

AGENZIA PER LA PROMOZIONE DELLO SVILUPPO DEL MEZZOGIORNO

Ripartizione IX - Studi e Ricerche

- 1.1. Tipologie ed azioni da promuovere nell'ambito dell'intervento straordinario per risolvere strozzature e problematiche connesse all'introduzione del mercato unico europeo
- 1.2. La struttura economica
- 1.3. La legislazione applicata di riferimento del settore
- 1.4. Attualità e futuro del Mezzogiorno italiano

L'IMPATTO MACROECONOMICO DEL MERCATO UNICO EUROPEO SUL
MEZZOGIORNO D'ITALIA

GLI APPALTI PUBBLICI ED IL MERCATO INTERNO EUROPEO

Parte Prima: La normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici

BIBLIOTECA	COLLOCAZIONE	AGENZIA PER LA PROMOZIONE DELLO SVILUPPO DEL MEZZOGIORNO
	Esame XIV	
	INV. N. 59935	

ECOTER S.r.l. Roma
MONITOR S.r.l. Napoli

Roma, luglio 1989

GLI APPALTI PUBBLICI E IL MERCATO INTERNO EUROPEO

INDICE

Introduzione	1
1.1. Gli obiettivi della liberalizzazione	3
1.2. Le direttive comunitarie	5
1.3. La legislazione nazionale di adeguamento alle direttive.....	8
1.4. Anomalie e disfunzioni del sistema italiano.....	13
1.5. Le nuove direttive comunitarie	25
1.6. Conclusioni.....	29

GLI APPALTI PUBBLICI ED IL MERCATO INTERNO EUROPEO

Introduzione

La liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici costituisce senza dubbio uno dei grandi temi, oltre che uno dei principali obiettivi del programma di completamento del mercato interno, approvato dal Consiglio Europeo di Milano del 1985, per la realizzazione entro il 31 dicembre 1992 di un grande "spazio" europeo senza più frontiere fisiche e vincoli al libero movimento di persone, beni, servizi e capitali.

Finalità di questo Rapporto è quella di valutare gli effetti derivanti dall'unificazione dei mercati europei nel settore degli appalti pubblici. L'intento di questa analisi è duplice. Da una parte evidenziare, sotto il profilo più strettamente giuridico, le caratteristiche principali delle direttive comunitarie in tema di appalti di lavori pubblici e, allo stesso tempo, descrivere le anomalie e le disfunzioni della legislazione nazionale di adeguamento a tali direttive.

La complessità del sistema normativo nazionale, nonché la vastità degli argomenti (di carattere istituzionale, giuridico-amministrativi, ma anche economico e sociale) connessi alla realizzazione delle opere pubbliche ha consentito di prendere in esame solo alcune delle tematiche derivanti dall'apertura del mercato degli appalti pubblici. I risultati di questa indagine sono esposti nella prima parte del presente Rapporto.

Il secondo obiettivo di questo studio è quello di esaminare le conseguenze che la maggiore trasparenza nelle procedure di partecipazione ed aggiudicazione degli appalti, e l'effettiva concorrenza che verrà ad essere stimolata tra le imprese europee per effetto della disciplina comune che regolerà l'intero settore delle opere pubbliche, determinerà non solo sul sistema di affidamento degli appalti ma anche sulla struttura dimensionale e sull'organizzazione economico-produttiva e gestionale delle imprese di costruzione. I risultati relativi all'impatto economico derivante dalla liberalizzazione dei mercati europei sono esposti nella parte seconda del Rapporto.

Senza voler anticipare considerazioni conclusive sui temi qui affrontati, appare tuttavia chiaro dallo studio che, al di là delle due posizioni estremiste con cui troppo spesso si finisce con il valutare i possibili effetti del mercato interno europeo (eccessivamente pessimista la prima in conseguenza della minore

capacità di penetrazione delle imprese italiane rispetto alle più efficienti ed agguerrite imprese concorrenti europee; moderatamente ottimista la seconda a causa dei numerosi fenomeni di compartimentazione del settore e dell'oggettiva difficoltà dalle imprese estere ad entrare in un mercato, come quello nazionale, caratterizzato da un sistema giuridico-amministrativo troppo faraginoso e contraddittorio), l'apertura del mercato degli appalti pubblici non potrà non determinare trasformazioni radicali sia nei comportamenti delle amministrazioni appaltanti sia nell'assetto produttivo e gestionale delle stesse imprese di settore. Per l'entità e la complessità dei problemi sollevati dalla liberalizzazione degli appalti, è da ritenersi che le modificazioni imposte dalle nuove direttive comunitarie in materia necessitano di tempi di attuazione che vanno ben oltre le scadenze previste per il 1992.

Affinchè gli obiettivi del mercato unico vengano raggiunti, e quindi data maggiore concorrenzialità ad un settore rimasto sino ad ora sostanzialmente caratterizzato da politiche e procedure finalizzate alla difesa di interessi nazionali, occorre in definitiva che tutti gli operatori interessati, dal legislatore alla pubblica amministrazione (sia nei suoi organi centrali che periferici) e alle stesse imprese di costruzione, assumano mentalità ed comportamenti coerenti con l'impegno assunto a livello europeo di procedere verso la completa liberalizzazione del mercato degli appalti pubblici.

Parte Prima: La normativa comunitaria e nazionale in tema di appalti pubblici

1.1. Gli obiettivi della liberalizzazione

La scadenza del 1992 ripropone quale obiettivo centrale l'effettiva liberalizzazione degli appalti pubblici.

Il raggiungimento di un simile obiettivo condiziona in maniera certamente determinante la realizzazione di un mercato unico europeo che possa dirsi veramente tale.

Il Libro Bianco, documento ufficiale approvato dal Consiglio Europeo nel 1985, inserisce infatti l'apertura degli appalti pubblici nel programma di direttive sul completamento del mercato europeo in esso contenute.

L'espressa individuazione nel Libro Bianco di un simile obiettivo è dovuta, in primo luogo, alle disposizioni previste dal trattato di Roma che, ancorchè non riguardanti direttamente gli appalti pubblici, stabiliscono i principi di base, quanto alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali, per la realizzazione del mercato unico comunitario.

Così nel trattato CEE, agli artt. 30 e seguenti, è fatto divieto agli stati membri di introdurre restrizioni quantitative all'importazione e all'esportazione nonchè di introdurre misure che abbiano un effetto equivalente a quello di tali restrizioni: ciò al fine di facilitare la libera circolazione delle merci.¹

Sempre nel trattato CEE, agli artt. 52 e seguenti e nel più vasto contesto della libera circolazione delle persone, è dato ai cittadini comunitari il diritto di stabilirsi in altro Stato membro per esercitarvi un'attività non salariata; beneficiari dal diritto sono, oltre alle persone fisiche, anche le società aventi il centro di attività principale all'interno della Comunità.

Il trattato CEE sancisce inoltre, agli artt. 59 e seguenti, il principio della

¹ Peraltro gli Stati membri CEE sono autorizzati a mantenere o ad adottare misure restrittive, per prodotti importanti, esportati o in transito, solo qualora queste trovino giustificazioni nella presenza di motivi elencati nello stesso trattato (moralità pubblica, ordine pubblico, pubblica sicurezza, tutela del patrimonio storico o archeologico nazionale, della proprietà commerciale e industriale etc.)

libera circolazione dei servizi all'interno della comunità, precisando che "il prestatore può per l'esecuzione della sua prestazione, esercitare a titolo temporaneo la sua attività nel paese ove la sua prestazione è fornita alle stesse condizioni imposte dal paese stesso ai propri cittadini".

Tanto per la libera circolazione di servizi che per la libertà di stabilimento valgono le eccezioni riguardanti le attività che in ogni singolo Stato partecipano all'esercizio dei pubblici poteri e le riserve dovute all'ordine pubblico, alla pubblica sicurezza e alla sanità pubblica.

La Corte di giustizia delle comunità europee ha dato, della nozione di attività "escluse" in quanto partecipino all'esercizio dei pubblici poteri, un'interpretazione restrittiva.²

Peraltro ostacoli legittimi alla libertà di stabilimento, come anche alla libera prestazione di servizi, derivano dalla disparità di formazione professionale che gli esercenti attività non salariate o i prestatori di servizi ricevono nei rispettivi paesi di origine.

Al fine di sopprimere tali legittimi ostacoli, dei quali può essere fatto un uso distorto, il trattato CEE stabilisce che siano adottate direttive concernenti il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati e altri titoli con adozione, se del caso, di provvedimenti per l'armonizzazione delle disposizioni nazionali in materia di formazione professionale.

In secondo luogo, il ruolo fondamentale che l'obiettivo della liberalizzazione degli appalti pubblici svolge nella realizzazione del mercato europeo e, quindi, la ragione del suo inserimento nel programma di direttive contenuto nel Libro Bianco, è da individuare nell'importanza che il mercato degli appalti di lavori e forniture pubbliche riveste nell'economia dei singoli paesi CEE.

