



CONFINDUSTRIA
Centro Studi

APPALTI PUBBLICI E CONCORRENZA

*Progetto Concorrenza di Confindustria
coordinato da*

Innocenzo Cipolletta, Stefano Micossi e Giangiacomo Nardozzi

Le opinioni e i giudizi espressi in questo lavoro non impegnano la responsabilità di Confindustria.

Indice

1.	INTRODUZIONE	3
2.	LA DISCIPLINA COMUNITARIA DEGLI APPALTI	4
2.1.	LE NUOVE DIRETTIVE.....	6
3.	LA DISCIPLINA NAZIONALE	9
3.1.	<i>COMPETENZE LEGISLATIVE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI</i>	9
3.2.	LA DISCIPLINA NAZIONALE PRIMA DELL'ADEGUAMENTO ALLE NUOVE DIRETTIVE	10
4.	CONCESSIONI, SOCIETÀ MISTE E AFFIDAMENTI <i>IN HOUSE</i>	12
4.1.	DIFFERENZA TRA APPALTI E CONCESSIONI.....	12
4.2.	REGIME APPLICABILE ALLE CONCESSIONI	13
4.3.	LA CONCESSIONE DI LAVORI	14
4.4.	LE SOCIETÀ MISTE.....	14
4.4.	L'AFFIDAMENTO <i>IN HOUSE</i> : UNA DEROGA ALLA DISCIPLINA DEGLI APPALTI.....	15
5.	LA <i>GOVERNANCE</i> DEGLI APPALTI PUBBLICI IN ITALIA	16
5.1.	AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI	16
5.2.	MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI	19
5.3.	AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO.....	20
5.4.	CORTE DEI CONTI.....	22
5.5.	CONSIP.....	23
5.6.	CNIPA	23
6.	RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....	26

Appalti pubblici: il quadro normativo e la governance

Raffaella Marzulli e Giovanni Micarelli*

1. Introduzione

La qualità della regolazione nel settore degli appalti pubblici è essenziale per l'efficiente allocazione delle risorse e, in ultima analisi, per la competitività.

Anzitutto, i mercati degli appalti pubblici costituiscono una parte rilevante dell'economia. Nel 2003 essi rappresentavano oltre il 16 per cento del prodotto interno lordo comunitario e circa il 12 per cento del prodotto interno lordo nazionale. La quota più ampia è costituita dagli acquisti pubblici di beni e servizi. Le commesse di ammontare più elevato, tuttavia, si ritrovano negli appalti di lavori pubblici che rappresentano nel complesso circa un quinto del totale.

In secondo luogo, la capacità del settore pubblico di esprimere una domanda "di qualità" è essenziale per lo sviluppo dei mercati e l'introduzione della migliore tecnologia. Inoltre, la qualità degli acquisti si riflette sulla disponibilità di infrastrutture e sull'offerta dei servizi pubblici, con importanti effetti sulla produttività delle imprese, oltre che sul tenore di vita della popolazione.

L'esigenza di specifiche norme volte a disciplinare gli acquisti pubblici di forniture, servizi e lavori è connessa al rischio che in questo settore le amministrazioni favoriscano indebitamente alcuni soggetti rispetto ad altri, in violazione del principio di parità di trattamento, e compiano scelte in contrasto con l'interesse della collettività.

La disciplina nazionale e internazionale degli appalti è volta a evitare favoritismi e tendenze protezionistiche e a garantire al cittadino/contribuente che le scelte di acquisto delle amministrazioni pubbliche avvengano al minore prezzo, mantenendo un soddisfacente livello qualitativo dei prodotti e servizi acquistati.

A questo fine la disciplina degli appalti pubblici si fonda su regole di trasparenza e prevede procedure di aggiudicazione che favoriscono l'utilizzazione dei meccanismi concorrenziali per la scelta dell'offerta migliore.

Negli appalti di servizi e, soprattutto, di lavori pubblici, quando non è possibile assicurare ex ante la qualità della prestazione, occorre inoltre predisporre meccanismi istituzionali volti a evitare comportamenti scorretti da parte del contraente.

Un insieme di scelte pubbliche che può influire fortemente sullo sviluppo dei mercati attiene al grado e alle modalità di centralizzazione degli acquisti, soprattutto nei mercati dove il settore pubblico è il principale acquirente. La centralizzazione, infatti, oltre ad aumentare il potere contrattuale dell'amministrazione, può modificare il grado di concentrazione dell'offerta sui mercati interessati.

La definizione della disciplina degli appalti pubblici a livello comunitario e nazionale è avvenuta attraverso progressivi aggiustamenti volti ad accrescere l'efficienza del sistema di regole e di *governance* del settore. Da un lato, vi è l'esigenza di assicurare che i principi di trasparenza e le regole di concorrenza ricevano una concreta attuazione nei comportamenti delle amministrazioni; dall'altro, occorre evitare l'introduzione di rigidità procedurali che, paradossalmente, finiscano per ostacolare le amministrazioni nella scelta dell'offerta migliore.

* Assonime

Il presente lavoro è volto a illustrare, nelle principali linee, l'evoluzione della disciplina degli appalti pubblici a livello comunitario e nazionale, sino all'adozione delle direttive comunitarie del 2004 in attesa di recepimento in Italia.

L'esame della disciplina degli appalti è integrato da una breve analisi dell'applicabilità dei principi di trasparenza e concorrenza alle concessioni e alle società miste, nonché dalla ricognizione dei limiti posti dalla giurisprudenza comunitaria rispetto all'affidamento *in house*.

La descrizione del sistema è completata da un'analisi della *governance* del settore in Italia, in cui sono esaminati i compiti e i poteri dei diversi soggetti istituzionali che a vario titolo intervengono a regolare il funzionamento dei mercati degli appalti pubblici.

2. La disciplina comunitaria degli appalti

Tutti gli acquisti pubblici negli Stati membri sono soggetti alle norme del Trattato CE sulle libertà fondamentali, in particolare "al rispetto dei principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento, della prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano". Si tratta, in particolare, dei principi di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento¹.

Il principio di parità di trattamento impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata².

Il principio di trasparenza nell'azione delle pubbliche amministrazioni, da attuare con mezzi appropriati in relazione alle specificità del caso concreto, è funzionale ad assicurare l'osservanza del principio di parità di trattamento.

