l'applicazione di metodi statistici (medie o altri) sia ai fini della selezione delle offerte, sia come strumento di individuazione automatica di quelle da escludere in quanto anormalmente basse. Tali sistemi, infatti, oltre che eccessivamente macchinosi, non offrono alcuna seria garanzia circa la scelta dell'impresa più efficiente e non escludono in alcun modo i rischi di alterazione e distorsione delle procedure e degli esiti di gara, associati a comportamenti preventivamente concordati tra le imprese partecipanti o a veri e propri fenomeni di corruzione. Laddove il carattere anormalmente basso delle offerte risulti influenzato dalla concessione di aiuti di Stato, anche eventualmente di uno Stato estero, sarebbe inoltre opportuno prevedere uno specifico obbligo di controllo a carico dell'amministrazione appaltante, diretto a verificare l'avvenuta notifica dell'aiuto alla Commissione CEE a norma dell'art. 93, §3 del Trattato, ovvero l'intervenuta approvazione dell'aiuto da parte della Commissione stessa.

In tutti i casi, comunque, il progetto dovrebbe essere assistito da un'apposita garanzia fideiussoria (assicurativa o bancaria) diretta a fornire un adeguato grado di copertura nei confronti dei danni o delle maggiori spese sopportati dall'Amministrazione in conseguenza di eventuali deficienze o errori progettuali che insorgano nella fase di esecuzione del progetto stesso; ciò al fine di favorire una maggiore accuratezza del lavoro progettuale e soprattutto di assicurare una più ampia ed efficace tutela del committente pubblico.

Analoga garanzia dovrebbe essere fornita dall'impresa appaltatrice relativamente all'esatto adempimento del contratto nei termini preventivamente concordati (fatti naturalmente salvi i ritardi non imputabili in alcun modo all'impresa stessa). L'introduzione di tale strumento potrebbe inizialmente avvenire al di sopra di certe soglie da stabilire in funzione della natura e dell'oggetto del contratto (opere pubbliche, forniture, servizi).¹⁵

A prescindere dalla specifica configurazione di queste garanzie di adempimento e dalla definizione della relativa disciplina normativa, il loro impiego consentirebbe verosimilmente una efficace e naturale attivazione dei meccanismi di mercato nel controllo circa il grado di accuratezza dei progetti e la qualificazione tecnica e finanziaria delle imprese incaricate della loro esecuzione. In quanto solidalmente responsabili, gli istituti assicurativi e bancari verrebbero infatti ad assumere un interesse immediato e diretto alla preliminare ed attenta valutazione del lavoro progettuale, alla scrupolosa selezione delle imprese, nonché al costante monitoraggio dei comportamenti di queste ultime durante l'intero svolgimento del rapporto contrattuale.

4) La configurazione dei contratti

Allo scopo di limitare il ricorso artificioso al meccanismo delle varianti in corso d'opera, è indispensabile che, come già affermato, la gara di appalto sia bandita sulla base di un progetto esecutivo. Qualora eccezionalmente, per motivi estranei all'amministrazione o all'impresa aggiudicataria, si determini la necessità di variazioni occorre prevedere un sostanziale concorso dell'appaltatore nella condivisione dei rischi. Nel sistema attuale, infatti, dal momento che il costo finale

¹⁵ Soluzioni di questo tipo sono state già da tempo sperimentate in altri paesi (come gli Stati Uniti o la Gran Bretagna). Nella medesima direzione sembra inoltre orientato il recente disegno di legge presentato dal Ministro dei Lavori Pubblici ("Norme generali in materia di opere pubbliche" - A.C. n. 5998, X legislatura). Inizialmente il d.d.l. prevedeva un obbligo assicurativo a carico sia del progettista che dell'esecutore. Nel testo approvato dal Senato, invece, la copertura assicurativa obbligatoria riguarda unicamente i rischi derivanti dall'esecuzione dei lavori, salvo il potere di rivalsa successiva sul progettista, da parte dell'appaltatore o dell'assicuratore, nel caso di errori o insufficienze progettuali.

del progetto viene pressoché interamente coperto dall'Amministrazione, l'impresa ha tutto l'interesse a sottostimare i propri costi nel tentativo di aggiudicarsi il contratto, viziando così notevolmente il processo di scelta.

Se il contratto fosse a prezzo fisso l'impresa aggiudicataria assumerebbe su di sé e per intero il rischio connesso alla realizzazione del progetto, ma le imprese sarebbero indotte a quotare prezzi elevati, in modo da cautelarsi dai rischi di aumenti inattesi dei costi. Di conseguenza, qualora i costi non aumentassero nel corso dell'esecuzione, l'Amministrazione finirebbe per pagare l'opera più del necessario.

L'impresa aggiudicataria potrebbe però essere tenuta a partecipare - entro limiti massimi prestabiliti oltre i quali sarebbe sempre possibile la rescissione del contratto - agli eventuali maggiori costi di esecuzione, purché non dovuti a variazioni del progetto iniziale disposte ad iniziativa dell'amministrazione appaltante (che dovrebbero comunque essere dettagliatamente motivate e sottoposte a controlli amministrativi particolarmente accurati), ovvero al verificarsi di circostanze sopravvenute imputabili all'Amministrazione o alla stessa impresa aggiudicataria. All'Amministrazione dovrebbe essere in ogni caso imposto l'obbligo di procedere all'aggiudicazione di un nuovo appalto per prestazioni aggiuntive il cui valore complessivo fosse superiore al 20% dell'importo del contratto originario.

Con contratti di questo tipo, l'impresa non avrebbe alcun interesse a sottostimare l'entità dei propri costi e l'Amministrazione, nel selezionare l'impresa che formula il prezzo di offerta più basso, sceglierebbe verosimilmente l'impresa più efficiente. Inoltre, rispetto a quanto avverrebbe con contratti a prezzo fisso, il minore rischio sopportato dalle imprese, tenderebbe a ridurre le rispettive quotazioni in sede di presentazione delle offerte.

L'indicizzazione dei compensi in relazione all'andamento dei prezzi sul mercato, soprattutto nel caso di contratti di durata pluriennale, dovrebbe riguardare soltanto gli aumenti inattesi. Da questo punto di vista, il recente decreto legge 11 luglio 1992 n. 333 "Misure urgenti per il risanamento della finanza pubblica", limitando il ricorso alla revisione dei prezzi, va nella giusta direzione. Tuttavia, prevedendo una indicizzazione in forma fissa (5%), non tiene conto che l'aggiudicatario ha prevedibilmente già considerato, nel formulare la sua offerta di un'opera poliennale, delle prevedibili variazioni dei prezzi nel periodo di costruzione. Di conseguenza, tranne che nel caso di ritardi imputabili all'Amministrazione, l'adeguamento dovrebbe essere consentito solo al di sopra di

una soglia attesa di variazione rispetto all'importo di aggiudicazione e per la sola parte eccedente tale soglia. Tuttavia, non sempre esiste una relazione diretta tra il tasso d'inflazione e il costo della commessa pubblica; quest'ultima, infatti, può riguardare un prodotto molto specifico, il cui prezzo può subire aumenti molto diversi da quelli medi. Particolare cura va quindi rivolta all'individuazione dell'indice di prezzo appropriato cui indicizzare il contratto. Occorre pertanto che l'Istituto Nazionale di Statistica pubblichi regolarmente indici di prezzo specifici per le diverse tipologie di beni e servizi acquistati dall'Amministrazione.

5) L'accesso alle gare e la qualificazione delle imprese

Il corretto ed efficace funzionamento dei meccanismi concorrenziali nel settore degli appalti pubblici presuppone un sistema adeguato di garanzie in ordine all'imparzialità e alla trasparenza delle condizioni di accesso e delle modalità di partecipazione delle imprese alle procedure di attribuzione dei contratti.

In tal senso va in primo luogo ribadito il principio generale del necessario ed obbligatorio ricorso alla gara, derogabile nei soli casi eccezionalmente previsti ed espressamente indicati dalla normativa comunitaria.¹⁶

Sia per gli appalti che per le concessioni deve quindi essere esclusa ogni possibilità di individuazione *ex lege* del contraente, ovvero ogni forma di limitazione imposta dal legislatore - sia nazionale che regionale - mediante la costituzione di riserve o preferenze a favore di determinate imprese o categorie di imprese. I regimi preferenziali attualmente esistenti vanno conseguentemente eliminati.

Eguale non derogabile - se non nei ristretti limiti anzidetti - deve ritenersi l'obbligo di pubblicazione integrale dei bandi sulla *Gazzetta Ufficiale*, il cui rispetto dovrebbe essere garantito mediante strumenti più penetranti di controllo e la previsione di specifiche penalità in caso di inosservanza. Attraverso analoghe forme di pubblicità dovrebbe inoltre essere assicurata la più ampia e tempestiva diffusione delle informazioni relative alle caratteristiche essenziali degli appalti che ciascuna amministrazione intende attribuire nel corso di un determinato periodo di tempo, ovvero agli esiti delle gare già concluse.

L'adeguata tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento degli obblighi contrattuali non può in alcun modo tradursi in arbitrarie ed artificiose

¹⁶ Quelli, cioè, per i quali le direttive comunitarie ammettono il ricorso alla procedura negoziata senza la pubblicazione preliminare di un bando di gara.

limitazioni del legittimo interesse delle imprese a concorrere - in condizioni di effettiva parità - per l'aggiudicazione delle commesse. Particolare attenzione va quindi rivolta al controllo sugli strumenti e sui criteri in base ai quali l'Amministrazione procede alla preventiva selezione delle imprese, condizionando il loro accesso alle gare al possesso di determinati requisiti di idoneità tecnica e di solidità economica e finanziaria.

Tali requisiti devono innanzitutto essere necessariamente indicati nel bando di gara, in modo da consentirne una adeguata e tempestiva conoscenza da parte delle imprese interessate. In secondo luogo essi devono rispondere ad esigenze oggettive dell'Amministrazione e, più in generale, ai principi di ragionevolezza e di imparzialità che pur sempre regolano il legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa. Entro i limiti imposti dalle specifiche necessità dell'Amministrazione, in rapporto alla natura e all'oggetto del contratto, detti requisiti devono inoltre essere fissati in modo tale da garantire comunque la possibilità di un efficace e corretto confronto concorrenziale.

A quest'ultimo scopo, peraltro, un'esplicita rilevanza normativa dovrebbero assumere i rapporti di controllo e di collegamento eventualmente esistenti tra le imprese ammesse alla gara. Tali rapporti dovrebbero essere obbligatoriamente dichiarati dalle imprese partecipanti, al fine di consentire all'Amministrazione un preventivo controllo circa la sussistenza di un livello accettabile di concorrenza in sede di gara e di evitare così che la presenza di un numero estremamente ridotto di imprese realmente indipendenti possa privare di ogni effettivo significato la formale osservanza delle procedure di aggiudicazione.

In base al medesimo principio dovrebbe inoltre essere risolta l'attuale contraddizione esistente nel nostro ordinamento e relativa alla diversa rilevanza attribuita all'unitarietà economica del gruppo dalle norme in materia di subappalto di opere pubbliche. Le vigenti disposizioni, infatti, mentre da un lato esimono dal rispetto delle normali procedure di gara gli affidamenti di lavori effettuati dal concessionario ad imprese ad esso collegate (in conformità a quanto previsto dalla direttiva 89/440/CEE),¹⁷ dall'altro vietano¹⁸ il subappalto totale dell'opera indipendentemente dall'esistenza di analoghi rapporti di collegamento tra impresa appaltatrice e subappaltatrice; con il risultato, peraltro, di introdurre in tal modo un rilevante ed immotivato fattore di condizionamento e di distorsione nelle scelte

¹⁷ Cfr. art. 4. del d.lgs. 19.12.1991, n. 406.

¹⁸ Cfr. art. 34, primo comma, del d.lgs. 19.12.1991, n. 406.

organizzative delle singole imprese ed una specifica discriminazione a danno dei gruppi finanziari operanti in qualità di *general contractors*.

Sempre nel settore delle opere pubbliche, va segnalata l'esigenza di un'attenta riflessione circa l'opportunità e i limiti dell'obbligo di iscrizione all'Albo Nazionale dei Costruttori come requisito di partecipazione alle gare. A fronte di una struttura imprenditoriale estremamente frammentata, caratterizzata da livelli dimensionali medi sensibilmente inferiori rispetto a quelli prevalenti negli altri paesi della Comunità, la concreta utilità dell'albo come strumento per una efficace e qualificata selezione delle imprese risulta attualmente assai ridotta. In assenza di consistenti ed efficaci interventi di riforma in ordine ai criteri e alle modalità di funzionamento dell'albo, il relativo obbligo di iscrizione appare pertanto complessivamente inadeguato in rapporto all'esigenza di garantire l'Amministrazione circa l'affidabilità dei propri potenziali contraenti.

Analogamente a quanto previsto per gli appalti di opere pubbliche dal citato D.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55, anche per gli appalti di forniture e di servizi sarebbe invece opportuna l'introduzione di una specifica disciplina normativa volta a limitare il rischio di comportamenti eccessivamente difformi o palesemente arbitrari posti in essere dalle singole amministrazioni pubbliche nella predisposizione dei bandi e degli avvisi di gara e nella fissazione dei relativi requisiti di partecipazione.

Come si è già osservato in precedenza, la possibilità di ricorrere a sistemi di aggiudicazione che restringono il numero dei partecipanti alle gare deve essere attentamente disciplinata, limitandone l'utilizzazione ai soli casi in cui la particolare natura delle prestazioni contrattuali renda inopportuna una rigida separazione delle funzioni progettuali ed esecutive (appalto-concorso), ovvero faccia ritenere conveniente, in sede di gara, un ruolo maggiormente propositivo delle imprese concorrenti in ordine alla specifica e definitiva configurazione del progetto (licitazione privata).

Va peraltro osservato che le proposte al riguardo avanzate in questo rapporto, riducendo verosimilmente il numero dei probabili partecipanti a questo tipo di gare - anche per la maggiore onerosità della partecipazione - tendono a limitare in modo pressoché naturale le difficoltà connesse alla scelta dei criteri di selezione delle imprese da invitare alle gare da aggiudicarsi mediante procedura ristretta.

Questo problema è particolarmente delicato nel nostro paese dove, a differenza degli altri Stati della Comunità nei quali esiste se mai un problema

opposto, il numero generalmente molto elevato delle domande di partecipazione alle gare ha favorito una progressiva assimilazione tra procedure ristrette e aperte. Discutibile, in proposito, sembra invece la scelta operata dal legislatore nazionale relativamente agli appalti di lavori pubblici da aggiudicare mediante appalto-concorso o licitazione privata.

Com'è noto, la direttiva 89/440/CEE riconosce alle amministrazioni la facoltà di prevedere nel bando di gara - e in funzione della natura dell'opera da realizzare - il numero minimo (5) e massimo (che può essere limitato a 20) di imprese che potranno essere ammesse alla presentazione delle offerte; la stessa direttiva non stabilisce tuttavia i criteri da adottare per effettuare tale selezione tra le imprese che abbiano richiesto di partecipare. Nel dettare le norme di recepimento della direttiva, il legislatore ha tuttavia previsto che, nel caso in cui il numero di candidati sia superiore a ventuno, la selezione venga effettuata ripartendo il totale delle imprese in tre gruppi equivalenti ricavati in funzione del fatturato triennale in lavori dei candidati stessi ed invitando alla presentazione delle offerte sette imprese di ciascun gruppo, scelte sulla base di specifici indici da definirsi con decreto del Ministro dei Lavori Pubblici.

