



*Autorità per la vigilanza sui contratti
pubblici di lavori, servizi e forniture*

Luigi Giampaolino

*L'attività di regolazione come strumento di efficienza del mercato
dei contratti pubblici*

Convegno

“Infrastrutture e Servizi: Competitività e Regole”

Roma, 26 giugno 2008



L'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE COME STRUMENTO DI EFFICIENZA DEL MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI

di Luigi Giampaolino

Presidente dell'Autorità per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

1. L'incontro che l'Autorità ha inteso organizzare alla vigilia del suo più importante appuntamento istituzionale – la presentazione della Relazione al Parlamento sulla attività da essa svolta - si colloca all'inizio di una legislatura che si prospetta carica di impegni per realizzare le riforme necessarie alla modernizzazione del sistema Paese:

- riforme degli Organi istituzionali di vertice, per rendere più snello il sistema delle decisioni ed assicurare un equilibrato rapporto tra centro e periferia.
- riforme nel mondo dell'economia, per intensificare le spinte verso mercati efficienti in grado di assicurare la ripresa di competitività, oggi affievolitasi in troppi settori.

A tale proposito mette conto di ricordare che, dai dati raccolti dall'Autorità riguardanti gli appalti di lavori pubblici posti in gara nel corso del 2007, questi ammontano a circa 30 miliardi di euro, corrispondenti al 2% del PIL.

Nei principali Paesi europei l'incidenza delle opere pubbliche sul PIL è, invece, in media, del 3%.

E' comune opinione pertanto che, per ridurre il gap con il resto dei Paesi europei, è necessario incentivare gli investimenti e, in particolare, le infrastrutture che, spesso, costituiscono un punto nevralgico per dare nuovo slancio allo sviluppo e alla competitività del Paese.

2. Ad un tale obiettivo devono collaborare tutti i soggetti comunque investiti di competenze funzionali nella materia, e, tra questi, tra i primi, l'Autorità.

Questa – senza nulla rinnegare della sua azione di vigilanza sino ad ora svolta – sta affrontando con determinazione anche la missione che il nuovo contesto giuridico, economico, sociale le assegna.

Nata in un periodo in cui bisognava tendere a sanzionare un mercato che non aveva le caratteristiche che devono connotarlo, ora il mercato che occorre sostenere e sviluppare, si trova di fronte, da un lato, uno Stato che non riesce a spendere, se non con grande lentezza e discontinuità, e, dall'altro, imprese che hanno notevoli difficoltà a crescere ed a modernizzarsi.

Una spesa pubblica, dunque, per un verso lenta, per un altro eccessiva, rispetto al prodotto ed ai tempi e modalità di esecuzione; una spesa che genera un livello di servizi mediamente inadeguati a sostenere la competitività del sistema.

Ma, a ben vedere, il problema non è soltanto quello della spesa pubblica, ma altresì quello di una mobilitazione di tutte le risorse disponibili.

3. L'Autorità è pienamente consapevole che, in primo luogo, occorre definitivamente uscire dalla cultura del sospetto che ha ispirato la legislazione dei primi anni novanta e restituire - così come richiede la normativa e la giurisprudenza comunitaria - un'adeguata discrezionalità e responsabilità alle stazioni appaltanti.

Ma tutto il sistema deve muoversi nel senso di una sua concentrazione efficientista accorpendo vigorosamente la domanda pubblica aggregata con lo sviluppo delle centrali di committenza e spingendo il sistema delle imprese verso un maggiore dinamismo imprenditoriale.

Un grande patto, in un comune contesto di garanzie, soprattutto per aumentare gli investimenti pubblici e privati, deve pertanto collegare in un circuito virtuoso Autorità, stazioni appaltanti, imprese e cittadini, che, come utenti dei servizi, devono entrare in un contesto bilaterale di segnalazioni e di informazioni.

4. V'è da dire che, allo stato, l'idea di un mercato efficiente con contraenti collocati in posizione simmetrica non appare realmente realizzata.

L'attuale architettura e le pratiche che ne conseguono, al di là di una visione solo virtualmente arcigna del controllo, non vede la parte pubblica dialogante, alla pari, nel mercato.