Sono, infatti, stimati nel 9% del PIL comunitario, che sale ad oltre il 15% se si includono anche gli appalti delle imprese pubbliche, gli acquisti delle sole Pubbliche Amministrazioni senza considerare che i settori dei trasporti, energia, acqua e telecomunicazioni sono attualmente esclusi dall'ambito di applicazione della normativa comunitaria. Nonostante ciò, il processo di liberalizzazione degli appalti di lavori e forniture pubbliche ha incontrato numerosi limiti a causa non solo di interessi

² Corte di Giustizia delle comunità europee del 22.6.74, Raccolta 1979 pag. 631 punti 43, 44 e 45.

strategici molto spesso divergenti tra i Paesi CEE, ma anche per l'utilizzo degli appalti di opere pubbliche come importante strumento di politica congiunturale.

A seguito di una raggiunta effettiva liberalizzazione del settore, le Amministrazioni aggiudicatrici godranno, invece, della possibilità di operare una più vasta scelta sia dal punto di vista finanziario che qualitativo, con evidenti benefici per i bilanci pubblici dei singoli Stati membri CEE.

Inoltre, la trasparenza nell'informazione e nelle procedure di aggiudicazione che sarà necessario raggiungere per l'effettiva liberalizzazione dal settore, darà ad imprenditori e fornitori motivo per un più vasto sviluppo della propria attività sul piano comunitario oltre che su quello nazionale. Sarà, infatti, l'abbattimento delle frontiere e l'apertura del mercato degli appalti alla libera concorrenza a stimolare la crescita delle imprese anche dal punto di vista dell'efficienza.

Ne conseguirà una riduzione dei costi, una maggiore specializzazione delle società costruttrici e fornitrici di beni e servizi e si verrà a creare nello stesso tempo uno spazio per le attività di ricerca-sviluppo, consentendo dunque alle imprese che vogliono essere competitive di acquisire dimensioni e conoscenze tecnologiche adeguate al mercato unico del 1992.

La liberalizzazione del settore degli appalti pubblici fornirà, inoltre, un ulteriore motivo per procedere sulla strada del reciproco riconoscimento dei certificati, in quanto le amministrazioni aggiudicatrici dovranno definire le prescrizioni tecniche facendo riferimento a norme europee o a documenti di armonizzazione europei. In tal modo sarà fornito un utile contributo per la soppressione degli ostacoli tecnici agli scambi dei prodotti industriali, così come indicato nel programma della Commissione CEE contenuto nel Libro Bianco.

1.2. Le direttive comunitarie

Dall'attuazione dei principi del trattato CEE relativi alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento in materia di appalti di lavori e forniture pubbliche, la CEE si è occupata una prima volta nella direttiva 70/32 del 17 dicembre 1969 e nella direttiva 71/304 CEE del 26 luglio 1971.

La prima direttiva, relativamente agli appalti pubblici di lavori e forniture, impone la soppressione delle misure d'effetto equivalenti a restrizioni

quantitative individuando quest'ultime in particolare:

- nelle disposizioni che si concretizzano in un trattamento a danno dei prodotti importanti per quanto riguarda il deposito della cauzione e il regime degli acconti;
- nelle disposizioni che condizionano l'ammissione dei prodotti di stati membri CEE alla reciprocità accordata negli altri Stati CEE ai prodotti nazionali;
- nelle disposizioni tecniche aventi carattere discriminatorio.

Con la direttiva 71/304, si è imposto agli Stati membri di sopprimere le restrizioni alla libera prestazione di servizi e alla libertà di stabilimento nonchè quelle concernenti l'accesso, l'aggiudicazione, l'esecuzione o la partecipazione all'esecuzione degli appalti per lavori da eseguirsi per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e delle persone giuridiche di diritto pubblico.

Peraltro, tanto la direttiva 70/32 del 1969 quanto la 71/304 del 1971, in quanto riguardanti le restrizioni esistenti alla data della loro entrata in vigore hanno, dal punto di vista della soppressione delle restrizioni in esse completate, carattere puramente interpretativo trovando ormai diretta applicazione gli articoli del trattato CEE che vietano l'introduzione di restrizioni alla libera circolazione di beni, servizi e persone.

Fondamentali in materia sono invece le più recenti direttive CEE in vigore³ per gli appalti sia di opere che di forniture, ispirate a principi volti a garantire essenzialmente la parità delle condizioni di partecipazione agli appalti in tutti gli Stati membri e la trasparenza delle gare.

Finalità di tali direttive è infatti quella di coordinare le varie procedure nazionali di partecipazione ed aggiudicazione degli appalti perchè solo da tale coordinamento, unito all'eliminazione delle prescrizioni tecniche aventi effetto discriminatorio, potrà conseguire la realizzazione della libertà di stabilimento delle imprese e la libera prestazione dei servizi.

Così, in esse è disciplinata la pubblicità delle gare da effettuarsi a livello comunitario al fine di creare una situazione di effettiva concorrenza tra le

³ 71/305 per i lavori pubblici; 77/62, 80/767 e 88/895 per le forniture pubbliche.

imprese degli Stati membri CEE; è inoltre fatto divieto, per le Amministrazioni appaltanti, di inserire nei bandi norme o vincoli di carattere tecnico che possono pregiudicare la libera partecipazione delle imprese; vengono infine fissati alcuni principi che le Amministrazioni devono seguire per le procedure di selezione delle imprese e di aggiudicazione degli appalti.

Le direttive conservano all'Amministrazione la discrezionalità nella scelta tra procedure aperte (quelle che consentono a qualsiasi impresa di presentare un'offerta) e procedure ristrette (quelle che consentono di presentare un'offerta alle sole imprese invitate dall'ente appaltante), pur consentendo il ricorso alla trattativa privata solo in casi eccezionali espressamente previsti; fissano criteri di selezione dei partecipanti e delle imprese offerenti e, inoltre, stabiliscono la scelta tra due soli criteri per l'aggiudicazione dell'appalto: quello del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tali direttive, trovano applicazione per i soli appalti che superano una certa soglia: per i lavori pubblici è fissata in un milione di ECU, mentre per le forniture pubbliche varia in funzione dell'Ente aggiudicatore⁴.

Vietato, per contrasto con gli stessi principi ispiratori delle direttive è, poi, il richiedere obbligatoriamente, ai fini della partecipazione alle gare, che l'imprenditore straniero sia iscritto in un registro professionale del Paese dell'Amministrazione aggiudicatrice.

Sono, invece, sottratti all'applicazione delle norme procedurali previste dalla direttiva per l'aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici i contratti cosiddetti "di concessione di costruzione e gestione" e viene, peraltro, fatto obbligo alle Amministrazioni aggiudicatrici di inibire al concessionario nell'atto di concessione qualsiasi comportamento discriminatorio fondato sulla nazionalità. Se, peraltro, il concessionario è, ai sensi della direttiva, egli stesso Amministrazione aggiudicatrice, nell'aggiudicare i lavori a terzi deve

⁴ Peraltro, in linea generale, tutti gli enti appaltanti debbono rispettare la direttiva 77/62 CEE per gli appalti di importo (IVA esclusa) pari o superiore ai 200.000 ECU. Per quanto riguarda invece gli Enti di cui all'allegato I, della direttiva 80/767 CEE (Ministero del Tesoro, Ministero delle Finanze, di Grazia e Giustizia, ect...) e gli enti che sono loro subentrati, è prevista, una soglia diversa, che ha origine dell'accordo GATT sugli appalti pubblici e che varia ogni anno in funzione delle fluttuazioni dei tassi di cambio. Tali Enti se agiscono nel settore della difesa sono tenuti a rispettare tale soglia solo per l'acquisto di determinati prodotti elencati nell'allegato II della direttiva 80/767 CEE.

L'importo di tale soglia è pubblicato ogni anno negli ultimi mesi, nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee, serie "comunicazioni ed informazioni".

rispettare tutte le procedure della direttiva volte a garantire la trasparenza della gara e il massimo accesso alla stessa.

Ulteriormente, in materia di concessioni gli Stati membri CEE, con la "dichiarazione dei rappresentanti dei Governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, sulle procedure da seguire in materia di concessioni di lavori pubblici", hanno convenuto determinate procedure per quanto riguarda sia la scelta del concessionario sia la scelta degli esecutori da parte di quest'ultimo.

Tale dichiarazione, oltre a prevedere la pubblicazione del bando sulla Gazzetta ufficiale delle Comunità europee, se i lavori che si intendono affidare in concessione superano il milione di ECU, impone alla Pubblica Amministrazione di obbligare il concessionario ad affidare in appalto almeno il 30% del totale dei lavori in concessione, oppure ad indicare nelle offerte la percentuale dei lavori che intendono affidare a terzi, con la precisazione che, in ogni caso, il valore della percentuale di subappalto costituisce elemento positivo ai fini della scelta del concessionario. E', poi, sempre fatto obbligo di pubblicare i bandi di gara per gli appalti del concessionario superiori ad un milione di ECU nella Gazzetta ufficiale della CEE specificando il criterio di aggiudicazione dell'appalto (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa)⁵.

1.3. La legislazione nazionale di adeguamento alle direttive

L'introduzione della normativa comunitaria in Italia è avvenuta con la L. 584/77 attuativa in particolare della direttiva 305/71 ed introduttiva di molti di quei principi contenuti nella direttiva stessa⁶.

In attuazione della direttiva CEE la L. 584/77 compie l'equiparazione tra asta pubblica, licitazione privata e appalto concorso considerandoli tutti normali sistemi di aggiudicazione, conservando comunque alla Pubblica Amministrazione la libertà di scegliere se procedere, per l'individuazione del privato contraente, con procedura aperta (asta pubblica) o con procedure

⁵ Il contenuto di tale dichiarazione risulta essere recepito in uno schema di direttiva di prossima emanazione che peraltro riproduce molte disposizioni della direttiva 22/295 relativa alle forniture.

