

122/94) ha osservato come in molti casi la carenza di programmazione sia talmente accentuata da non permettere nemmeno sotto il profilo puramente formale il confronto tra obiettivi e risultati. Nella relazione vengono evidenziate, ad esempio, fattispecie di programmi a breve termine tuttora in esecuzione dopo oltre venti anni dall'affidamento dei lavori. In altre fattispecie la genericità dei programmi è risultata tale da non consentire seri confronti con le opere realizzate. In alcuni casi la quasi globalità della gestione contrattuale è caratterizzata dal ricorso a procedure d'urgenza, che per definizione rendono difficile qualsiasi verifica. Inoltre, frequenti variazioni di progetto sono volte spesso a far fronte ad errori programmatici. E ancora, sintomatico di discrasie nella programmazione è il finanziamento di interventi prima della loro definizione a livello progettuale.

Sotto il profilo della efficacia e della idoneità delle varie gestioni al conseguimento degli obiettivi prefissati, vi è poi da considerare che alle disfunzioni riscontrate, che presentano una gamma piuttosto ampia - tanto che in alcuni casi, come si è visto, la carenza di programmazione non consente il confronto tra obiettivi e risultati - si vanno ad aggiungere insufficienze nella definizione progettuale che possono riflettersi in senso negativo sulla qualità dell'opera. Tali anomalie comportano, determinando l'adozione di sospensioni e varianti, nonché l'occasione per la formulazione di riserve, una continua ricontrattazione con le imprese aggiudicatrici. Sicché l'assetto pattizio originario viene ad essere stravolto attraverso la ridefinizione degli obiettivi iniziali in funzione di situazioni di emergenza. Non è infrequente il mancato rispetto di elementari regole di diligenza, quali l'esame preliminare dei luoghi e delle situazioni di fatto preesistenti al contratto, nonché la verifica preliminare del progetto ex art. 5 del regolamento n. 350 del 1895 prima dell'aggiudicazione dell'appalto.

Nel settore dell'informatica, poi, come ha posto in evidenza la Corte in occasione del recente referto in materia²⁶), la carenza di un disegno strategico globale, oltre a determinare la parcellizzazione degli interventi, in qualche caso con una precaria applicazione di strumenti ed apparecchiature di adattamento critico rispetto ad un contesto integrato, incide negativamente sulla spesa complessiva del settore.

Va ricordato, a titolo esemplificativo, che l'assenza di validi criteri di programmazione presso il Ministero di grazia e giustizia ha comportato il ricorso a sistematici riconoscimenti di debito in relazione all'acquisizione di servizi, quali la locazione e la licenza d'uso, la manutenzione e l'assistenza sistemistica. I pagamenti connessi a riconoscimenti di debito (16,5 miliardi) hanno costituito nel 1995 oltre il 20% dei pagamenti totali relativi alla categoria XI dello stato di previsione della spesa del Ministero. In proposito va ricordato che nel febbraio 1997 la Sezione del controllo ha deliberato su una indagine concernente la gestione della spesa per l'informatica nel periodo 1992-1995 presso il Ministero di grazia e giustizia.

Carenze nella realizzazione di un'azione coordinata in materia di informatica da parte del Ministero di grazia e giustizia, soprattutto nell'ambito della giustizia penale, sono state rilevate dalla Corte nel richiamato referto al Parlamento sui sistemi informatici. Il ritardo con il quale si è provveduto a dotare l'ufficio del responsabile per l'informatica di una struttura propria ha poi contribuito a favorire una logica dell'emergenza, volta a soddisfare le esigenze contingenti del singolo ufficio senza una preventiva configurazione di un piano operativo globale.

Macroscopiche carenze sono emerse, inoltre, nella fase di pianificazione della intera attività contrattuale svolta dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale per la realizzazione del progetto informatico, già denominato «teleporto del lavoro» ed ora, in una nuova configurazione, S.I.L. Sistema integrato lavoro.

La materia ha formato oggetto di una indagine svolta nel quadro di un programma di controllo sulla gestione, approvato con la deliberazione n. 122 del 1994 riguardante i servizi in economia ex d.P.R. 71/1988 ed i contratti per acquisti di attrezzature informatiche ai sensi decreto legislativo n. 39/1993, i cui risultati sono stati resi nella relazione approvata con la

²⁶ Cfr. Referto al Parlamento in materia di sistemi informatici delle Amministrazioni statali deliberato dalle Sezioni riunite nelle adunanze del 27 febbraio e 12 marzo 1997.

deliberazione n. 172, nell'adunanza del 10 maggio 1996 della Sezione. Con la stessa deliberazione è stato ordinato che la relazione resa venisse comunicata, oltre che alla Presidenza del Consiglio dei Ministri, anche al Ministero del tesoro, all'AIPA ed alla Procura regionale della Corte dei conti.

La Sezione medesima ha disposto, altresì, che l'Ufficio di controllo sottoponesse ad ulteriore attività di verifica e monitoraggio gli sviluppi della gestione «S.I.L.», sia sul piano progettuale, sia su quello operativo.

La mancanza di una reale programmazione e progettualità con specifica delle fasi graduali dell'automazione avevano infatti determinato complesse vicende, con uno stallo gestionale che aveva inciso negativamente sulla attuazione del progetto e causato un sensibile incremento dell'ammontare della spesa, tanto da indurre le Sezioni riunite della Corte a recepire le valutazioni negative fatte in sede di controllo successivo sotto il profilo gestionale dell'economicità.

Un cenno merita altresì la problematica relativa all'attuazione della legge 7 febbraio 1992, n. 140, concernente interventi per la realizzazione di opere di rilevanza nazionale nel settore dell'irrigazione. Sul punto la Corte ha posto l'accento sulla mancanza di un efficace momento programmatico che coinvolgesse, eventualmente attraverso il ricorso allo strumento della conferenza dei servizi, tutti i portatori dei vari interessi in gioco (cfr. il capitolo dedicato al Ministero delle risorse agricole, alimentari e forestali, par. 2.5.).

Anche nel campo delle forniture, l'assenza di validi ed efficaci criteri di programmazione degli acquisti e della relativa spesa è spesso causa di sprechi ed anomalie⁽²⁷⁾.

Sempre sotto il profilo programmatico delle scelte in materia di forniture, merita un approfondimento il tema dell'adeguamento degli strumenti operativi per il coordinamento della domanda pubblica, anche per quel che concerne la disciplina dei procedimenti di competenza del Provveditorato generale dello Stato in conformità ai principi contenuti nel regolamento approvato con il d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573, recante norme per la semplificazione dei procedimenti di aggiudicazione di pubbliche forniture di valore inferiore alla soglia di rilievo comunitario.

5. La progettazione

E' in questa fase che gli obiettivi delineati con la programmazione, rispettando i principi di efficacia, efficienza ed economicità, si dovrebbero tradurre nelle soluzioni che presentino minor costo, migliore qualità e maggiore tempestività di attuazione, sempre nel quadro realistico delle risorse a disposizione⁽²⁸⁾.

E poiché la progettazione spesso richiede professionalità che abbracciano diverse discipline ed esperienze specifiche da calibrare in un unico contesto per conseguire i risultati di cui sopra è cenno, la circolare del Ministero dei lavori pubblici 7 ottobre 1996 - concernente indirizzi operativi e chiarimenti sulla disciplina transitoria di talune norme della legge quadro sui lavori pubblici - lascia all'amministrazione, a differenza della programmazione, soluzioni aperte che non escludono apporti esterni, da valutarsi di volta in volta sulla base della convenienza.

Sulla stessa linea ragionativa si è posta la Corte che, con riguardo ai sistemi informatici dell'amministrazione, ha avuto modo di operare una netta distinzione fra la dipendenza tecnologica, da superare attraverso una adeguata pianificazione ed una sufficiente capacità progettuale, ed una valida allocazione all'esterno di realizzazione di prodotti o resa di servizi di cui fruire⁽²⁹⁾.

²⁷ Dagli atti delle Commissioni e dei Comitati di studio della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, La riforma della pubblica amministrazione, Vol IV, I contratti della pubblica amministrazione, 1994.