E ciò sia sotto il profilo della spesa, in quanto il ruolo apparentemente prevalente dell'offerta al massimo ribasso non garantisce sempre la qualità, sia delle soluzioni tecniche, che comportano sistematiche ed onerose varianti, sia della conseguente assunzione del rischio, che appare, al di là delle costruzioni dottrinali, sostanzialmente accollata al pubblico potere committente; sia, infine, dei tempi di esecuzione, sistematicamente non rispettati.

5. Ai fini di un approccio volto a condurre in binari fisiologici il sistema, appare preliminare individuare correttamente ruoli e responsabilità dei vari attori del mercato. Compito essenziale del pubblico potere - e che ne circoscrive ruolo e responsabilità - è quello di individuare le priorità e i bisogni della comunità amministrata, nonché le soluzioni relative alla compatibilità di costo, alle modalità di finanziamento, ai tempi per assicurare il risultato, non potendo i committenti, ed, in particolare, i poteri democratici improntati al criterio, esplicito o implicito che sia, del bilancio di mandato, vivere e far vivere in una prospettiva atemporale.

All'Autorità, pertanto, il compito di far rispettare le regole poste a presidio della correttezza dei criteri di partecipazione, che devono assicurare la parità delle armi dei contendenti, denunciando tutte quelle clausole e condizioni che possono costituire barriere per l'accesso e la circolazione delle imprese nel mercato.

Ed è all'Autorità che spetta altresì il compito di stimolare con controlli concomitanti il rispetto e l'economicità dell'opera.

6. Un problema di regolamentazione si pone, però, in tutto il nostro sistema.

Ad una legislazione nazionale dettagliata e reiterata, anche in norme secondarie, si aggiunge una legislazione regionale spesso soltanto ripetitiva, ma, a volte, variegata con clausole poste in modo diffuso ed episodico nel suo reticolato.

Si avverte quindi la preoccupazione di essere in presenza di una eccessiva perveasività e burocratizzazione della materia, che, nella specie, si ricordi, è un mercato sfaccettato e dinamico al quale occorrerebbe soltanto fornire linee di scorrimento, di agile percorribilità e non discipline dettagliate e ostacolanti.

A questi rischi di ingessamento l'Autorità, proprio in quanto organismo di gestione di regole di mercato, si è dimostrata sensibile, richiamando su di esso l'attenzione ed offrendo la propria disponibilità e, sovente, concreti esempi per una regolazione duttile e partecipativa; che nasca, cioè, dalla partecipazione del mercato e ne segua le indicazioni. Da qui l'intendimento di sempre più avvertire con tempestività le esigenze dei protagonisti del settore; di intensificare le loro audizioni; di porre regole che applichino in singoli casi o in una serie di essi la salvaguardia della concorrenza; i principi della trasparenza; del corretto agire delle pubbliche amministrazioni e del virtuoso porsi delle imprese dedite all'iniziativa economica e all'innovazione, nei confronti di queste pubbliche amministrazioni.

7. Le linee di fondo del quadro normativo devono rimanere le direttive comunitarie, alle quali ogni altro intervento deve adeguarsi. L'Autorità si è mossa in questo senso anche recentemente, allorché ha espresso la sua opinione favorevole ai rilievi mossi a fine febbraio 2008 dalla Commissione Europea al dlgs n. 163/2001 di recepimento delle direttive comunitarie del 2004. L'Autorità auspica che adeguate modifiche siano rapidamente apportate al Codice, come d'altra parte il Governo ha già dichiarato di voler fare.

Ma l'azione recente dell'Autorità non si è limitata (né lo farà in futuro) ad assicurare la coerenza fra il quadro normativo nazionale e quello dell'Unione, ma ha riguardato anche specifiche situazioni ove il quadro normativo comunitario non sarebbe stato applicato correttamente.

In quest'ottica, l'Autorità ritiene che i compiti che essa svolge nel quadro normativo italiano possano essere efficacemente estesi anche a livello europeo, sostenendo la Commissione nel suo obiettivo di migliorare il suo lavoro, in una logica di sussidiarietà, grazie all'affidamento decentrato, alle singole amministrazioni nazionali, della fase preliminare (quella più onerosa) delle istruttorie finalizzate all'avvio di eventuali procedure di infrazione comunitarie nel settore degli appalti pubblici in Italia. In altre parole, l'originale scelta italiana di dar vita ad una Autorità indipendente di vigilanza

sui contratti pubblici, potrebbe facilmente trasformarsi in una “buona pratica” da trasferire in tutti i paesi della Unione e non solo in alcuni come è ora il caso.