⁶ L'Italia peraltro emana tale legge dopo aver subito la condanna (per inadempimento degli obblighi derivanti dalla direttiva n. 305) con sentenza n. 10 del 22 settembre 1976.

ristrette (licitazione privata e appalto concorso). Al riguardo non è infatti configurabile alcuna posizione soggettiva dei privati che possa essere azionata in sede giurisdizionale.

Continua invece ad essere limitata ai casi tassativamente previsti nella legge stessa, peraltro riprodotiva del contenuto della direttiva, l'utilizzazione della procedura negoziata (trattativa privata).

Innovativa rispetto alla disciplina previgente è la legge 584/77 per quanto riguarda la pubblicità dei bandi di gara nonché i relativi contenuti. Questa legge rende infatti obbligatoria la pubblicità del bando di gara anche per l'appalto concorso, nonché la sua pubblicazione sulla Gazzetta CEE nell'intento di aprire il mercato italiano degli appalti di lavori pubblici alle imprese straniere aventi sede nei Paesi della Comunità.

Dalla stessa legge è per la prima volta disciplinato l'istituto dell'associazione temporanea di imprese, in attuazione dell'art. 21 della direttiva stessa⁷, nell'intento di diminuire i tempi ed i costi di esecuzione traducendosi l'organizzazione comune, nella fase esecutiva, in una offerta migliore per la stazione appaltante nonché in una maggiore specializzazione tecnica delle imprese.

Sempre in attuazione della direttiva si compie l'equiparazione della "concessione di sola costruzione" all'appalto.

L'adeguamento della normativa nazionale a quella comunitaria, avvenuta principalmente attraverso la L. 584/77, non ha consentito tuttavia di registrare grandi progressi in direzione di una maggiore trasparenza e regolarità nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, né tanto meno di avviare quella revisione complessiva delle numerose norme (risalenti anche al secolo scorso) che regolano l'esecuzione delle opere pubbliche in Italia e che avrebbe consentito di far compiere un salto di qualità al funzionamento delle strutture amministrative pubbliche e all'intero sistema

⁷ L'articolo 21 della L. 8 agosto 1977 n. 584 relativo all'istituto dell'associazione temporanea di imprese è stato poi modificato dall'articolo 9 L. 8 ottobre 1984 n. 687 la quale ha anche aggiunto alla 584/77 l'art. 23 bis disciplinante le società consortili. Cfr. i M. Mazzone e C. Loria "Le gare di appalto", Jandi Sapi, 1978; D. Corapi "Le Associazioni"; D. Bonvicini "Legge 8 agosto 1977 n. 584. Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea" in Nuove Leggi Civili, 1977; M. Pallottino, "Le Associazioni temporanee di Imprese: problemi di diritto pubblico", in Consorzi e Associazioni temporanee di Imprese: la gestione dell'appalto e delle concessioni di opere pubbliche, CERISOP Milano 1984; M. Mazzone e C. Loria "Le associazioni temporanee di Imprese".

di affidamento dei pubblici appalti.

I successivi provvedimenti legislativi introdotti dal nostro legislatore hanno ancora una volta tentato di sottrarre all'applicazione dei principi contenuti nella direttiva comunitaria alcune categorie di opere, o comunque cercato di restringere il campo di operatività della legge stessa. Tipico è il caso della legge 741/81 le cui norme, incompatibili con il contenuto della direttiva, sono state successivamente abrogate dalla L. 687 dell'ottobre del 1984.

L'articolo 10 della legge 741/81 sospendeva, in via eccezionale e temporanea, l'applicazione delle norme della 584 in tema di pubblicità e di prequalificazione per i lavori di importo fino a 10 miliardi, disattendendo la normativa comunitaria proprio nelle disposizioni a carattere centrale riguardo al superamento delle restrizioni per la realizzazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi.

Infatti, dato che l'ordinamento comunitario non consentiva nessuna possibilità di deroga nel senso compiuto della legge, non potevano considerarsi rilevanti le giustificazioni contenute negli atti parlamentari con riferimento alle esigenze connesse alla situazione economica del paese o al carattere eccezionale della sospensione.

Anche recentemente la legge italiana ha cercato di eludere la normativa comunitaria. Questa volta in tema di procedure di verifica delle offerte anormalmente basse previste dalla direttiva CEE 305/71, e recepite dall'ordinamento italiano nell'art. 24 terzo comma della L. 584/77.

Problemi di conformità alla normativa comunitaria sono risultati anche con la legge n. 67 del 1988 (legge finanziaria) introduttiva di un sistema di esclusione automatica delle offerte presuntamente anomale. Tale sistema è stato recentemente modificato con la legge n. 155 del 26.4.89 di conversione del D.L. 2.3.89 n. 65 che, nell'abrogare l'articolo 17 della legge 67/88, ha ripristinato il sistema previgente di individuazione dell'anomalia delle offerte.

Questa ultima legge conserva tuttavia alle Amministrazioni pubbliche la facoltà di procedere con il meccanismo del predetto art. 17 L. 67/88, fino al 31.12.92 sia pure con qualche modifica rispetto a quanto previsto dall'art. 17 L. 67/88⁸.

⁸ Sulle offerte anormalmente basse cfr. in dottrina P. Piselli, Riv. Trim. Appalti 2/88; F.P.

Non costituisce dunque un vanto la notevole produzione legislativa dell'Italia in materia di pubblici appalti date anche le difficoltà di coordinamento, i problemi applicativi, ed il contenzioso amministrativo di cui è causa.

Ma è soprattutto negli ultimi tempi che si è assistito ad una pluralità di interventi legislativi a pioggia, relativi ad istituti circoscritti che si innestano nella legislazione generale in modo farraginoso e disorganico.

Ad una simile situazione di frammentazione legislativa contribuiscono anche le numerose leggi regionali relative alle opere pubbliche in quanto creano oneri di conoscenza che non possono essere agevolmente soddisfatti.

Ci troviamo, quindi, di fronte ad un sistema legislativo disorganico con manifestazioni notevoli nel settore dei sistemi di scelta del contraente anche per la presenza di un duplice sistema di norme: quello applicabile agli appalti di importo superiore al milione di ECU e quello applicabile agli appalti al di sotto di tale limite.

Basti pensare alle numerose leggi che disciplinano la licitazione privata⁹, ed in particolare alle difficoltà di coordinare la L. 14/73 e la L. 584/77, quest'ultima applicabile ai soli appalti di importo superiore al milione di ECU, mentre la prima non fissa alcun limite di importo per la sua applicazione.

Così, da una lettura coordinata dalle due leggi, se ne è tratto che per l'esecuzione di contratti di importo inferiore al milione di ECU sarà applicabile la L. 14/73, fermo restando che quest'ultima troverà applicazione anche per gli appalti di importo superiore a detto limite nelle parti non contrastanti con la 584/77¹⁰.

Pugliese in "Le norme di adeguamento alle direttive CEE", Roma, 1979; nota Ministero Lavori Pubblici n. 986/U.L. del 25 giugno 1987; G. Ghetti, "Legge 8 agosto 1977 n. 584" in le nuove leggi civili commentate 1979.

⁹ Art. 3 r.d. n. 2440 del 1923, D.P.R. 30 giugno 1972 n. 627, L. 3 luglio 1970 n. 503, L. 2 febbraio 1973 n. 14, L. 7 agosto 1977 n. 584, L. 3 gennaio 1978 n. 1, L. 10 dicembre 1981 n. 741, L. 8 ottobre 1984 n. 687.

¹⁰ Ne deriva che mentre per gli appalti di importo superiore al milione di ECU la valutazione delle offerte ai fini della scelta dell'aggiudicatario può essere effettuata applicando i soli criteri del massimo ribasso, dell'offerta prezzi e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per gli appalti di importo inferiore i possibili criteri, oltre a quelli dell'offerta prezzi e del massimo ribasso, sono quello della media semplice, della media mediata e della media del 50% delle offerte.

In relazione poi all'appalto concorso, si fa notare come per gli appalti di importo superiore al milione di ECU questo sia diventato, per effetto della L. 584/77, sistema normale di scelta del contraente, mentre per gli appalti di importo inferiore a detto limite sia possibile adottarlo solo nelle ipotesi di cui all'art. 40 r.d. 827 del 1924, e cioè per l'esecuzione di speciali lavori o forniture sempre che "l'Amministrazione ritenga conveniente giovarsi delle iniziative e dei progetti di private competenze tecniche, artistiche o scientifiche".

Oggetto di numerosi interventi legislativi è stata anche la trattativa privata, considerata come sistema eccezionale di scelta del privato contraente. Così alle ipotesi disciplinate dall'art. 6 r.d. 18 novembre 1923 n. 2440 e dall'art. 41 r.d. 23 maggio 1924 n. 827 si sono sovrapposte le ipotesi di cui all'art. 5 L. 584/77 lett. a), b), c), d) ed e); carattere innovativo hanno, invece, le ipotesi di cui alle lettere f) e g) disciplinanti, rispettivamente, l'affidamento di lavori complementari che non figurano nel progetto posto a base del primo appalto e l'affidamento di lotti successivi al primo, consistenti nella ripetizione di opere simili a quelle che sono state oggetto del primo appalto.