Non essendo ancora stata completata l'elaborazione di tali indici, ogni definitiva valutazione in proposito appare al momento prematura. Deve nondimeno rilevarsi che, quantunque volta al condivisibile obiettivo di impedire un esercizio arbitrario dei poteri discrezionali dell'Amministrazione, la soluzione delineata in sede di recepimento della direttiva comunitaria suscita alcune legittime perplessità, dal momento che un simile criterio sembra assai più fondato su principi latamente solidaristici che sulla ragionevole considerazione dell'interesse pubblico alla scelta dell'impresa più efficiente e dell'offerta complessivamente più conveniente per l'Amministrazione stessa.

Nel pieno rispetto delle disposizioni comunitarie appare inoltre plausibile ritenere che la predeterminazione del numero minimo e massimo degli inviti possa essere demandata ad un'autonoma e discrezionale valutazione dell'amministrazione appaltante, tenendo comunque presenti le considerazioni e le proposte precedentemente formulate circa le condizioni e i limiti di ammissibilità del ricorso alle procedure ristrette nell'aggiudicazione dei contratti.

6) Il sistema dei controlli e delle sanzioni

La concreta efficacia delle norme dirette a garantire la corretta gestione delle risorse pubbliche e i legittimi interessi delle imprese attraverso l'imparzialità e la

trasparenza delle procedure contrattuali dell'Amministrazione, dipende pur sempre dal grado di osservanza che tali norme e procedure trovano nella pratica e quindi, sostanzialmente, dalla funzionalità dei meccanismi e degli strumenti intesi a favorire il rispetto e la piena applicazione mediante il puntuale controllo e l'adeguato sanzionamento dei comportamenti adottati in loro violazione.

Maggiori garanzie, rispetto ai meccanismi e agli strumenti attualmente previsti nel nostro ordinamento, potrebbe in tal senso offrire **un sistema di controlli esterni alle amministrazioni appaltanti, attivabili d'ufficio o su segnalazione di soggetti interessati e operante a livello nazionale.**

Tali controlli dovrebbero in primo luogo riguardare la **regolarità delle procedure di aggiudicazione dei contratti**; in caso di violazioni particolarmente rilevanti delle norme, soprattutto di quelle in materia di pubblicità dei bandi di gara, l'organo di controllo dovrebbe poter intervenire direttamente per impedire la conclusione del contratto, ovvero richiederne l'annullamento con conseguente rinnovazione della procedura.

Ulteriori controlli esterni dovrebbero essere introdotti al fine di permettere **verifiche approfondite in merito alla congruità e ragionevolezza del prezzo di aggiudicazione in rapporto alla natura e all'oggetto del contratto, ovvero in merito al grado di corrispondenza tra l'importo iniziale di aggiudicazione e il costo finale complessivamente sostenuto dall'amministrazione.**

In tutti i casi poi, e indipendentemente dalla eventuale sussistenza di fattispecie penalmente rilevanti, all'accertamento delle irregolarità dovrebbe far seguito l'adozione di specifiche sanzioni nei confronti dei soggetti che a qualunque livello, politico o amministrativo, si fossero resi responsabili - individualmente o in concorso con altri - di violazioni palesi delle norme in materia di contrattazione pubblica, ovvero di attività e comportamenti comunque sostanzialmente lesivi dell'interesse pubblico.¹⁹

Dovrebbe essere previsto, infine, un **opportuno coordinamento degli organismi di controllo con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** e in particolare un obbligo di tempestiva informazione di quest'ultima ogni qualvolta l'esito delle indagini effettuate renda ipotizzabile l'esistenza di pratiche

¹⁹ In questo senso dovrebbe peraltro darsi piena attuazione alle disposizioni della legge 7.8.1990, n. 241, che prevedono, per ogni singolo procedimento, la figura del funzionario responsabile del procedimento stesso, prevedendo eventualmente che nel bando di gara venga data chiara indicazione della sua identità.

restrittive della concorrenza, vietate ai sensi degli articoli 2 e 3 della legge 10 ottobre 1990, n. 287.

Un suggerimento sia pure parziale, nella prospettiva indicata, può trarsi dalla recente legge francese n. 91-3 del 3 gennaio 1991, sulla trasparenza e regolarità delle procedure contrattuali pubbliche. In occasione del recepimento della direttiva 89/440/CEE, la legge ha infatti istituito una speciale *mission interministérielle d'enquete* sulla regolarità e l'imparzialità nella preparazione, conclusione ed esecuzione dei contratti dello Stato, degli enti pubblici non aventi carattere industriale o commerciale, delle collettività territoriali e dei loro enti pubblici, e delle società locali d'economia mista. La *mission*, composta da magistrati e da alti dirigenti pubblici, gode di ampi poteri d'accesso alle documentazioni amministrative e d'impresa e può essere anche chiamata a constatare, al pari degli agenti di polizia giudiziaria, un'infrazione penale prevista dalla stessa legge, relativamente ai casi in cui persone investite di un mandato elettivo, o amministratori di enti pubblici, abbiano procurato o tentato di procurare ad altri un ingiustificato vantaggio tramite atti contrari alle disposizioni legislative o regolamentari dirette a garantire la libertà d'accesso e l'eguaglianza dei candidati nell'affidamento di contratti pubblici.

7) I supporti informativi

Controlli approfonditi e sistematici su ogni singolo appalto, oltre che risultare eccessivamente onerosi dal punto di vista economico, potrebbero dar luogo ad effetti indesiderati di congestione dell'attività degli organismi competenti, rischiando così di pregiudicare nel complesso l'efficacia stessa dei loro interventi. Efficacia che deve essere valutata soprattutto in termini di deterrenza, con riguardo cioè alla adeguatezza dei condizionamenti e dei disincentivi concretamente esercitati sui comportamenti dei diversi soggetti interessati. L'osservanza delle norme dipenderà quindi non solo dall'entità delle sanzioni comminabili, ma anche - e forse soprattutto - dalla misura in cui operatori economici e amministratori pubblici riterranno probabile l'individuazione delle eventuali responsabilità e l'effettiva applicazione delle sanzioni previste.

In tale ottica, potrebbe pertanto risultare più opportuno che i controlli ipotizzati, sia sulla regolarità delle procedure che sulla congruità dei prezzi, vengano resi *selettivi*, prevedendo se mai l'avvio necessario delle verifiche laddove il prezzo di aggiudicazione superi di una percentuale significativa quello normalmente corrisposto, in Italia e all'estero, per beni o servizi analoghi, ovvero laddove il divario tra spese preventivate e finali, soprattutto per effetto di varianti intervenute in corso di esecuzione del contratto, risulti particolarmente ampio.

Per effettuare controlli di questa natura sarebbe quindi necessaria l'istituzione di un **archivio centralizzato** - puntualmente aggiornato e di rapida e agevole consultazione - destinato a raccogliere le informazioni essenziali su tutti i contratti pubblici all'interno del territorio nazionale. Uno strumento simile è peraltro previsto dall'art. 12 del d.l. 20 maggio 1992, n. 289, relativamente agli appalti di lavori, forniture e servizi, nonché alle concessioni di costruzione e gestione, assegnati da regioni, province, comuni, loro consorzi, aziende speciali, comunità montane, unità sanitarie locali e unioni di comuni. A norma della citata disposizione, infatti, i bandi e gli avvisi di gara relativi a tali contratti devono essere pubblicati anche mediante inserimento nella rete informativa telematica dell'Associazione nazionale dei comuni italiani (ANCI). Lo stesso articolo prevede inoltre che con apposita convenzione tra gli enti gestori della rete telematica dei comuni e dell'analogo rete delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, venga disciplinata la distribuzione delle informazioni raccolte anche mediante la creazione di apposite postazioni informative presso le camere di commercio.

La funzionalità di tali strumenti conoscitivi dovrebbe comunque essere garantita prevedendo specifiche sanzioni in caso di mancata o gravemente inesatta trasmissione delle informazioni necessarie da parte delle singole stazioni appaltanti.

Roma, luglio 1992

Il Presidente:

Francesco Saja

I Componenti:

Luciano Cafagna

Fabio Gobbo

Giacinto Militello

Franco Romani

ALLEGATO I

LA NORMATIVA COMUNITARIA IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

1. Introduzione

L'ormai consistente normativa comunitaria in materia di appalti pubblici trova la sua origine nella generale difficoltà per le imprese di ottenere commesse pubbliche in paesi diversi da quelli di rispettiva appartenenza.

Questo fenomeno, in larga parte favorito da legislazioni, regolamenti e prassi nazionali ispirati ad una logica sostanzialmente protezionistica, viene di volta in volta giustificato sulla base di generali esigenze di politica economica o di finalità più specifiche quali la difesa di settori strategici o di industrie nascenti, il sostegno all'occupazione o la correzione di squilibri economici regionali.

I paragrafi che seguono sono dedicati ad una sintetica ricostruzione delle iniziative assunte in materia dalle istituzioni comunitarie ed essenzialmente accomunate dall'intento di eliminare o ridurre gli effetti più evidenti di compartimentazione dei mercati pubblici, connessi alla scarsa trasparenza e ai regimi preferenziali che in vario modo caratterizzano l'attività contrattuale delle singole amministrazioni nazionali.

In questa sede l'attenzione viene rivolta in modo particolare all'analisi dei profili più qualificanti dell'attuale disciplina comunitaria, quale risultante dall'insieme delle principali direttive adottate dal Consiglio a partire dai primi anni '70, nonché dei più recenti progetti di direttiva elaborati dalla Commissione e tuttora in corso di approvazione.

2. Principi ed evoluzione della normativa comunitaria: dal Trattato CEE alle direttive degli anni '70

Nonostante l'assenza di specifiche disposizioni in proposito, nel Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea sono tuttavia espressi i principi informativi e gli indirizzi fondamentali dell'intera produzione normativa comunitaria in materia di appalti pubblici.

Si tratta, in sostanza, di alcuni dei principi più direttamente e strettamente connessi all'obiettivo della progressiva integrazione economica dei singoli Stati membri mediante la creazione di un mercato comune, e in particolare di quelli

relativi al diritto di stabilimento (artt. 52 e seg.) e alla libera circolazione dei beni (artt. 30 e seg.) e dei servizi (artt. 59 e seg.) all'interno della Comunità.

Tali disposizioni, a loro volta, trovano comune fondamento nel più generale divieto - sancito dall'art. 7 del Trattato - di ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità e nel corrispondente principio del "trattamento nazionale", implicante il divieto di ogni disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa, nonché di ogni prassi amministrativa atta a restringere o ad ostacolare - all'interno di un singolo Stato membro - la circolazione dei prodotti, ovvero l'accesso e l'esercizio delle attività economiche di cittadini ed imprese di altri Stati membri; e ciò non solo mediante l'adozione di misure espressamente differenziate, ma anche di quelle che, seppure indistintamente applicate, siano comunque tali da non garantire una sostanziale parità di trattamento.²⁰

Per quanto specificamente attinente il settore degli appalti pubblici, la necessità di una concreta ed effettiva applicazione di tali principi ha successivamente trovato conferma e supporto nei Programmi Generali adottati dal Consiglio nei primi anni '60 al fine di promuovere il rispetto e l'attuazione degli obblighi derivanti dal Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi. Tra le restrizioni da rimuovere venivano infatti esplicitamente menzionate le disposizioni e le pratiche che, nei confronti dei soli stranieri, escludevano, limitavano o subordinavano a condizioni la facoltà di presentare offerte o di partecipare, come contraente o subappaltatore, ai contratti dello Stato o di altri organismi pubblici.

Ad analoghe finalità rispondevano inoltre le disposizioni delle direttive 66/683 del 7.11.1966 e 70/32 del 17.12.1969 - adottate dalla Commissione in base all'art. 33, § 7, del Trattato - in materia di restrizioni quantitative all'importazione e misure di effetto equivalente, nonché quelle contenute nella direttiva 71/304 del 26.7.1971, concernenti l'eliminazione delle restrizioni alla libertà di partecipazione di individui ed imprese alle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici.

Né i principi sanciti dal Trattato, né le iniziative adottate dalle istituzioni comunitarie si dimostrarono tuttavia sufficientemente efficaci a garantire un'adeguato grado di apertura e di integrazione dei mercati pubblici. Tale constatazione indusse quindi a ritenere opportuno un rafforzamento degli impegni derivanti dal Trattato mediante la fissazione di obblighi positivi di comportamento per le amministrazioni committenti e la elaborazione di un insieme

²⁰ Cfr. sentenza della Corte di Giustizia CEE 23.4.1977, causa 71/76.

di regole esplicite in materia di coordinamento e di armonizzazione delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Un primo e generale intervento in questo senso si è avuto attraverso due direttive - la 71/305 del 26.7.1971 e la 77/62 del 21.12.76 - adottate dal Consiglio rispettivamente in materia di appalti di lavori pubblici e di appalti pubblici di forniture, contenenti disposizioni sostanzialmente simili, riguardanti in particolare l'adeguata pubblicità dei bandi di gara, il divieto di prescrizioni tecniche discriminatorie, l'armonizzazione dei sistemi di aggiudicazione e l'applicazione di criteri oggettivi ed uniformi, tanto nella selezione qualitativa delle imprese che nella aggiudicazione dei contratti.

Tuttavia il carattere complessivamente "minimale" delle prescrizioni, l'assenza di un *corpus* uniforme ed esaustivo di regole comunitarie, l'ampiezza delle eccezioni previste e la rilevanza dei settori espressamente esclusi dall'ambito di applicazione delle direttive (acqua, energia, trasporti e - nel caso degli appalti di forniture - telecomunicazioni), ponevano limiti consistenti alla concreta efficacia delle nuove disposizioni, lasciando agli Stati membri sostanziali margini di discrezionalità in ordine al mantenimento o all'adozione di propri sistemi, procedure e criteri di aggiudicazione, purché compatibili con i principi fondamentali del Trattato in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi.

L'individuazione e l'analisi di tali insufficienze ha successivamente formato oggetto di un rapporto presentato nel 1984 dalla Commissione al Consiglio e concernente il concreto funzionamento delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici alla luce dell'esperienza maturata nel corso della loro applicazione. Accanto ai rilievi formulati in merito ai ritardi e alle inadempienze nella trasposizione delle direttive in molti ordinamenti nazionali, nonché di fatto alla loro diffusa disapplicazione, il rapporto evidenziava alcuni dei fattori ritenuti determinanti in relazione alla constatata marginalità dell'impatto complessivamente esercitato dalla normativa comunitaria. Tra questi venivano in particolare segnalati:

a) la frequente elusione degli obblighi di pubblicità, mediante sia l'eccessiva frammentazione che la sottostima dei valori effettivi delle commesse pubbliche, in modo da evitare il superamento delle soglie minime previste per l'applicazione delle disposizioni comunitarie (pari a 1.000.000 e a 200.000 ECU rispettivamente per gli appalti pubblici di lavori e di forniture):

b) l'eccessivo ricorso a procedure di aggiudicazione non concorrenziali, ammesse dalle direttive comunitarie, ma solo in relazione a circostanze specificamente individuate;

c) l'uso sostanzialmente protezionistico degli standard tecnici nazionali, privilegiati anche in rapporto a quelli corrispondenti di origine comunitaria;

d) l'arbitrarietà e discriminatorietà dei criteri di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti.