Il principio di proporzionalità esige che ogni provvedimento adottato sia necessario e adeguato rispetto agli scopi perseguiti e comporti i minori oneri per gli interessati.

Infine, in base al principio del mutuo riconoscimento, uno Stato membro è tenuto ad accettare i prodotti e i servizi forniti da operatori economici di altri paesi della Comunità, nella misura in cui tali prodotti e servizi rispondano in modo equivalente alle esigenze legittimamente perseguite dallo Stato membro destinatario³.

Per gli appalti pubblici con valore superiore a determinate soglie, e quindi suscettibili di avere un maggiore impatto sul mercato interno, si è ritenuto opportuno andare oltre la diretta applicazione delle norme del Trattato: per assicurare la piena applicazione dei principi comunitari, sono state adottate direttive di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione, così da assicurare l'apertura dei mercati entro un quadro normativo uniforme nelle principali disposizioni.

Le prime direttive comunitarie sugli appalti di lavori pubblici (comprese le concessioni di lavori) e sugli appalti di forniture risalgono agli anni Settanta⁴. All'inizio degli anni Novanta sono state adottate direttive per gli appalti di lavori e forniture

¹ Considerando 2 della direttiva 2004/18/CE.

² Corte di Giustizia, sentenza 8 ottobre 1980, causa 810/78, *Uberschär*.

³ Corte di Giustizia, sentenza del 7 maggio 1991, causa 340/89, *Vlassopoulou*; Corte di Giustizia, sentenza del 25 luglio 1991, causa 76/90, *Dennemeyer*.

⁴ Direttive 71/305/CEE e 77/62/CEE, aggiornate nel biennio 1988-89 e codificate nel 1993 (rispettivamente, dalle direttive 93/36/CE e 93/37/CE).

aggiudicati nei settori delle *public utilities* (c.d. settori esclusi o “settori speciali”, ossia acqua, energia, telecomunicazioni e trasporti) e per gli appalti di servizi⁵.

Le direttive hanno posto regole di trasparenza relative alla pubblicazione dei bandi e hanno fissato le procedure e i criteri da seguire nell’aggiudicazione delle gare. In particolare per gli appalti sopra soglia è prevista l’aggiudicazione tramite procedura aperta o procedura ristretta, e solo in circostanze eccezionali mediante procedura negoziata.

All’inizio degli anni Novanta, sono state coordinate con specifiche direttive anche le disposizioni nazionali sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici nei settori classici e speciali⁶. Agli Stati membri è chiesto di predisporre sistemi di ricorso efficaci e rapidi per contrastare le violazioni del diritto comunitario degli appalti o delle norme nazionali di recepimento. Le direttive individuano i soggetti legittimati a presentare ricorso e le misure che devono essere disponibili (provvedimenti cautelari, annullamento delle decisioni illegittime, risarcimento del danno). Spetta agli Stati membri decidere a quali organi, anche non giurisdizionali, affidare i poteri in materia di ricorsi. È inoltre previsto che la Commissione europea, qualora ravvisi una violazione chiara e manifesta delle disposizioni comunitarie in materia di appalti, possa intervenire presso lo Stato membro e l’amministrazione aggiudicatrice chiedendone la correzione per mezzo di misure appropriate. Lo Stato membro, se non procede alla correzione, deve motivare la propria scelta. A quel punto, la Commissione può valutare se avviare o meno una procedura di infrazione.

Nel 1996 la Commissione ha pubblicato un Libro Verde sul sistema degli appalti pubblici nell’Unione europea⁷. In tale occasione è stato rilevato un recepimento parziale e incompleto delle direttive nonché una loro non corretta trasposizione. In particolare, sono state osservate le seguenti patologie: il riferimento nella normativa nazionale a nozioni diverse da quelle contenute nelle direttive; un ricorso eccessivo alla procedura negoziata, perlopiù senza pubblicazione del bando, al di fuori dei limiti tassativi previsti; un ricorso eccessivo alla procedura accelerata e termini di partecipazione troppo brevi, spesso inferiori ai minimi previsti dalle direttive; una scarsa qualità dei bandi e degli avvisi di appalto; l’utilizzo di criteri di selezione e aggiudicazione incompatibili con l’impostazione delle direttive.

Tra le altre carenze rilevate, vi sono la mancata applicazione delle norme e dei principi fondamentali del Trattato al di fuori dell’ambito di applicazione delle direttive (appalti sotto soglia, concessioni) e la modifica da parte delle amministrazioni aggiudicatrici delle regole del gioco nel corso delle procedure.

Il Libro Verde sottolineava l’esigenza di potenziare i sistemi di vigilanza e controllo dei comportamenti di aggiudicazione negli Stati membri e di predisporre mezzi di intervento rapidi per ristabilire, nel caso di violazioni, una situazione conforme al diritto comunitario. Oltre alle azioni giurisdizionali previste dalle direttive ricorsi, veniva ipotizzata la costituzione di una rete di autorità di vigilanza sull’applicazione delle norme sugli appalti, composta dalla Commissione europea e da autorità degli Stati membri operanti in stretta collaborazione.

Sulla base dei contributi pervenuti nell’ambito della consultazione sul Libro Verde, nel 1998 la Commissione Europea ha elaborato una comunicazione sugli appalti pubblici in cui è stata riconosciuta l’esigenza di semplificare il quadro normativo e rendere più flessibili le procedure applicative, anche adeguandole alle opportunità

⁵ Direttiva 90/531/CE, poi sostituita dalla direttiva 93/38/CE, sui settori speciali; direttiva 92/50/CE sui servizi.

⁶ Direttiva 89/665/CE sui ricorsi nei settori classici e direttiva 92/13/CE sui ricorsi nei settori speciali.

⁷ Commissione Europea (1996) COM/96/583, Gli appalti pubblici nell’Unione Europea – spunti di riflessione per il futuro.

offerte dalle nuove tecnologie elettroniche⁸. Veniva preannunciata a tal fine l'adozione di un nuovo pacchetto legislativo. In tale occasione la Commissione avrebbe anche valutato se, nei settori oggetto di liberalizzazione rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva settori speciali, fossero ancora giustificati i vincoli in materia di appalti imposti dalla disciplina comunitaria.