²⁸ Cfr. la relazione presentata a conclusione dell'indagine intersettoriale approvata dalla Sezione del controllo con la citata deliberazione n. 122/94.

²⁹ Cfr. Referto al Parlamento in materia di sistemi informatici delle Amministrazioni statali deliberato dalle Sezioni riunite nelle adunanze del 27 febbraio e 12 marzo 1997.

In tema di progettazione, la predetta circolare 7 ottobre 1996 ha stabilito, qualora l'iter di approvazione dei progetti affidati anteriormente al 3 giugno 1995 non avesse consentito l'oggettiva possibilità di indire la gara entro il termine del 30 settembre 1996, l'adeguamento di tali progetti alle norme di cui all'art. 16 della legge n. 109/94. Alla stregua di quanto sopra, con la circolare in parola sono stati invitati gli uffici a completare i progetti di cui disponevano, nella considerazione che tale livello di completezza non costituisse una innovazione della legge n. 109, in quanto già previsto nella precedente normativa. Eliminate nella seconda versione le norme sull'appalto integrato, queste sono state richiamate solo in relazione alla necessità di adeguare i vecchi progetti, ma a condizione che essi siano relativi a lavori complessi o di particolare tecnologia.

L'esigenza di un intervento interpretativo decisivo per risolvere i noti problemi di applicazione della legge nell'attesa del regolamento non può certo dirsi compiutamente soddisfatta con l'emanazione della predetta circolare; malgrado ogni tentativo svolto, infatti, la persistente mancanza del regolamento ha reso infatti estremamente incerta la cornice entro la quale le amministrazioni debbono efficacemente operare.

In ordine alle problematiche quotidiane della progettazione, l'esperienza applicativa ha mostrato come spesso sia stata disattesa l'esigenza di assicurare la precisione del progetto esecutivo, al fine di evitare la lievitazione dei prezzi, corredando il progetto stesso di tutti gli elementi previsti dal D.M. del 1895 e dalle leggi successive ed in particolare delle indagini geognostiche, dai rilievi della rete dei servizi del sottosuolo, dello studio di impatto ambientale, ove prescritto, del cronoprogramma.

Secondo quanto è emerso dalle relazioni di diversi Provveditorati alle OO.PP., acquisite nel corso dell'indagine della Corte, le stazioni appaltanti dello Stato hanno posto in gara elaborati progettuali talvolta non idonei rispetto alle varie tipologie di intervento da effettuare.

Sempre in tema di progettazione, un altro aspetto che la Corte ha preso in considerazione nel citato referto sull'informatica è quello dell'affidamento della fornitura di prodotti o della prestazione di servizi al medesimo aggiudicatario del progetto, ovvero dello studio di fattibilità. Al riguardo, il decreto legislativo 39/93 stabilisce un limite soltanto per i contratti di grande rilievo, mentre la direttiva 92/50 CEE ammette tale ipotesi, prevedendo il c.d. "concorso di progettazione" e l'aggiudicazione di appalti pubblici di servizi, mediante procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di bando di gara, proprio nel caso in cui l'appalto consegua ad un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato ad uno dei vincitori del suddetto concorso.

Poichè, peraltro il decreto legislativo 157/95 prevede espressamente una incompatibilità tra affidamento della progettazione ed affidamento degli appalti pubblici relativi ai lavori o ai servizi progettati, si suole distinguere fra "studio di fattibilità", avente caratteristiche programmatiche generali e "progetto" che presenta invece caratteristiche prettamente operative in ordine alle scelte effettuate con il primo.

L'indagine intersettoriale promossa dalla Corte, pur nell'incompletezza dei dati forniti dalle Amministrazioni controllate, ha posto in luce come il ricorso a progettazioni esterne nell'ambito delle Amministrazioni dello Stato abbia assunto una certa consistenza sotto i profili qualitativo e quantitativo nell'arco di tempo considerato.

Chiaramente, mentre il ricorso alla progettazione esterna è giustificabile per le piccole stazioni appaltanti, scarsamente dotate di personale tecnico, una soluzione analoga è meno comprensibile per quelle strutture come le Soprintendenze e i Provveditorati, chiamate istituzionalmente a svolgere compiti progettuali ed operativi.

Il rapporto tra il numero dei progetti realizzati con professionalità presenti nell'Amministrazione e quello riguardante l'affidamento di incarichi esterni, può essere riguardato, pur con tutte le cautele del caso e tenendo presenti altri fattori, come un indicatore di economicità della gestione. Tale rapporto, poi, se integrato con altri indicatori, quali la qualità delle progettazioni, il grado di attuazione dei progetti ed i relativi tempi, la frequenza del ricorso

alle varianti, il contenzioso derivante da errori di progettazioni, può fornire un'utile informativa sul grado di efficienza ed efficacia nella realizzazione dei programmi.

Dall'indagine più volte richiamata è così emerso come non sia infrequente la mancata o tardiva utilizzazione dei progetti; in particolare, in più di qualche caso, a distanza di anni dalla consegna del progetto, non risulta affidata la relativa esecuzione, né pubblicato il bando di gara.

La gestione degli interventi in questione può prestarsi pertanto a censure anche sotto il profilo della scelta dei progettisti esterni, per non aver questi fornito un prodotto idoneo, abbisognevole di successivi adeguamenti. E' da notare poi che spesso le carenze progettuali determinano ritardi nell'appalto dei lavori, nonché la lievitazione dei costi delle opere.

Sarebbe in definitiva auspicabile un maggior rigore nella verifica da parte dell'Amministrazione della validità dei progetti anche attraverso l'esercizio dei poteri di vigilanza e di intervento in corso di opera. Emblematico di comportamenti difformi appare invece il caso del riconoscimento di una sorta di "franchigia a piè di lista" per errori progettuali ad una società concessionaria per la progettazione ed esecuzione di opere. Si è trattato, in particolare, di una clausola contenuta nel terzo atto aggiuntivo alla originaria convenzione stipulata il 24 aprile 1986 dal Ministero dei lavori pubblici con la "EDIL PRO S.p.A." del Gruppo IRI-ITALSTAT per l'affidamento in concessione unitaria - ai sensi dell'art.2 della legge n. 16/1985- della progettazione ed esecuzione degli interventi che richiedevano l'apprestamento di opere di sicurezza nell'ambito del programma quinquennale per la realizzazione di nuove sedi di servizio dell'Arma dei Carabinieri, che la Sezione del controllo - III Collegio, con deliberazione n.72/96, ha dichiarato la non conforme a legge⁽³⁰⁾.

Tra le varie carenze, la Corte ha avuto modo di osservare che spesso nelle situazioni di necessità ed urgenza la deroga alle procedure ordinarie viene estesa sino a comprendere la redazione dei verbali di somma urgenza ex art. 70 del r.d. 350/1895, che vengono predisposti in ritardo rispetto al verificarsi degli eventi, e la compilazione di perizie e progetti, che avviene in sede esclusivamente consuntiva⁽³¹⁾.

La Corte ha osservato che il ricorso alle procedure derogatorie - consentito peraltro soltanto in presenza di situazioni di emergenza obiettivamente accertate - non significa che l'attività amministrativa possa essere svolta senza regole. Il quadro emergente dalla documentazione prodotta dall'analisi effettuata e le contraddittorie motivazioni ("rectius" giustificazioni perché per la maggior parte espresse dopo la esecuzione dei lavori e non in atti antecedenti) illustra invece una utilizzazione della deroga che di fatto sottrae l'operato dell'Amministrazione a qualsiasi sindacato successivo. In sostanza, la questione che qui rileva riguarda l'interpretazione dell'art.70 del r.d. 350/1895. La norma - come noto - è l'archetipo dei moduli operativi collegati alle situazioni necessitate e in quanto tale costituisce non solo modello di riferimento, ma anche parametro di stretta interpretazione, di guisa che la sua già ampia duttilità non può essere ulteriormente incrementata dall'operatore. Essa in realtà costituisce il miglior temperamento delle esigenze di immediata operatività collegate ad eventi eccezionali con i principi di trasparenza, economicità ed efficacia. Così accanto al primario profilo dell'intervento immediato in deroga a tutti i principi contrattuali della materia, l'art. 70 richiama l'esigenza di verbalizzare immediatamente lo stato dei luoghi e di definire in tempi ristrettissimi la perizia progettuale, unico elemento per assicurare un effettivo sindacato sia a livello di amministrazione attiva che di controllo.