Sulle osservazioni espresse nel rapporto si basano in gran parte le proposte di intervento successivamente elaborate dalla Commissione e contenute nel Libro bianco sul completamento del mercato interno,²¹ presentato al Consiglio nel giugno del 1985; proposte dirette ad un rafforzamento complessivo delle iniziative comunitarie nel settore degli appalti pubblici, in particolare attraverso:

a) la revisione delle direttive 71/305 e 77/62, in modo da migliorare la trasparenza delle procedure, nonché la completezza, la qualità e la rapidità delle informazioni;

b) l'estensione del campo di applicazione delle direttive medesime ai settori precedentemente esclusi (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni), tenendo opportunamente conto dei problemi in tali casi collegati alla diversa natura giuridica - pubblica o privata - degli enti appaltanti;

c) l'ulteriore liberalizzazione, su scala comunitaria, degli appalti pubblici di servizi, al di là di quanto già (seppure limitatamente) previsto dalle citate direttive (e in particolare dalla 77/62, in base alla quale la fornitura di merci includeva i servizi accessori per un valore non superiore a quello dei prodotti oggetto della fornitura stessa).

3. L'attuale assetto della normativa comunitaria

Un nuovo e consistente impulso alle iniziative comunitarie nel settore degli appalti pubblici, si è avuto con l'entrata in vigore - il 1.7.1987 - dell'Atto Unico Europeo; un impulso derivante in larga parte dalla constatazione del contrasto esistente tra la sostanziale chiusura dei singoli mercati pubblici nazionali e gli

²¹ Cfr. in particolare §§ 81-87.

intendimenti espressi nell'Atto stesso relativamente alla realizzazione - entro la fine del 1992 - di un mercato interno europeo ovvero "di uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali".

L'intensità di un simile contrasto risultava peraltro documentata con particolare evidenza nel c.d. rapporto Cecchini, frutto di un progetto di ricerca promosso dalla Commissione CEE su "I Costi della Non-Europa" ed ultimato nel 1988. Secondo le stime fornite nel rapporto, infatti, nel 1986 il valore complessivo della domanda pubblica - a livello comunitario - per beni e servizi teoricamente soggetti a concorrenza, ammontava a circa 340 miliardi di ECU, equivalenti a circa il 10% del prodotto interno lordo della Comunità. Solo una modestissima quota di tali commesse (pari a circa lo 0,14% del PIL-CEE) risultava tuttavia aggiudicata ad imprese di Stati membri diversi da quello di appartenenza dell'ente appaltante, con conseguenze peraltro assai rilevanti in termini di maggiori costi a carico del contribuente europeo, che il rapporto stimava complessivamente pari a circa 22 miliardi di ECU.

Anche a prescindere da più generali considerazioni di principio, la stessa rilevanza economica dei mercati pubblici appariva quindi tale da suscitare legittime preoccupazioni circa i rischi di un sostanziale ridimensionamento del significato e dell'effettiva portata degli impegni e degli obiettivi di integrazione espressi nell'Atto Unico Europeo, e poneva in certo qual modo le premesse per una più incisiva azione delle istituzioni comunitarie in questo settore, tradottasi nell'adozione di una nuova serie di direttive, volte ad integrare e ad estendere la preesistente normativa comunitaria in conformità ai criteri e alle indicazioni formulati nel Libro bianco sul completamento del mercato interno.

Attualmente il settore dei pubblici appalti risulta pertanto complessivamente disciplinato, a livello comunitario, da sette direttive:²²

- la direttiva 71/305/CEE del 26.7.1971, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, modificata dalla direttiva 89/440/CEE del 18.7.1989;

²² Le prime cinque direttive (71/305/CEE, 89/440/CEE, 77/62/CEE, 88/295/CEE e 89/665/CEE) hanno già trovato attuazione nel nostro ordinamento interno in virtù di specifici atti normativi di recepimento - di cui viene dato opportunamente conto in altra parte della relazione - mentre i criteri di delega al Governo per l'attuazione della direttiva 90/531/CEE sono stati recentemente definiti nella legge 19.2.1992, n.142 (la c.d. legge comunitaria per il 1991).

- la direttiva 77/62/CEE del 21.12.1976, relativa alle procedure di aggiudicazione degli **appalti pubblici di forniture**, modificata da ultimo dalla direttiva 88/295/CEE del 22.3.1988;

- la direttiva 89/665/CEE del 21.12.1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle **procedure di ricorso** in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori;

- la direttiva 90/531/CEE del 17.9.1990, relativa alle **procedure di appalto** degli enti operanti nei **settori di pubblica utilità** (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni);

- la direttiva 92/13/CEE del 25.2.1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative alle **procedure di ricorso** in materia di aggiudicazione degli appalti nei **settori di pubblica utilità**.

Le relative disposizioni intervengono a regolare aspetti diversi e rilevanti della materia, quali la pubblicità delle gare e degli esiti, le prescrizioni in materia di standard tecnici, i criteri di selezione qualitativa delle imprese, le procedure e i criteri di aggiudicazione dei contratti, nonché la definizione e il coordinamento degli strumenti di tutela giuridica degli operatori economici nei confronti di violazioni delle norme comunitarie.

Nell'analisi dell'attuale normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, occorre fare in primo luogo riferimento alle c.d. *direttive di coordinamento*, relative all'armonizzazione delle procedure nazionali di aggiudicazione e sinteticamente richiamate nella tabella che segue, con riguardo anche ad alcuni dei loro profili generali.

L'approccio sostanzialmente comune di tali direttive, sia in termini di orientamenti che di struttura, consente una ricostruzione complessiva del quadro normativo comunitario sulla base degli aspetti più qualificanti della risultante disciplina, relativi in particolare ai limiti soggettivi ed oggettivi della corrispondente sfera di applicazione e alle disposizioni dettate in materia di pubblicità, nonché (soprattutto) di procedure e criteri di aggiudicazione dei contratti.

DIRETTIVA CEE	OGGETTO	SOGLIA DI APPLICAZIONE	AMMINISTRAZIONI ED ENTI AGGIUDICATORI	PROCEDURE DI AGGIUDICAZIONE	CRITERI DI AGGIUDICAZIONE
71/305 DEL 26.7.1971 MODIFICATA DALLA 89/440 DEL 18.7.1989	APPALTI DI LAVORI PUBBLICI	5 MILIONI DI ECU	STATO ENTI TERRITORIALI ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO E LORO ASSOCIAZIONI	APERTE O RISTRETTE NEGOZIATE (SOLO IN CASI SPECIFICI)	PREZZO PIÙ BASSO OPPURE OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA
77/62 DEL 21.12.1976 MODIFICATA DALLA 83/295 DEL 22.3.1988	APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE	200.000 ECU	STATO ENTI TERRITORIALI ORGANISMI DI DIRITTO PUBBLICO O ENTI EQUIVALENTI	APERTE (DI NORMA) RISTRETTE O NEGOZIATE (ENTRAMBE SOLO IN CASI SPECIFICI)	PREZZO PIÙ BASSO OPPURE OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA
90/531 DEL 17.9.1990	APPALTI DI FORNITURE E LAVORI NEI SETTORI DI PUBBLICA UTILITÀ	5 MILIONI DI ECU (LAVORI) 400.000 ECU (FORNITURE) 600.000 ECU (FORNITURE NEL SETTORE DELLE TELECOMUNICAZIONI)	AUTORITÀ E IMPRESE PUBBLICHE OVVERO ENTI DIVERSI TITOLARI DI DIRITTI SPECIALI O ESCLUSIVI	APERTE RISTRETTE NEGOZIATE	PREZZO PIÙ BASSO OPPURE OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA

L'ambito di applicazione: profili soggettivi

Le norme comunitarie si applicano in primo luogo agli appalti di lavori e di forniture, aggiudicati dallo Stato, dagli enti territoriali, dagli organismi di diritto pubblico e dalle associazioni costituite da tali enti ed organismi. Le sole disposizioni in materia di pubblicità si applicano invece alle concessioni di lavori pubblici, nonché agli appalti di lavori conclusi con terzi da concessionari di lavori pubblici non compresi tra le predette *amministrazioni aggiudicatrici*.

Alle regole comunitarie sono inoltre soggetti gli appalti di lavori attribuiti da enti diversi dalle citate *amministrazioni aggiudicatrici*, ma dalle medesime direttamente sovvenzionati in misura superiore al 50%. L'estensione del campo di applicazione è tuttavia limitata ai casi di sovvenzione diretta (restando perciò escluse forme indirette di sussidio quali esenzioni fiscali, prestiti garantiti, fornitura gratuita di terreni edificabili), nonché alle opere di ingegneria civile comprese nella classe 50, gruppo 502 (costruzione di strade, ponti, ferrovie ecc.), della Nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee (NACE) ed ai lavori edili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici ed universitari, edifici destinati a scopi amministrativi.

A specifiche disposizioni comunitarie sono infine soggetti gli appalti di forniture e di lavori aggiudicati dagli enti che operano nei settori di pubblica

utilità (acqua, energia, trasporti e telecomunicazioni) ed esercitano una delle attività previste dall'art. 2, §2, della direttiva 90/531/CEE (restano tuttavia esclusi gli appalti assegnati dagli stessi enti per scopi diversi dall'esercizio di tali attività). In questo caso, tra *gli enti aggiudicatori* sono compresi, oltre alle autorità pubbliche (Stato, enti territoriali, enti di diritto pubblico e relative associazioni), anche le imprese pubbliche (quelle cioè direttamente o indirettamente sottoposte all'influenza dominante di pubbliche autorità in virtù del possesso o del controllo rispettivamente della maggioranza del capitale o dei diritti di voto dell'impresa, ovvero mediante il diritto di nomina della maggioranza dei relativi organi amministrativi, manageriali o di sorveglianza) e gli enti diversi dalle autorità e dalle imprese pubbliche, ma operanti in base a diritti speciali o esclusivi accordati dalle autorità competenti di uno Stato membro.

L'ambito di applicazione: profili oggettivi

Tra gli appalti disciplinati dalla normativa comunitaria sono compresi i contratti a titolo oneroso aventi ad oggetto:

a) **per le forniture**, l'acquisto, il leasing, la locazione o la vendita a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti (e - limitatamente alle forniture nel settore delle telecomunicazioni - anche di servizi di software, purché utilizzati nella gestione di reti pubbliche o nell'esercizio di servizi pubblici di telecomunicazioni);

b) **per i lavori**, l'esecuzione, o l'esecuzione congiuntamente alla progettazione, ovvero la *realizzazione con qualsiasi mezzo*, di un'opera edilizia o di genio civile. Negli appalti di lavori sono quindi comprese anche le attività c.d. di committenza (finanziamento, coordinamento e direzione dei lavori ecc.), volte a far eseguire un'opera; ferma restando, comunque, la presenza dell'obbligo di esecuzione come elemento qualificante in ordine alla distinzione tra un appalto di lavori ed uno di servizi.

Dall'appalto di lavori si distingue invece la **concessione di lavori pubblici**, nozione che, ai sensi della normativa comunitaria, è riferibile ai soli contratti, aventi le medesime caratteristiche di un appalto di lavori, per i quali tuttavia "la controprestazione di lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo";²³ ad esclusione quindi delle concessioni di sola esecuzione (non accompagnate cioè dalla gestione), qualificate come semplici appalti di lavori e come tali regolate.

²³ Cfr. art.1, lett. d), della direttiva 71/305/CEE, così come modificata dalla direttiva 89/440/CEE.

Esplicite esclusioni dall'ambito di applicazione delle regole comunitarie sono previste, in linea generale, per motivi di segretezza o di sicurezza dello Stato, ovvero in ragione dell'esistenza di particolari norme e procedure di aggiudicazione stabilite da accordi internazionali vigenti o da organizzazioni internazionali. Ulteriori specifiche esclusioni sono disposte per gli appalti che *gli enti aggiudicatori* - di cui alla direttiva 90/531/CEE - assegnano per l'acquisto di acqua ovvero per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia.

Entro i citati limiti (soggettivi ed oggettivi) le norme comunitarie si applicano peraltro ai soli appalti il cui valore stimato, al netto dell'IIVA, sia pari o superiore alle soglie minime - riportate nella precedente tabella - previste dalle direttive CEE e rispettivamente fissate in:

- 5 milioni di ECU per gli appalti di lavori:
- 200.000 ECU per gli appalti di forniture (134.000 ECU nel caso di forniture aggiudicate dagli enti (ministeri vari) elencati nell'allegato I della direttiva 80/767/CEE);
- 400.000 ECU per gli appalti di forniture nei settori di pubblica utilità (ad eccezione delle forniture riguardanti il settore delle telecomunicazioni, per le quali l'importo è elevato a 600.000 ECU).

Tanto per i lavori che per le forniture ripartiti in lotti, è infine prevista l'applicazione delle direttive comunitarie agli appalti dei singoli lotti quando il loro valore cumulato è pari o superiore alle soglie precedentemente indicate.

Le norme comuni in materia di pubblicità

Per garantire alle imprese operanti nella Comunità maggiori ed effettive opportunità di partecipazione alle gare, le direttive prevedono obblighi specifici di pubblicità, volti a favorire una informazione sufficientemente ampia e tempestiva delle imprese stesse ed una loro più agevole programmazione operativa e decisionale.

A tale scopo rispondono in primo luogo gli obblighi relativi alla pubblicazione, sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, dei bandi di gara, nonché di appositi avvisi periodici concernenti le caratteristiche essenziali degli appalti da attribuire (generalmente nel corso dei 12 mesi successivi), ovvero gli esiti delle procedure di aggiudicazione già espletate. Bandi ed avvisi devono inoltre

essere redatti secondo modelli specificamente previsti ed allegati alle singole direttive.

Alla rapida accessibilità e diffusione delle informazioni concorre la predisposizione di appositi supporti informatici, come la banca dati comunitaria TED (Tenders Electronic Daily) che raccoglie le informazioni relative ai bandi e agli avvisi pubblicati nei singoli Stati membri, consentendone in tal modo una disponibilità pressoché immediata (ed eventualmente selezionata per settore o paese) per gli operatori economici.

Norme specifiche regolano infine la fissazione e il computo dei termini per la partecipazione alle gare e la presentazione delle offerte, imponendo il rispetto di termini minimi stabiliti in rapporto alle diverse procedure di aggiudicazione e derogabili solo in casi ed entro limiti specificamente indicati.

Le procedure di aggiudicazione dei contratti

Le norme comunitarie in materia di procedure di aggiudicazione prevedono e disciplinano tre distinte tipologie generali:

- a) le **procedure aperte**, in cui ogni impresa interessata può presentare un'offerta;
- b) le **procedure ristrette**, in cui l'offerta può essere presentata solo dalle imprese invitate dalle amministrazioni o dagli enti aggiudicatori;
- c) le **procedure negoziate**, nelle quali le amministrazioni o gli enti aggiudicatori consultano le imprese di propria scelta e negoziano con una o più di esse i termini del contratto.