Quest'ultima norma arieggia il tenore letterale dell'art. 12, L. 3 gennaio 1978 n. 1 che però non è riproduttivo della prima, in quanto la lett. g) dell'art. 5 riveste carattere di eccezione rispetto alle regole di pubblicità e di concorrenza comunitaria previste dalla legge n. 584, mentre la consentita trattativa privata, di cui all'art. 12 citato, risponde allo scopo di accelerare le procedure per l'esecuzione di opere pubbliche ed ha quindi un contenuto ben più vasto.

Specificatamente l'art. 12 della L. n. 1/1978 ammette la trattativa privata a condizione che i nuovi lavori riguardino lotti successivi di progetti generali esecutivi approvati e parzialmente finanziati e che non superino il doppio dell'importo iniziale del primo lotto; che i nuovi lavori consistano nella ripetizione di opere simili a quelle del primo appalto; che i lavori del lotto precedente siano ancora in corso; che l'impresa sia in possesso di idoneità generale e tecnica per eseguire i nuovi lavori; che infine la possibilità di affidare i lavori del lotto successivo sia stata indicata nel bando di gara iniziale e che non sia trascorso un triennio dall'aggiudicazione dei lavori del lotto precedente.

Da ultimo, per completezza, va segnalato che l'art. 13 della legge n. 741 del 10 dicembre 1981 aveva aggiunto un'ulteriore ipotesi, la lett. h) a quelle già previste nell'art. 5 l. n. 584, ipotesi poi abrogata dall'art. 4 della L. 687 del 1984.

Tale disposizione faceva riferimento all'art. 41, n. 5 reg. cont. St., norma quest'ultima che prende in considerazione le ipotesi di urgenza dei lavori da non consentire l'indugio degli incanti o della licitazione e la estendeva anche agli appalti rientranti nell'ambito di applicazione della L. n. 584 del 1977.

Estensione non più possibile in forza dell'abrogazione operata dall'art. 4 della L.687.

1.4. Anomalie e disfunzioni del sistema italiano

La disorganicità della legge nonché le conseguenti difficoltà applicative che ne derivano ha dato luogo a prassi, anche giurisprudenziali, che spesso si sostanziano in violazione della legge con conseguenze sui costi ed i tempi di realizzazione delle opere.

a) Anomalie nei bandi di gara.

Le disposizioni di legge che fissano i contenuti dei bandi di gara e delle lettere di invito suo spesso oggetto di errata applicazione.

Con riferimento ad esempio alla categoria prevalente e alle opere scorporabili il nostro ordinamento prevede il principio secondo il quale, nel caso di opere rientranti in più categorie di iscrizione all'A.N.C., l'Amministrazione appaltante ha l'obbligo di richiedere la sola categoria prevalente, salvo che per comprovati motivi tecnici, indicati in sede di progetti, non risulti indispensabile anche l'iscrizione in altre categorie.

Tale principio, è indicato per la prima volta nella circolare del Ministero dei Lavori Pubblici n. 618 del 25 novembre 1978, la quale dopo aver affermato che l'iscrizione all'Albo nelle varie categorie e classifiche, può rappresentare di per sé un ulteriore ed integrativo elemento di valutazione dell'idoneità dell'impresa, in merito ai criteri da seguirsi nello stabilire le categorie dell'Albo nelle quali le imprese da invitare dovevano essere iscritte, precisava che l'indirizzo da seguire, salvo eccezioni, era nel senso di *richiedere soltanto l'iscrizione nella categoria che nel singolo lavoro è prevalente.*

Oltre alla suddetta circolare il principio della categoria prevalente risulta fissato dall'ultimo comma dell'articolo 7 della Legge n.741 del 1981. Secondo tale disposizione l'Amministrazione appaltante nel

caso di opere rientranti in più categorie richiede nel bando di gara, ai fini dell'ammissione degli appalti e fermi restando gli altri requisiti richiesti dalle vigenti disposizioni, la iscrizione alla sola categoria prevalente rispetto al complesso delle opere.

L'obiettivo che il legislatore ha inteso perseguire con tale principio è quello di correggere le storture riscontrate molto spesso nei bandi di gara laddove si richiedeva alle imprese il possesso di un gran numero di categorie al fine di rendere selettiva, oltre ogni ragionevole limite, la loro partecipazione alle gare.

Nonostante l'elevazione del principio al rango normativo, si è constatata l'assoluta indifferenza da parte delle Amministrazioni che hanno continuato ad emanare bandi in contrasto con il principio stesso.

Per tale ragione il legislatore è ulteriormente intervenuto con l'articolo 9 della Legge n. 687 del 1984 fissando il carattere di inderogabilità della indicazione della categoria prevalente.

Il terzo comma dell'articolo 9 dispone, infatti, che la Pubblica Amministrazione *deve indicare* l'importo della categoria prevalente ai fini dell'ammissibilità di imprese che intendano presentarsi singolarmente ovvero in associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale.

In sostanza quello che inizialmente si era posto come un invito alle Amministrazioni appaltanti, diviene un vero e proprio obbligo di indicare la categoria prevalente cui occorre aggiungere la prescrizione del secondo comma dello stesso articolo che a sua volta impone all'Amministrazione di indicare parti dell'opera scorporabili con il relativo importo, la cui esecuzione può essere assunta da imprese mandanti che abbiano costituito un'associazione di tipo verticale.

Il legislatore in altri termini si è preoccupato con tale disposizione di imporre da un lato la categoria prevalente e dall'altro di favorire la costituzione di associazioni di tipo verticale con l'indicazione nel bando degli scorpori, così da favorire la partecipazione ai lavori, in un ruolo che non è di subappaltatore, delle imprese specializzate.

Ma, evidentemente, anche tale sollecitazione non ha avuto esito atteso, sì che è tuttora frequente la richiesta di contemporanea

iscrizione a più categorie per poter partecipare ad una gara di appalto senza che a fronte di tali richieste sussistano ragioni tecniche tali da giustificarla.

Va peraltro preso in esame anche il profilo relativo alla documentazione da produrre nelle varie fasi in cui si articola una gara di appalto.

Sul punto va sottolineata l'illegittimità dei bandi di gara e delle lettere di invito nelle quali, contrariamente a quanto richiede la legge, viene imposto di presentare documenti in luogo delle semplici dichiarazioni.

Anche in questa ipotesi si tratta di palesi illegittimità che precludono la partecipazione alle imprese, visto che i termini per poter predisporre la notevole serie di documenti richiesti sono spesso insufficienti.

Al riguardo va sottolineato che proprio di recente il Ministero dei Lavori Pubblici, con circolari n.2180 U.L. e 1837 U.L., ha comunicato che nessun certificato deve essere richiesto in sede di prequalifica essendo, in questo ambito sufficiente, la presentazione di dichiarazioni sostitutive.

Sempre con riferimento alle anomalie dei bandi di gara, un ulteriore aspetto da prendere in esame è legato alla valutazione della legittimità di quelle clausole tendenti a privilegiare o addirittura a riservare la partecipazione alla gara a favore delle sole imprese locali.

A fronte dell'assenza di una previsione normativa avente valenza generale, si riscontra soltanto una riserva a favore delle imprese meridionali, ai sensi dell'articolo 113 T.U. n.218 del 1978, tuttora operante ai sensi dell'art.17 L. n.64 del 1° marzo 1986, limitata peraltro alle sole forniture.

Per di più anche la normativa comunitaria, secondo cui, per gli appalti di importo superiore ad un milione di ECU, il bando di gara deve essere conforme a quanto stabilito dall'articolo 12 L. n.584 del 1977 e non può contenere clausole tendenti a discriminare artificialmente i potenziali partecipanti alla gara.

Sono noti, del resto, i principi ispiratori della citata Legge n.584 e che possono essere sintetizzati in una più ampia pubblicità delle gare;

in una selezione qualitativa delle imprese partecipanti in base a principi obiettivi, nel divieto di prescrizioni tecniche con effetto discriminatorio; nell'abolizione di qualsiasi discriminazione in relazione alle imprese partecipanti. Si tratta, in definitiva, di una effettiva garanzia della *par condicio* degli imprenditori nazionali e comunitari, nonchè di un'ampia e corretta concorrenza nelle gare di appalto.

Se, quindi, la tendenza della normativa comunitaria è quella di garantire la massima partecipazione nella scelta delle imprese, ne deriva la chiara illegittimità di clausole di riserva a certe imprese o categorie di imprese individuate secondo caratteristiche soggettive, come ad esempio la localizzazione.

Le considerazioni sopra svolte portano a ritenere legittime le sole clausole che prevedono una preferenza a favore delle imprese locali in caso di parità di condizioni offerte, in quanto in tal caso appare adeguatamente motivato il vantaggio per l'Amministrazione, a parità delle altre condizioni, per avvalersi di imprese locali che, quindi, più di altre possono rispondere alle esigenze per le quali l'appalto è stato bandito. E' ovvio che tutto questo deve essere contenuto nel bando di gara in modo che la conoscenza di tale elemento possa incidere sulla presentazione dell'offerta senza ledere la *par condicio*.

b) La licitazione privata

Una ulteriore anomalia è riscontrabile dell'orientamento giurisprudenziale che si è formato in materia, anche per appalti non disciplinati dalla Legge n.584/77.