³⁰ La clausola, contenuta nell'art.4 dell'atto convenzionale del terzo atto aggiuntivo alla originaria convenzione, prevedeva che "qualora dalla contabilità finale risulti, per errori nella predisposizione dei computi metrico-estimativi, un importo complessivo dei lavori superiore del 10% (dieci per cento) rispetto alla previsione di stima, il corrispondente importo in eccedenza rispetto a tale limite percentuale resta a totale carico della concessionaria...".

³¹ Cfr. deliberazione n. 40/97, con la quale la Sezione del controllo, nell'adunanza 19 novembre 1996, ha deliberato la relazione in data 12 luglio 1996, nonché la relazione integrativa in data 14 ottobre 1996, concernenti la gestione del magistrato per il Po per l'anno 1995.

Sicchè il rinvio di questi indefettibili adempimenti non solo non è giustificabile con alcun motivo di urgenza e di efficacia, ma può pregiudicare sia la definizione degli interventi, sia il controllo sulla spesa.

Conseguenzialmente, la mancata redazione del verbale di somma urgenza nei tempi previsti dall'art. 70 e la compilazione tardiva o addirittura a consuntivo di perizie contrattuali costituiscono una violazione del principio di trasparenza che di fatto preclude un elemento di raffronto indispensabile per verificare proficuamente l'operato della Amministrazione. Il comportamento è lesivo anche sotto il profilo della economicità per la sua incidenza sulla corretta determinazione della spesa, atteso il rischio che anche il prezzo venga determinato a consuntivo.

6. Il rispetto delle regole di concorrenza

6.1 Profili generali

Gli elementi acquisiti confermano il perdurare di comportamenti non conformi alle norme nazionali e comunitarie in materia di appalti, con specifico riferimento alle regole della concorrenza e del mercato.

L'orientamento verso il sistema della trattativa privata in luogo delle forme concorsuali è risultato inoltre tale da incidere negativamente sia sulla trasparenza dell'attività dell'Amministrazione, sia sulla congruità dei prezzi, atteso che per tale ultimo profilo la mancata competizione tra i diversi operatori economici rende difficile l'acquisizione di elementi idonei per procedere a valutazioni che rispettino il principio di economicità.

Una politica efficace in materia di appalti pubblici presenta infatti notevole rilievo anche per il raggiungimento degli obiettivi del mercato unico, potendo determinare risparmi da considerare con particolare attenzione nel contesto delle politiche di riduzione dei disavanzi pubblici. Ciò senza dire che una politica più aperta in materia può comportare anche il beneficio, attraverso procedure di aggiudicazione non discriminatorie e trasparenti, di una riduzione del rischio di frode e di corruzione nell'amministrazione pubblica.

Il noto Libro verde "Gli appalti pubblici nella Unione Europea", presentato il 27 novembre 1996 dalla Commissione U.E., offre al riguardo interessanti spunti di riflessione. Secondo il documento una politica efficace in materia di appalti pubblici è fondamentale per il raggiungimento di importanti obiettivi dell'Unione, quali l'innescio di una crescita sostenuta a lungo termine, la creazione di occupazione, lo sviluppo di imprese in grado di sfruttare le opportunità offerte dal mercato e di sostenere efficacemente la concorrenza sui mercati globali, nonché la fruizione da parte dei contribuenti e degli utenti di servizi pubblici di migliore qualità a minor costo. Per essere efficace la politica degli appalti deve a sua volta mirare essenzialmente a predisporre le condizioni di concorrenza necessarie affinché gli appalti pubblici siano aggiudicati senza discriminazioni, pervenire ad un'utilizzazione razionale del denaro pubblico attraverso la scelta dell'offerta migliore, rendere accessibile ai fornitori un mercato unico che offra importanti sbocchi e rafforzare così la competitività delle imprese europee.

In ordine alla trasparenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti ed ai problemi del recepimento parziale ed incompleto delle direttive in materia da parte degli Stati membri, nonché dell'impatto economico relativamente debole registrato da detta politica, la Commissione ha sviluppato, tra l'altro, alcune riflessioni sul tema dei mezzi per migliorare l'accesso agli appalti attraverso gli strumenti dell'informazione e della formazione, nonché lo sviluppo di procedure elettroniche di aggiudicazione degli appalti.

In particolare, nel libro si pone in evidenza come un gran numero di pubbliche amministrazioni non dimostri una conoscenza approfondita degli adempimenti imposti in materia dalla normativa comunitaria ed interna, mentre appaltatori e fornitori e, specialmente le piccole e medie imprese, sembrano spesso non conoscere il potenziale offerto dal mercato. Un compito rilevante deve essere quindi assegnato alla formazione ed all'informazione, da potenziare adeguatamente. Più partitamente, un ruolo decisivo viene riconosciuto alle procedure elettroniche,

il cui sviluppo è ormai condizione indispensabile per accrescere la trasparenza e migliorare l'accesso agli appalti pubblici.

La Commissione ha sottolineato anche che la corretta applicazione della normativa comunitaria consentirebbe l'ulteriore beneficio costituito da una migliore utilizzazione delle risorse comunitarie, come quelle provenienti dai fondi strutturali e regionali, dagli appalti aggiudicati dalle stesse istituzioni comunitarie ovvero finanziati con risorse comunitarie.

Di fronte alla concorrenza internazionale sempre più forte, a seguito anche all'entrata in vigore del nuovo Accordo sugli appalti pubblici (AAP) dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, ritiene infine la Commissione che il successo delle imprese europee è in buona parte legato alla capacità di innovazione, oltre che ad una visione più aperta e moderna dei rapporti in materia.

Una maggiore apertura s'impone ormai per effetto della progressiva globalizzazione dei mercati: l'Accordo OMC sugli appalti pubblici, firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994, ratificato dalla Comunità Europea, oltre che da vari Stati ed entrato in vigore il primo gennaio 1996⁽³²⁾, ha mutuato la maggior parte delle regole di aggiudicazione degli appalti in vigore nella Comunità Europea sulla base della direttiva del Consiglio n.92/50, recepita in Italia con il decreto legislativo n. 157 del 17 marzo 1995 e delle direttive nn. 90/531 e 93/38, recepite con il decreto legislativo n. 158 del 17 marzo 1995.

La nuova normativa dell'Accordo OMC peraltro, per alcuni profili, non trova perfetta rispondenza con le direttive comunitarie, tanto che la Commissione Europea ha messo a punto una proposta di armonizzazione fra le direttive C.E. e l'Accordo OMC al fine di adeguare le direttive per quanto principalmente concerne le "soglie" finanziarie che non coincidono con quelle dell'Accordo, più favorevoli nei confronti dei Paesi extra U.E. rispetto a quelli comunitari.

E' importante notare come la generalizzazione delle regole comunitarie, quali quelle poste a presidio della informazione e della trasparenza, non possa non produrre concreti vantaggi per gli operatori economici del settore degli appalti pubblici, sia nell'ambito nazionale, sia in quello comunitario ed anche all'esterno di esso, ponendo gli stessi in una posizione migliore ai fini di una effettiva tutela della concorrenza e di una più compiuta conoscenza dei comportamenti dell'amministrazione pubblica e dei suoi criteri di valutazione. Analoghe sono poi sia le modalità che gli operatori stessi sono chiamati a rispettare, sia le tecniche di costruzione dei parametri di riferimento per valutare le gestioni amministrative relative all'attività contrattuale.

La Corte, al riguardo, seguendo un orientamento da tempo consolidato nelle aree del referto e del controllo, ha ripetutamente richiamato i principi basilari della materia allo scopo di conformare l'azione della P.A. al rispetto della legge e, più di recente, della correttezza e della convenienza.