Il ricorso alla procedura negoziata è, in linea di principio, subordinato alla preliminare pubblicazione di un apposito bando di gara, e comunque limitato a fattispecie tassativamente indicate che vanno dai casi di eccezionale urgenza alla mancanza, irregolarità o inaccettabilità delle offerte a seguito di una procedura aperta o ristretta, dalle prestazioni effettuate unicamente a scopo di ricerca e di sperimentazione a quelle complementari e successive rispetto al contratto originario purché ne risulti necessaria l'effettuazione da parte del medesimo contraente.

Per gli appalti pubblici di lavori è di norma libera la scelta tra procedure aperte e ristrette. In quest'ultimo caso viene inoltre riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di prevedere nel bando di gara, e in funzione della natura dell'opera da realizzare, una *forcella* indicante il numero

minimo (non inferiore a 5) e massimo (che può essere fissato a 20) delle imprese che si intendono invitare.

Per gli appalti pubblici di forniture è invece stabilita una esplicita gerarchia tra le diverse procedure, che accorda una espressa preferenza alle procedure aperte - che dovrebbero costituire la regola - rispetto sia a quelle ristrette che a quelle negoziate. Anche il ricorso alle procedure ristrette è infatti limitato a casi debitamente motivati, in base ad esempio alla necessità di rispettare un equilibrio tra il valore dell'appalto ed i costi della procedura, o in considerazione della natura specifica dei prodotti oggetto della fornitura.

Sia per gli appalti pubblici di forniture che di lavori, le circostanze giustificative del ricorso a procedure negoziate (e anche a quelle ristrette nel caso di appalti di forniture) devono essere indicate nel verbale che le amministrazioni aggiudicatrici devono redigere - e trasmettere, su richiesta, alla Commissione - per ciascun appalto aggiudicato. Nel verbale deve essere inoltre contenuta l'indicazione dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e di quelli esclusi, nonché rispettivamente i motivi della scelta o del rigetto.

Regole in parte diverse sono stabilite per gli appalti di forniture e di lavori nei settori di pubblica utilità, per i quali è previsto un sistema più flessibile in ordine alla scelta tra le diverse procedure di aggiudicazione. Tale scelta è infatti rimessa alla autonoma decisione degli *enti aggiudicatori*, salvo il rispetto degli obblighi di pubblicità, derogabili nelle sole ipotesi - in realtà piuttosto numerose - espressamente indicate dall'art. 15, §2, della direttiva 90/531/CEE (che, accanto alle ipotesi già menzionate con riguardo alle procedure negoziate, include anche i casi di forniture quotate ed acquistate in borsa e gli acquisti effettuati a condizioni particolarmente vantaggiose determinate da circostanze temporanee e normalmente non ripetibili).

I criteri di aggiudicazione dei contratti

La scelta del contraente deve fondarsi alternativamente sul criterio

- a) del prezzo più basso, o
- b) dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nel secondo caso la valutazione delle offerte deve effettuarsi tenendo conto, oltre al prezzo, di una pluralità di elementi - variabili in funzione dell'appalto - quali ad esempio il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il

rendimento, il valore tecnico e, per gli appalti di forniture, anche la qualità, il carattere estetico e funzionale, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica. Per ciascun appalto tali elementi devono essere espressamente indicati nel capitolato d'oneri o nel bando di gara, possibilmente nell'ordine decrescente di importanza che è loro attribuita.

Particolari limitazioni sono previste in ordine alla escludibilità delle c.d. offerte anomale, quelle cioè che presentano un carattere anormalmente basso in rapporto alla natura della prestazione. Al rifiuto di tali offerte, infatti, le amministrazioni e gli enti aggiudicatori possono procedere solo a seguito di una apposita verifica della composizione delle offerte stesse, effettuata mediante la richiesta all'offerente delle precisazioni ritenute necessarie o utili al riguardo, la valutazione delle giustificazioni fornite e l'eventuale segnalazione di quelle ritenute inaccettabili.²⁴ Per gli appalti di forniture e di lavori nei settori di pubblica utilità, è inoltre specificamente prevista la possibilità di respingere (informandone la Commissione) le offerte che risultino anormalmente basse in virtù della concessione di un aiuto di Stato, qualora l'offerente non sia in grado di dimostrare che tale aiuto è stato notificato alla Commissione a norma dell'art. 93, §3, del Trattato CEE, ovvero dalla medesima autorizzato.

L'intera disciplina comunitaria a cui si è fatto sin qui riferimento, trova infine il suo logico e necessario completamento nelle disposizioni delle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE - le c.d. direttive ricorsi - sostanzialmente volte ad assicurare l'effettivo rispetto delle norme mediante la rimozione degli ostacoli derivanti dalla diversità dei sistemi amministrativi dei singoli Stati membri e attraverso la predisposizione di strumenti rapidi, efficaci ed accessibili di tutela giuridica degli operatori economici, nei confronti di decisioni e comportamenti adottati dalle amministrazioni e dagli enti aggiudicatori in violazione del diritto comunitario (o delle corrispondenti norme nazionali di trasposizione) in materia rispettivamente di appalti pubblici e di appalti nei settori di pubblica utilità.

A tale scopo le due direttive dispongono che le procedure nazionali di ricorso siano adattate in modo tale da prevedere poteri che permettano di:

a) adottare, con procedura d'urgenza, provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione e/o a sospendere, o a far sospendere, la procedura di

²⁴ Le giustificazioni devono generalmente fondarsi su criteri obiettivi, quali ad esempio l'economia del procedimento di costruzione o di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate, l'originalità del progetto o del prodotto, ovvero le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui l'offerente può disporre nell'adempimento degli obblighi contrattuali.

aggiudicazione ovvero l'esecuzione di eventuali decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici;

b) **annullare o far annullare le decisioni illegittime**, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri, o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione;

c) **accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione.**²⁵

L'adozione di tali provvedimenti è demandata - in base alla scelta di ciascuno Stato membro - ad organi giurisdizionali o amministrativi, purché in quest'ultimo caso la decisione possa essere a sua volta oggetto di ricorso giurisdizionale.

Le direttive assegnano inoltre alla Commissione specifiche funzioni di vigilanza in caso di violazioni chiare e manifeste della normativa comunitaria (come ad esempio la mancata pubblicazione del bando di gara ovvero l'esclusione immotivata di un imprenditore o fornitore dalla partecipazione all'appalto); in tali circostanze la Commissione può infatti intervenire - prima della conclusione del contratto - notificando allo Stato membro e all'amministrazione aggiudicatrice interessati i propri rilievi e chiedendo la correzione della violazione stessa. Una mancata o insufficientemente motivata risposta da parte dello Stato membro interessato, entro il termine previsto,²⁶ potrebbe quindi indurre la Commissione all'avvio di una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 169 del Trattato.

Per quanto concerne le procedure di ricorso relative ad appalti nei settori di pubblica utilità, la direttiva 92/13/CEE detta inoltre ulteriori disposizioni, accanto a quelle appena menzionate, in ordine a tre particolari aspetti.

In primo luogo, in considerazione della diversa natura degli ordinamenti giuridici nazionali, viene riconosciuta ai singoli Stati membri la possibilità di scegliere, con riguardo ai poteri da attribuire agli organismi di ricorso, tra opzioni diverse aventi effetti equivalenti. Fatto comunque salvo l'eventuale risarcimento dei soggetti lesi, è infatti ammessa, in alternativa alla sospensione della procedura di aggiudicazione e all'annullamento delle decisioni illegittime, l'adozione sollecita di provvedimenti provvisori o, se necessario definitivi - diretti

²⁵ Ai singoli Stati membri è comunque rimessa la facoltà di condizionare il risarcimento del danno al preventivo annullamento della decisione contestata.

²⁶ Che le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE fissano rispettivamente in 21 e 30 giorni decorrenza dal ricevimento della notifica effettuata dalla Commissione.

ad evitare o correggere eventuali violazioni ovvero ad impedire effetti dannosi - ivi compresa l'imposizione di pagamento di una somma determinata nel caso in cui l'infrazione non venga riparata o evitata.

In secondo luogo è concessa agli Stati membri la facoltà di applicare agli enti aggiudicatori un sistema di controllo periodico basato su un'attestazione rilasciata da un organo indipendente e opportunamente qualificato. L'attestazione è diretta ad offrire specifiche garanzie in ordine alla trasparenza e al carattere non discriminatorio delle procedure di aggiudicazione degli enti appaltanti, certificandone la conformità al diritto comunitario e alle corrispondenti norme nazionali di recepimento.

Il terzo elemento di novità, rispetto alla direttiva 89/665/CEE, riguarda infine l'introduzione di una specifica procedura di conciliazione, attivabile da qualunque soggetto interessato all'aggiudicazione di un appalto (tra quelli disciplinati dalla direttiva 90/531/CEE) mediante notifica scritta alla Commissione o alla competente autorità nazionale (per l'Italia il Ministero dei Lavori Pubblici) e volta, in sostanza, a consentire una soluzione extragiudiziale delle eventuali controversie. In caso di accoglimento dell'istanza, infatti, e previa verifica della disponibilità dell'ente aggiudicatore a partecipare alla procedura, la Commissione, sentito il comitato consultivo per gli appalti pubblici (ovvero il comitato consultivo per gli appalti nel settore delle telecomunicazioni, nel caso in cui l'ente aggiudicatore operi appunto in tale settore), designa un conciliatore che deve essere espressamente accettato dalle parti ed al quale si affiancano i conciliatori supplementari nominati da ciascuna delle parti. Ad essi viene affidata la ricerca di un accordo nel rispetto del diritto comunitario e fatta comunque salva la possibilità, per l'istante e per l'ente aggiudicatore, di porre fine in qualunque momento alla procedura.

4. Le ulteriori iniziative comunitarie e i progetti di direttiva in corso di approvazione

Nel completare il quadro della normativa comunitaria in materia di appalti pubblici, occorre da ultimo fare riferimento ai due progetti di direttiva che la Commissione ha recentemente elaborato e sottoposto all'approvazione del Consiglio, entrambi intesi ad evitare le opportunità di elusione della disciplina comunitaria collegate alla presenza di fattispecie contrattuali da questa non espressamente disciplinate.

Il primo di tali progetti - presentato inizialmente al Consiglio il 13.12.1990²⁷ e successivamente modificato e riproposto in data 28.8.1991²⁸ - riguarda infatti gli appalti pubblici di servizi, e contiene disposizioni sostanzialmente analoghe a quelle delle direttive lavori (la 71/305/CEE e la 89/440/CEE), segnatamente per quanto concerne le norme tecniche, la pubblicità, e i criteri di selezione qualitativa delle imprese.

La seconda proposta è quella presentata al Consiglio il 27.9.1991,²⁹ concernente gli appalti di servizi aggiudicati dagli enti operanti nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni (esclusi dall'applicazione delle disposizioni in materia di appalti pubblici di servizi previste dal precedente progetto di direttiva) e volta a modificare ed integrare le disposizioni della direttiva 90/531/CEE.

Rispetto alla corrispondente normativa in materia di lavori e forniture, gli aspetti di maggiore rilevanza dei due citati progetti riguardano in particolare il campo di applicazione, nonché le procedure e i criteri di aggiudicazione.

Ambito di applicazione

1) *Appalti pubblici di servizi* - Tra le amministrazioni aggiudicatrici rientrano i medesimi enti contemplati dalle direttive forniture e lavori, mentre sono espressamente esclusi gli enti aggiudicatori di cui alla direttiva 90/531/CEE (quelli operanti nei settori di pubblica utilità). Analogamente a quanto previsto per gli appalti di lavori pubblici, le disposizioni si applicano inoltre agli appalti di servizi attribuiti da enti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, ma da queste direttamente sovvenzionati in misura superiore al 50%, purché si tratti di servizi inerenti ad appalti di opere di ingegneria civile comprese nella classe 50, gruppo 502, della Nomenclatura generale delle attività economiche nelle Comunità europee (NACE) o di lavori edili relativi ad ospedali, impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero, edifici scolastici ed universitari, edifici destinati a scopi amministrativi.

Oggetto della disciplina sono gli appalti pubblici di servizi tra i quali, secondo la definizione assai ampia adottata nel testo, si intendono ricompresi tutti i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un imprenditore ed un'amministrazione

²⁷ G.U.C.E. n. C 23 del 31.1.1991.

²⁸ G.U.C.E. n. C 250 del 25.9.1991.

²⁹ G.U.C.E. n. C 337 del 31.12.1991.

aggiudicatrice, in quanto non regolati dalla preesistente normativa comunitaria in materia (e in modo particolare dalle direttive forniture e lavori).

Nelle concessioni di servizi pubblici rientrano invece i contratti (diversi dalle concessioni di lavori pubblici) conclusi da un'amministrazione aggiudicatrice ed un altro ente di sua scelta, in forza dei quali l'amministrazione trasferisce all'ente l'esecuzione di un servizio al pubblico di sua competenza, nonché il diritto di sfruttare il servizio stesso a titolo di corrispettivo totale o parziale per lo svolgimento della relativa attività. Alle concessioni di servizi pubblici (escluse quelle per l'effettuazione di trasmissioni radiotelevisive), nonché agli appalti di servizi aggiudicati a terzi da concessionari diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici stesse, si applicano tuttavia le sole disposizioni relative alla pubblicità.

Esplicite esclusioni sono previste per i contratti relativi all'acquisto o alla locazione di immobili, all'acquisizione di materiale per programmi televisivi, all'emissione di titoli di stato e ad altre attività attinenti alla gestione del debito pubblico, ai servizi di arbitrato e di conciliazione, ai servizi di telefonia, telex, radiotelefonia, radioavviso e radiotelecomunicazioni via satellite, nonché - più in generale - per gli appalti pubblici di servizi che le amministrazioni debbano riservare ad un determinato ente (purché rientrante tra le amministrazioni aggiudicatrici) in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate e compatibili con il Trattato. A tali deroghe si aggiungono poi quelle (consuete) disposte per motivi di segretezza o di sicurezza dello Stato, ovvero in ragione dell'esistenza di particolari norme e procedure di aggiudicazione stabilite da accordi internazionali vigenti o da organizzazioni internazionali.

La soglia minima di applicazione della direttiva è fissata in linea generale a 200.000 ECU (130.000 ECU nel caso di amministrazioni aggiudicatrici (ministeri vari) figuranti nell'allegato I della direttiva 80/767/CEE), valore da calcolarsi in base alla remunerazione complessiva - stimata al netto dell'IIVA - dei prestatori di servizi.³⁰

2) *Appalti di servizi nei settori di pubblica utilità* - L'ambito di applicazione della direttiva 90/531/CEE viene esteso, sotto il profilo oggettivo, agli appalti di servizi, nella cui definizione rientrano tutti i contratti a titolo oneroso attribuiti da un *ente aggiudicatore*, ad esclusione di quelli relativi a forniture o lavori, nonché dei

³⁰ Remunerazione rappresentata, a seconda dei casi, dai premi pagati (servizi assicurativi), o da onorari, commissioni o interessi (servizi di progettazione ovvero servizi bancari e finanziari) percepiti.

contratti immobiliari, dei servizi di arbitrato e di conciliazione e dei servizi di telefonia, telex, radiotelefonia, radioavviso e radiotelecomunicazione via satellite.