2.1. Le nuove direttive

La materia degli appalti pubblici nel diritto comunitario è stata ridisciplinata dalle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, che sostituiscono le tre precedenti direttive in materia di appalti di forniture, di servizi e di lavori nei settori classici e la direttiva sugli appalti nei settori speciali. Le direttive "ricorsi" restano invece in vigore.

La direttiva 2004/18/CE coordina in un unico testo tutte le disposizioni relative agli appalti di forniture, di lavori (incluse le concessioni di lavori) e di servizi nei settori ordinari. La direttiva 2004/17/CE disciplina gli appalti dei soggetti operanti nei settori speciali: l'ambito di applicazione settoriale comprende l'acqua, il gas, l'energia termica, i trasporti e, innovando rispetto alla precedente disciplina, anche i servizi postali (prima non coperti dalla direttiva sui settori speciali). I soggetti operanti nel settore delle telecomunicazioni, invece, sono stati esclusi in ragione della avvenuta "introduzione di una concorrenza effettiva, di fatto e di diritto"⁹. L'ambito di applicazione della direttiva sui settori speciali non è rigido, ma può essere aggiornato nel tempo. La direttiva ha infatti previsto un meccanismo che consente di escludere l'applicazione della disciplina comunitaria per gli acquisti nei mercati che gradualmente sono interessati dai processi di liberalizzazione¹⁰.

Gran parte delle disposizioni delle nuove direttive riproducono, senza modifiche sostanziali, la disciplina precedente all'interno di un quadro normativo complessivamente più organico. Inoltre, in occasione del riassetto normativo, sono stati introdotti nella disciplina numerosi chiarimenti alla luce della giurisprudenza comunitaria.

TAB. 1 - LE SOGLIE NELLE VECCHIE DIRETTIVE

Tipo di appalto	Soglia	Direttiva dell'Unione Europea
Appalti di lavori	5.000.000 €	Direttiva per gli appalti di lavori 93/37/CEE
Appalti di servizi	200.000 €	Direttiva per gli appalti di servizi 92/50/CEE
Appalti di forniture	200.000 €	Direttiva per gli appalti di forniture 93/36/CEE
Forniture nei settori dell'acqua, energia e trasporti	400.000 €	Direttiva settori esclusi 93/38/CEE
Forniture nel settore delle telecomunicazioni	600.000 €	Direttiva settori esclusi 93/38/CEE
Appalti di lavori	5.000.000 €	Direttiva settori esclusi 93/38/CEE
Appalti che rientrano nel campo di applicazione delle disposizioni GATT	125.000 €	

⁸ Commissione europea (1998) COM (98) 143 del 11 marzo 1998.

⁹ Considerando 5, direttiva 2004/17/CE.

¹⁰ L'articolo 30 della direttiva 2004/17/CE indica la procedura per stabilire se una determinata attività sia direttamente esposta alla concorrenza in mercati liberamente accessibili

Tra le principali novità delle direttive del 2004 vi sono la semplificazione del quadro delle soglie per l'applicazione della normativa e l'introduzione nella disciplina comunitaria di nuovi strumenti e istituti volti a rendere più flessibili ed efficienti le procedure di appalto.

Per il primo profilo, la direttiva ha unificato i criteri per la determinazione delle soglie al di sopra delle quali trova applicazione la disciplina comunitaria. La direttiva 2004/18/CE si applica sopra la soglia di 137.000 euro per gli appalti di forniture e servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali, sopra la soglia di 211.000 euro per gli appalti di forniture e servizi aggiudicati da tutte le altre amministrazioni o organismi di diritto pubblico¹¹ e sopra la soglia di 5.278.000 euro per gli appalti pubblici di lavori. Per gli appalti nei settori speciali la soglia è di 422.000 euro per forniture e servizi e di 527.800 euro per i lavori. Le soglie sono oggetto di revisione biennale da parte della Commissione, assistita dal comitato consultivo per gli appalti pubblici.

Tab. 2 – Le soglie nelle nuove direttive¹²

Tipo di appalto	Direttiva 2004/18/CE – Amministrazioni centrali	Direttiva 2004/18/CE – Altre amministrazioni	Direttiva 2004/17/CE
Appalti di lavori	5.278.000 €	5.278.000 €	5.278.000 €
	137.000 €	211.000 €	422.000 €
	137.000 €	211.000 €	422.000 €

Per quanto attiene ai nuovi strumenti di semplificazione previsti dalle nuove direttive si segnala anzitutto l'introduzione delle centrali di committenza. Tale sistema consente alle singole amministrazioni di rifornirsi di beni, servizi o lavori acquisendoli direttamente dalla centrale d'acquisto o tramite essa¹³.

Per gli appalti particolarmente complessi gli Stati membri possono consentire alle amministrazioni aggiudicatrici nei settori classici di avviare con i candidati ammessi alla procedura di appalto un dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità (cosiddetto dialogo competitivo). Concluso il dialogo le amministrazioni aggiudicatrici invitano i candidati a presentare le loro offerte finali in base alle soluzioni presentate e specificate nella fase del dialogo. Il criterio per l'aggiudicazione dell'appalto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Gli Stati membri possono inoltre consentire all'amministrazione aggiudicatrice di stipulare con uno o più operatori accordi quadro in cui vengono fissate le condizioni per gli appalti da aggiudicare in un dato arco di tempo (non superiore a quattro anni). In tale arco di tempo l'amministrazione può concludere contratti applicando le condizioni stabilite nell'accordo quadro o, qualora non tutte le condizioni siano fissate in anticipo, riaprendo il confronto competitivo tra le parti limitatamente alle condizioni non ancora definite.

Alcune disposizioni riguardano l'utilizzo delle tecniche di acquisto elettronico. Per gli acquisti di uso corrente le amministrazioni possono avvalersi di processi di acquisizione interamente elettronici (sistemi dinamici di acquisizione) aperti per tutta la loro durata a qualsiasi operatore economico che soddisfi i criteri di selezione e abbia presentato un'offerta conforme ai capitolati d'onere. Questa tecnica consente alle amministrazioni aggiudicatrici di disporre di un ampio ventaglio di offerte grazie ai

¹¹ Questa soglia si applica anche a una serie di altri particolari affidamenti quali gli appalti nel settore della difesa, nei servizi di ricerca e sviluppo e nei servizi di telecomunicazione.