Può dirsi che il filone comune più chiaro e fermo di tale giurisprudenza sia proprio quello della tutela della concorrenza: le pronunce più antiche e frequenti della Sezione Controllo Stato attengono infatti alla eccezionalità del ricorso alla trattativa privata - visto come sintomatico di mancanza di concorrenza - rispetto al principio di base stabilito prima dall'art. 41, n. 2, della

³² L'accordo sugli appalti pubblici fa parte di altri accordi e intese stipulati a Marrakesh il 15 aprile 1994 alla conclusione dei negoziati Gatt dell'Uruguay Round avviati a Punta del Este nel 1986, che, com'è noto, vincola esclusivamente i Paesi firmatari: le concessioni in esso previste si applicano, perciò, agli Stati cui sono state offerte su una base di reciprocità e non si estendono automaticamente a tutte le Parti Contraenti dell'OMC. Gli accordi di Marrakesh sono stati ratificati dall'Italia con la legge 29 dicembre 1994, n. 747.

L'Accordo è stato ratificato dalla Comunità Europea e dai suoi quindici Paesi Membri (Decisione del Consiglio U. E. del 22 dicembre 1994, pubblicata nella G.U.C.E. L 336 del 23 dicembre 1994) e, per le parti di competenza degli Stati Membri ed inoltre dai seguenti Paesi: Stati Uniti d'America, Canada, Giappone, Israele, Corea del Sud, Norvegia e Svizzera.

legge della contabilità di Stato e, poi, dalla specifica disciplina comunitaria di settore, distintamente per i lavori, le forniture ed i servizi⁽³³⁾.

Secondo tale orientamento - che trova un preciso fondamento sia nel precetto costituzionale contenuto nell'art. 41 della Carta costituzionale, sia nel principio affermato dall'art. 3 del Trattato istitutivo della CEE - l'esigenza di garantire la "par condicio" tra tutti i soggetti economici interessati all'aggiudicazione dei lavori relega la trattativa privata al ruolo di istituto eccezionale e, in quanto tale, utilizzabile solo nelle ipotesi espressamente consentite e nella stretta osservanza dei limiti e condizioni prescritti dall'ordinamento. E ciò al fine anche di soddisfare l'interesse pubblico alla definizione di prezzi vantaggiosi per l'amministrazione, in quanto scaturenti dal libero gioco del mercato⁽³⁴⁾.

Parallelamente al completarsi della disciplina comunitaria relativa agli appalti di lavori, forniture e servizi ed all'introduzione nell'ordinamento interno del principio di libera concorrenza operato dalla legge 10 ottobre 1990 n. 287 sulla disciplina della concorrenza e del mercato, la Corte ha potuto ampliare lo spettro del suo controllo sino a comprendere tra i parametri di valutazione dell'operato dell'amministrazione i principi comunitari di libera circolazione delle merci (art. 30 del Trattato); il diritto di stabilimento (art. 52 e segg. del Trattato) la libera circolazione di servizi (art. 60 del Trattato), le intese vietate e le situazioni di abuso di posizione dominante, principi tutti che in definitiva sono espressione e specificazione del più generale principio di tutela della libera concorrenza (artt. 3 e 7 del Trattato), che secondo una consolidata giurisprudenza deve comunque ritenersi applicabile anche sotto la soglia delle direttive comunitarie.

In tale quadro, va rammentato anche che le norme e i relativi principi ora richiamati sono stati ritenuti dalla Corte di generale applicazione nel comparto della legislazione nazionale sui lavori pubblici⁽³⁵⁾, ivi comprese, qualora compatibili, le norme riguardanti le concessioni di costruzioni, nonché quelle concernenti l'affidamento di lavori in economia, con l'estensione quindi anche agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria⁽³⁶⁾.

E nella stessa ottica di salvaguardia della concorrenza, va ricordata la determinazione n. 153 del 23 novembre 1993, che ha dato luogo da parte della Corte ad un caso di disapplicazione di legge nazionale per contrasto con la normativa comunitaria.

6.2 Concorrenza e appalti di lavori

Tra gli obiettivi del programma d'indagine approvato dalla Corte con la richiamata delibera 122/94, vi era anche quello di verificare il rispetto delle norme in tema di libera concorrenza, pubblicità e trasparenza, nonché di individuare eventuali meccanismi elusivi dei precetti contenuti nelle norme poste a tutela di tali principi ed in particolare di quelle comunitarie formulate a salvaguardia della libera concorrenza.

Dall'indagine emerge in modo chiaro che nella Amministrazione statale non è dato spesso verificare una applicazione coordinata e uniforme della normativa e dei principi comunitari.

Tra le cause di tale anomalia, nella relazione della Corte è indicata anche la mancata definizione di adeguati programmi di formazione sui profili applicativi del diritto comunitario e del significato concreto della tutela della concorrenza.

L'indagine ha inoltre consentito di accertare che la deroga alle regole della concorrenza può derivare anche: dal frazionamento delle commesse di spesa; dalla adozione di non corretti

³³ Sempre a livello comunitario, l'intero settore degli appalti pubblici è sottoposto, in linea generale, a tutte le norme contenute nei Trattati istitutivi delle Comunità, concernenti la libera circolazione delle merci, il diritto di stabilimento e la libera prestazione di servizi.

³⁴ Cfr. pronuncia della Sezione controllo Stato n. 37 del 1991.

³⁵ Nell'ambito dei lavori pubblici questi principi sono stati affermati e specificati soprattutto attraverso tre direttive generali succedutesi nel tempo: la 71/305; la 89/440 e la 93/37.

³⁶ Cfr. altresì la determinazione n. 18 del 1993, che uguali principi ha affermato anche con riferimento all'art. 9 c. II lettera della legge n. 127/1993.

criteri di aggiudicazione delle commesse, soprattutto attraverso i liberi moduli della trattativa privata e la utilizzazione di meccanismi di scelta non selettivi; la frequenza del ricorso alle procedure di urgenza o di somma urgenza; l'eccessivo ricorso alla procedura di secretazione delle opere.

Per quel che concerne, infine, l'istituto della esclusione automatica delle offerte anomale, già censurato dalla Corte di giustizia per contrasto con l'art. 30, comma 4, della direttiva comunitaria n. 93/37, è noto che l'art. 21, comma 1 bis, della legge n. 109/94 ha trasformato da facoltativo ad obbligatorio il meccanismo di esclusione delle offerte anomale fino al 31 dicembre 1996, con la conseguenza che le stazioni appaltanti avrebbero dovuto procedere alla disapplicazione della norma nazionale. L'istituto, infatti, ispirato dall'esigenza di combattere le offerte anormalmente basse, è già stato in passato ritenuto dalla Corte di giustizia incompatibile con i principi comunitari perché non consente un trasparente contraddittorio con le imprese, demandando ad una aleatoria media tra le offerte la verifica di congruità delle condizioni contrattuali.

Scaduto con il 1° gennaio 1997 il periodo transitorio, nel quale ai fini della automatica esclusione dalle gare di appalto venivano considerate anormalmente basse le offerte che avessero superato il quinto della media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, con decreto del Ministro dei lavori pubblici in data 28 aprile 1997, registrato alla Corte dei conti il 6 maggio 1997 e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del successivo 8 maggio, n. 105, si è provveduto a determinare, ai sensi del citato art. 21, comma bis, della legge n. 109, il limite oltre il quale le offerte di appalto devono considerarsi anomale. Tale disposizione prevede che il predetto limite debba essere fissato "sentito l'Osservatorio dei lavori pubblici". La mancata costituzione dell'Osservatorio, peraltro, non ha impedito la emanazione dell'atto, atteso il principio, come si legge nella parte motiva del decreto, per cui l'assenza o l'impedimento di un organo consultivo previsto normativamente non può precludere l'adozione dei provvedimenti amministrativi imposti dalla legge o necessari a soddisfare pubblici interessi.

L'atto di cui sopra è cenno, fondandosi sui dati raccolti dal Ministero in ordine all'andamento delle gare espletate nell'anno precedente, non ritenuti idonei per la loro eterogeneità a consentire nell'attuale situazione di mercato l'individuazione di un livello di anomalia unico per tutte le fattispecie concorsuali sul territorio nazionale, ha ancorato il giudizio di anomalia del ribasso alle caratteristiche di specie della singola gara, fissandolo in una misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

Tornando ai risultati dell'indagine espletata dalla Corte, le anomalie incidenti sulla trasparenza sono risultate principalmente legate: all'abuso del ricorso a procedure di urgenza, senza che i relativi verbali e perizie fossero tempestivamente compilati; alle frequenti variazioni di progetto, spesso dovute ad errori programmatici e gestionali; alla mancata ostensione dei criteri alla base della determinazione dei prezzi o l'adozione di prezzari speciali non aggiornati.