Alle altre deroghe già previste dalla direttiva 90/531/CEE, si aggiungono inoltre quelle relative agli appalti di servizi che gli enti aggiudicatori sono tenuti a riservare ad una *amministrazione aggiudicatrice* (quale definita dalla proposta di direttiva sugli appalti di servizi pubblici) in base a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative pubblicate e compatibili con il Trattato; nonché quelle stabilite per gli appalti di servizi assegnati da un ente aggiudicatore, o da un impresa comune costituita da più enti aggiudicatori, ad una impresa collegata all'ente o ad uno degli enti aggiudicatori stessi (sempre che almeno l'85% della cifra di affari media realizzata nella Comunità dall'impresa in questione negli ultimi tre anni, derivi dalla fornitura di detti servizi alle imprese alle quali è collegata), laddove il collegamento è definito - e presunto - in modo analogo a quanto previsto nella direttiva 89/440/CEE sugli appalti di lavori pubblici.

Procedure di aggiudicazione

Nell'ottica di un approccio graduale ad un regime di completa liberalizzazione nel settore degli appalti di servizi e in considerazione anche dell'estrema differenziazione delle attività interessate, le proposte di direttiva operano una distinzione tra servizi prioritari - individuati in base a fattori quali l'incidenza sul totale dei contratti pubblici o il grado di apertura effettiva o potenziale alla concorrenza intracomunitaria - e non prioritari.

Tra i primi, elencati nell'allegato IA, figurano tra gli altri i servizi di natura intellettuale di vario genere (inclusi i servizi professionali in settori quali la progettazione e l'architettura), i servizi di telecomunicazione che siano in linea di massima aperti alla concorrenza, i servizi assicurativi ed alcuni servizi bancari, i servizi informatici, i servizi di R&S, i servizi di trasporto ad eccezione di quelli ferroviari e per via d'acqua, le attività di stampa e di editoria, nonché i servizi di pulizia, manutenzione, riparazione e simili. Tra i secondi, elencati nell'allegato IB, sono compresi i servizi alberghieri e di ristorazione, quelli di trasporto per ferrovia e per via d'acqua, i servizi giuridici e quelli di collocamento e reperimento del personale, i servizi relativi all'istruzione e quelli sanitari e sociali, ricreativi, culturali e sportivi.

Per i servizi prioritari, il primo dei due citati progetti di direttiva (quello relativo cioè agli appalti di servizi pubblici) prevede l'applicazione di disposizioni in materia di procedure di aggiudicazione sostanzialmente simili a quelle

concernenti gli appalti pubblici di lavori, con ricorso, di norma, alle procedure aperte e ristrette ed espressa limitazione delle ipotesi di ammissibilità di quelle negoziate, con o senza obbligo di pubblicazione preventiva del bando di gara. Con riferimento a queste ultime va in particolare segnalato il caso in cui l'appalto consegua da un concorso di progettazione; in tali circostanze è infatti riconosciuta agli Stati membri la facoltà di prescrivere alle amministrazioni aggiudicatrici di assegnare l'appalto ad uno dei vincitori del concorso stesso. Identica deroga all'obbligo di una preventiva indizione di gara è ammessa, dall'altra proposta della Commissione, per gli appalti di servizi (prioritari) nei settori di pubblica utilità, per i quali trova tuttavia applicazione il regime più flessibile previsto dalla direttiva 90/531/CEE in ordine alla scelta tra procedure aperte, ristrette e negoziate.

I servizi non prioritari sono invece soggetti solamente ad alcune regole fondamentali in materia di trasparenza (relative in particolare alle norme tecniche e alla pubblicità - con fini puramente conoscitivi e statistici - circa gli esiti delle procedure di aggiudicazione), nell'attesa di una successiva, completa applicazione della disciplina comunitaria.

Criteri di aggiudicazione

I criteri stabiliti per l'aggiudicazione dei contratti sono quelli consueti del prezzo più basso ovvero dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Particolarmente rilevanti sono invece le disposizioni - figuranti in entrambe le proposte di direttiva - in materia di valutazione delle offerte anormalmente basse presentate da amministrazioni o imprese pubbliche. Alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori è infatti imposto l'obbligo di informare la Commissione nel caso in cui intendano assegnare un appalto di servizi ad un'amministrazione o impresa pubblica la cui offerta risulti influenzata da fondi pubblici concessi a titolo di:

- compensazione di perdite di esercizio;
- apporto di capitale;
- contributi a fondo perduto o prestiti agevolati;
- rinuncia a profitti o a crediti;
- rinuncia ad una normale remunerazione dei fondi pubblici impiegati;
- compensazione per oneri finanziari imposti dalle autorità pubbliche.

Amministrazioni ed enti aggiudicatori possono inoltre respingere (dandone informazione alla Commissione) un'offerta che risulti anormalmente bassa in virtù della concessione di un aiuto statale, qualora l'offerente - preventivamente consultato - non sia stato in grado di dimostrare che l'aiuto è stato notificato alla

Commissione a norma dell'art. 93, §3 del Trattato, ovvero è stato approvato dalla Commissione stessa.

Anche per gli appalti di servizi è infine prevista l'applicazione delle disposizioni in materia di procedure di ricorso contenute nelle direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, precedentemente esaminate.

ALLEGATO II

LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI IN ITALIA

1. *Introduzione*

Il processo di adeguamento alla normativa comunitaria in materia di appalti pubblici ha incontrato - nel nostro paese - una lunga e complessa serie di problemi, ostacoli e difficoltà, in gran parte connessi alle diffuse resistenze, manifestate sia a livello politico che amministrativo, nei confronti di istituti e procedure per molti aspetti estranei e spesso contrastanti rispetto ai sistemi e alle pratiche tradizionalmente in uso nell'assegnazione dei contratti e delle commesse pubbliche.

Il fenomeno, in verità, non sembra costituire un'eccezione, ma piuttosto un'esperienza complessivamente comune ai singoli Stati membri, in ciascuno dei quali le regole dettate dalla disciplina comunitaria hanno introdotto, seppure in misura diversa, elementi sostanziali di contrasto - se non di rottura - con gli assetti preesistenti, per la loro naturale tendenza ad incidere su settori economicamente assai rilevanti e, di conseguenza, su prerogative e interessi da tempo consolidati e fortemente protetti.

Cionondimeno, senza entrare nel dettaglio di una produzione normativa estremamente copiosa e disordinata quale quella italiana relativa agli appalti pubblici, questa parte del lavoro è intesa principalmente ad individuare, anche attraverso l'esame delle più rilevanti occasioni e fattispecie di contrasto con la disciplina comunitaria, dimensioni e ragioni delle difficoltà che più specificamente caratterizzano, nel nostro paese, lo sviluppo e la tutela di una efficace concorrenza in questo settore.

In tale prospettiva, peraltro, l'analisi non è limitata ai soli aspetti, per così dire formali, afferenti il quadro strettamente normativo, ma si estende anche a quella meno evidente, ma diffusa e variegata, area di prassi e comportamenti nei quali più frequentemente si concreta - attraverso l'inosservanza e la disapplicazione ripetuta delle norme e grazie alla carenza e lacunosità dei controlli e alla limitata efficacia degli strumenti di tutela giuridica degli operatori - la tenace resistenza alle regole e ai principi concorrenziali; principi e regole che, è opportuno ricordarlo, sono diretti a garantire non solo le condizioni necessarie ad una equa competizione tra le imprese, ma anche i presupposti minimi per una corretta e trasparente condotta delle amministrazioni pubbliche nell'interesse primario del contribuente.

E in questo senso lo stesso processo di adeguamento alla disciplina comunitaria tende ad assumere una valenza ed un significato del tutto particolari; al di là del loro ambito di applicazione, le regole comunitarie finiscono infatti per costituire un parametro ineliminabile di riferimento laddove, com'è auspicabile nel nostro ordinamento, si intenda dare generale accesso e piena attuazione ai principi fondamentali di una genuina ed efficace competizione tra le imprese e di una corretta amministrazione delle risorse pubbliche.

2. Problemi e ritardi nell'adeguamento alla normativa comunitaria: il fenomeno della c.d. legislazione recalcitrante

La trasposizione nell'ordinamento italiano delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, ha generalmente richiesto tempi piuttosto lunghi che, seppure ridottisi nel periodo più recente, non hanno tuttavia mai consentito il rispetto dei termini previsti e assegnati dalle direttive agli Stati membri per l'adozione delle necessarie misure di adeguamento.

A questo riguardo, la tabella seguente, oltre che a riassumere la situazione attuale relativa alle principali direttive comunitarie già approvate dal Consiglio e ai corrispondenti atti di recepimento interno, è intesa a fornire una sommaria indicazione circa la frequenza e l'entità del citato fenomeno dilatorio.

DIRETTIVA CEE	OGGETTO	TERMINE DI ADEGUAMENTO	NORMATIVA DI RECEPIMENTO
71/305 DEL 26.7.1971	APPALTI DI LAVORI PUBBLICI	30.7.1972	L. N.584 DEL 8.8.1977
77/62 DEL 21.12.1976	APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE	23.6.1978	L. N.113 DEL 30.3.1981
88/295 DEL 22.3.1988	APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE	1.1.1989	D.LGS. N.48 DEL 15.1.1992
89/440 DEL 18.7.1989	APPALTI DI LAVORI PUBBLICI	19.7.1990	D.LGS. N.406 DEL 19.12.1991
89/665 DEL 21.12.1989	PROCEDURE DI RICORSO APPALTI PUBBLICI DI FORNITURE E DI LAVORI	21.12.1991	L. N.142 DEL 19.2.1992 (COMUNITARIA 1991 ARTT.12 E 13)
90/531 DEL 17.9.1990	APPALTI DI FORNITURE E DI LAVORI NEI SETTORI DI PUBBLICA UTILITÀ	1.7.1992	RECEPIMENTO IN CORSO (CRITERI DI DELEGA ART.14 DELLA LEGGE COMUNITARIA PER IL 1991)
92/13 DEL 25.2.1992	PROCEDURE DI RICORSO APPALTI DI FORNITURE E DI LAVORI NEI SETTORI DI PUBBLICA UTILITÀ	1.1.1993	

I ritardi, come si vede, variano dai circa cinque anni occorsi per il recepimento della prima direttiva - sugli appalti - di lavori pubblici, ai due mesi relativi all'attuazione della direttiva in materia di procedure di ricorso (nel qual caso, tuttavia, la preesistenza nel nostro ordinamento di un consolidato sistema di garanzie formali - di natura sia amministrativa che giurisdizionale - ha reso assai più agevole l'osservanza degli obblighi comunitari).

Nel complesso, dunque, il fenomeno costituisce oggetto di una prassi ormai consueta che ha motivato ripetuti interventi da parte della Commissione CEE ed alcune esplicite e formali censure della Corte di Giustizia.³¹

Al di là della loro immediata evidenza, tali comportamenti omissivi rappresentano peraltro solo una delle diverse forme espressive di quell'atteggiamento di sostanziale e pervicace resistenza che ha accompagnato, nel nostro paese, l'introduzione e l'attuazione dei principi comunitari in materia di liberalizzazione e di apertura concorrenziale dei singoli mercati pubblici nazionali. Il panorama delle violazioni e delle inadempienze nei confronti della disciplina comunitaria è infatti estremamente ampio e tale da precluderne, in questa sede, una ricostruzione puntuale ed esaustiva.

Alcune utili e significative indicazioni in proposito possono tuttavia trarsi dall'esame di alcuni tra i più rilevanti esempi di contrasto con l'ordinamento comunitario, collegati in particolare a quel singolare fenomeno di c.d. legislazione recalcitrante, che ha contrassegnato la produzione normativa italiana in questo specifico settore.

Il problema delle concessioni

In Italia l'istituto della concessione di opere pubbliche è disciplinato, in linea generale, dalla legge 24 giugno 1929, n. 1137, in base alla quale (art. 1, primo comma) "possono essere concesse in esecuzione a Province, Comuni, consorzi e privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse".

Tale disposizione ha a lungo legittimato, nel nostro ordinamento, un'interpretazione assai ampia di questo istituto, al cui ambito sono state tradizionalmente ricondotte - secondo un rapporto di genere/specie - tipologie di rapporti contrattuali pur diverse tra loro sotto il profilo dei contenuti sostanziali, quali:

³¹ Cfr. sent. 22.9.1976, causa 10/76 e sent. 17.2.1981, causa 133/80.

a) **la concessione di costruzione e gestione** (detta anche di esercizio), in cui il diritto del concessionario a gestire l'opera costituisce, in tutto o in parte, il corrispettivo per i lavori eseguiti;

b) **la concessione di sola costruzione**, in cui gli obblighi a carico del concessionario riguardano unicamente la realizzazione dell'opera;

c) **la concessione di costruzione**, intesa in senso ampio e caratterizzata dall'affidamento al concessionario, accanto alla materiale esecuzione dell'opera, di un insieme di compiti ulteriori e strumentali rispetto alla esecuzione stessa - come la progettazione, l'organizzazione dell'intervento, la richiesta dei necessari assensi delle autorità competenti, il compimento delle procedure espropriative ecc. - normalmente propri dell'amministrazione concedente;

d) **la concessione di committenza**, avente ad oggetto la prestazione di servizi *latu sensu* organizzativi in sostituzione dell'amministrazione e caratterizzata dalla completa estraneità del concessionario alla materiale realizzazione dell'opera, per la cui esecuzione il concessionario è obbligato ad avvalersi di imprese a lui in nessun modo collegate.³²

In tutti questi casi, l'effetto più rilevante - dal punto di vista concorrenziale - del comune riferimento alla generale figura della concessione di opere pubbliche, va individuato nella sottrazione di tali fattispecie agli obblighi concorsuali e di motivazione³³ previsti per l'aggiudicazione degli appalti di opere pubbliche e nella conseguente maggiore discrezionalità consentita all'amministrazione in sede di scelta del soggetto contraente.

Tale circostanza, sommata alle crescenti difficoltà operative delle amministrazioni pubbliche per quanto concerne l'elaborazione dei progetti e il coordinamento dei lavori, ha incentivato un ricorso eccessivo all'istituto della concessione - ben al di là delle obiettive convenienze tecniche e procedurali connesse ad interventi di particolare complessità e dimensione - determinandone tuttavia un progressivo snaturamento dei connotati originari: si è infatti assistito ad una utilizzazione sempre più strumentale della concessione secondo modalità e forme sostanzialmente simili all'appalto per ciò che concerne la disciplina e i contenuti del rapporto contrattuale, ma in grado comunque di esimere le pubbliche amministrazioni dai più onerosi adempimenti e vincoli previsti per quest'ultimo.

³² Cfr. Cons. di Stato, Sez.III, 30.11.1982, n.703.

³³ In merito all'assenza di un obbligo di motivazione relativamente al sistema di scelta del concessionario cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 20.11.1989, n.759.

Ciò che maggiormente rileva in questa sede, è tuttavia la sorprendente persistenza ed assiduità con la quale il fenomeno ha continuato a manifestarsi attraverso una convulsa e disordinata produzione normativa, a carattere spesso temporaneo ed occasionale, ma in costante ed evidente conflitto con quanto in proposito stabilito dalla disciplina comunitaria che, com'è noto, limita la figura della concessione ai soli contratti "in cui la controprestazione dei lavori da eseguire consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera, oppure in questo diritto accompagnato da un prezzo". Tutte le diverse forme di concessione - ad eccezione di quelle di costruzione e gestione - devono quindi ritenersi equiparate al semplice appalto di lavori e come tali regolate, mentre per le concessioni di pura committenza, più propriamente inquadrabili tra gli appalti di servizi, troverebbero applicazione le corrispondenti norme comunitarie tuttora in corso di approvazione.