¹² Così come modificate dal Regolamento 2083/2005 della Commissione del 19 dicembre 2005.

¹³ La direttiva lascia agli Stati membri la scelta di consentire alle amministrazioni l'utilizzo delle centrali di committenza (articolo 11, direttiva 2004/18/CE). Sul punto si rinvia a Buscemi (2006).

mezzi elettronici utilizzati e quindi di assicurare un'utilizzazione ottimale delle finanze pubbliche mediante un'ampia concorrenza.

In base alla precedente disciplina gli strumenti di comunicazione elettronica erano utilizzati soltanto in aggiunta agli ordinari mezzi di comunicazione. Con le direttive i mezzi elettronici sono ora posti sullo stesso piano rispetto alla posta e al fax per le comunicazioni e gli scambi di informazione tra operatori e amministrazioni aggiudicatrici. Spetta a queste ultime scegliere gli strumenti da utilizzare; l'unico vincolo è che il mezzo di comunicazione (o l'insieme di mezzi di comunicazione) prescelto sia comunemente disponibile, così da non limitare l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Infine, allo scopo di rendere più flessibile il sistema, le direttive consentono di porre a oggetto dell'appalto di lavoro la sola esecuzione o l'esecuzione e la progettazione del lavoro.

Con riferimento alla fase di aggiudicazione dell'appalto, continuano ad essere ammessi i due criteri del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa; in quest'ultimo caso le amministrazioni aggiudicatrici devono indicare preventivamente i criteri e le modalità che verranno utilizzati ai fini della scelta.

Le direttive specificano che le amministrazioni aggiudicatrici possono tenere conto anche di esigenze sociali e ambientali¹⁴. Inoltre viene introdotto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di consentire la presentazione di offerte che riflettano soluzioni tecniche equivalenti rispetto a quelle indicate nel bando.

Per quanto concerne le offerte anormalmente basse rispetto alla prestazione richiesta, viene prevista una disciplina più dettagliata di quella del regime precedente, incentrata sul contraddittorio tra l'amministrazione e l'offerente. L'amministrazione aggiudicatrice, prima di poter respingere tali offerte, deve richiedere per iscritto le precisazioni ritenute pertinenti in merito agli elementi costitutivi dell'offerta. Queste precisazioni possono riguardare in particolare l'economia del processo di costruzione, fabbricazione o prestazione del servizio; le soluzioni tecniche adottate e le eventuali condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente, l'originalità della proposta, il rispetto delle disposizioni relative alla protezione e alle condizioni di lavoro nel luogo in cui deve essere effettuata la prestazione, l'eventuale presenza di aiuti di Stato. Tali elementi costitutivi sono verificati consultando l'offerente e tenendo conto delle giustificazioni fornite.

Per ogni appalto, accordo quadro o sistema dinamico di acquisizione l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a redigere un verbale che identifichi l'amministrazione e il valore dell'operazione, e indichi i nomi dei soggetti presi in considerazione o esclusi, i motivi delle relative scelte, i motivi del rigetto delle offerte ritenute anormalmente basse, il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta, le circostanze che hanno giustificato l'eventuale ricorso a una procedura negoziata o al dialogo competitivo o l'eventuale abbandono dell'operazione. Il verbale è comunicato alla Commissione europea, ove ne faccia richiesta.

Le amministrazioni aggiudicatrici informano "quanto prima possibile" i candidati delle decisioni assunte. Su richiesta della parte interessata, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a notificare a ciascun candidato o offerente escluso i motivi del rigetto della sua offerta, e purché il soggetto abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi relativi all'offerta selezionata e il norme

¹⁴ La giurisprudenza ha chiarito che le amministrazioni possono soddisfare le esigenze sociali e ambientali purché i relativi criteri siano collegati all'oggetto dell'appalto, non conferiscano all'amministrazione aggiudicatrice una libertà incondizionata di scelta, siano espressamente menzionati e rispettino i principi fondamentali del diritto comunitario (cfr. considerando 1, direttiva 2004/18/CE).

¹⁵ Sulla disciplina delle aste on line si rinvia a Buscemi (2006).

dell'aggiudicatario dell'appalto¹⁶. Infine le nuove direttive richiamano le vigenti direttive sui ricorsi e l'esigenza che gli Stati membri assicurino l'applicazione delle disposizioni comunitarie "tramite meccanismi efficaci, accessibili e trasparenti". Per la prima volta, nella normativa comunitaria sugli appalti, viene fatto espressamente cenno della possibilità di designare o istituire, a tal fine, un'agenzia indipendente.

Al di fuori dell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie sugli appalti, come già accennato, devono essere rispettate le norme del Trattato sulle libertà fondamentali, nonché i connessi principi che ne derivano di parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento, di proporzionalità e di trasparenza¹⁷. Ciò vale tanto per gli appalti al di sotto della soglia comunitaria quanto per le concessioni di servizi che sinora, a differenza delle concessioni di lavori, non sono state oggetto di disposizioni comunitarie di coordinamento (sul tema cfr. il successivo paragrafo 4).

3. La disciplina nazionale

3.1. Competenze legislative in materia di appalti pubblici

Prima della riforma dell'articolo 117 della Costituzione realizzata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 gli appalti pubblici rientravano nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

L'attuale sistema è più complesso. L'articolo 117 della Costituzione pone i poteri legislativi dello Stato e delle Regioni sullo stesso livello. Spetta a ciascun soggetto, secondo le proprie competenze, esercitare la potestà legislativa nel rispetto della Costituzione e in accordo con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Le competenze legislative delle Regioni sono individuate in via residuale: esse riguardano tutti gli ambiti non espressamente attribuiti alla competenza esclusiva dello Stato (articolo 117, comma 2) o alla competenza concorrente di Stato e Regioni (articolo 117, comma 3)¹⁸. Il mancato inserimento degli appalti pubblici tra le materie di competenza statale, esclusiva o concorrente, ha fatto in un primo momento sorgere il dubbio che la materia fosse affidata alla competenza legislativa esclusiva delle Regioni.

La questione è stata chiarita dalla Corte Costituzionale, che ha fornito un'interpretazione diversa.