In diverse fattispecie, la Corte, in sede di controllo sulla gestione, ha avuto occasione di rilevare l'anomalia del ricorso al sistema in economia, non rinvenendosi le condizioni di asserita urgenza e/o riservatezza delle opere, in relazione alle direttive comunitarie in materia di lavori e alle procedure NATO inerenti alle gare internazionali (cfr. Deliberazione n. 5/96 della Sezione del controllo).

Tra i fenomeni lesivi del principio di economicità, oltre alle cennate limitazioni della concorrenza, che possono impedire alla Amministrazione la scelta delle soluzioni più convenienti tra quelle che si presentano sul mercato, l'analisi svolta ha evidenziato il coinvolgimento del contraente nella elaborazione dei progetti e delle relative condizioni economiche, fenomeno quasi generalizzato nelle vecchie concessioni; la progressiva perdita nel contratto di appalto del carattere di normale alea per l'affidatario, attraverso l'alleggerimento di alcuni rischi a carico dell'appaltatore connaturati all'esercizio della attività di impresa; la mancata adozione di puntuali

tecniche di monitoraggio economico e gestionale, con la conseguente difficoltà di governo della spesa.

6.3 Concorrenza e appalti di servizi

Tra le tematiche sulla concorrenza affrontate dalla Sezione controllo Stato nell'esercizio 1996, assumono particolare rilievo quelle concernenti il procedimento di aggiudicazione degli appalti di servizi. Con deliberazione n. 4/97, adottata nell'adunanza del 5 novembre 1996, la Sezione del controllo -III Collegio- ha dichiarato non conformi a legge tredici decreti ministeriali facenti parte della gestione contrattuale degli appalti di servizi, affidati nel corso del 1994 dal Ministero dei lavori pubblici - Direzione generale del coordinamento territoriale (DI.CO.TER.) - ed aventi ad oggetto l'espletamento di indagini e ricerche in materia di coordinamento territoriale.

Trattandosi di atti rientranti tutti, a seconda dell'importo, o nelle tipologie elencate nell'allegato I A alla direttiva 92/50/CEE in tema di appalti pubblici di servizi, o nella disciplina di cui alla contabilità generale dello Stato, è stato censurato il mancato espletamento di procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei singoli appalti di servizi, ritenendosi del tutto ininfluenti le giustificazioni rese a posteriori dall'Amministrazione.

In particolare, è risultato che tutti gli appalti erano stati affidati a trattativa privata e che per alcuni di essi, di importo superiore alla soglia comunitaria (200.000 ECU, corrispondenti all'epoca a L. 332 milioni circa), non erano state applicate le disposizioni della direttiva 92/50/CEE (Allegato IA), concernente le procedure di aggiudicazione degli appalti di pubblici servizi.

Nelle fattispecie considerate, invero, è stata accertata la reiterazione indiscriminata di comportamenti non conformi alle norme nazionali e comunitarie in materia di appalti, con specifico riferimento alle regole della concorrenza e del mercato, non sembrando che l'Amministrazione avesse adeguatamente valutato la portata della nuova disciplina degli appalti pubblici di servizi, introdotta dalla direttiva 92/50 CEE, direttamente applicabile dal 1° luglio 1993 e poi recepita formalmente nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n. 157 del 1995.

La Sezione ha rilevato in proposito come i servizi di indagine, ricerca e consulenza oggetto delle convenzioni all'esame rientrassero tutti nelle tipologie elencate nell'allegato IA alla Direttiva di cui è cenno e i relativi provvedimenti non motivassero in alcun modo il mancato espletamento di procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei singoli appalti di servizi³⁷).

Ma anche a prescindere dal mancato richiamo formale alle norme derogatorie di cui è cenno, le diverse fattispecie esaminate sono risultate carenti dei requisiti essenziali per giustificare sul piano sostanziale la loro applicazione.

³⁷ Del tutto ininfluenti sono state considerate le giustificazioni rese in risposta ai rilievi istruttori dell'Ufficio di controllo, non trovando nessun riscontro testuale, sia pure indiretto o parziale, nella parte motiva dei singoli provvedimenti. In proposito è stata richiamata, per gli appalti «sopra soglia», una pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza n. 1257 in data 4 novembre 1994), secondo la quale l'Amministrazione, qualora abbia affidato un appalto a trattativa privata e non si sia avvalsa dei poteri previsti dalla normativa comunitaria, non può giustificare «ex post» l'avvenuto affidamento a trattativa privata assumendo la sussistenza dei relativi presupposti, atteso che l'apprezzamento delle ragioni tecniche deve essere oggetto di specifiche valutazioni da effettuare negli atti amministrativi che escludono la gara.

Non può essere condivisa l'affermazione portata dall'Amministrazione a sostegno della tesi contraria secondo la quale le convenzioni implicano lo svolgimento di un'attività di consulenza e di collaborazione tipicamente intellettuale che, in quanto tale, non troverebbe riscontro nella richiamata Direttiva comunitaria. La lettura dell'allegato IA alla Direttiva medesima, il quale riporta i cosiddetti «servizi prioritari», sottoposti per intero alle nuove norme di aggiudicazione degli appalti, fornisce elementi testuali univoci per ritenere che tutte le convenzioni stipulate dalla DI.CO.TER soggiacciono alla disciplina comunitaria: in detto elenco si rinvencono al n. 8 «servizi di ricerca e sviluppo», al n. 11 «servizi di consulenza gestionale» ed affini e al n. 12 «servizi attinenti all'urbanistica ed alla paesaggistica». Inoltre, nel testo ONU di riferimento, denominato «classification centrale des produits», tali attività sono esplicitamente classificate come intellettuali.

Del resto, per gli appalti riconducibili alla normativa comunitaria, la disposizione concernente le ragioni tecniche trova applicazione in casi del tutto particolari, come quello di prestazioni infungibili o rese in posizioni monopolistiche e, comunque, in fattispecie dalle quali non può restare estranea la considerazione della qualità del soggetto³⁸).

L'Amministrazione dei lavori pubblici ai sensi dell'art. 3, comma 6, della legge n.20/1994, ha comunicato di aver interrotto i rapporti contrattuali e di aver attivato la procedura di riconoscimento di debito nei confronti delle prestazioni già rese.

La Sezione ha, altresì, esaminato la problematica dell'applicazione della normativa comunitaria in tema di appalti pubblici di servizi anche nei confronti di Enti quali le Università e gli organismi di ricerca pubblici. Al riguardo, il Collegio ha ritenuto che nei confronti dei cennati organismi di diritto pubblico, in quanto soggetti operanti nell'ambito del mercato dei servizi di ricerca e di consulenza, sono da applicarsi le norme in tema di concorrenza anche nell'ipotesi che i medesimi beneficino di un diritto esclusivo in virtù di disposizioni legislative o regolamentari.

Circa i criteri per l'affidamento delle progettazioni, come è noto, la direttiva 92/50 ha innovato la materia delle prestazioni di lavoro autonomo di natura intellettuale, considerate come appalti di servizi. In particolare, per l'affidamento dei servizi di ingegneria compresi nell'allegato n. I alla direttiva stessa è previsto l'obbligo delle procedure di gara per importi superiori ai duecentomila ECU. La classificazione comunitaria esige la revisione di una prassi amministrativa, sinora caratterizzata dalla disapplicazione delle norme di contabilità di stato in materia di affidamento di contratti di prestazioni intellettuali. L'"intuitus personae" non dovrebbe essere più ritenuto criterio sufficiente per sottrarre alla concorrenza un settore, sino ad oggi riservato a qualificazioni professionali di fiducia dell'Amministrazione.

