

Sezione I

Contesto normativo ed economico

Capitolo 1	La legge di riforma sui lavori pubblici
Capitolo 2	Il contesto europeo
Capitolo 3	Il quadro regionale
Capitolo 4	Alcune caratteristiche del mercato dei lavori pubblici
Capitolo 5	Le disfunzioni e le patologie del settore

PAGINA BIANCA

La legge di riforma sui lavori pubblici

La legge 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni ha innovato profondamente il quadro legislativo sui lavori pubblici; ha, infatti, riordinato complessivamente la disciplina della materia, modificandone tratti essenziali, con la finalità di offrire nuove regole per un'efficace attività nel settore, che richiede programmazione degli interventi, effettiva esecuzione delle opere pubbliche in tempi e costi certi e prefissati, procedure trasparenti ed idonee a garantire la correttezza e la libera concorrenza, netta separazione dei compiti propri dell'amministrazione committente rispetto all'attività di chi esegue le opere¹.

Con la riforma, il legislatore ha inteso mettere ordine in un settore che, più di ogni altro, appariva caratterizzato, oltre che da endemiche disfunzioni, da gravi episodi di corruzione. Come si rileva dalla relazione al disegno di legge, si è ritenuto che il rimedio andasse ricercato, più che nell'esercizio dell'azione penale, in un'opera «di riforma organizzativa e funzionale che (ridesse) vigore e dignità all'amministrazione, ricostituendo quelle istanze e quelle misure che la rend(essero) capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue disfunzioni». Si è voluta, cioè, realizzare, così come sottolineato nel 'rapporto Giannini', «una riabilitazione della struttura amministrativa preposta all'esecuzione dei lavori pubblici, seguendo, peraltro, le indicazioni che da tempo erano state formulate anche a livello parlamentare». Ed allo scopo, si è ritenuto opportuno valorizzare, «a mezzo di apposita Autorità, la funzione di imparzialità della pubblica amministrazione insieme alle attività di vigilanza, di ispezione e di verifica».

Motivazioni
della riforma

¹ La riforma del settore dei lavori pubblici potrà considerarsi completa solo quando sarà stata emanata tutta la normativa secondaria alla quale la legge quadro demanda la disciplina di alcuni istituti strategici per il settore. Per l'elenco dei provvedimenti previsti, con il relativo stato di attuazione, vedi capitolo 15.

Capitolo 1

Con ciò, peraltro, anticipando la sollecitazione della Commissione della Comunità europea che, nel successivo *Libro verde*, invitava tutti gli Stati della Comunità all'istituzione, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti, di autorità indipendenti in materia di lavori pubblici².

Finalità Concretamente, l'istituzione dell'Autorità di vigilanza è stata finalizzata a garanzia dell'osservanza, nell'esercizio dell'attività amministrativa in materia di lavori pubblici, dei principi costituzionali indicati nell'articolo 1 della legge quadro: perseguimento della qualità dei lavori, dell'efficacia e dell'efficienza dell'azione amministrativa, di tempestività, trasparenza e correttezza delle procedure, del rispetto delle norme comunitarie e della libera concorrenza tra gli operatori.

Si legge al riguardo, sempre nella relazione illustrativa al disegno di legge, che obiettivo ritenuto primario è stato quello di ripristinare «il senso del rispetto e del trasparente uso delle pubbliche risorse». Dal che la necessità di imporre regole procedimentali che salvaguardassero, «insieme a quelle del privato, le ragioni economiche della pubblica amministrazione»; regole relative a «tutte le fasi dell'azione amministrativa, dalla programmazione alla progettazione, all'affidamento dei lavori e, infine, alla loro esecuzione». Ulteriore obiettivo primario e strumentale rispetto a quelli indicati è stato ritenuto, poi, quello di «conformare l'attività in questione alle norme comunitarie e, in particolare, a quelle che garantiscono la concorrenza tra le imprese». E ciò nella considerazione che «in un contesto di pressioni illecite vincerà la gara non l'impresa più capace o quella che offra la prestazione più conveniente, ma quella più inserita o più disposta ad inserirsi in un tale contesto; con il risultato di un abbassamento del livello economico e tecnico, oltre che, ovviamente, morale di tutto il mercato».

Infine, con la nuova legge si voleva soddisfare l'esigenza di una «razionalizzazione normativa, concentrando in una legge quadro solo i principi ritenuti indispensabili ed affidando, quindi, la restante disciplina all'attività regolamentare del governo, con una radicale delegificazione nello spirito della legge 23 agosto 1988, n. 400.».