La licitazione privata finisce per funzionare nella pratica come un'asta pubblica. La ragione risiede nel fatto che le Pubbliche Amministrazioni di fronte alle richieste di invito avanzate dalle imprese che, in base al bando di gara possono presentare offerte in quanto in possesso dei requisiti richiesti, anzichè effettuare una selezione tra le stesse finiscono per invitare tutti i richiedenti. Anzi a ciò sono obbligate secondo l'orientamento giurisprudenziale¹¹ che

¹¹ La giurisprudenza ha infatti sempre affermato l'obbligo di motivare il mancato invito. In tal senso, cfr. TAR Lazio, 7 maggio 1987 n. 258 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1987, 1371; TAR Veneto, 9 luglio 1987 n. 742 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1987, 1471; TAR Lazio II sez. 11 ottobre 1983 n.

sancisce che il mancato invito di un'impresa, che ne abbia fatto richiesta, deve essere adeguatamente motivato.

In tal modo l'Amministrazione viene privata di fatto del potere di escludere le imprese in possesso dei requisiti fissati nel bando e si svuota di contenuto l'art. 7, ultimo comma L. 14/73, in base al quale le richieste di invito non sono vincolanti per l'Amministrazione.

c) Le offerte anomale

La presenza in gara di un numero troppo elevato di imprese non è però senza conseguenze. Oltre a dilatare i tempi di svolgimento della gara stessa per verificare la regolarità della copiosa documentazione generalmente richiesta dall'ente appaltante, si viene a determinare una esasperata concorrenzialità, con il conseguente fenomeno delle offerte anomale. Queste, a loro volta, possono essere causa di ulteriore allungamento dei tempi di svolgimento della gara, in considerazione della procedura di verifica disciplinata dalla normativa comunitaria e recepita nell'ordinamento italiano.

L'esasperata concorrenzialità, con le conseguenti aggiudicazioni a prezzi troppo bassi rispetto all'oggetto della prestazione, ha spesso come grave conseguenza il levitare dei costi di realizzazione dell'opera, oltre ad un differimento in avanti nel tempo della possibilità di usufruire dell'opera pubblica da parte della collettività per il soddisfacimento dei bisogni cui era stata pensata e programmata.

Tale affermazione, quasi paradossale, ha alla base la situazione di crisi in cui versa l'Amministrazione pubblica italiana, la quale non è più in grado di predisporre progetti tecnicamente completi.

La legislazione italiana sulle opere pubbliche, infatti, parte dal presupposto che vengano posti in gara progetti esecutivi. Viceversa, una progettazione dell'opera tecnicamente non soddisfacente, unita all'alto numero di concorrenti, comporta un aumento dell'entità dei ribassi e, quindi delle offerte anomale, esistendo sempre la via

880, in *Arch. Giur. OO.PP.* 1984, 827; TAR Campania, Napoli I sez. 27 giugno 1984 n. 367 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1985, n. 245; TAR Lombardia, Milano I sez. 17 dicembre 1983 n. 193 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1984, 1175; TAR Piemonte II sez. 5 dicembre 1985 n. 513 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1986, 954; TAR Molise 29 gennaio 1986 n. 18 in *Arch. Giur. OO.PP.* 1986, 1007; TAR Lazio, II sez. 11 ottobre 1983 n. 873, in *TAR* 1983, I, 3108.

d'uscita delle varianti in corso d'opera quale sistema di recupero dei maggiori costi sopportati dall'impresa rispetto a quelli, volutamente tenuti bassi, presi a riferimento nell'offerta.

Di fronte ad un progetto molto spesso privo delle caratteristiche prescritte per la qualificazione dal bando di gara, l'impresa ha ragionevoli probabilità di trovare, nella fase esecutiva, i necessari aggiustamenti. In tal modo, anche con un'offerta non rispondente ai prezzi di mercato, l'impresa ha quasi la certezza di riuscire in qualche modo a far quadrare i conti. Diviene così secondario, in fase di gara, effettuare un'attenta valutazione del progetto, e quindi una valutazione economica e tecnica approfondita; resta invece essenziale l'acquisizione del lavoro, anche ad un prezzo basso.

Consequente a tale impostazione è l'eccessivo ricorso a varianti in corso d'opera, con il conseguente contenzioso, ed in genere l'insorgere di tutti quegli elementi che nella logica di una Pubblica Amministrazione efficiente dovrebbero essere evitati, ma che invece sono diventati nel nostro sistema di gestione degli appalti pubblici la regola.

Le varianti in corso d'opera unite alla revisione dei prezzi hanno costituito in passato gli elementi di maggiore onerosità per la Pubblica Amministrazione¹².

Ma il problema è piuttosto complesso, e va visto in funzione di altri elementi di disorganicità.

Quel che qui ci interessa sottolineare è che l'aggiudicazione di una opera pubblica a prezzi troppo bassi non sempre corrisponde ad una massimizzazione dell'interesse pubblico: l'impresa non eseguirà bene

¹² Con l'entrata in vigore dell'art. 33 della Legge n. 41 del 1986 (Legge finanziaria) sono stati temperati quegli aumenti di costo che, nella realizzazione delle opere pubbliche, derivavano dall'applicazione dell'istituto della revisione dei prezzi così come in precedenza disciplinato.

Di rilievo a tal fine sono le innovazioni introdotte da tale articolo relativamente all'inammissibilità della revisione dei prezzi per i lavori di durata inferiore all'anno e, per quelli aventi durata superiore, la non revisionabilità dei lavori eseguiti nel primo anno, l'elevazione della misura dell'alea dal 5% al 10%; lo spostamento del termine iniziale dalla presentazione dell'offerta all'aggiudicazione; la rilevazione semestrale della variazione dei prezzi da prendere a base della revisione.

La finalità di tali previsioni è, infatti, anche quella di contenere il costo delle opere pubbliche entro limiti il più possibili predeterminati gravando l'esecutore di una maggiore aleatorietà del contratto.

l'opera, o farà in modo che il lavori siano sospesi magari in attesa dell'approvazione di perizie di variante. In definitiva, si avranno tempi più lunghi e maggiori costi per la Pubblica Amministrazione, anche a seguito di un'eventuale contenzioso. Appare evidente allora come l'interesse pubblico, contrariamente a quanto dovrebbe far supporre l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici all'offerta più bassa e quindi a costi di realizzazione più contenuti per la pubblica amministrazione, sia fortemente danneggiato: il più delle volte le opere che, in sede di gara, vengono aggiudicate in base a tale criterio, in fase esecutiva vengono a costare molto di più rispetto alle condizioni iniziali previste nell'offerta¹³.

D'altro lato, è anche assente una disciplina legislativa che imponga alle imprese aspiranti all'aggiudicazione la prestazione di garanzie tali da assicurare l'esatto adempimento dell'obbligazione assunta con il contratto di appalto e che costituiscano, allo stesso tempo, un sistema automatico di selezione. L'unica garanzia che oggi può essere chiesta alle imprese è la cauzione definitiva che peraltro, data l'esiguità degli importi richiesti¹⁴ non costituisce un idoneo strumento di pressione sulle imprese inadempienti, né serio mezzo di recupero dei danni subiti dall'Amministrazione a seguito di una realizzazione incompleta o difforme dei lavori oggetto di appalto.

d) Gli artt. 17 e 18 della L. 584/77

Al fine di diminuire la concorrenzialità tra le imprese si cerca di agire sui bandi di gara introducendo clausole che costituiscono una "rigida" applicazione degli artt. 17 e 18 della L. 584/77, relativi ai requisiti di carattere tecnico, economico e finanziario, il possesso dei quali costituisce condizione per la partecipazione alla gara (anche se poi la prova circa l'effettivo possesso delle richieste capacità deve essere fornita dal solo concorrente aggiudicatario dell'appalto).

¹³ Un tentativo volto ad introdurre gare ristrette è rappresentato dalla L. 80/86 che peraltro non ha mai avuto pratica applicazione e né si prevede che ne avrà anche considerando l'avvicinarsi della scadenza del periodo di vigenza della stessa.

¹⁴ Infatti l'art. 27 del r.d. 8 febbraio 1923 n. 422 con disposizione a carattere generale fissa l'importo minimo della cauzione nella percentuale del 5% dell'importo netto dei lavori. Anche il capitolato generale del Ministero dei Lavori Pubblici fissa la cauzione nella percentuale del 5% dell'importo netto consentendo però che il capitolato speciale possa fissarne la misura fino ad un massimo del 10% dell'importo netto.

Peraltro, tale prassi incontra un limite negli orientamenti giurisprudenziali che si stanno formando in materia. Le clausole dei bandi di gara devono tenere nel dovuto conto l'importanza dei lavori da realizzare e non si possono invece concretizzare in richieste sproporzionate rispetto all'oggetto della prestazione. Ciò anche a tutela del principio del massimo accesso alle gare¹⁵.

Espressione dell'orientamento volto ad introdurre regole più rigide di qualificazione delle imprese è anche il nuovo regolamento relativo all'Albo Nazionale dei Costruttori (emanato con Decreto del Ministero dei Lavori Pubblici il 9 marzo 1989, n. 172 ed entrato in vigore il 29 maggio 1989), per mezzo del quale si vuole caratterizzare l'iscrizione a detto Albo come strumento che rispecchi l'effettiva idoneità ed affidabilità delle imprese.