L'esistenza di un simile contrasto è stata nondimeno a lungo negata, nel nostro paese, sulla base di una asserita diversità delle concessioni disciplinate rispettivamente dalle norme nazionali e comunitarie e della conseguente inapplicabilità, alle prime, dell'assimilazione all'appalto implicitamente disposta dalle direttive CEE.

Tale diversità è stata in particolare sostenuta con riguardo alla presenza, nell'ordinamento italiano, di tipologie di concessione estranee alla tradizione dell'ordinamento francese, dal quale traeva ispirazione la direttiva 71/305/CEE e nel quale l'affidamento in concessione di lavori pubblici risultava generalmente congiunto alla gestione dell'opera. Di qui, e con il supporto di larga parte della dottrina, è andata sviluppandosi un'interpretazione restrittiva della citata direttiva, sostanzialmente volta ad escludere, dall'ambito di applicazione delle norme comunitarie in materia di appalti, anche le concessioni di costruzione non accompagnate dalla gestione, ritenendosi in proposito qualificante la natura pubblicistica di tali concessioni, originanti da un atto amministrativo e caratterizzate - a differenza dell'appalto - dal trasferimento di funzioni e poteri propri dell'amministrazione concedente.

L'elusione per questa via delle disposizioni comunitarie, risulta particolarmente evidente nel caso delle concessioni di sola costruzione, che peraltro la legge n. 584/77 - intesa a dare attuazione alla direttiva 71/305/CEE - equiparava espressamente (art. 1, comma 2) all'appalto. Nel giustificare il perdurante ricorso della legislazione speciale a questa tipologia di concessioni - nonostante l'assenza di sostanziali elementi distintivi rispetto all'appalto - si è infatti argomentato che mancando uno specifico obbligo del concessionario di costruzione alla diretta esecuzione dei lavori, quest'ultimo opererebbe comunque in sostituzione

dell'amministrazione, quantomeno nell'esercizio dei poteri relativi alla scelta dell'esecutore materiale, mentre l'equiparazione prevista dalla legge n. 584/77 dovrebbe intendersi riferita alle sole fattispecie aventi ad oggetto la mera esecuzione dell'opera senza alcun trasferimento di funzioni da parte dell'amministrazione.

Queste stesse argomentazioni sono state inoltre addotte per sostenere l'inapplicabilità della disciplina (comunitaria e nazionale) sugli appalti alle concessioni di costruzione nelle quali, pur mancando la gestione dell'opera, l'affidamento al concessionario comprendesse tuttavia, accanto alla semplice esecuzione materiale, attività ulteriori e ad essa strumentali (di progettazione, di stipulazione di convenzioni urbanistiche, di acquisizione espropriativa di aree ecc.) esercitate in sostituzione dell'amministrazione concedente. Tanto più in quanto la stessa legge n. 584/77, equiparando all'appalto esclusivamente la concessione di sola costruzione, sembrava in certo qual modo legittimare la configurabilità delle c.d. concessioni a contenuto misto come fattispecie distinta da quelle di gestione, da un lato, e di sola costruzione, dall'altro.

L'esistenza, all'interno del sistema delineato dalla legge n. 584/77, di un *tertium genus*, intermedio rispetto a queste due tipologie, è stata tuttavia ripetutamente negata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, dei TAR e della Corte dei Conti,³⁴ che ha individuato nell'affidamento o meno della gestione l'unico criterio di distinzione ammissibile ai fini dell'applicazione della citata legge; alle cui disposizioni in materia di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici devono quindi ritenersi soggette tutte le concessioni di costruzione, con la sola esclusione di quelle che comportino anche la gestione delle opere da realizzare.

Tale orientamento appare del resto coerente con l'esigenza di garantire la trasparenza e la concorrenzialità delle procedure di contrattazione pubblica - riducendo le opportunità di elusione degli obblighi concorsuali collegate all'ampliamento artificioso delle prestazioni del concessionario - e con i principi e le regole della disciplina comunitaria, recentemente ribaditi e precisati nella direttiva 89/440/CEE (e nella corrispondente normativa di recepimento contenuta nel d.lgs. n. 406/91). La definizione di appalti di lavori pubblici, di cui all'art. 1, lett.a), della direttiva, include infatti espressamente tra le prestazioni contrattuali, l'esecuzione o, congiuntamente, l'esecuzione e la progettazione, ovvero il "far eseguire, con qualsiasi mezzo, un'opera rispondente ai bisogni specificati dall'amministrazione aggiudicatrice"; il che, considerata la natura dei rapporti tra ordinamento

³⁴ Cfr. in particolare: Cons. di Stato. Sez. III. 30.11.1982. n.703 e 15.4.1986. n.582; Corte dei Conti. Sez. cont. Stato. 15.7.1983. n.1370.

comunitario e nazionale, sembra escludere in modo inequivocabile la legittimità di ogni regime derogatorio apertamente o implicitamente introdotto dal legislatore nazionale mediante la previsione di figure e rapporti contrattuali di volta in volta diversi, ma solo impropriamente qualificabili come concessioni sotto il profilo della rispettiva natura giuridica e (ancor più) economica.

Criteri di aggiudicazione ed esclusione delle offerte anomale

La normativa comunitaria impone vincoli ed obblighi specifici in ordine alle operazioni più strettamente attinenti la selezione delle offerte presentate e la scelta del contraente che, secondo quanto previsto dalle direttive CEE (sia in materia di lavori che di forniture), devono effettuarsi unicamente in base ai criteri del massimo ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ferma restando la piena autonomia dell'amministrazione aggiudicatrice nella scelta tra i due citati criteri, le direttive comunitarie precisano tuttavia che nel secondo caso l'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa deve procedere dalla considerazione e valutazione di una pluralità di elementi - variabili in funzione dell'appalto - quali il prezzo, il termine di esecuzione o di consegna, il costo di utilizzazione, il rendimento, il valore tecnico e, per gli appalti di forniture, anche la qualità, il carattere estetico e funzionale, il servizio successivo alla vendita e l'assistenza tecnica.

La maggiore discrezionalità evidentemente connessa all'impiego del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, trova nondimeno un limite nell'obbligo di una preventiva pubblicità di tutti gli elementi in base ai quali l'amministrazione aggiudicatrice intende formare la propria valutazione: per ciascun appalto tali elementi devono infatti essere espressamente indicati nel capitolato d'onori o nel bando di gara - possibilmente nell'ordine decrescente dell'importanza ad essi attribuita - in modo da garantirne un'adeguata conoscibilità, a beneficio dei soggetti interessati nonché della trasparenza ed obiettività delle scelte effettuate.

L'introduzione di questi principi (e l'osservanza dei relativi obblighi) è risultata estremamente difficoltosa e contrastata nel nostro ordinamento, dove è a lungo prevalso - anche nel periodo successivo alla adozione delle prime direttive comunitarie e pur dopo il loro formale recepimento - un indirizzo normativo costantemente orientato a restringere, attraverso il ricorso a metodi "automatici" di selezione delle offerte, il contenuto discrezionale delle scelte operabili dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Indicativa, in proposito, è la vicenda relativa al criterio statistico della media, inizialmente introdotto - in diverse varianti - dalla legge 2.2.1973, n.14 (contenente norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata),³⁵ ed ostinatamente mantenuto - nonostante l'intervenuto recepimento della direttiva 71/305/CEE - dalla successiva legge 10.12.1981, n.741 ("Ulteriori norme per l'accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche"); quest'ultima, infatti, modificava espressamente³⁶ l'art.24 della legge 584/1977 (attuativa della citata direttiva comunitaria) aggiungendo, ai criteri ivi previsti del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il metodo di cui all'art.4 della precedente legge 14/1973, in base al quale l'aggiudicazione è effettuata a favore del concorrente la cui offerta più si approssima (per difetto) al prezzo medio calcolato sulla metà delle offerte più basse.

Tale metodo è stato apertamente avversato dalla Commissione CEE nel ricorso promosso dinanzi alla Corte di Giustizia in merito alla asserita incompatibilità di alcune disposizioni della legge 741/1981 con le prescrizioni della direttiva 71/305/CEE.³⁷ La Commissione ha infatti rilevato la non corrispondenza del meccanismo della media ad alcuno dei due criteri contemplati dall'art.29, §1, della direttiva, osservando in particolare - contrariamente a quanto nella circostanza sostenuto dal governo italiano - l'impossibilità di un'eventuale assimilazione al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che implica comunque una decisione discrezionale basata sulla considerazione di altri elementi (purché preventivamente indicati) oltre a quello del prezzo. Orientamento pienamente condiviso dalla Corte di Giustizia, a giudizio della quale "[...] per determinare l'offerta più vantaggiosa, l'amministrazione aggiudicatrice deve in effetti poter prendere una decisione discrezionale in base a criteri qualitativi e quantitativi variabili secondo il mercato e non potrebbe di conseguenza basarsi sul solo criterio quantitativo della media dei prezzi".³⁸

L'accoglimento del ricorso da parte della Corte di Giustizia è peraltro intervenuto nonostante le modifiche nel frattempo apportate alla legge 741/1981 dalla successiva legge 8.10.1984, n.687; modifiche ritenute insufficienti dalla Commissione CEE relativamente al contestato criterio di aggiudicazione, che la legge 687/1984 ha in effetti da un lato formalmente eliminato,³⁹ e dall'altro

³⁵ Cfr. artt.2.3 e 4 della legge.

³⁶ Cfr. art.10, comma 1. della legge.

³⁷ In particolare con le norme comunitarie relative alla pubblicità dei bandi di gara, ai criteri di selezione qualitativa delle imprese e alla aggiudicazione tramite trattativa privata.

³⁸ Sent. 28.3.1985. causa 274/83, punto 25 della motivazione.

³⁹ Cfr. art.2, comma 1. della legge.

surrettiziamente reintrodotta, sia pure come metodo di valutazione dell'elemento prezzo da considerare - congiuntamente agli altri - nella individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.⁴⁰

Tale ostinata resistenza trova verosimilmente la sua principale spiegazione in parte nel tradizionale clima di sfavore esistente nei confronti di un più ampio esercizio di poteri discrezionali nell'azione amministrativa - e del quale è espressione l'uso spesso ridondante ed esasperato dello strumento legislativo - ed in parte nelle oggettive difficoltà connesse non solo alla effettuazione - e compiuta motivazione - di valutazioni comparative di merito (come nel caso dell'offerta economicamente più vantaggiosa), ma anche al notevole sovraffollamento delle gare e al conseguente, distorsivo fenomeno dei ribassi eccessivi (talvolta superiori al 50% del prezzo-base), assai ricorrente nel nostro paese ed ampiamente incentivato dai rimedi offerti dal ricorso - ormai consueto e deprecabilmente generalizzato - alle varianti ed alla revisione dei prezzi.

Per questo motivo, infatti, il sistema delle medie ha avuto larga e ripetuta applicazione in Italia,⁴¹ anche nel caso delle aggiudicazioni effettuate in base al criterio del prezzo più basso, come strumento di selezione delle offerte e di esclusione automatica di quelle anormalmente basse. E ciò nonostante la diversa previsione in materia delle direttive comunitarie⁴² - che impongono in ogni caso la previa verifica della composizione delle offerte anomale, la richiesta all'offerente delle giustificazioni necessarie e la esplicita segnalazione di quelle eventualmente ritenute inaccettabili - ed il consolidato orientamento della stessa Corte di Giustizia,⁴³ secondo la quale "[...] Un criterio di esclusione matematico [...] priva i partecipanti alla gara che abbiano presentato offerte particolarmente basse della possibilità di provare che si tratta di offerte serie. L'applicazione di un criterio del genere contrasta con lo scopo della direttiva 71/305, che consiste nel favorire lo sviluppo di una concorrenza effettiva nel settore degli appalti di lavori pubblici".⁴⁴

Secondo l'interpretazione datane dalla Corte, il necessario esperimento di una preventiva procedura di verifica in contraddittorio assolve quindi una funzione di tutela nei confronti di decisioni arbitrarie dell'amministrazione aggiudicatrice, ed è

⁴⁰ Cfr. art. 2, comma 2, della legge.

⁴¹ Cfr. L. 11.3.1988, n. 67, art. 17, comma 2 e d.l. 2.3.1989, n. 65, art. 2-bis, comma 2 (articolo aggiunto in sede di conversione ad opera della L. 26.4.1989, n. 155).

⁴² Cfr. dir. 71/305/CEE, art. 29, § 5 e dir. 77/62/CEE, art. 25, §§ 5, 6 e 7.

⁴³ Cfr. tra le altre: sent. 10.2.1982, causa 76/81; sent. 22.6.1989, causa 103/88; sent. 18.6.1991, causa C-295/89.

⁴⁴ Sent. 22.6.1989, causa 103/88, punto 18 della motivazione.

inteso a garantire una valutazione trasparente e circostanziata delle offerte che, pur presentando una rilevante sproporzione rispetto alla natura della prestazione, possono tuttavia trovare giustificazione nella presenza di circostanze particolari (soluzioni tecniche più avanzate, originalità del progetto, economie di scala, diverse condizioni di accesso ai fattori produttivi ecc.) da cui derivi un effettivo vantaggio concorrenziale a favore dell'offerente. Circostanze alle quali fa espresso riferimento l'art.29 della direttiva 71/305/CEE, nella versione modificata dalla direttiva 89/440/CEE; anche se nel medesimo articolo è prevista - ma solo sino alla fine del 1992 - la possibilità di deroghe eccezionali alla citata procedura, purché disposte dalla legislazione nazionale vigente, debitamente indicate nell'avviso di gara, non discriminanti in base alla nazionalità e comunque limitate ai casi in cui, in ragione dell'elevato numero di offerte, il rispetto della procedura comporterebbe ritardi notevoli e tali da compromettere l'interesse pubblico alla realizzazione dell'appalto.⁴⁵

3. Le discriminazioni a favore delle imprese pubbliche e locali

Elementi di contrasto con i principi concorrenziali - tanto in un'ottica comunitaria che nazionale - hanno riguardo ai regimi preferenziali che caratterizzano l'attività contrattuale pubblica laddove apparentemente più intenso è il collegamento con esigenze ed obiettivi di politica economica.

Una prima e rilevante area di problemi è, in proposito, quella relativa al sistema delle imprese a partecipazione statale e alla loro posizione di privilegio nell'assunzione delle commesse pubbliche.

Tale posizione - tradizionalmente giustificata in base ad una prospettiva funzionale del ruolo di tali imprese rispetto ad esigenze istituzionali di indirizzo e di controllo delle politiche di intervento pubblico - si è andata consolidando nel tempo parallelamente alle crescenti carenze operative e al progressivo arretramento delle amministrazioni pubbliche nell'esercizio delle funzioni e dei compiti relativi (nel settore delle opere pubbliche) tanto alla progettazione che alla direzione e contabilizzazione dei lavori.