Essa ha anzitutto precisato che "la mancata inclusione dei "lavori pubblici" nell'elencazione dell'articolo 117 (...) non implica che essi siano oggetto di potestà legislativa residuale delle Regioni. Al contrario, si tratta di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al

¹⁶ Le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di non divulgare alcune informazioni "qualora la loro diffusione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi" (articolo 41).

¹⁷ Considerando 2, direttiva 2004/18/CE.

¹⁸ Nelle materie di competenza concorrente, l'articolo 117 riserva allo Stato la fissazione dei principi fondamentali.

quale si riferiscono e pertanto possono essere ascritti di volta in volta a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti”¹⁹.

Inoltre, la Corte Costituzionale ha osservato che le disposizioni relative all’acquisto di beni e servizi secondo procedure di evidenza pubblica hanno “un rilievo fondamentale per la tutela della concorrenza tra i vari operatori economici interessati alle commesse pubbliche”. Dato che la materia della tutela della concorrenza è riservata alla potestà legislativa dello Stato (articolo 117, comma 2, lettera e), per questo profilo sussiste una competenza esclusiva statale anche rispetto alla disciplina degli appalti pubblici²⁰.

Ciò non esclude la sussistenza di ambiti di potestà legislativa regionale. La Corte ha infatti ripetutamente chiarito che la tutela della concorrenza configura una competenza trasversale che coinvolge più ambiti materiali e si caratterizza per la natura funzionale (individuando le finalità in vista delle quali la potestà legislativa statale deve essere esercitata). Quando la materia della tutela della concorrenza coinvolge ambiti di competenza regionale, l’intervento del legislatore statale deve essere contenuto entro limiti di adeguatezza e proporzionalità al fine di evitare un’illegitima compressione dell’autonomia delle Regioni. Ad esempio, la Corte Costituzionale ha ritenuto legittima l’estensione della disciplina statale di recepimento della normativa comunitaria anche agli acquisti sotto soglia, nella misura in cui tale disciplina implichi per le amministrazioni aggiudicatrici non l’applicazione di puntuali modalità ma soltanto l’osservanza di norme di principio e di coordinamento, tra cui in particolare l’imposizione della gara, la limitazione del ricorso alla trattativa privata e la previsione di sanzioni civili.

Analoghe considerazioni possono essere fatte per altre materie attribuite alla legislazione esclusiva dello Stato configuranti una competenza trasversale che coinvolge più ambiti materiali, quale ad esempio l’ambiente.

Sul tema delle competenze legislative delle Regioni in materia di appalti pubblici si è recentemente espresso il Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto legislativo recante il “Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”²¹.

In ogni caso anche le Regioni, negli ambiti di loro competenza, sono tenute al rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario in materia di appalti pubblici.

3.2. La disciplina nazionale prima dell’adeguamento alle nuove direttive

In Italia il processo di recepimento della disciplina comunitaria sugli appalti è stato difficoltoso, tanto che si è parlato di legislazione recalcitrante. Le misure nazionali di esecuzione, perlopiù adottate in ritardo rispetto alle scadenze, hanno richiesto successivi aggiustamenti: sono state infatti avviate numerose procedure di infrazione per la mancata conformità alle direttive della normativa di recepimento e per la non corretta applicazione dei principi comunitari da parte delle singole amministrazioni.

Il quadro normativo statale in vigore alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE è composto da una vasta serie di atti legislativi e regolamentari.

¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 303 del 1° ottobre 2003.

²⁰ Corte Costituzionale, sentenza n. 345 del 15 novembre 2004 e n.272 del 27 luglio 2004.

²¹ Consiglio di Stato, sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 355/06 del 6 febbraio 2006. Cfr. anche parere della Conferenza unificata Stato- Regioni - Città del 9 febbraio 2006.

Gli appalti e le concessioni di lavori pubblici sono disciplinati, sia sopra la soglia comunitaria che sotto la soglia, dalle legge quadro 11 febbraio 1994, n. 109 ("legge Merloni"), e successive modificazioni, nonché dalle relative disposizioni di attuazione ed esecuzione, adottate vari anni dopo la legge quadro²². Per le grandi opere vi è una speciale disciplina contenuta nel decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190, che attua la legge delega 12 dicembre 2001, n. 443 ("legge obiettivo").

Per le forniture, vi sono diverse fonti normative per gli appalti sopra la soglia comunitaria e sotto la soglia, nonché per le forniture in economia²³. Per i servizi, vi è unicamente una disciplina degli appalti sopra la soglia e dei servizi in economia²⁴.

Il recepimento della direttiva 93/38/CEE sui settori speciali è avvenuto con il decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 158, che disciplina per tali settori le procedure di aggiudicazione degli appalti di forniture, servizi e lavori sopra la soglia comunitaria.

Vi è una disciplina a parte per gli appalti pubblici nel settore della difesa e per gli appalti relativi ai beni culturali.

Appare utile ricordare alcune recenti sentenze comunitarie in materia di appalti che hanno inciso significativamente sulla disciplina italiana.

Nella sentenza del 7 ottobre 2004 la Corte di Giustizia ha sancito in via pregiudiziale l'incompatibilità con la normativa comunitaria della disposizione della legge quadro sui lavori pubblici in base alla quale l'aggiudicazione può avvenire soltanto sulla base del criterio del prezzo più basso, mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è applicabile soltanto in specifiche ipotesi. Le amministrazioni nazionali possono comunque avvalersi del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dalla direttiva, anche disapplicando la normativa interna. L'adeguamento della normativa alla sentenza della Corte è stato inserito tra i criteri per l'esercizio della delega all'attuazione delle nuove direttive comunitarie, prevista dall'articolo 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004).

Sempre nel 2004 la Commissione ha presentato un ricorso alla Corte di Giustizia in relazione ad alcune ulteriori disposizioni della legge quadro in materia di lavori pubblici ritenute non conformi al diritto comunitario. Si tratta in particolare di evitare che una definizione troppo ampia degli appalti di lavori nel diritto nazionale comporti la mancata pubblicazione su scala comunitaria di bandi di gara che dovrebbero essere pubblicati in base alle direttive sulle forniture e sui servizi, le cui soglie di rilevanza comunitaria sono assai meno elevate di quelle della direttiva lavori. Inoltre, la Commissione chiede che il rispetto dell'obbligo di una pubblicità adeguata derivante dal principio generale di trasparenza venga imposto in tutti i casi, anche per i lavori al di sotto della soglia comunitaria²⁵. La legge comunitaria 2004 ha apportato varie modifiche alla legge n. 109/1994 per tenere conto dei rilievi sollevati dalla Commissione.