² Vedi capitolo 2.

Si tratta di innovazioni rilevanti che, per la particolare significazione economico-sociale del settore, assumono importanza generale e richiedono l'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio nazionale.

Principi uniformi sul territorio nazionale

L'indicazione relativa alla rilevanza nazionale delle innovazioni introdotte dalla legge in discorso e l'esigenza dell'attuazione di principi uniformi su tutto il territorio del Paese, danno ragione della disposizione, contenuta nella medesima legge, per la quale i principi della stessa costituiscono norme fondamentali di riforma economico-sociale e principi della legislazione dello Stato, ai sensi degli statuti delle regioni a statuto speciale e dell'articolo 117 della Costituzione.

Dal che il primo rilevante tratto della legge, che è volta a «disciplinare», secondo la visione costituzionale della coordinata produzione di norme statuali e regionali su una data materia, la normazione in materia di lavori pubblici. A tale preliminare forma di coordinamento, di tipo normativo, segue l'altra forma di coordinamento, di tipo amministrativo, che si sostanzia nell'emanazione, da parte del Governo, di atti di indirizzo e coordinamento delle attività amministrative delle regioni, in conformità alle disposizioni della legge stessa³.

Altro rilevante tratto della legge quadro in materia dei lavori pubblici è la sua complessiva funzionalizzazione all'attuazione dell'articolo 97 della Costituzione, tra l'altro, sotto il particolare — ed innovativo — profilo della qualità dell'attività in materia di opere pubbliche⁴.

Carattere primario riveste la 'qualità' dell'attività svolta, che permea di sé l'intero complesso normativo, con riferimento sia ai principi generali recati dalla legge stessa, sia alle altre e più specifiche norme di dettaglio e che si pone, nel contempo, come obiettivo primario della riforma. Qualità dell'opera che il legislatore ha inteso non solo come caratteristica del prodotto finale, ma come connotato anche dell'intero processo produttivo, a partire dall'organizzazione dell'impresa che deve utilizzare mezzi idonei

Qualità

³ Art. 1, co. 3, legge 11 febbraio 1994, n. 109, *Legge quadro in materia di lavori pubblici*, come via via modificata. Nel prosieguo, le citazioni di articoli senza altra precisazione si riferiscono tutte a tale legge.

⁴ Art. 1, co. 1.

Capitolo 1

ad assicurare la qualità del prodotto finale, anche con riferimento ai criteri per la scelta degli interventi e dell'*iter* relativo alla loro attuazione.

Efficienza
ed efficacia

Coerentemente, assumono rilevanza i criteri di efficienza e di efficacia ai quali deve uniformarsi l'attività amministrativa, secondo procedure improntate a tempestività, trasparenza e correttezza, nel rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori.

Nuove regole ...

Per assicurare il perseguimento di queste finalità, la legge quadro delinea un nuovo assetto dei rapporti tra stazione appaltante e impresa appaltatrice, basato sul trasferimento dei rischi connessi alla realizzazione dell'opera dal committente al progettista e all'esecutore. Data l'esistenza di asimmetria informativa tra stazione appaltante e impresa, a vantaggio di quest'ultima, il risultato che il soggetto pubblico può conseguire dipende fondamentalmente dalle regole prescelte per assicurare sia la concorrenza *per* il mercato, attraverso adeguati meccanismi per la selezione del contraente privato, sia la concorrenza *nel* mercato, attraverso la definizione delle caratteristiche del contratto con cui si appalta l'opera pubblica.

Per evitare che lo svantaggio informativo abbia riflessi negativi sull'efficienza dell'azione amministrativa, la legge disciplina, con soluzioni innovative, l'individuazione delle opere, la procedura di scelta dell'impresa e il processo di realizzazione dell'opera stessa. L'Autorità è espressamente chiamata ad esercitare la sua funzione di vigilanza su tutte queste fasi strategiche.

programmazione ...

Con la programmazione triennale dei lavori pubblici⁵, elaborata sulla base delle esigenze del bacino di utenza corrispondente all'ambito territoriale di competenza del committente e impostata in modo scorrevole, cioè costantemente aggiornata ed attuata mediante elenchi annuali degli interventi approvati unitamente ai bilanci di previsione, è salvaguardata la finalità che l'opera prescelta sia funzionale alle esigenze del territorio di riferimento.