In occasione del controllo sulla gestione delle operazioni di dismissione IMI ed INA, la Corte, con apposite deliberazioni (n. 155/96 e n. 39/97), si è altresì pronunciata sulla assoggettabilità della scelta del collocatore e del valutatore di titoli azionari di società a partecipazione statale alla direttiva in materia di appalto di servizi pubblici n. 92/50/CEE, recepita con D.Lgs. n. 157/95.

a) Scelta del collocatore di titoli azionari.

In ordine alla selezione del collocatore di titoli azionari, la Corte ha ritenuto che facendo applicazione, nei casi di specie, dei principi contenuti nella deliberazione n. 105/95, non possa trovare applicazione la richiamata direttiva in materia di appalto di servizi pubblici n. 92/50/CEE, ricorrendo nel contratto di incarico l'elemento della garanzia del collocamento cui si correla l'esposizione finanziaria del collocatore; ciò vale a farne ritenere la qualificazione di servizio finanziario, categoria cui deve escludersi l'applicabilità della direttiva citata³⁹).

b) Scelta del valutatore di titoli azionari.

Con riferimento invece alla scelta del valutatore in occasione della dismissione di titoli azionari, la Corte ha ritenuto che, facendo applicazione, caso per caso, delle linee interpretative di cui alla citata deliberazione n. 105/95, l'esclusione della citata disciplina comunitaria può essere affermata solo nel caso in cui ricorrano nel contratto elementi tali da poter qualificare il servizio come finanziario. Nessun automatismo, dunque, bensì necessità di verificare in concreto, sulla base della convenzione che regola i rapporti tra Amministrazione e valutatore, se in concreto

³⁸ In proposito la Sezione ha richiamato le deliberazioni n. 152 e 153 del 1993.

³⁹ Per quel che concerne l'incarico di "global coordinator" alla Soc. Warburg ed alla Soc. IMI, com'è noto, sulla compatibilità dell'affidamento dell'incarico a trattativa privata con la direttiva CEE 92/50 sugli appalti di servizi, si era già pronunciata la Sezione, III Collegio, per il controllo successivo con deliberazione n. 105/95 del 14 marzo 1995. Le questioni riproposte alla Sezione hanno riguardato quindi i profili procedurali e gestionali della dismissione e le problematiche concernenti i suoi esiti e suoi risultati. E' stata così affermata la non conformità delle procedure per il conferimento dell'incarico a Warburg ed IMI alle direttive impartite dal CIPE in data 30 dicembre 1992 e dal Presidente del Consiglio in data 30 giugno 1993 e 15 ottobre 1993.

emergano o meno quegli elementi di concessione di mezzi di finanziamento o di *facilities*, con relativa esposizione finanziaria a rischio del concedente che qualificano il servizio finanziario.

6.4 Concorrenza e procedure derogatorie

Nelle relazioni degli ultimi anni, la Corte ha rilevato in termini molto critici il progressivo estendersi delle procedure derogatorie e, nell'ambito della sede applicativa e di fatto, il fenomeno, ancora più preoccupante, del dilatarsi oltre misura di una cultura dell'emergenza e dei poteri eccezionali, sulla base dei quali si pretende di poter giustificare la disapplicazione di qualsiasi regola contabile.

Anche per l'esercizio 1996 e per i primi mesi del 1997, i risultati del controllo esercitato hanno purtroppo fornito un'ampia conferma delle valutazioni svolte in precedenza in ordine al ricorso alle procedure derogatorie.

E' bene sottolineare ancora una volta che detto ricorso - consentito peraltro soltanto in presenza di situazioni di emergenza obiettivamente accertate e non anche di fronte a carenze, deficienze o ritardi cui si dovrebbe sopperire con diversi strumenti - non può mai comportare licenza di svolgere attività amministrativa al di fuori di qualsiasi regola.

Il quadro emergente dalla relazione in data 12 luglio 1996 e dalla relazione integrativa in data 14 ottobre 1996 sulla gestione del magistrato per il Po, deliberata nell'adunanza del 19 novembre 1996 della Sezione del controllo - IV Collegio⁴⁰) illustra invece una utilizzazione della deroga principalmente diretta alla elusione delle regole di concorrenza.

La tardiva redazione dei verbali ex art. 70, l'assenza di perizie e progetti se non in sede esclusivamente consuntiva, il frazionamento degli interventi, parcellizzati sulla lunghezza degli argini del fiume, sono apparsi sintomi di utilizzazione dei poteri eccezionali in senso autoreferente. Le modalità di gestione seguite hanno determinato così il risultato di sottrarre l'operato dell'Amministrazione a qualsiasi sindacato successivo.

Tra le questioni di fondo si è presentata quella riguardante l'interpretazione dell'art. 70 del r.d. 350/1895, che se può considerarsi l'archetipo dei modelli comportamentali degli interventi relativi alle situazioni di necessità, non può essere ulteriormente esteso in sede applicativa essendo di stretta interpretazione⁴¹).

Detta disposizione è in sostanza intesa, in presenza di eventi eccezionali, a temperare le esigenze legate all'immediata operatività degli interventi con i principi di trasparenza, di economicità e di efficacia. In tal modo, a fronte della deroga ai principi contrattuali della materia autorizzata dal richiamato art. 70, viene richiamata l'esigenza di verbalizzare immediatamente lo stato dei luoghi e di definire in tempi ristretti la perizia progettuale, unico elemento per assicurare un effettivo controllo interno ed esterno.

La Corte ha osservato che il rinvio di tali indefettibili adempimenti non sia giustificabile in alcuna maniera con motivi di urgenza e di efficienza, potendo anzi costituire un probabile pregiudizio sia per la definizione degli interventi, sia per il controllo sulla spesa.

⁴⁰ Cfr. Deliberazione n. 40/97 della Sezione controllo Stato.

⁴¹ La Sezione, in altra pronuncia riguardante il Magistrato delle acque di Venezia (n. 39 del 1992), ha affermato che l'allontanamento dal criterio della concorsualità dev'essere il più limitato e graduato possibile, e, in particolare, che il ricorso ad uno dei diversi istituti che l'ordinamento ha approntato per fronteggiare situazioni di urgenza non può essere frutto di una valutazione discrezionale ispirata a ragioni di opportunità, ma deve avvenire in modo da limitare quanto più possibile lo scostamento dalla regola della concorsualità.

Pertanto, ha affermato la Sezione, può ritenersi consentita l'applicazione di uno tra i diversi istituti considerati, solo quando risultasse intempestiva, per la maggiore complessità dei relativi adempimenti, l'utilizzazione dell'istituto correlato ad uno stato di urgenza di minore intensità rispetto a quello prescelto. Così, ad esempio, l'esecuzione in economia può essere legittimamente disposta solo se l'onere delle formalità richieste per la trattativa privata dall'art. 41 l. cont. Stato e i tempi necessari per osservarle rendessero questo istituto incompatibile con l'esigenza di porre rimedio alla situazione che si è determinata in concreto.

In sostanza, l'attività contrattuale del magistrato del Po nel periodo considerato è risultata poco in linea con il principio di libera concorrenza e di libera prestazione dei servizi contenuti nel trattato CEE ed introdotti nell'ordinamento interno dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287. Avuto riguardo alla globalità della gestione svolta, è stata messa in atto infatti una pratica generalizzata che attraverso l'adozione di meccanismi negoziali derogatori delle procedure concorsuali ha ristretto il gioco della concorrenza sugli interventi idraulici oggetto dell'indagine.

6.5 Concorrenza e contratti di informatica

Per quel che concerne i contratti concernenti l'informatica, premesso che in materia la pubblica amministrazione è tenuta, come regola generale, ad avvalersi della disciplina dell'appalto di servizi contenuta nella direttiva comunitaria n. 92/50/CEE e nelle norme interne di recepimento di cui al decreto legislativo n. 157/1995, il modello organizzatorio che la P.A. di norma deve apprestare per l'assegnazione a terzi di tale tipologia di servizi è il ricorso alle procedure di cui alla citato D.P.R. n. 157/95, ovvero, qualora il valore del contratto sia sotto la soglia comunitaria, a quelle previste dalla legge di contabilità generale dello Stato⁽⁴²⁾.