L’Autorità auspica, nel contempo, che le necessarie semplificazioni legislative in corso di studio per favorire il rilancio degli investimenti nelle infrastrutture, non prevedano discipline centrate sull’istituto della deroga, anche solo parziale, delle procedure previste dal Codice, e non solo perché ciò le precluderebbe lo svolgimento del proprio ruolo - come se l’Autorità fosse un elemento di impaccio e non un organo di Garanzia - ma perché ciò precluderebbe la conoscenza e la vigilanza su processi di aggiudicazione di lavori, o concessioni, essenziali per lo sviluppo del mercato interno comunitario.

8. E’ convinzione dell’Autorità che i contratti del settore pubblico non rappresentino un tutto omogeneo, perché all’interno vi sono problemi non standardizzabili e problematiche anche molto particolari e peculiari che non possono rientrare, appunto, in una standardizzazione.

All’organismo centrale di garanzia resta affidato il ruolo di vigilanza e controllo sull’effettiva applicazione della libera concorrenza nei singoli appalti e sul rispetto dell’autonomia delle scelte delle stazioni appaltanti.

E siamo convinti, altresì, che sarebbe utile introdurre anche in Italia un sistema, che consentirebbe di importare “buone pratiche” che hanno dato utili risultati, smobilizzando il mercato e creare stimoli per invogliare le imprese private non solo a partecipare alle gare della spesa pubblica, ma a finanziare le opere, liberando il bilancio pubblico da molti onerosi costi.

Accanto ad un mercato finanziato da pubbliche risorse è auspicabile pertanto che si sviluppi, come si è detto, un mercato finanziato da risorse private.

Ma qui le esigenze di fondo e la prospettiva cambiano, dal momento che se è il mercato a finanziare, c’è da domandarsi se non sarebbe il caso di dar luogo ad un sistema di regole duale rispetto al quale, comunque, rimane il problema più generale di una sua complessiva osservazione e vigilanza.

9. Residua infine il problema dei rimedi, ovvero come concretamente intervenire per ripristinare lo status quo ante, nei casi in cui le regole non siano rispettate ovvero situazioni giuridiche vengano lese a seguito della mancata osservanza di queste, in modo da consentire alle imprese illegittimamente escluse di poter essere riammesse al mercato in tempi ancora effettivamente utili.

Il Codice e le due direttive del 2004 non offrono soluzioni adeguate. L'occasione per risolvere – o quantomeno ridurre – il problema può venire dal tempestivo recepimento nel nostro ordinamento della cosiddetta “direttiva ricorsi” (direttiva CE 66/2007), che deve essere comunque attuata entro dicembre 2009. Altri paesi europei lo hanno già fatto.

Infatti, essa introduce nei contratti pubblici la previsione di una clausola sospensiva della conclusione dei contratti per un periodo di tempo da definire a livello nazionale – ma non inferiore a 15 giorni – in funzione dei tempi tecnici necessari per consentire all'offerente che ritenga di essere stato illegittimamente escluso di poter far valere i suoi diritti nell'ipotesi in cui sia stato proposto il ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice o presso un organo giurisdizionale, senza che si creino situazioni di fatto a lui pregiudizievoli a livello operativo .

Non è questa la sede per discutere le modalità di introduzione della direttiva nell'ordinamento italiano, quello che invece rileva è il principio: dotare il sistema di un rimedio “forte” per impedire che, in attesa dell'esito di una procedura di contenzioso, si creino “stati di fatto” irrevocabili e lesivi del diritto della concorrenza e delle imprese e dei cittadini.

In un momento così importante per il rilancio degli investimenti pubblici e privati nelle infrastrutture, nei trasporti e nei servizi pubblici essenziali a livello locale e nazionale, è essenziale garantire agli investitori e al mercato un sistema semplice, snello e tempestivo di “rimedi” proporzionati alla gravità dell'atto illecito commesso. Anche alla luce della esperienza maturata in materia di “precontenzioso”, l'Autorità si candida per essere investita del compito di istruire e applicare anche questa tipologia di rimedi. Essi infatti completerebbero la gamma dei poteri che il Codice le assegna per garantire il corretto

svolgimento del mercato dei contratti pubblici e la sua effettiva apertura alla concorrenza.

Questa è la determinazione che anima questa Autorità e che vogliamo ribadire, con questo incontro, al Governo, al Parlamento, al mercato e ai cittadini.