⁵ Art. 14.

La programmazione obbligatoria e vincolante dei lavori pubblici introduce, quindi, un cambiamento profondo nell'assetto normativo del settore e pone i presupposti per l'affermarsi di un nuovo modo di amministrare, nell'ottica di una maggiore oggettività e di una effettiva trasparenza delle scelte operative. La nuova normativa dovrebbe sancire il definitivo abbandono della cosiddetta 'programmazione rovesciata', che seguiva, invece di precedere, lo stanziamento delle risorse e risultava inevitabilmente intempestiva e poco selettiva⁶. Il rafforzamento della pianificazione dell'attività ordinaria delle singole amministrazioni dovrebbe, inoltre, porre un freno alla proliferazione di programmi straordinari di intervento collegati ad emergenze, talvolta presunte, evitando il ripetersi delle patologie tipiche delle procedure d'urgenza.

Anche la nuova disciplina della progettazione è finalizzata a ridurre i margini di manovra a disposizione sia degli amministratori sia delle imprese ed a rendere efficace la concorrenza come strumento per conseguire gli obiettivi di efficienza ed efficacia indicati dalla legge. Prima dell'emanazione della legge quadro, in materia vigevano norme basate sul sistema bipartito, articolato in progetto di massima e progetto esecutivo. In assenza di un progetto realmente eseguibile, tempi e costi dell'adempimento risultavano estremamente incerti e l'esito della gara veniva a dipendere non dalla serietà e convenienza dell'offerta, ma dall'abilità dei concorrenti nell'individuare le lacune del progetto iniziale e nel preventivare la natura e la dimensione delle variazioni che successivamente sarebbe stato necessario apportare al contratto originariamente concluso. ... progettazione ...

La legge⁷, invece, con l'introduzione del sistema tripartito, nel richiedere, fin dalla fase iniziale, un maggior approfondimento dell'attività di progettazione, ha voluto ridurre la possibilità di varianti in corso d'opera al fine di avere ben chiari i costi e gli obiettivi da raggiungere.

⁶ Vedi capitolo 5.

⁷ Art. 16.

Capitolo 1

... procedure di scelta ...

Le innovazioni introdotte in materia di progettazione consentono anche di dare concretezza al principio della libera concorrenza quale principio cardine al quale ispirare le procedure di scelta del contraente⁸. Simili norme, invero, riaffermano l'antico principio — conforme alle regole generali di contabilità, cadute col passare degli anni in desuetudine, in relazione alle numerose disposizioni derogatorie intervenute nel tempo — che gli appalti sono affidati mediante pubblico incanto o licitazione privata e che l'affidamento a trattativa privata è ammesso in casi tipici e tassativi. E ciò, non tanto per un rinnovato senso di sfiducia e di sospetto per la trattativa privata, quale sistema che si presta a facili abusi, quanto per il recuperato senso del mercato che favorisce la scelta del miglior contraente, se guidato da regole atte ad assicurare la libera concorrenza. Ampiamente condiviso è il principio che esista un rapporto di proporzionalità diretta tra il numero degli operatori ammessi a fare l'offerta e le concrete possibilità di soddisfare al meglio la domanda. Perché si tratti di concorrenza effettiva è inoltre necessario che la gara abbia un oggetto ben definito che consenta, appunto, alle imprese di confrontarsi su un progetto esecutivo: l'attenzione riposta dalla legge nella progettazione e nell'individuazione puntuale di tutte le sue fasi ha certamente questa finalità.

... sistema di qualificazione delle imprese ...

Per ridurre l'incidenza degli effetti derivanti dall'esistenza di asimmetria informativa nella scelta del contraente, la legge⁹ introduce anche un innovativo sistema di qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, finalizzato ad assicurare la qualità nell'intero processo produttivo in materia di lavori pubblici¹⁰. Nel contempo, la capacità di giudizio della pubblica amministrazione è integrata con quella di intermediari privati; il sistema delle garanzie¹¹ rappresenta un tassello impor-

... sistema di garanzie ...

⁸ Artt. 20, 21, 22, 23, 24, 37 *quater* e 37 *quinquies*.

⁹ Art. 8.

¹⁰ Svariate altre disposizioni della medesima legge si riferiscono alla qualità, come la norma (art. 9) sulla partecipazione alle gare, quelle (artt. 11, 12 e 13) sui consorzi, quelle (artt. 35 e 36) sulle fusioni e sul trasferimento e affitto di azienda, cui si aggiungono disposizioni che fanno direttamente riferimento alla qualità (art. 7, co. 3 e art. 16, co. 1, lett. a).