A tal fine è disciplinata anche la revisione obbligatoria della posizione di tutte le imprese iscritte all'Albo nel termine di 18 mesi dall'entrata in vigore del regolamento stesso, con comminatoria di apposita sanzione in caso di inadempimento¹⁶.

La revisione a cui è stato posto il nuovo regolamento di iscrizione all'Albo non sembra possa incidere in maniera sostanziale sulla situazione attuale, quantunque rappresenti una manifestazione concreta dell'interesse degli stessi operatori del settore a mettere ordine in un mercato caratterizzato dalla eccessiva presenza di imprese poco qualificate e con insufficienti requisiti per la partecipazione ai lavori per i quali sono iscritte nell'Albo. A parte inoltre il tempo previsto per la revisione, si deve far rilevare la bassa entità dei requisiti richiesti per la selezione delle imprese, il che porta a supporre che l'obiettivo sia essenzialmente quello di eliminare le società assolutamente non operanti, le c.d. scatole vuote.

Ciò non di meno, voler rendere il certificato di iscrizione all'Albo

¹⁵ Da ultimo, cfr. Consiglio di Stato VI Sez. 17 febbraio 1988 n. 188, in Cons. Stato 1988, I, 198.

¹⁶ Se nel termine di 18 mesi dall'entrata in vigore del regolamento le Imprese iscritte non avranno presentato domanda di revisione sarà sospeso il rilascio del certificato di iscrizione all'Albo, e se l'inadempienza si prolungherà oltre i 18 mesi dalla prima scadenza si attuerà una riduzione d'ufficio dell'iscrizione all'importo minimo di cui all'art. 1 L. 768/86. E' poi disciplinata una revisione periodica ed in occasione di ogni richiesta di modifica di iscrizione.

strumento che rispecchi l'idoneità effettiva delle imprese ed il voler introdurre, in sede di gara, griglie tali da permettere l'ingresso solo a quelle effettivamente capaci di eseguire i lavori alle condizioni "offerte", costituisce senz'altro un orientamento apprezzabile per la volontà in esso insita volta non solo a limitare l'elevata partecipazione alle gare, ma anche il fenomeno delle offerte anomale.

e) L'Istituto della concessione

Come però rilevato, l'attuazione pratica di un simile orientamento incontra numerose difficoltà. Nel breve periodo, allora, la prassi maggiormente seguita è quella del ricorso all'istituto della concessione, soprattutto di committenza, e alle società di ingegneria, strumenti emergenti nella realizzazione delle opere pubbliche.

Alle società di ingegneria in particolare è affidato il compito di sostituire l'Amministrazione nella progettazione dell'opera, con le conseguenti garanzie e la responsabilità circa la perfezione tecnica del progetto per il caso in cui si manifesti la necessità di varianti in corso d'opera dovute a difetti progettuali.

Con riferimento all'istituto concessorio è noto che esso trova apposita regolamentazione nella legge n. 1137 del 24 giugno 1929. Tale normativa prevede due tipi di concessione: quello di costruzione e gestione e quello di sola costruzione dell'opera.

La legge n. 584/1977, ai soli fini dell'applicazione della stessa, ha equiparato all'appalto di opere pubbliche la concessione di sola costruzione, formula con la quale si evidenzia essenzialmente il fatto che l'impresa concessionaria ha per oggetto la sola costruzione dell'opera.

Più discussa è invece l'ipotesi in cui l'impresa svolga anche altre funzioni, quali ad esempio la progettazione, le eventuali espropriazioni, la direzione lavori, la manutenzione, con esclusione delle sole attività gestionali. In tal caso si individua una distinta figura di concessione (c.d. *tertium genus*), per il cui quadro di riferimento normativo si ritiene operante la legge n. 584/77¹⁷.

¹⁷ Cfr. Corte dei Conti Sez. Controllo Stato 15 luglio 1983, n. 1370 in Arch. Giur. OO.PP. 1983, II, 383.

Molto diffuso nella pratica risulta poi essere il ricorso alle concessioni cosiddette di committenza o di servizi.

Si tratta di un tipo di affidamento concessorio largamente utilizzato soprattutto a livello di partecipazioni statali, anche se non se ne trova traccia normativa ma soltanto nelle elaborazioni dottrinali.

E' questo un tipo di affidamento concessorio che, se si passa in rassegna tutta la normativa sui lavori pubblici, non si trova disciplinato in nessuna norma; pur tuttavia esso viene ricondotto alla legge n. 1137 del 1929 e viene frequentemente applicato per sopperire alle carenze istituzionali dell'Amministrazione; nella concessione di committenza, infatti, il concessionario non ha come obiettivo quello di realizzare l'opera ma quello di svolgere tutti i compiti tipici della stazione appaltante.

Con questo tipo di concessione quindi l'Amministrazione delega ad un soggetto privato lo svolgimento di una serie di compiti che sono suoi propri: il reperimento dei finanziamenti, l'effettuazione della progettazione, lo svolgimento delle gare d'appalto, l'effettuazione delle espropriazioni, lo svolgimento delle attività di direzione lavori ed, in alcuni casi, l'espletamento delle operazioni di collaudo. Tra i compiti della concessionaria non è però compreso quello dell'esecuzione dell'opera, che dovrà essere affidata ad imprese di costruzione qualificate e scelte in base a formale gara d'appalto.

Nell'esercizio di tali funzioni pubbliche, il concessionario è tenuto a rispettare le norme che regolano l'agire della Pubblica Amministrazione e quindi anche la legge 584/77 nei casi in cui essa sia applicabile¹⁸.

Viene ricondotto alla Legge n. 1137 del 1929 e viene frequentemente applicato per sopperire alle carenze istituzionali dell'Amministrazione: nella concessione di committenza, infatti, il concessionario non ha come obiettivo quello di realizzare l'opera ma quello di svolgere tutti quei compiti tipici di stazione appaltante propri delle Pubbliche Amministrazioni.

¹⁸ Cfr. in tale senso parere del Consiglio di Stato, II, 15 aprile '86, n. 582.

Il Concessionario, che in questo caso può essere indifferentemente un soggetto pubblico o privato e, se trattasi di soggetto privato, non deve necessariamente essere appaltatore. Infatti, dovendo svolgere compiti di stazione appaltante, i requisiti di capacità imprenditoriale richiesti saranno giustamente diversi da quelli che usualmente si richiedono ad una impresa che debba realizzare l'opera direttamente (iscrizione all'A.N.C., requisiti di capacità tecnica ed economica adeguati alla natura e alle dimensioni dell'opera da eseguire, attrezzature, ect.)

L'individuazione, compiuta dalla dottrina, della concessione di committenza trova fondamento sia nella legislazione speciale del settore sia nella normativa "generale" del 1929.

E' proprio la previsione contenuta in molte leggi speciali (art. 1 L. 29.12.69 n. 1042; art. 30 L. 5.2.1970, n. 21; art. 138, 4° comma, T.U. 6.3.1978 n. 218; art. 7 L. 3.4.1979, n. 122), circa la possibilità di attribuire mediante concessione la realizzazione di opere a "*società*", che ha implicitamente consentito di includere tra i possibili destinatari delle concessioni anche soggetti non appaltatori e quindi in grado di svolgere soltanto compiti di stazione appaltante e non anche di eseguire di persona i lavori.

La Legge generale del 1929 art. 1 primo comma sancisce testualmente che "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 è applicabile tanto ai soggetti pubblici quanto a quelli privati, anche in considerazione del fatto che nessuna norma della L. n. 1137/29 disciplina in maniera diversa la posizione delle due categorie di possibili concessionari, per quanto riguarda in particolare i compiti che agli stessi possono essere affidati.

In definitiva ne deriva che anche i concessionari privati, in quanto soggetti all'identica disciplina giuridica cui sono sottoposti i soggetti pubblici, sono autorizzati a svolgere i compiti tipici di stazione appaltante quando non rivestono la qualifica di appaltatori.

Il concessionario di committenza può essere liberamente scelto dalla stazione appaltante senza dover soggiacere a quanto disposto dalla

legge e dal regolamento di contabilità generale dello Stato e, per gli appalti di importo superiore al milione di ECU, della Legge n. 584/77 riferendosi questa alla concessione di sola costruzione.

L'Amministrazione non è quindi tenuta ad esperire procedure di gara formali o informali, necessaria è però la motivazione del provvedimento con l'indicazione delle ragioni e che hanno giustificato la scelta.

Il crescente ricorso effettuato dalla pubblica amministrazione all'istituto della concessione, specie in relazione alla realizzazione delle grandi infrastrutture e alle opere pubbliche di maggiore dimensione finanziaria, è da collegare sia alla necessità di accelerare (specie in situazioni congiunturali caratterizzate da una bassa dinamica della domanda interna) i tempi di esecuzione dei lavori pubblici, sia più in generale per sopperire ad una struttura amministrativa inadeguata (sia a livello centrale che locale) a progettare e a seguire tutte le fasi necessarie alla loro realizzazione.