Di conseguenza, in materia di sistemi informativi automatizzati nelle pubbliche amministrazioni, la Corte ha ritenuto per l'organizzazione di tali servizi di regola non ammissibile lo strumento concessorio su base di diretto affidamento.

Le eccezionali ipotesi di ricorso allo schema concessorio, senza esperimento della procedura concorsuale, sono pertanto da ricondurre al disposto dell'VIII° "considerando" della direttiva servizi⁽⁴³⁾. Tale disposizione, che fa riferimento a prestazioni di servizio che non sorgono in base ad un meccanismo contrattuale, bensì in forza immediata e diretta di una specifica normativa, deve però ritenersi di stretta interpretazione, non potendo autorizzare l'elusione della "ratio" della direttiva medesima: deve quindi ritenersi che tale previsione si riferisca ad ipotesi particolari in cui la legge preveda obbligatorie prestazioni di servizio da parte di privati, ovvero in casi in cui il cittadino non sia libero di chiedere o meno la prestazione di servizi, ovvero qualora la richiesta di prestazione sia libera, ma la norma disciplini l'entità del corrispettivo da versare per il servizio reso, ovvero ancora nei casi in cui la legge individui moduli organizzatori di cui l'amministrazione possa avvalersi per l'esercizio di determinati servizi, prevalentemente senza scopo di lucro. Resta comunque fermo il principio che le forme di individuazione del contraente per lo svolgimento di un servizio senza il ricorso a procedure concorsuali previste da leggi o regolamenti devono essere compatibili con i principi generali del Trattato U.E. (artt. 52-66, 85, 86, 90.2)⁽⁴⁴⁾.

Nella prospettiva del citato art. 90.2, la deroga alle norme del Trattato può pertanto ritenersi ingiustificata - nei casi in cui sia possibile dimostrare che un determinato servizio pubblico potrebbe essere esercitato - garantendo l'adempimento della specifica "missione" nel

⁴² Anche se la direttiva 92/50/CEE non fornisce una definizione esplicita dell'attività di "servizio", è però chiaro - come è stato precisato nel referto recentemente reso in materia al Parlamento - che la Comunità ha inteso riferirsi a quel tipo di commesse pubbliche finalizzate all'ottenimento di prestazioni di attività strumentali da parte dei privati, sia in forma imprenditoriale, sia in quella forma che nel nostro ordinamento può qualificarsi come prestazione di opera autonoma. La nozione giuridica di "servizio" (art. 60 del Trattato), nell'ordinamento comunitario, va pertanto intesa in senso ampio, potendo in essa ricondursi ogni attività consistente in un fare cui corrisponda una controprestazione. Si tratta in definitiva di un'ampia accezione, di tipo residuale rispetto agli appalti di lavori pubblici e di pubbliche forniture, pienamente coerente con l'esigenza di concorrere alla formazione di un mercato interno, caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi, dei capitali.

Nei casi di affidamento di sistemi informativi automatizzati, appare dunque perfettamente idoneo lo schema contrattuale dell'appalto dei servizi, atteso che la ragione giustificatrice è costituita dall'ottenimento di una prestazione utile, che corrisponde appunto al contenuto dell'obbligazione assunta dall'appaltatore nei confronti dell'amministrazione committente, che rileva non soltanto sul piano del comportamento diligente del prestatore, ma soprattutto sul piano del risultato.

⁴³ Esso testualmente dispone: "Considerando che la prestazione di servizi è disciplinata dalla presente direttiva soltanto quando si fonda su contratti di appalto; che la prestazione su altra base, quali leggi o regolamenti ovvero contratti di lavoro, esula dal campo di applicazione della presente direttiva".

⁴⁴ Sotto tale specifico profilo, sono state dalla Corte evidenziate iniziative d'urgenza (decreto-legge 7 gennaio 1995, n. 1, reiterato con decreto-legge 9 marzo 1995, n. 64, successivamente non reiterato, né convertito in legge) che autorizzavano il Ministero del tesoro a conferire in concessione le attività di sviluppo, manutenzione e conduzione del sistema informativo della Ragioneria generale dello Stato "con affidamento fiduciario a società specializzata, avente comprovata esperienza pluriennale nella realizzazione e conduzione dei sistemi informativi complessi, anche in deroga alla legge di contabilità dello Stato".

rispetto dei principi posti a presidio dell'integrazione dei mercati quali le libertà di stabilimento, di circolazione dei servizi e di concorrenza.

Va tenuto presente che comunque la disciplina comunitaria prevale sulle leggi-provvedimento nazionali o leggi speciali per specifiche materie, per modo che, in ipotesi di riscontrato contrasto tra ordinamento interno e ordinamento comunitario, potrà provvedersi alla diretta disapplicazione della disciplina nazionale difforme, ovvero ad attivare il procedimento di cui all'art 177 del Trattato in caso di incertezza interpretativa della normativa comunitaria in relazione al caso di specie⁴⁵).

In particolare, l'istituto della concessione (su base di diretto affidamento) - se inteso come strumento attraverso il quale si consente ad un unico soggetto od ad una pluralità di operatori (il cui numero sia stabilito al di fuori delle regole di mercato) l'esercizio di un'attività o l'uso di un bene in settori sottratti all'autonomia individuale - non può ritenersi ricompreso tra i mezzi di esercizio dei poteri di programmazione e controllo previsti dall'art. 41 Cost., per modo che l'attività economica sia "indirizzata e coordinata" a fini sociali.

Indirizzo e coordinamento possono legittimamente sostanzarsi in restrizioni eccezionali all'accesso al mercato, rispondenti a rigorosi criteri tecnici, ovvero nella determinazione di atti di programma, di generali linee-guida, anche di tipo vincolante, ma ad oggetto specifico, senza che ciò comporti effetti distorsivi sulla concorrenza e sul mercato; in via di principio, non sembra quindi coerente con il sistema delineato la pervasività tipica della concessione che comporta, come regola, la restrizione dell'accesso al mercato con connessa posizione privilegiata dell'impresa concessionaria.

Devesi peraltro osservare che, in materia di concessioni di servizi, e dunque di attività, riflessi particolarmente pregiudizievoli della concorrenza derivano principalmente dalla presenza di un intervento diretto dello Stato sulla struttura del mercato, attraverso meccanismi di determinazione autoritativa del numero degli operatori.

Le concessioni (con affidamento diretto), inoltre, non soltanto non possono trovare fondamento nell'art. 41 Cost., ma neppure nel disposto di cui all'art. 43 Cost. qualora non sussista un necessario nesso tra "riserva" e "concessione"⁴⁶).

Fuori dell'ambito di applicazione degli artt. 41 e 43 Cost., eventuali leggi ad hoc, che, nel settore dei sistemi informativi automatizzati delle pubbliche amministrazioni, individuassero direttamente o indirettamente il soggetto concessionario, potrebbero comportare, come già anticipato, problemi di compatibilità con i principi costituzionali, oltre che con quelli comunitari.

Con la sottoscrizione del Trattato di Maastricht sulla Unione Europea del 7 febbraio 1992, è stato inserito, nel testo del precedente Trattato di Roma, un articolo aggiuntivo, l'articolo 3A, il quale prescrive che l'azione degli Stati membri della Comunità "sia condotta conformemente al principio di una economia di mercato e in libera concorrenza"; formula ripetuta all'art. 102 A dello stesso Trattato.

In tale contesto, nell'analisi delle modalità di scelta degli operatori per lo svolgimento di servizi pubblici, rileva principalmente il controllo del rispetto, da parte delle pubbliche amministrazioni e degli enti che erogano servizi pubblici, dei procedimenti, individuati dalle direttive comunitarie, per l'attribuzione a soggetti terzi di attività volte al conseguimento di un'utilità di "servizio", strumentali cioè alla cura di pubblici interessi, ovvero anche di funzioni pubbliche e dei correlati poteri e potestà.

⁴⁵ Cfr. Corte dei conti. Referto al Parlamento sul tema: Le società a partecipazione statale: tipologie e caratteri dei rapporti contrattuali con le amministrazioni dello Stato, in Camera dei deputati, XI legislatura, Atti parlamentari p. 9.