¹¹ Art. 30.

tante che disciplina le forme fideiussorie e assicurative che le imprese esecutrici e i progettisti devono costituire.

Inoltre, anche in fase di esecuzione del contratto, la legge quadro introduce meccanismi atti a ridurre comportamenti opportunistici delle imprese appaltatrici. Il nuovo sistema di prezzo chiuso disincentiva il prolungamento dei lavori e le rigide previsioni circa l'ammissibilità delle perizie di variante e il loro ammontare¹² introducono maggiore certezza per la stazione appaltante circa il costo complessivo dell'opera, spostando, come si è detto, il rischio dal committente all'aggiudicatario del lavoro. Nella medesima direzione operano anche la prevista separazione tra progettista ed esecutore, per prevenire il rischio che quest'ultimo indirizzi il progetto verso finalità improprie, e il sistema delle garanzie prima ricordato.

Inoltre, l'attuazione di comportamenti opportunistici viene contrastata anche dalle norme relative alla direzione dei lavori¹³ ed ai collaudi, laddove l'esigenza che si è voluta rispettare è quella di assicurare il netto distacco dell'esecuzione dell'opera, rimessa all'imprenditore, dalle attività riservate all'amministrazione e da una puntuale definizione delle responsabilità (il responsabile del procedimento è una figura centrale dell'ordinamento).

... direzione lavori ...

... responsabile
del procedimento ...

In sostanza, la riforma realizza nei confronti delle parti contraenti un articolato ed equilibrato sistema di controllo e incentivi in risposta alle esigenze di una situazione che si presentava incontrollata.

Al fine specifico di garantire l'osservanza dei menzionati principi fondamentali¹⁴, la legge di riforma ha istituito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dotandola di rilevanti poteri propri¹⁵.

... Autorità
per la vigilanza
sui lavori pubblici ...

La centralità, nel delineato nuovo sistema, dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici si ricollega, oltre che alla indicata previsione relativa alla

¹² Art. 30.

¹³ Art. 27.

¹⁴ Art. 1, co. 1.

¹⁵ Art. 4.

Capitolo 1

complessiva vigilanza del settore, anche e soprattutto a specifiche e dirette competenze in ordine ai punti più qualificanti della legge. È all'Osservatorio sui lavori pubblici, organo dell'Autorità di vigilanza, che devono, ad esempio, essere rimessi tutti gli atti relativi alla programmazione dei lavori pubblici. E la programmazione, che accerta preventivamente l'utilità sociale dell'opera e verifica la copertura finanziaria è, come si è detto, fondamentale nel nuovo sistema in relazione alle indicate finalità perseguite dalla legge.

Altro obiettivo primario perseguito dal legislatore, come già rilevato, è la qualità dei lavori, da intendersi riferita non soltanto alle caratteristiche oggettive del prodotto finale bensì anche al complessivo sistema di lavorazione. E tutto il nuovo meccanismo di qualificazione delle imprese da ammettere al mercato dei lavori pubblici trova specifico riferimento nell'Autorità di vigilanza. Il diretto coinvolgimento dei privati nell'attività di attestazione è, infatti, temperato dal controllo pubblico che su di essa esercita l'Autorità. E ciò non soltanto con riferimento al momento del rilascio dell'autorizzazione agli organismi di attestazione, ma anche alla successiva vigilanza sugli stessi per tutto il corso della programmata attività.

L'immediata segnalazione all'Osservatorio delle ipotesi di ricorso alle varianti in corso d'opera ed alla trattativa privata, nei limitati casi in cui sono consentiti, è anch'essa stata concepita in funzione dell'immediato coinvolgimento ed intervento dell'Autorità di vigilanza.

All'Osservatorio è demandato, poi, il compito di individuare costi standardizzati per tipo di lavoro ed in relazione a specifiche aree territoriali. Ed all'Osservatorio vanno rimessi, infine, tutti i dati relativi agli appalti pubblici, in funzione non già soltanto di una semplice loro conoscenza ma soprattutto al fine di consentire all'Autorità di vigilanza, oltre all'attivazione degli eventuali interventi repressivi, anche e soprattutto di svolgere una potestà propositiva per contribuire alla valutazione delle cause sottese alle disfunzioni del sistema e conseguentemente individuare le possibili soluzioni operative.