Da un'Amministrazione tecnicamente efficiente, compatta, capace di progettare e seguire puntualmente l'esecuzione dei lavori si è passati oggi ad un'Amministrazione non più in grado di assolvere completamente i propri compiti. Per contro, si è via via registrata anche una decisa crescita dell'imprenditorialità privata, capace non solo di compiti di mera e semplice esecuzione. In definitiva, l'evoluzione del sistema è stata nel senso di legittimare l'imprenditoria privata a ricoprire proprio quegli spazi lasciati vuoti dall'Amministrazione; la crescita dell'imprenditorialità, quindi, è speculare alla progressiva riduzione delle capacità tecniche della nostra Amministrazione non sempre - anzi, sempre meno - capace di cogliere e gestire gli elementi di novità e di rapportarsi alla complessità degli interventi e delle opere da realizzare.

D'altra parte l'evoluzione del sistema è anche comprensibile alla luce del progressivo sviluppo della politica delle opere pubbliche ed, in genere, dello sviluppo tecnologico delle costruzioni: è la sempre maggiore complessità delle opere a richiedere progetti di ampio respiro, anche se fortemente tipicizzati (i c.d. progetti integrati), nella consapevolezza che un'opera pubblica non può più essere considerata fine a se stessa, ma deve essere inquadrata in uno specifico assetto territoriale e soprattutto nel rispetto dell'ambiente (ecosistema) nel quale deve essere inserita e/o esercitare le sue

funzioni di servizio.

L'imprenditoria privata - ed in particolare le società a prevalente capitale pubblico - si è specializzata ed organizzata in vista di queste nuove esigenze. Non così invece l'Amministrazione che, nel suo progressivo impoverimento di risorse, non dispone della necessaria flessibilità funzionale ed organizzativa per lo svolgimento di compiti così complessi.

Di qui la necessità di ricorrere a nuovi schemi operativi, improntati su livelli collaborativi, con conseguente trasferimento di compiti e funzioni dal momento pubblicistico a quello privatistico.

In tale contesto, allora, rilevandosi inadeguato il ricorso al contratto d'appalto di opere pubbliche, soprattutto per le connotazioni che con esso assume l'imprenditore privato visto solo come mero esecutore, si colloca, o meglio si impone, il maggiore ricorso allo strumento della concessione per l'affidamento e la realizzazione delle opere pubbliche.

1.5. Le nuove direttive comunitarie

In vista del 1992, nuove direttive sono all'esame della Commissione CEE nelle quali c'è un chiaro orientamento volto ad aprire alla normativa comunitaria i settori oggi esclusi, quali quello dell'energia, dei trasporti, dell'acqua e delle telecomunicazioni.

Così, al fine di creare una situazione di effettiva concorrenza fra le imprese CEE, la nuova direttiva sui lavori pubblici, approvata il 14/6/1989, amplia il concetto di "amministrazione aggiudicatrice" ed estende la direttiva anche a lavori finanziati dallo Stato tramite Enti che non rientrano in tale nozione.

Anche l'ammontare degli appalti viene aumentato tenendosi conto dell'aumento dei costi dell'edilizia e dell'interesse delle piccole e medie imprese a partecipare ad appalti di entità media: detto limite viene fissato in 5 milioni di ECU, in modo tale da evitare anche gli effetti negativi di una soglia troppo bassa.

Inoltre, al fine di consentire una maggiore mobilità delle imprese sul territorio comunitario, la nuova direttiva rende obbligatoria per le Amministrazioni la pubblicazione del programma lavori approvato, relativo agli affidamenti di importo superiore a 5 milioni di ECU, nonchè i relativi

bandi di gara, nel testo integrale, e non per estratto. E'anche prevista la pubblicazione dei risultati della gara di appalto¹⁹.

Per consentire, infine, alle imprese di proporre le offerte in termini ragionevoli la nuova direttiva prevede un prolungamento dei termini per la presentazione delle domande di partecipazione nonché delle offerte, rendendo così congruo il tempo per la presentazione di offerte ben valutate e ponderate in relazione alla prestazione richiesta.

Come orientamento generale, rimane ferma la facoltà concessa alle Amministrazioni di scegliere liberamente tra procedura aperta e procedura ristretta, conservando il ricorso alla trattativa privata carattere eccezionale, nei soli casi cioè espressamente previsti dalla legge.

Interessante è poi la circostanza che la nuova direttiva individui, inoltre, le procedure aperte nelle "procedure nazionali in cui ogni impresa interessata può presentare un'offerta"; quelle ristrette nelle "procedure nazionali in cui sono accoglibili soltanto le offerte delle imprese invitate dai poteri aggiudicatori"; quelle negoziate nelle "procedure nazionali in cui i poteri aggiudicatori consultano le imprese di propria scelta e negoziano con le medesime" (trattativa privata).

Per inciso, poi, è da osservare come tale direttiva, per alcuni dei casi in cui è consentito ricorrere alla trattativa privata, obblighi la Pubblica Amministrazione a pubblicare i relativi bandi di gara ed a consultare obbligatoriamente un numero di imprese non inferiore a 3 scelte in base ai criteri qualitativi.

Ulteriore aspetto interessante è legato all'obbligo per le Pubbliche Amministrazioni di indicare nel bando di gara la c.d. "forcella". Questa consiste, in sostanza, nella fissazione, limitatamente alle procedure ristrette, di un limite minimo e di uno massimo all'interno dei quali si collocherà il numero delle imprese che potranno essere invitate, tenendo conto anche dell'importanza dell'opera da realizzare²⁰.

¹⁹ Fino ad oggi la mobilità delle Imprese nell'ambito europeo è stata quasi nulla, e ciò quale conseguenza della bassa pubblicazione dei bandi a livello comunitario e, comunque, della pubblicazione dei bandi relativi a lavori di importo esiguo non in grado di coprire il costo del trasferimento dell'organizzazione produttiva.

²⁰ La forcella sembra per ora oscillare tra un limite minimo di 5 imprese ed un limite massimo che non può essere inferiore ad 8 o superiore a 20. Lo scopo della forcella è quello di evitare gli effetti

Per assicurare una maggiore trasparenza delle gare nella direttiva è previsto l'obbligo per le Amministrazioni di motivare l'esclusione delle imprese partecipanti e se queste ultime hanno presentato offerta, l'obbligo di comunicare alle stesse il nome dell'aggiudicatario con la giustificazione della scelta dell'offerta. Tali adempimenti sono peraltro condizionati all'espressa richiesta del soggetto escluso²¹.

Si vuole, inoltre, garantire la trasparenza delle condizioni di esecuzione dei lavori, facendo obbligo all'offerente di indicare la quota dei lavori che intende subappaltare, e ponendo comunque sempre a carico dell'imprenditore principale la responsabilità per quanto realizzato dal subappaltatore.

Per le offerte anomale, invece, continua ad essere prevista una procedura di verifica della regolarità dell'offerta stessa con relativa richiesta di giustificazioni²².

Si prevede, poi, un meccanismo di verifica della corretta applicazione delle norme comunitarie, finalizzato a rendere effettiva l'apertura del mercato alla concorrenza. Si tratta di una comunicazione che gli Stati membri debbono effettuare alla Commissione CEE dei contratti stipulati da ogni singola Amministrazione, con indicazione della nazionalità dell'imprenditore nonché della procedura utilizzata per la scelta del contraente.

Quelle sopra viste sono, dunque, le principali innovazioni contenute nella nuova direttiva CEE, tutte volte a rendere sempre più operante l'integrazione a livello europeo.

Per conseguire tuttavia un'effettiva apertura del mercato europeo alla concorrenza è necessario uniformare, per quanto ciò sia possibile, i sistemi legislativi ed amministrativi vigenti in materia di appalti nei diversi Stati membri CEE.

negativi di una spinta concorrenziale irrazionale all'acquisizione dei contratti, lasciando all'Amministrazione la scelta dei numeri dei partecipanti alla gara ritenuto idoneo.

21 E' inoltre prevista la redazione di un verbale per ogni procedura di gara.

22 Così anche la direttiva 305/71. La valutazione delle offerte deve essere effettuata tenendo conto della situazione esistente nel paese dell'offerente e tenendo conto dell'eventuale sovrapprezzo derivante dal fatto che i lavori vanno eseguiti in un altro paese della comunità. Si deve cioè agire in maniera tale da non creare disparità di trattamento tra offerenti nazionali ed esteri.

Tali sistemi, nella maggior parte dei casi ed a differenza di quello italiano, sono scarni di regole e leggi e comunque tali da limitare notevolmente in via di diritto o di fatto, le possibilità di presentare ricorsi amministrativi contro pretesi comportamenti illegittimi delle Pubbliche Amministrazioni in fase di scelta del contraente.

Così, ad esempio in Inghilterra, le norme in materia di appalti hanno un semplice ruolo informativo, conseguenza del carattere storico e giurisprudenziale del diritto.

In Francia, poi, il contenzioso amministrativo ha carattere assolutamente eccezionale: se, infatti, si risulta perdenti si rischia di essere esclusi dalle future gare indette dall'Amministrazione interessata.

In Germania esiste invece un'unica legge che regola tutta la materia degli appalti; inoltre, nella fase di scelta del contraente non esiste possibilità alcuna di tutela giurisdizionale.

In Portogallo, invece, è disciplinato un tentativo di conciliazione obbligatoria per sopperire alle scarse possibilità di tutela giurisdizionale.