Nel marzo 2005 la Commissione ha presentato un ulteriore ricorso alla Corte, riguardo a una disposizione della legge finanziaria per il 1995 che consentiva alle amministrazioni aggiudicatrici, alla scadenza di un appalto di forniture o servizi, di prorogarlo a favore dello stesso contraente senza ricorrere ad alcuna procedura di

²² Cfr. in particolare, il decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 544, che contiene anche la disciplina dei lavori in economia.

²³ Si tratta rispettivamente del decreto legislativo 24 luglio 1992, n. 358, del decreto del Presidente della Repubblica 18 aprile 1994, n. 573 e del decreto del Presidente della Repubblica 20 agosto 2001, n. 384.

²⁴ Decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157 e decreto del Presidente della Repubblica n. 384/2001.

²⁵ Sul tema, cfr. la circolare del Dipartimento per le Politiche Comunitarie 29 aprile 2004, in Gazzetta Ufficiale 12 luglio 2004.

gara ad evidenza pubblica. Il ricorso è stato successivamente ritirato in seguito all'abrogazione, prevista dalla legge comunitaria 2004, della disposizione impugnata.

Da ultimo, la Commissione nel luglio 2005 ha inviato al Presidente del Consiglio un parere motivato in cui sostiene che le procedure italiane di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti sono non conformi alle norme comunitarie come interpretate dalla Corte di Giustizia. Sono stati contestati due profili. Il primo è la mancata previsione di un periodo ragionevole di tempo tra la notifica della decisione di aggiudicazione e la stipula del contratto in modo da garantire che la decisione possa essere sospesa o annullata quando è ancora possibile rettificare la violazione. Il secondo è la mancata attribuzione agli organi di ricorso della facoltà di adottare provvedimenti provvisori contro la decisione di aggiudicazione a prescindere da eventuali azioni preventive.

La delega al Governo per l'attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, contenuta come accennato nella legge comunitaria 2004, ha previsto la compilazione di un testo unico recante le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato. Il riordino della normativa dovrà mirare anche alla semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione della normativa comunitaria, al fine di favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici. E' inoltre previsto, in attuazione della normativa comunitaria, il conferimento all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici istituita con la legge n. 109/1994 dei compiti di vigilanza in tutti i settori oggetto della disciplina, quindi anche sugli appalti di forniture e servizi.

4. Concessioni, società miste e affidamenti *in house*

4.1. Differenza tra appalti e concessioni

In Italia le pubbliche amministrazioni hanno tradizionalmente fatto un ampio ricorso allo strumento della concessione di servizi evitando in tal modo l'osservanza delle regole in materia di appalti pubblici. Tale fenomeno trova un argine nel diritto comunitario, che distingue nettamente tra lo strumento della concessione e quello dell'appalto pubblico, non lasciando spazio a interpretazioni estensive della nozione di concessione.

L'appalto è definito come un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi²⁶. La concessione è un contratto che si distingue dall'appalto per il fatto che il corrispettivo consiste unicamente nel diritto di utilizzare l'opera o di gestire il servizio ovvero in tale diritto accompagnato da un prezzo²⁷.

²⁶ Cfr. in particolare l'articolo 1, comma 2 lettera a) della direttiva 2004/18/CE.

²⁷ Articolo 1, comma 3 e comma 4. In particolare la definizione di concessione di lavori pubblici riproduce fedelmente quanto previsto dalla direttiva 93/37/CEE; la definizione di concessione di servizi è stata introdotta dalla direttiva 2004/18/CE.

L'elemento distintivo tra concessione e appalto è dunque rappresentato dalla differente modalità di remunerazione del prestatore del servizio o, nel caso della concessione di lavori, del prestatore dell'opera: l'appalto comporta che l'amministrazione paghi direttamente il corrispettivo; con la concessione invece l'amministrazione remunera il concessionario attraverso l'attribuzione del diritto di gestire l'opera o il servizio oggetto della concessione. Nel primo caso il costo dell'appalto grava sull'amministrazione aggiudicatrice; nel secondo la remunerazione del concessionario avviene attraverso i proventi riscossi dagli utenti (per esempio sotto forma di canone o di pedaggio). Visto in un'altra prospettiva, ciò significa che nella concessione il rischio economico della gestione del servizio o dell'opera ricade sul concessionario²⁸.

4.2. Regime applicabile alle concessioni

Per quanto riguarda il regime applicabile, la Commissione europea ha sottolineato che in base alla giurisprudenza comunitaria le concessioni, costituendo atti dello Stato aventi per oggetto prestazioni di attività o forniture di beni, sono soggette alle norme e ai principi del Trattato²⁹. In particolare le concessioni ricadono nell'ambito di applicazione delle norme che vietano qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità, delle norme relative alla libera circolazione delle merci, alla libertà di stabilimento, alla libera prestazione dei servizi e alle regole di concorrenza. Inoltre alle concessioni si applicano i principi di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità e di mutuo riconoscimento.

Il rispetto del principio di parità di trattamento, che impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, lascia libera l'amministrazione di scegliere la procedura di aggiudicazione più appropriata in funzione delle caratteristiche del caso concreto e di stabilire i requisiti che i candidati devono soddisfare durante le varie fasi della procedura. La scelta del candidato deve essere effettuata in base a criteri obiettivi e la procedura deve svolgersi nel rispetto di regole stabilite in precedenza.

La trasparenza può essere assicurata con ogni mezzo, tenendo conto delle specificità del settore. Le informazioni da rendere pubbliche riguardano l'oggetto della concessione, i criteri di selezione, la natura o l'estensione delle prestazioni attese dal concessionario.

Nell'esercizio della propria discrezionalità l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a osservare il principio di proporzionalità. Ad esempio, ai fini della selezione dei candidati l'amministrazione non può esigere capacità tecniche o professionali sproporzionate o eccessive rispetto all'oggetto della concessione.

Infine, l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento alle concessioni implica che lo Stato membro in cui è fornita la prestazione sia tenuto ad accettare le specifiche tecniche, i controlli, i titoli e i certificati di un altro Stato, nella misura in cui essi siano equivalenti a quelli richiesti dallo Stato destinatario della prestazione.