Per non parlare, infine, del contenzioso arbitrale, essendo l'istituto dell'arbitrato stato recuperato al sistema dei lavori pubblici solo in quanto

ricondotto all'Autorità di vigilanza che nomina e sorveglia la Camera arbitrale.

Non vi è dubbio che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici identifichi un'autorità amministrativa indipendente. Ne sono manifestazione le modalità relative alla nomina dei suoi componenti (con atto congiunto dei Presidenti delle due Camere), la temporaneità (5 anni) e non rinnovabilità dell'incarico, le rigorose incompatibilità e, soprattutto, la previsione normativa secondo cui l'Autorità «opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione». Ulteriore manifestazione dell'indipendenza dell'organo è la previsione relativa alla necessaria collegialità delle determinazioni dell'Autorità. Che si tratti di un'autorità amministrativa indipendente lo ha, peraltro, esplicitamente riconosciuto la Corte costituzionale¹⁶. Alla sua istituzione può anche essere riconosciuto un fondamento comunitario, essendo essa deputata, tra l'altro, a garantire l'osservanza del relativo ordinamento.

... indipendenza ...

Il Consiglio dell'Autorità ha, in più occasioni¹⁷, inteso definire il proprio compito istituzionale e la nozione ed il contenuto della 'vigilanza' quale funzione ad essa attribuita dalla legge quadro, in coerenza con la propria natura di organismo indipendente «chiamato ad operare in piena autonomia rispetto agli apparati dell'esecutivo ed agli organi di ogni amministrazione» (così, testualmente, la Corte costituzionale¹⁸, secondo cui «l'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici rappresenta uno dei cardini della riforma della materia»). E ciò ritenendo che una tale operazione di ricostruzione giuridico-concettuale dei compiti, dei poteri, del ruolo stesso dell'organismo in parola all'interno dell'ordinamento dovesse intendersi come momento qualificante — e finanche propedeutico — dell'operatività dell'intera disciplina in materia di opere e lavori pubblici conse-

... funzione
di vigilanza ...

¹⁶ Sent. 23 ottobre 1995, n. 482.

¹⁷ Deliberazioni del 19 maggio 1999 e del 19 ottobre 1999.

¹⁸ Sent. n. 428/95, cit.

Capitolo 1

... funzione
di garanzia ...

gnataci dal legislatore¹⁹. E tanto più necessaria è apparsa la definizione del contenuto, degli ambiti e delle forme e modalità di estrinsecazione della funzione di vigilanza che qualifica l'organismo previsto e disciplinato dalla legge quadro, ove si consideri che la stessa sentenza della Corte costituzionale sopra citata non ha ulteriormente definito i profili funzionali del nuovo soggetto istituzionale, pur precisando: «le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva o di controllo», e pur sottolineando: «esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo» e «le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza ed alla vigilanza nel complessivo settore dei lavori pubblici». La Corte, anzi, sembra aver demandato all'interprete ma anche al concreto atteggiarsi dell'azione dell'organismo in parola, il compito di definire la natura ed il contenuto di quella *funzione di garanzia* il cui estrinsecarsi dovrà certamente trovare giustificazione giuridico-concettuale ed efficacia persuasiva anche nell'autorevolezza che l'Autorità saprà assumere, oltre che nell'interpretazione del quadro normativo svolta in coerenza con i principi dell'ordinamento.

Invece, il quadro normativo consegnato dal legislatore del 1998²⁰ e, dunque, successivo alla citata sentenza della Corte costituzionale, lasciava in una certa misura insoddisfatta l'esigenza di una esauriente definizione degli aspetti funzionali dell'Autorità, che cogliesse il senso stesso dell'insieme dei numerosi e complessi compiti assegnati all'organismo in questione, riconducendoli al contenuto di una funzione unitaria capace di configurarsi come la ragione fondativa del nuovo soggetto in materia di opere e lavori pubblici.

...controllo
di legittimità...

Soprattutto la definizione legislativa in termini di 'organismo di vigilanza' deve intendersi, sostanzialmente, come una formula descrittiva e riassuntiva dei compiti, lasciando aperta la questione della sua più esatta qualificazione e della natura stessa di quella funzione, anche alla luce

¹⁹ Anche con le modificazioni ed integrazioni apportate alla legge n. 109/94 dalla legge 18 novembre 1998, n. 415.

²⁰ Con la l. n. 415/98, cit.