⁴⁶ Cfr., ad esempio, Corte Cost. 27 ottobre - 15 novembre 1988, n. 1030, che (al punto n. 9) ha affermato la coerenza con l'art. 43 Cost del vigente regime concessorio in materia di servizi di radiocomunicazione effettuati a mezzo di ponti radio.

A tale ultimo riguardo, la Commissione U.E., nel recente Libro Verde "Gli appalti nell'Unione europea", ha osservato che in materia di concessioni di diritti speciali o esclusivi "le amministrazioni aggiudicatrici devono rispettare le disposizioni del Trattato CE, in particolare le norme sulla libera circolazione dei beni e dei servizi, nonché i principi fondamentali di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza e mutuo riconoscimento".

Il mancato rispetto delle norme procedurali in materia di appalto di pubblici servizi, vanificando i criteri di garanzia contenuti nelle direttive sugli appalti, può comportare altresì la violazione di altre norme contenute negli artt. 85 e 86 del Trattato poste a diretta tutela della concorrenza.

Altro contrasto può verificarsi nei riguardi di norme che garantiscono l'integrazione dei mercati attraverso il rispetto della libertà di stabilimento e della libera circolazione dei servizi (art 52 e 59 del Trattato).

Alla luce di tali considerazioni, come già rilevato dalla Corte di conti in una precedente occasione di referto, anche con riferimento a diverse fattispecie da quelle relative ai servizi informativi automatizzati, occorrerà, caso per caso, tenere ben presente il mutato contesto normativo nazionale e comunitario in funzione dell'integrazione dei mercati in occasione del controllo del rinnovo o comunque dell'esame delle concessioni di servizi pubblici sottoposta a regimi sottratta alle regole della concorrenza e del libero mercato.

Per quel che concerne i moduli contrattuali delle singole Amministrazioni in materia di informatica, l'Amministrazione autonoma dei monopoli di Stato fa segnare un ricorso, pressochè in egual misura, ai servizi in economia ed alla trattativa privata, a fronte di nessuna licitazione e nessun appalto concorso.

Anche nell'ambito del Ministero dell'interno emerge il pressochè esclusivo ricorso alla trattativa privata, giustificato spesso con non meglio precisati motivi di segretezza.

Altro aspetto, avente portata generale, è costituito dal ricorso tendenziale alla trattativa privata, sia in virtù di norme specifiche varate proprio allo scopo di dotare l'amministrazione di un sistema informatico integrato, sia, in linea di massima, in tutti i casi di contratti al di sotto della soglia comunitaria; anche in tali ipotesi si sono verificati episodi di frazionamento contrattuale che hanno, di fatto, condotto all'elusione della normativa comunitaria (e di quella nazionale di ricezione).

7. I prezzi nei contratti pubblici

7.1 *L'inapplicabilità dell'art. 44 della legge n. 724/94;*

E' ormai improcrastinabile l'avvio di un sistema di rilevazione dei prezzi in attuazione dell'articolo 44 della legge 724/94 per le forniture e della legge 109/94 per quanto concerne la istituzione e il funzionamento dell'Osservatorio dei prezzi.

A circa due anni e mezzo dall'entrata in vigore della legge n. 724/94, deve rilevarsi, infatti, la quasi completa inattuazione dell'assetto normativo posto dall'art. 44 della legge stessa che, com'è noto, per orientare le amministrazioni pubbliche nell'individuazione del miglior prezzo di mercato, ha disposto lo svolgimento di un complesso di attività a livello amministrativo finalizzato alla strutturazione di un sistema di rilevazione dei prezzi pagati dalle stesse amministrazioni per i principali beni e servizi acquistati ed alla comparazione tra questi ultimi e i prezzi di mercato, attribuendo al Ministro del bilancio e della programmazione economica, d'intesa con il Ministro per la funzione pubblica, il compito di assicurare la realizzazione delle predette attività, attraverso la definizione di modalità, tempi e responsabilità.

L'altra realizzazione non ancora portata a compimento è l'Osservatorio dei lavori pubblici previsto dall'art. 10, lett. c) della legge 109/94, che dovrebbe operare mediante procedure informatiche anche attraverso collegamenti con gli analoghi sistemi della Ragioneria generale dello Stato, dei Ministeri interessati, dell'ISTAT, dell'INPS, dell'INAIL, dell'UPI, dell'ANCI.

Le complesse problematiche relative all'avvio dei previsti strumenti di rilevazione dei prezzi sembrano risentire dunque anche delle difficoltà connesse ad un adeguato sviluppo dei sistemi informatici delle amministrazioni pubbliche e soprattutto di quelle relative alla interconnessione tra i predetti sistemi, nelle quali vanno a concentrarsi buona parte delle tematiche dell'efficienza e della semplificazione delle procedure.

7.2 Le rilevazioni sperimentali dell'ISTAT.

L'esperienza applicativa sinora faticosamente condotta dall'ISTAT in via sperimentale, in mancanza ancora di una disciplina regolamentare da emanarsi dal Ministero del bilancio e della programmazione economica per la definizione delle modalità, tempi e responsabilità per la conduzione dell'indagine, sembra proprio scontare le cennate problematiche e dimostra che, per superare le difficoltà incontrate, le quali appaiono obiettivamente insormontabili al livello di efficienza in cui si trovano oggi mediamente le amministrazioni pubbliche italiane, occorre rapidamente cambiare l'impostazione sinora seguita che ha portato a risultati assai scarsamente significativi, limitando inizialmente le rilevazioni alle tipologie maggiormente rilevanti ed "a rischio" e predisponendo questionari più mirati alla specificità delle diverse amministrazioni in modo anche da ottenere un dettaglio adeguato di informazioni.

I problemi di metodologia che l'ISTAT si è trovato a risolvere investono essenzialmente la grandissima varietà dei beni acquistati dalla pubblica amministrazione, che può facilmente portare a disomogeneità di classificazione.

Serie difficoltà hanno incontrato anche gli enti nel formulare le risposte ai questionari a motivo soprattutto di una diversa organizzazione delle informazioni sulla spesa rispetto a quella ipotizzata nei questionari predisposti per le rilevazioni statistiche.

Le rilevazioni avviate dall'ISTAT, con la collaborazione degli altri organi del sistema statistico nazionale, hanno avuto ad oggetto la predisposizione di elementi per il raffronto e la valutazione degli scostamenti tra i prezzi di mercato dei principali beni e servizi necessari alle amministrazioni pubbliche ed i prezzi da queste effettivamente pagati in adempimento dei relativi contratti. L'indagine, progettata sulla base delle indicazioni di un apposito gruppo di lavoro, costituito presso il Ministero del bilancio e della programmazione economica, ed avviata con la circolare n. 231 del 12 gennaio 1996, ha dovuto affrontare complessi problemi metodologici e tecnici.

I criteri adottati hanno assunto come unità di rilevazione le amministrazioni pubbliche di cui al decreto legislativo 29/93 e successive modificazioni, e cioè, le amministrazioni ed aziende dello Stato, anche ad ordinamento autonomo, gli enti pubblici non economici di rilevanza nazionale (compresi gli enti di ricerca, gli enti previdenziali ed assistenziali, le regioni, le province, i comuni, gli enti, amministrazioni e aziende del servizio sanitario nazionale, le istituzioni universitarie).

La classificazione utilizzata è quella dei beni e servizi raccolti in base alla "classificazione generale dei prodotti associata alle attività economiche che li producono" (CPATECO).

Le amministrazioni chiamate a collaborare sono state 1.138; nel campione sono compresi i Ministeri, le Regioni, le Province e le Camere di commercio. Sono state anche incluse alcune espansioni per poter isolare differenziazioni qualitative particolarmente rilevanti all'interno della stessa voce. Assume particolare rilevanza l'espansione, cui ha contribuito l'AIPA per i prodotti e servizi informatici (49 voci per i "personal computer", 69 per le stampanti, 45 per i servizi informatici). La classificazione, distinta in 25 capitoli, comprende 1.273 prodotti e ogni voce compresa nella nomenclatura è stata corredata oltre che del codice anche dell'unità di misura (15 diverse unità di misura in totale) da considerarsi per la trascrizione del prezzo corrisposto per ogni prodotto acquistato.