All'interno di questo processo di delegazione strisciante (così come la Corte dei Conti lo ha testualmente definito) il sistema delle imprese a partecipazione

⁴⁵ Cfr. art.29, §5, comma 4.

statale ha infatti finito per assumere - in modo pressoché naturale - un ruolo di interlocutore primario e di controparte privilegiata, attraverso il ricorso sempre più frequente a moduli convenzionali alternativi rispetto alle normali procedure di contrattazione pubblica e, in particolare, mediante una più intensa e diffusa utilizzazione degli affidamenti in concessione (spesso peraltro nella discussa forma della concessione non accompagnata dalla gestione), disposti in prevalenza da leggi speciali la cui ragione principale può essenzialmente ricondursi non tanto alla necessità di legittimare tipologie contrattuali già previste e disciplinate in linea generale dalla ricordata legge n. 1137/29, quanto piuttosto all'esigenza di una diretta e predeterminata individuazione del contraente (o almeno di una significativa delimitazione del relativo ambito di scelta).⁴⁶

D'altra parte, simili procedure - che nel nostro paese costituiscono solo un aspetto della più generale e controversa problematica relativa alla collocazione delle imprese pubbliche e al loro rapporto con i principi ed i meccanismi concorrenziali di un sistema di mercato - non riguardano unicamente la produzione normativa in materia di esecuzione di opere pubbliche. La pratica delle limitazioni imposte ex lege in ordine alla scelta del contraente e delle connesse riserve a favore delle imprese a partecipazione statale, ha infatti trovato diffusa applicazione anche nel campo degli appalti pubblici di forniture.⁴⁷

Sotto il profilo della compatibilità con gli obiettivi di una efficace tutela della concorrenza, appaiono comunque legittime le perplessità e le riserve sollevabili in corrispondenza di regimi preferenziali fondati sul criterio della natura pubblica o privata dell'assetto proprietario di imprese potenzialmente concorrenti nella aggiudicazione dei contratti pubblici.

In questo senso si è peraltro espressa la stessa Corte di Giustizia⁴⁸ in occasione di un ricorso promosso dalla Commissione CEE relativamente ad una serie di disposizioni normative,⁴⁹ introdotte dal legislatore italiano e costitutive di esplicite riserve a favore di società a prevalente o totale partecipazione statale o pubblica, diretta o indiretta, in ordine alla conclusione di convenzioni per la realizzazione di sistemi informativi per conto della pubblica amministrazione. A giudizio della

⁴⁶ In materia di opere pubbliche si vedano, tra le altre: L.5.2.1970, n.21; L.23.1.1974, n.15; L.3.4.1979, n.122; L.24.4.1980, n.146; L.22.8.1985, n.449.

⁴⁷ Si vedano in particolare: d.l.30.1.1976, n.8; d.l.30.9.1982, n.688; L.26.4.1982, n.181; L.4.6.1984, n.194; d.l.19.12.1984, n.853.

⁴⁸ Sent. 5.12.1989, causa C-3/88.

⁴⁹ Disposizioni contenute nelle leggi e nei decreti-legge precedentemente richiamati nella nota n.46 ed espressamente abrogate, a seguito della citata sentenza della Corte di Giustizia, dall'art.15 della legge 19.2.1992, n.142 (comunitaria 1991).

Corte, infatti, "...il principio della parità di trattamento, del quale sono specifica espressione gli articoli 52 e 59 del Trattato, vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze".⁵⁰

Nel caso specifico, in verità, l'esistenza di una discriminazione contraria agli obblighi comunitari in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi, è stata riconosciuta dalla Corte in virtù dell'assenza di partecipazioni pubbliche italiane - totali o maggioritarie - al capitale di imprese di altri Stati membri operanti nel settore dell'informatica; per cui le disposizioni controverse, sebbene indistintamente applicabili a qualsiasi società, italiana o straniera, finivano per favorire essenzialmente le prime.⁵¹

E' tuttavia opportuno osservare che l'argomentazione utilizzata dalla Corte sembra in realtà diretta più al superamento delle obiezioni sollevate nell'occasione dal governo italiano, che non alla legittimazione di un principio di carattere generale implicante l'ammissibilità del criterio di discriminazione sulla base della proprietà pubblica, in tutti i casi in cui società a prevalente partecipazione pubblica di uno stesso Stato membro siano presenti anche in altri Stati membri. Tale orientamento interpretativo risulterebbe infatti in evidente conflitto con lo spirito delle disposizioni comunitarie, posto che l'eventuale diversa nazionalità dei soggetti collegati dal rapporto di controllo proprietario nulla toglie alla natura discriminatoria di simili regimi preferenziali, derivante in ogni caso dalla unicità o dalla identica nazionalità dei relativi beneficiari sostanziali (il soggetto o i soggetti pubblici di riferimento).

Al contrasto con il citato principio della parità di trattamento deve peraltro aggiungersi quello con la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici di forniture e di lavori, che impone vincoli specifici a tutela della concorrenzialità e trasparenza delle procedure di aggiudicazione dei contratti,⁵² escludendo non solo ogni possibilità di individuazione ex lege del contraente,⁵³ ma anche l'ammissibilità di quelle limitazioni legali nella scelta del contraente stesso che - come appunto nel caso delle riserve a favore delle società a prevalente partecipazione pubblica di un

⁵⁰ Sent. cit., punto 8 della motivazione.

⁵¹ Cfr. sent. cit., punto 9 della motivazione.

⁵² Almeno nei casi in cui il loro valore è superiore alle soglie espressamente indicate nelle direttive CEE.

⁵³ Anche per la scelta del concessionario di gestione è infatti previsto il ricorso al bando di gara (cfr. direttiva 89/440/CEE, art.1 ter, §1).

singolo Stato membro - si risolvono sostanzialmente nella eliminazione di una reale ed effettiva competizione tra imprese (indipendenti) all'interno della Comunità.

Considerazioni in parte analoghe alle precedenti riguardano inoltre le situazioni di privilegio in vario modo connesse all'utilizzazione dei contratti pubblici come strumento di politica regionale, in funzione cioè del perseguimento di obiettivi di riequilibrio e di redistribuzione territoriale delle attività e delle risorse economiche.

In proposito va osservato che le finalità collegate alla riduzione delle disparità e dei divari regionali in termini di livelli e ritmi di sviluppo trovano generale ed esplicito riconoscimento nello stesso ordinamento comunitario.⁵⁴ Il sistema dei regimi preferenziali, volti a favorire le imprese locali nell'assegnazione delle commesse pubbliche, pone tuttavia delicati e complessi problemi di valutazione; da un lato perché il carattere deliberatamente discriminatorio di tali misure solleva di per sé naturali interrogativi circa i limiti della loro compatibilità con i principi e le politiche comunitari, dall'altro in quanto appare spesso difficile l'esatta distinzione di tali strumenti rispetto alle diverse forme di aiuti statali.

Le direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici di forniture e di lavori prevedono una espressa deroga - seppure temporanea (fino al 31.12.1992) - relativamente alle disposizioni nazionali vigenti in materia di procedure di aggiudicazione, più strettamente connesse ad obiettivi di sviluppo e di promozione occupazionale nelle regioni economicamente meno favorite.⁵⁵ L'ammissibilità della deroga è tuttavia condizionata alla compatibilità di tali disposizioni sia con gli obblighi internazionali della Comunità, che con i principi del Trattato, con particolare riguardo a quelli relativi alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei beni e dei servizi.

Tanto il carattere temporaneo della deroga, quanto (soprattutto) le condizioni a cui la stessa è comunque subordinata, risultano in linea con l'atteggiamento di generale sfavore dimostrato dagli organismi comunitari nei confronti di simili regimi preferenziali, e di cui sono peraltro testimonianza le considerazioni a suo tempo effettuate dalla stessa Commissione CEE⁵⁶ in merito alle diverse forme di

⁵⁴ Si vedano in particolare gli artt. 8C, 92 §3 e 130A del Trattato CEE.

⁵⁵ Cfr. art. 26, §1, della direttiva 77/62/CEE e art. 29 bis, §1, della direttiva 71/305/CEE, così come rispettivamente modificate dalle direttive 88/295/CEE e 89/440/CEE.

⁵⁶ Cfr. Comunicazione del 22.9.1989 su "Appalti pubblici - Aspetti regionali e sociali" (G.U.C.E. n.C 311 del 12.12.1989).

preferenze regionali ancora esistenti - nel settore dei pubblici appalti - in alcuni Stati membri.

In tale occasione, in particolare, la Commissione ha espresso valutazioni sostanzialmente critiche nei confronti delle riserve previste dall'ordinamento italiano a favore delle imprese operanti nel Mezzogiorno,⁵⁷ e delle quali è stata rilevata non solo la dubbia efficacia in termini di contributo effettivo allo sviluppo economico regionale, ma soprattutto - a differenza degli analoghi regimi vigenti in Germania e nel Regno Unito - il significativo impatto distorsivo sugli scambi e sulle condizioni di concorrenza, esercitato tanto a livello comunitario che nazionale e derivante principalmente dall'ampiezza dell'ambito geografico di applicazione delle misure in esame e dalla particolare consistenza - in termini di valore - degli appalti pubblici interessati.

In termini anche più espliciti si è recentemente espressa la Corte di Giustizia,⁵⁸ a seguito di una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal TAR della Toscana relativamente alla compatibilità con l'ordinamento comunitario della normativa italiana⁵⁹ che riserva alle imprese ubicate nel Mezzogiorno una quota pari almeno al 30% degli appalti di forniture aggiudicati da enti, aziende ed amministrazioni pubbliche nazionali, nonché da società ed enti a partecipazione statale. Richiamandosi a principi giurisprudenziali precedentemente enunciati in materia di restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente,⁶⁰ la Corte ha affermato la contrarietà della normativa in esame al divieto di cui all'art.30 del Trattato CEE, osservando che la natura restrittiva di simili regimi preferenziali non può essere negata per il fatto che i relativi effetti discriminatori si dispiegano in eguale misura anche nei confronti di prodotti di imprese nazionali situate al di fuori dell'area territoriale interessata; se da un lato, infatti, la riserva non favorisce la totalità dei prodotti nazionali rispetto a quelli di provenienza estera, dall'altro tutti i prodotti che ne beneficiano sono comunque prodotti nazionali.⁶¹

⁵⁷ Cfr. in particolare: D.P.R. 6.3.1978, n.218, art.113; L.1.3.1986, n.64, art.17, commi 15,16 e 17.

⁵⁸ Sent. 20.3.1990, causa 21/88. Nello stesso senso si veda anche sent. 11.7.1991, causa C-351/88.

⁵⁹ Si tratta, nella fattispecie, delle disposizioni di cui all'art.17, commi 16 e 17, della legge 1.3.1986, n.64.

⁶⁰ "Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative". (Sent. 11.7.1974, causa 8/74, punto 5 della motivazione).

⁶¹ Facendo riferimento alla medesima sentenza della Corte di Giustizia 20.3.1990, causa 21/88, e rilevando la diretta ed immediata applicabilità delle sentenze interpretative della Corte di Giustizia (al pari della normativa comunitaria) laddove si tratti di regole e statuizioni sufficientemente puntuali, il Consiglio di Stato ha recentemente riconosciuto l'esistenza - nei confronti del giudice nazionale - di un obbligo di disapplicazione delle citate disposizioni della legge n.64/1986 (indipendentemente dalla loro formale vigenza) in ragione della loro constatata contrarietà ai principi del Trattato CEE (cfr. Cons. di Stato, Sez.V, 31.7.1991, n.1074).

Nella stessa sentenza la Corte ha inoltre precisato che le disposizioni del Trattato concernenti gli aiuti di Stato non possono in alcun caso servire ad eludere quelle relative alla libera circolazione delle merci. A giudizio della Corte, infatti, entrambe perseguono il comune scopo di garantire la libera circolazione delle merci fra Stati membri in condizioni normali di concorrenza e il fatto che un provvedimento nazionale possa essere qualificato come aiuto ai sensi dell'art.92, non costituisce in alcun modo un motivo sufficiente per sottrarlo al divieto di cui all'art.30. Il che, pur dando luogo ad alcune incertezze in ordine alla esatta distinzione delle fattispecie rispettivamente disciplinate dai due citati articoli del Trattato,⁶² esclude comunque esplicitamente la compatibilità, con i principi comunitari, di ogni forma di trattamento preferenziale inteso a favorire, in sede di aggiudicazione dei contratti pubblici, determinate imprese o categorie di imprese in ragione della loro ubicazione sul territorio nazionale.

Tale conclusione, infine, deve ritenersi ancor più fondata laddove le discriminazioni a vantaggio delle imprese locali prescindono da (pur discusse e discutibili) esigenze relative a situazioni regionali di disparità e di squilibrio economico, e il regime preferenziale risulta comunque operante, indipendentemente dall'esistenza o dalla particolare rilevanza delle situazioni medesime. E' questo, ad esempio, il caso della legge 17.2.1987, n.80 - contenente norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche - con la quale (per un periodo non superiore a tre anni) è stata attribuita alle amministrazioni statali, alle regioni, alle aziende autonome, agli enti locali e agli enti pubblici non economici, la facoltà di ricorrere, per l'accelerazione dei propri programmi di costruzione, all'affidamento in *concessione unitaria* (di progettazione ed esecuzione) dei lavori di importo superiore a venti miliardi di lire. La legge stabilisce infatti (art.2, comma 1) che, per una quota minima compresa tra il 15 ed il 30% dell'importo della concessione, le opere siano affidate dal concessionario ad imprese con sede legale nella regione in cui si eseguono i lavori ed inoltre (art.3, comma 3) che, nella selezione delle imprese da invitare alla procedura ristretta prevista per l'affidamento in concessione, siano preferite le associazioni temporanee ed i consorzi ai quali partecipano imprese esercenti la loro prevalente attività nella regione in cui i lavori devono essere realizzati. Tanto la preferenza in sede di scelta del concessionario, quanto la riserva a livello di subappalto, assumono quindi carattere ed efficacia generali, essendo applicabili in eguale misura in ciascuna regione del territorio nazionale e senza alcun riferimento a particolari situazioni o a specifiche necessità locali.

⁶² In tal senso cfr. J.A.WINTER, "Public Procurement in the EEC", *Common Market Law Review*, n.28, 1991, pp.741-782.

Il contrasto con l'ordinamento comunitario è in questo caso oltremodo evidente, dato il palese pregiudizio nei confronti delle opportunità di partecipazione - in condizioni di effettiva parità - delle imprese di altri Stati membri (constatazione che, su ricorso promosso dalla Commissione CEE, ha recentemente motivato una esplicita censura della Corte di Giustizia nei confronti delle citate disposizioni⁶³); ma il rilievo deve ritenersi egualmente fondato con riferimento agli effetti distorsivi del meccanismo concorrenziale conseguentemente esercitati anche all'interno del territorio nazionale.

4. L'inadeguatezza del quadro normativo e le distanze tra legislazione e prassi

Al di là dei profili relativi ai difficili e contrastati rapporti con l'ordinamento comunitario, il settore degli appalti pubblici evidenzia, nel nostro paese, problemi in larga parte peculiari e differenziati rispetto a quelli generalmente prevalenti all'interno degli altri paesi CEE e dipendenti da un insieme comprensibilmente complesso di fattori storici, istituzionali, normativi ed economici.