²⁸ Cfr. Commissione Europea, Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario, 29 febbraio 1999.

²⁹ Commissione Europea, Comunicazione interpretativa cit..

4.3. La concessione di lavori

Per la concessione di lavori, oltre all'applicazione delle disposizioni del Trattato e dei principi comunitari, esistono regole specifiche sia a livello comunitario sia a livello nazionale.

In base alla direttiva 2004/18/CE, quando il valore del contratto è pari o superiore a 5.923.000 euro³⁰ alle concessioni di lavori pubblici si applicano le norme sulla pubblicazione dei bandi previste per gli appalti pubblici. Inoltre le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute al rispetto di un termine minimo per la ricezione delle candidature³¹. Il modo in cui viene prescelto il concessionario è lasciato alla libera scelta dell'amministrazione, la quale può esperire la procedura che in concreto ritiene più appropriata.

Analoghe disposizioni per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori pubblici si ritrovano nella normativa nazionale (legge n. 109/1994). Pertanto l'affidamento di lavori pubblici mediante concessione deve avvenire nel rispetto delle norme che disciplinano la pubblicità degli avvisi di gara e i termini per la presentazione delle domande e delle offerte. La durata della concessione di lavori pubblici può essere anche superiore a trent'anni se necessario ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti del concessionario.

4.4. Le società miste

Come evidenziato nel recente Libro Verde della Commissione europea sulle forme di partenariato pubblico privato, accanto alle forme di partenariato di tipo contrattuale, quali gli appalti e le concessioni, esistono forme di tipo istituzionale costituite dalle società miste³².

Nel Libro Verde la Commissione precisa le regole comunitarie che devono essere rispettate del caso in cui l'aggiudicazione di un appalto o di una concessione sia affidata a una società mista ossia a un'entità, dotata di personalità giuridica autonoma, detenuta congiuntamente dal soggetto privato e dall'autorità aggiudicatrice.

In questi casi la scelta del partner privato deve avvenire secondo le procedure dell'evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di imparzialità e di parità di trattamento. La selezione deve avvenire non solo sulla base di parametri soggettivi (capacità tecniche e solidità finanziaria degli aspiranti soci), ma anche tenendo conto delle caratteristiche dell'offerta per quanto riguarda le prestazioni specifiche da fornire (per esempio le modalità di gestione del servizio o di realizzazione dell'opera al cui espletamento la società è preposta)³³.

Quando l'amministrazione affida un servizio non compreso tra quelli per i quali è stata costituita la società mista, la natura di quest'ultima non implica alcuna deroga all'applicazione del diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni³⁴.

³⁰ Le nuove disposizioni riprendono la disciplina prevista dalla direttiva 93/37/CEE.

³¹ Cfr. articoli 56-65 della direttiva 2004/18/CE.

³² Cfr. Commissione Europea, 30 aprile 2004, COM(2004)327, Libro Verde relativo ai partenariato pubblico-privati ed al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

³³ Cfr. Libro Verde cit.

³⁴ Cfr. Libro verde cit. punti 63-64.

4.4. L'affidamento in house: una deroga alla disciplina degli appalti

Nel Libro verde sul partenariato pubblico-privato la Commissione sottolinea che l'unica deroga consentita dal diritto comunitario al rispetto delle regole di aggiudicazione in materia di appalti pubblici di lavori e di servizi riguarda il caso dell'affidamento *in house*.

L'affidamento in house consiste nell'assegnare, senza lo svolgimento di una gara pubblica, la realizzazione di un'opera o la gestione di un servizio pubblico a un'entità che, pur avendo personalità giuridica propria, può essere considerata parte dell'amministrazione aggiudicatrice. In queste circostanze la disciplina comunitaria sugli appalti pubblici non trova applicazione perché la prestazione è svolta, in sostanza, direttamente dalla pubblica amministrazione: questa deve avere la possibilità dell' "autoproduzione", ossia di adempiere ai propri compiti mediante propri strumenti tecnici e amministrativi, senza essere obbligata a far ricorso a soggetti terzi.

La giurisprudenza comunitaria ha progressivamente chiarito i limiti della possibilità di ricorrere all'affidamento in house.

La Corte di Giustizia, nella sentenza *Teckal*³⁵, ha affermato che la disciplina comunitaria relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici trova applicazione ogniqualvolta l'amministrazione aggiudicatrice decide di stipulare per iscritto un contratto con un ente distinto sul piano formale e autonomo rispetto ad essa sul piano decisionale. E' consentito ricorrere all'affidamento in house soltanto nel caso in cui siano rispettate due precise condizioni. Anzitutto, l'affidamento deve avvenire a favore di una società sulla quale l'amministrazione aggiudicatrice esercita "un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi". Inoltre, la società affidataria deve svolgere la parte più importante della propria attività in favore di tale amministrazione.

In particolare il requisito del controllo da parte dell'amministrazione analogo a quello esercitato sui propri servizi, comportando un'eccezione alle regole generali del diritto comunitario, è stato interpretato in modo restrittivo. La Commissione europea ha sottolineato che tale requisito deve essere inteso in senso sostanziale e non solo formale. Pertanto affinché sussista il controllo così come definito nella sentenza *Teckal* non è sufficiente il semplice esercizio degli strumenti di cui dispone il socio di maggioranza secondo le regole proprie del diritto societario. Occorre invece che il soggetto pubblico eserciti un potere assoluto di direzione, coordinamento e supervisione dell'attività della società. In virtù di tale rapporto il soggetto partecipato, non possedendo alcuna autonomia decisionale in relazione ai più importanti atti di gestione, si configura come un'entità distinta solo formalmente dall'amministrazione, che in concreto continua a costituire parte di essa³⁶.

Inoltre, i giudici comunitari hanno chiarito che la partecipazione, anche se minoritaria, di un'impresa privata al capitale di una società alla quale partecipa anche l'amministrazione aggiudicatrice, esclude in ogni caso che l'amministrazione possa esercitare su tale società un controllo analogo a quella che essa esercita sui propri servizi³⁷. La partecipazione di un'impresa privata comporta infatti che la gestione societaria sia finalizzata non solo al perseguimento dell'interesse pubblico ma anche alla realizzazione di interessi privati.