Le imprese italiane, allora, data la diversità e al tempo stesso le maggiori garanzie previste dal nostro sistema legislativo rispetto a quanto avviene negli altri Paesi CEE, rischiano di essere ulteriormente penalizzate: in pratica esse non hanno la possibilità giuridica di far valere irregolarità nello svolgimento di gare alle quali abbiano partecipato all'estero, mentre le imprese di altri Stati CEE che partecipino a gare in Italia, possono ricorrere, in quanto il sistema giuridico lo prevede, per la tutela dei propri interessi in tutte le fasi della procedura di aggiudicazione.

Ed il problema diventa ancora più rilevante ove si tratti di garantire l'applicazione del diritto comunitario.

Proprio in relazione allo specifico problema, esiste una proposta di direttiva volta a fornire agli imprenditori mezzi di ricorso amministrativo o giurisdizionale, da esperire in qualunque fase della procedura e con la possibilità di ottenere il risarcimento del danno subito.

A tal fine è prevista, da un lato, l'attribuzione alle autorità amministrative o giudiziarie competenti di ogni singolo Stato CEE, del potere di sospendere la procedura di aggiudicazione o l'eventuale decisione presa dall'Amministrazione giudicatrice. Dall'altro lato, a garanzia del rispetto delle

norme comunitarie, è sancita la possibilità di intervento della Commissione CEE nel corso delle procedure giudiziarie od amministrative nazionali. La Commissione può anche intervenire presso l'Amministrazione procedente per sospendere, per un periodo limitato, la procedura di aggiudicazione seguita.

Si verifica, così, non soltanto l'adeguamento dei vari ordinamenti nazionali alle direttive comunitarie in tema di realizzazione di opere pubbliche, ma anche un'effettiva garanzia di tutela per i soggetti interessati e di uniformità di giudizio, in considerazione della possibilità, per tutti gli interessati, di usufruire dello stesso mezzo di tutela, a prescindere dalla nazionalità.

1.6. Conclusioni

Le considerazioni sin qui svolte impongono una breve riflessione sui possibili sviluppi che avrà il settore delle costruzioni alla luce dell'imminente apertura del mercato europeo.

Sin qui si è evidenziato che il settore delle opere pubbliche sta vivendo una forte conflittualità fra le varie componenti del mondo imprenditoriale, conflittualità che si sostanzia in gare oltremodo affollate, nella presenza di offerte anomale e in bandi di gare irregolari.

La patologia di una tale situazione va ricercata in primo luogo nella carenza progettuale.

Quelli che vengono posti in gara non sono molto spesso che progetti di massima. Non v'è da stupirsi allora se la gran parte delle patologie che si riscontrano nel corso dell'esecuzione delle opere sia riconducibile al momento progettuale.

Le conseguenze più frequenti derivanti da tale situazione sono:

- la necessità di fare ricorso alle perizie di variante;
- il maggior costo dell'opera;
- il mancato rispetto dei tempi di esecuzione.

Per ovviare alle patologie generate dalla carenza di progettazione si è assistito in questi anni ad un fenomeno che è di per sé causa di ulteriori e ben più gravi distorsioni: il ricorso all'istituto della concessione c.d. di committenza,

che così come è oggi utilizzato serve soltanto ad istaurare una cerniera tra l'amministrazione e le imprese esecutrici, maschera in realtà un vero e proprio rapporto di intermediazione.

Ciò non è esattamente il risultato che si voleva raggiungere: è, anzi, una stortura da eliminare.

Non è da escludere, invece, la possibilità, considerate le carenze della Pubblica Amministrazione, di avvalersi per la progettazione di professionisti singoli o di forme collaterali quali le società di ingegneria.

Acquisito un progetto esecutivo sarà più agevole per l'Amministrazione indire una gara formale, sulla base di quel progetto, a forfait chiuso e chiavi in mano.

Ma una carente progettazione ha inevitabili riflessi negativi anche sui sistemi di gara, considerato che un progetto malfatto induce le imprese a presentare offerte con ribassi eccessivi sapendo che in sede esecutiva tutto potrà riequilibrarsi con una variante al progetto originario.

In quest'ambito la patologia più frequente, come è stato sottolineato, è data attualmente dal ricorso al sistema dell'art. 24 lett. b) della Legge 584 del 1977 definito "metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa". Al riguardo va detto che tale sistema, così come viene attualmente utilizzato, serve esclusivamente per mascherare una vera e propria trattativa privata.

Di fronte a tale situazione le modifiche che, inevitabilmente, le direttive comunitarie imporranno al legislatore nazionale e l'apertura del mercato europeo potranno solo parzialmente attenuare le attuali patologie.

C'è necessità, invece, di intervenire più radicalmente introducendo nel sistema italiano nuovi istituti che sinora sono soltanto ipotizzati e che, invece, all'estero sono da tempo entrati nella prassi amministrativa.

Ci si riferisce in particolare alle società miste tra enti pubblici e privati, alla figura del general contractor, ed addirittura all'intervento dei privati sin dalla fase di programmazione e di finanziamento di un'opera pubblica a fronte dei proventi della gestione (come ad esempio sta avvenendo per il tunnel della Manica).

In sostanza si tratta di prendere atto definitivamente della necessità di coadiuvare la pubblica Amministrazione affiancando ad essa soggetti in grado di supplire alle carenze sin qui evidenziate.

Il tutto, però, con istituti e procedure nuove atteso che quelli sin qui utilizzati (primo fra tutti il ricorso alla concessione di committenza) non hanno sicuramente risolto i problemi per i quali si era ad essi ricorso.

Solo operando un effettivo riequilibrio tra le parti contraenti sotto il profilo della capacità tecnico-amministrativa del committente si potranno, infatti, alleviare le attuali storture calmierando il mercato e riducendo l'attuale esasperata concorrenzialità.

Ciò non comporta, necessariamente, il ricorso a nuovi interventi del legislatore, bensì l'applicazione di istituti e formule sino ad ora in disuso.

Si pensi al riguardo alla scarsa utilizzazione che sin qui si è fatta dell'appalto concorso che, invece, se utilizzato, avrebbe potuto risolvere il problema della carenza progettuale, ponendo, peraltro, in capo all'appaltatore la responsabilità del progetto e, quindi, eliminando anche tutti quegli oneri che un progetto malfatto comporta per l'Amministrazione.

In conclusione il settore delle opere pubbliche necessita di un radicale cambio di rotta e questo solo in parte deriverà dall'apertura prevista per il 1993.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- A.A.V.V.: "La concessione per l'esecuzione di opere pubbliche ed i consorzi di imprese", Maggioli Editore, Rimini 1987.
- A.M.I., Atti del Convegno su "Trasparenza e anomalie dei bandi di gara", Aldovrandi Palace, Roma 28/2/1989.
- Alibrandi T.: "Il procedimento di gara nella legge 8 agosto 1977 n.584", in *Rassegna Lavori Pubblici*, 1979.
- Bonvicini D.: "Legge 8 agosto 1977 n. 584. Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità Economica Europea", in *Nuove Leggi Civili*, 1977.
- Canestrari C., Imbesi G., Virano M.: "Nel labirinto degli appalti. L'urgenza di una riforma in vista del 1992", Editori del Grifo, 1988.
- Carbone P.: "I limiti della facoltà di invito della stazione appaltante in caso di licitazione per l'appalto di opere pubbliche", in *Giurisprudenza Italiana*, 1982.
- CEE, Vademecum sugli appalti pubblici nella Comunità, G.U. CEE n. 358 del 31/12/1987.
- Cianflone A.: "I nuovi metodi di gara nella licitazione privata per l'affidamento di appalti di opere pubbliche", in *Rassegna Lavori Pubblici*, 1973.
- Flamme M.A., Flamme P.: "Vers l'Europe des marchés publics", *Revue du Marché Commun*, n° 320/1988.
- Ghetti G.: "Legge 8 agosto 1977 n. 584" in *Le nuove leggi civili commentate*, 1979.
- Giannini M.S.: "Punti fermi in tema di opere pubbliche", *Rivista Trimestrale degli Appalti*, n° 1/1986.
- IGI, Verso il 1992. Collana Lavori pubblici e sistemi giuridici a confronto, Roma, marzo 1989.

- Mazzone M., Loria C.: "Le associazioni temporanee di Imprese", Jandi Sapi, 1986.
- Mazzone M., Loria C.: "Le gare di appalto", Jandi Sapi, 1978
- Pallottino M.: "Le Associazioni temporanee di imprese: problemi di diritto pubblico", in *Consorzi e Associazioni temporanee di Imprese: la gestione dell'appalto e delle concessioni di opere pubbliche*, CERISOP, Milano 1984.
- Pugliese F.P.: "Le norme di adeguamento alle direttive CEE", Roma, 1979;
- Rametta R.: "Le procedure di scelta negli appalti pubblici in Italia", Relazione presentata al 2° Simposio sulle Costruzioni europee, Barcellona 5-7/1988.
- Rametta R.: "Profili istituzionali ed organizzativi dell'intervento straordinario nel Mezzogiorno", Quaderno CERISOP, 1989.
- Reale V.: "Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata", in *Nuova Rassegna di Legislazione Dottrina e Giurisprudenza*, 1974
- Triulzi U.: "Gli appalti pubblici ed il 1992", in *Europa e Mezzogiorno*, Dossier di documentazione comunitaria n° 12, Formez, marzo 1989.