L'analisi dettagliata ed esaustiva di tali problemi e fattori esula - di per sé - dall'oggetto e dagli obiettivi del presente lavoro, e tuttavia una (pur breve) considerazione di alcuni tra gli elementi verosimilmente più qualificanti dell'attuale assetto del settore, appare quantomeno opportuna data l'innegabile connessione esistente tra la presenza di simili specificità e le particolari difficoltà registrate nel processo di adeguamento alla normativa comunitaria, e tenuto soprattutto conto dell'esigenza di disporre comunque, anche al di sotto delle soglie di applicazione delle direttive CEE, di un sistema adeguato di garanzie in ordine alla tutela e al rispetto di condizioni effettive di concorrenzialità e di trasparenza nelle procedure contrattuali delle amministrazioni pubbliche.

La complessità del quadro normativo

Una prima ed importante serie di considerazioni attiene alla estrema complessità e dispersione del panorama normativo, derivante dalla proliferazione degli interventi legislativi e regolamentari, succedutisi sulla materia in un arco di tempo ormai abbondantemente superiore al secolo; interventi per lo più sovrapposti attraverso un processo di stratificazione progressiva nel quale è del tutto mancata una efficace opera di sistematizzazione e di revisione, volta non solo

⁶³ Cfr. sent. 3.6.1992, causa C-360/89.

a dare coerenza ed organicità al quadro normativo, ma anche ad aggiornare principi e disposizioni di una disciplina regolamentativa che tuttora trova i suoi fondamenti generali nella legge 20.3.1865, n.2248 (All.F).⁶⁴

E alla progressiva obsolescenza di tale disciplina generale deve verosimilmente ricondursi il fenomeno pressoché ininterrotto degli interventi periodici di modifica e di adeguamento,⁶⁵ che nella perdurante assenza di un disegno complessivamente unitario ha tuttavia concorso alla ulteriore frammentazione del dato normativo, alla quale peraltro ha in larga misura contribuito anche la fitta congerie delle disposizioni derogatorie introdotte ad opera della legislazione speciale in corrispondenza delle più diverse (e spesso contingenti) esigenze di carattere settoriale o straordinario.

L'elevato grado di disarticolazione e di disordine del quadro normativo, costituisce pertanto un fattore di per sé estremamente rilevante nell'analisi dei problemi relativi al settore degli appalti pubblici, soprattutto per gli effetti che ad esso si collegano - sia in sede di interpretazione delle norme che in termini di correttezza e trasparenza nell'esercizio dell'attività amministrativa - in ordine alla efficace tutela dell'interesse pubblico e delle pari opportunità concorrenziali delle imprese.

Le disfunzioni e le irregolarità amministrative

L'osservata disorganicità e parcellizzazione della normativa vigente, la pluralità dei centri decisionali e di spesa e la frequente diversità della disciplina cui essi risultano sottoposti, hanno a loro volta riflessi importanti sulla difformità dei comportamenti contrattuali delle amministrazioni pubbliche e sul grado di aderenza alle norme di tali comportamenti.

Particolarmente rilevante, in proposito, è il fenomeno delle persistenti irregolarità riscontrate in alcune analisi effettuate sulla base dei bandi di gara pubblicati.⁶⁶ Pur nei limiti connessi alla incompletezza del campione,⁶⁷ tali analisi

⁶⁴ E nel regolamento di contabilità adottato con R.D. 25.5.1895, n.350.

⁶⁵ Tra i numerosi interventi normativi succedutisi negli ultimi 25 anni in materia di snellimento e di accelerazione delle procedure per l'esecuzione di opere pubbliche si vedano in particolare: il d.l.15.3.1965, n.124, convertito nella L.15.5.1965, n.431, prorogato dal d.l.16.10.1970, n.723, convertito nella L.12.12.1970, n.979; il D.P.R.30.6.1972, n.627; la L.3.1.1978, n.1; la L.10.12.1981, n.741; la L.17.2.1987, n.80.

⁶⁶ Ci si riferisce in particolare alle rilevazioni effettuate dall'AMI (Associazione Medie Imprese) sui bandi di gara relativi ad appalti di opere pubbliche di importo superiore ad un milione di ECU pubblicati sulla G.U. italiana nel periodo agosto-dicembre 1988 (risultati presentati in occasione del convegno su "Trasparenza e anomalie dei bandi di gara", organizzato a Roma dall'AMI in data 28.2.1989), nonché a

hanno infatti evidenziato un'area consistente e diffusa di elusione sostanziale o di vera e propria disapplicazione delle norme,⁶⁸ con particolare riguardo a quelle dirette a garantire comunque alle imprese eque opportunità di partecipazione alla gara.

Tra le anomalie e le illegittimità più frequenti figurano quelle relative alla pubblicità del bando (la pubblicazione sulla G.U. avviene spesso solo per estratto) ed ai termini fissati per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione (attraverso il ricorso immotivato alla procedura abbreviata), alla mancata indicazione del criterio di aggiudicazione, alla imposizione - già in sede di prequalificazione - dell'obbligo di presentazione della documentazione richiesta⁶⁹ e alla fissazione di requisiti di idoneità tecnica ed economica non commisurati all'oggetto e all'effettivo valore del contratto (iscrizioni all'Albo nazionale dei costruttori, o fatturato globale e in lavori, o lavori analoghi effettuati, per importi superiori e non congrui rispetto all'importo del bando, indicazione di più categorie prevalenti,⁷⁰ eccessiva specificazione dei lavori qualificabili come analoghi e riduzione, al di sotto del quinquennio previsto dalla legge, del periodo di riferimento per il calcolo del loro ammontare complessivo).

A ciò si aggiungono infine gli inconvenienti legati al fenomeno (frequente soprattutto nel settore delle forniture) del frazionamento artificioso degli appalti - diretto appunto ad eludere i vincoli imposti dalla normativa comunitaria - e alla perdurante carenza di una adeguata programmazione degli interventi e delle

quelle effettuate, nell'ambito della ricerca su "Pubblica amministrazione e contratti" (CNR - Progetto finalizzato organizzazione e funzionamento della Pubblica Amministrazione), sui bandi di gara relativi ad appalti di opere e forniture pubbliche di importo superiore rispettivamente ad un milione e a 200.000 ECU, pubblicati sulla G.U. italiana e su quella delle Comunità europee nel periodo agosto 1988 - marzo 1989 (l'analisi dei risultati è stata pubblicata in allegato alla Relazione del Comitato per il riordino delle procedure di contrattazione pubblica, istituito con D.P.C.M. in data 2.1.1989 e presieduto dal Prof. S.Cassese. Rivista trimestrale di diritto pubblico, n.1, 1990, pp.245-283).

⁶⁷ Oltre ai citati limiti di importo e temporali, infatti, la normativa vigente nel periodo di riferimento non prevedeva l'obbligo di pubblicazione per gli appalti di opere e di forniture (superiori alle soglie di importo indicate) aggiudicati da amministrazioni, aziende ed enti gestori di servizi di trasporto, nonché di produzione, trasporto ed erogazione di acqua e di energia (e, nel caso delle forniture, anche di servizi di telecomunicazione).

⁶⁸ I risultati delle analisi cui si è fatto precedentemente riferimento (cfr. nota n.65) indicavano infatti in un 25-30% la quota dei bandi regolari.

⁶⁹ Obbligo che lo stesso Ministero dei Lavori Pubblici, su conforme indirizzo della giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, Sez.V, 3.7.1986, n.456 e 16.4.1987, n.246), ha ritenuto insussistente essendo allo scopo sufficiente la presentazione di semplici dichiarazioni sostitutive successivamente verificabili (cfr. circolari n.2180 e n.1837, entrambe del 1988).

⁷⁰ Che la normativa ammette invece solo in casi eccezionali e dietro adeguata motivazione da parte dell'amministrazione fondata sulla specificità delle caratteristiche dell'opera.

commesse pubbliche - necessaria ad una più tempestiva informazione degli operatori economici e ad una più razionale allocazione delle risorse complessivamente disponibili; inconvenienti che si traducono inevitabilmente in ulteriori limitazioni alla trasparenza delle procedure e alla corretta gestione dei rapporti contrattuali.

Il sistema di qualificazione delle imprese

Particolarmente rilevanti, nel nostro paese, sono i problemi relativi alla configurazione e al funzionamento dei meccanismi di selezione preventiva delle imprese, diretti a fornire all'amministrazione appaltante un livello minimo di garanzie circa l'idoneità tecnica e la solidità economica dei potenziali contraenti, a tutela dell'interesse pubblico al corretto adempimento degli obblighi contrattuali e di un efficace e non falsato confronto concorrenziale in sede di aggiudicazione dell'appalto.

A tali finalità, per gli appalti di opere pubbliche, risponde in linea di principio l'Albo nazionale dei costruttori, istituito presso il Ministero dei Lavori Pubblici dalla legge 10.2.1962, n.57, la quale espressamente impone l'obbligo dell'iscrizione all'Albo "[...] per chiunque esegua lavori di importo superiore a 75 milioni di lire, di competenza dello Stato, degli enti pubblici e di chi fruisca, per i lavori stessi, di un concorso, contributo o sussidio dello Stato".⁷¹

A fronte di una struttura imprenditoriale estremamente frammentata, la scarsa selettività dei requisiti richiesti per l'iscrizione, nonché l'assenza di adeguate procedure di aggiornamento e di revisione, hanno tuttavia fortemente circoscritto in pratica - e nonostante le modifiche apportate alla sua disciplina ⁷² - la reale utilità dell'Albo come strumento per una efficace e qualificata selezione delle imprese. Col risultato di una progressiva accentuazione dei problemi legati al sovraffollamento delle gare (complessità e lunghezza delle procedure di aggiudicazione, esasperazione del confronto concorrenziale attraverso ribassi eccessivi sul prezzo-base, tendenziale assimilazione delle procedure ristrette a quelle aperte ecc.), fenomeno questo tradizionalmente assai più diffuso nel nostro che negli altri paesi della Comunità, nei quali infatti lo stesso meccanismo della c.d. forcella, introdotto

⁷¹ Art.2, primo comma, L.10.2.1962, n.57. L'iscrizione all'Albo è attualmente consentita, alle stesse condizioni richieste per i cittadini italiani, anche ai cittadini degli altri Stati membri della CEE non residenti in Italia, per i quali tuttavia l'iscrizione stessa non è obbligatoria ai fini della loro partecipazione alle gare.

⁷² Cfr. da ultimo la L.15.11.1986, n.768 ed il relativo Regolamento per l'attuazione della normativa in materia di Albo nazionale dei costruttori, approvato dal Ministro dei Lavori Pubblici con D.M. 9.3.1989, n.172.

dalla direttiva 89/440/CEE, ha inteso essenzialmente rispondere all'esigenza di garantire la partecipazione di un numero minimo - piuttosto che massimo - di imprese alle gare da espletarsi mediante procedura ristretta.⁷³

Tanto più discutibile appare infine l'effettiva utilità dell'Albo in quanto le recenti disposizioni normative, introdotte per garantire l'omogeneità di comportamenti delle stazioni committenti relativamente ai contenuti dei bandi e degli avvisi di gara,⁷⁴ prevedono il possesso di requisiti specifici (variabili in funzione dell'importo dell'appalto) accanto a quello della semplice iscrizione all'Albo che, ai fini dell'accertamento della idoneità tecnica e finanziaria delle imprese, deve quindi ritenersi sufficiente solo per una limitata serie di casi.⁷⁵

Le insufficienze organizzative e tecniche della Pubblica Amministrazione

I problemi connessi alla scarsa efficacia degli attuali sistemi di selezione delle imprese, risultano ulteriormente amplificati, nel nostro paese, per effetto delle crescenti difficoltà organizzative ed operative della Pubblica Amministrazione: difficoltà legate principalmente alla parcellizzazione (e spesso alla sovrapposizione) delle competenze⁷⁶ nonché al progressivo depauperamento delle capacità e delle strutture tecniche, che hanno riflessi negativi rilevanti in ordine al coordinamento e alla programmazione degli interventi, alla ideazione e progettazione delle opere e al controllo circa il corretto adempimento degli obblighi contrattuali.

Le eccessive complessità procedurali, lo scollamento tra programmazione finanziaria e fisica, l'assenza di controlli adeguati circa la completezza e la qualità dei progetti, si traducono in una costante dilatazione dei tempi e dei costi di esecuzione che finisce spesso per togliere sostanza alle stesse procedure di scelta del contraente. L'aggiudicazione effettuata in mancanza di un progetto realmente esecutivo incentiva infatti il fenomeno dei ribassi eccessivi di prezzo, nella prospettiva dei margini di recupero comunque consentiti dal successivo ricorso alle varianti in corso d'opera (rese appunto necessarie dal manifestarsi di difetti e carenze progettuali nella fase di realizzazione) e dalla corrispondente modificazione del compenso a carico dell'amministrazione committente; di modo che l'esito della

⁷³ Nella proposta di direttiva l'intervallo della forcella era infatti inizialmente compreso tra le 5 e le 8 imprese. Su richiesta italiana il limite superiore è stato successivamente innalzato a 20.

⁷⁴ Si fa qui riferimento al Regolamento adottato con D.P.C.M. 10.1.1991, n.55.

⁷⁵ In particolare, per gli appalti di importo pari o inferiore ad un milione di ECU (cfr. D.P.C.M. 10.1.1991, n.55, art.5, comma 1).

⁷⁶ Alla molteplicità degli organi competenti alla emanazione di pareri o al rilascio di autorizzazioni e nulla osta in ordine all'opera da realizzare, si aggiunge infatti la complessità delle procedure imposte dalla normativa urbanistica ed ambientale.

gara viene di fatto a dipendere non dalla effettiva serietà e convenienza dell'offerta, quanto piuttosto dalla diversa abilità dei concorrenti nell'individuare le lacune del progetto e nel preventivare la natura e la dimensione delle eventuali variazioni da apportare in sede esecutiva.⁷⁷

Alla inadeguatezza delle strutture e delle risorse tecniche e alla recessione operativa della Pubblica Amministrazione, ha infine corrisposto non solo un crescente ricorso all'opera di privati professionisti,⁷⁸ ma soprattutto una utilizzazione sempre più frequente dello strumento concessorio, che ha spesso ulteriormente favorito il tendenziale processo di fuga dalle gare⁷⁹ senza peraltro dotare il committente pubblico di validi strumenti di garanzia a fronte dei rischi tecnici e finanziari connessi alla realizzazione degli interventi.

⁷⁷ Alla elusione delle garanzie concorsuali contribuisce poi in larga misura il fenomeno della proliferazione degli atti aggiuntivi a mezzo dei quali viene affidata all'impresa aggiudicataria l'esecuzione di lavori suppletivi eccedenti il quinto d'obbligo, spesso collegati in modo assai labile ai lavori del contratto principale.

⁷⁸ Si veda, ad esempio, l'art. 9 della L.3.10.1985, n.526, che per un periodo di tre anni ha autorizzato l'A.N.A.S. ad affidare a trattativa privata a liberi professionisti e a ditte specializzate la compilazione dei progetti di opere stradali e l'effettuazione dei relativi sondaggi geognostici.

⁷⁹ Si vedano in proposito le considerazioni precedentemente formulate ai §§ 2 e 3 del presente allegato.