Più di recente la Corte di Giustizia ha giudicato non conforme al modello in house l'affidamento di un servizio a una società a capitale interamente pubblico derivata dalla

³⁵ Corte di Giustizia 18 novembre 1999, causa C-107/98.

³⁶ Commissione Europea, lettera di costituzione in mora contro lo Stato italiano del 26 giugno 2002, C(2002)2329.

³⁷ Corte di Giustizia 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*.

trasformazione di un'azienda speciale.³⁸ Nonostante il capitale fosse detenuto interamente dall'autorità pubblica, questa non esercitava sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi: infatti l'analisi in concreto dei poteri dell'organo di amministrazione della società ha rivelato che la società aveva acquisito una "vocazione commerciale" tale da rendere precario il controllo pubblico³⁹.

Le pronunce della Corte di Giustizia hanno comportato la necessità di modificare ripetutamente la normativa italiana in materia di servizi pubblici locali, contenuta nell'articolo 113 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267⁴⁰.

Attualmente l'articolo 113 prevede tra le modalità di conferimento della titolarità del servizio pubblico l'affidamento diretto a società a capitale interamente pubblico, purchè sussistano le condizioni delineate nella sentenza *Teckal*.

La scelta tra i diversi modelli di gestione non è assistita da alcun criterio di preferenza, ma è lasciata alla libertà dell'amministrazione aggiudicatrice. Su tale profilo i giudici amministrativi hanno presentato un ricorso in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, volto a verificare la compatibilità dell'attuale assetto legislativo con il diritto comunitario. In particolare, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla conformità dell'articolo 113, comma 5 del decreto legislativo n. 267/2000 con gli obblighi di trasparenza e libera concorrenza previsti nel Trattato, nella parte in cui non fissa alcun limite alla libertà di scelta tra le diverse forme di affidamento del servizio pubblico, in particolare tra l'affidamento mediante procedura di gara pubblica e l'affidamento diretto⁴¹.

5. La governance degli appalti pubblici in Italia

In attuazione delle direttive comunitarie sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, la legge 19 febbraio 1992, n. 142 (legge comunitaria per il 1991) ha previsto che i soggetti che hanno subito una lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici o delle relative norme di recepimento possono chiedere all'amministrazione aggiudicatrice il risarcimento del danno.

Per tutte le controversie aventi ad oggetto le procedure di affidamento di appalti pubblici svolte da soggetti tenuti ad applicare le norme comunitarie, nazionali o regionali, vi è la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, che dispone anche del risarcimento del danno⁴².

5.1. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici

³⁸ Corte di Giustizia 25 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen*.

³⁹ In particolare i giudici hanno ritenuto non sussistente il requisito del controllo analogo in considerazione del fatto che l'oggetto sociale era stato esteso a settori diversi da quelli originari, il capitale della società sarebbe stato aperto a breve termine ad altri soggetti, l'ambito territoriale di attività era stato ampliato a tutto il paese e all'estero.

⁴⁰ Cfr. Assonime, Note e studi n. 62/2004.

⁴¹ Ordinanza TAR Puglia 8 settembre 2004, n. 885.

⁴² Articolo 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205.

Come anticipato, le direttive comunitarie lasciano agli Stati membri la scelta di come strutturare le procedure di ricorso e in particolare la scelta se affidare o meno un ruolo ad autorità amministrative indipendenti.

Nel nostro ordinamento si è compiuto un primo passo in tal senso con la legge n. 109/1994, che ha istituito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Si tratta di un organismo collegiale che opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione al fine di garantire la qualità, l'efficienza, l'efficacia, la tempestività, la trasparenza e la correttezza nella materia dei lavori pubblici, anche di interesse regionale.

La legge attribuisce all'Autorità un ruolo di garanzia il cui esercizio implica lo svolgimento di una serie di funzioni.

La prima consiste nell'esercizio dell'attività di vigilanza. La seconda funzione consiste nel segnalare eventuali irregolarità o violazioni delle regole sugli appalti pubblici agli organi di controllo competenti. In particolare, se le irregolarità hanno rilevanza penale, verranno informati gli organi giurisdizionali competenti. Qualora sia accertato che dalla realizzazione dei lavori pubblici è derivato un pregiudizio per l'erario, l'Autorità trasmette i propri rilievi alla procura generale della Corte dei Conti (articolo 4, comma 9).

La terza funzione consiste nella segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui lavori pubblici e di formulazione di proposte per la revisione della disciplina.

L'Autorità non ha poteri di *adjudication*, inibitori o coercitivi. A riguardo la Corte Costituzionale ha chiarito che "le attribuzioni dell'Autorità non sostituiscono né surrogano alcuna competenza di amministrazione attiva e di controllo; esse esprimono una funzione di garanzia, in ragione della quale è configurata l'indipendenza dell'organo. Le attività rimesse all'Autorità assumono carattere strumentale rispetto alla conoscenza e alla vigilanza nel complessivo settore dei servizi pubblici" (sentenza 7 novembre 1995, n. 482).

Nella delega al Governo per il recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE è previsto un ampliamento delle competenze dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici anche ai settori degli appalti di forniture e di servizi. Essa avrà quindi una competenza generale sugli appalti pubblici, svolgendo il compito di garante della correttezza e della trasparenza nelle procedure di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti di appalto, nonché del rispetto delle regole di evidenza pubblica nelle singole procedure di gara.

Lo schema di decreto legislativo approvato dal Consiglio dei ministri il 13 gennaio 2006 in attuazione della delega⁴³ ha dunque esteso i poteri di vigilanza dell'Autorità agli appalti di fornitura e servizi, comprendendo anche i contratti sotto la soglia comunitaria e i contratti pubblici di interesse regionale.

I compiti dell'Autorità dovranno essere svolti "con le strutture umane e strumentali disponibili sulla base delle disposizioni normative vigenti e senza nuovi o maggiori oneri per il bilancio dello Stato". Si osserva peraltro che la legge 23 dicembre 2005, n. 266 (legge finanziaria 2006) ha modificato il sistema di finanziamento dell'Autorità, prevedendo che le spese di funzionamento della stessa siano finanziate dal mercato di competenza per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello

⁴³ Come accennato, sullo schema di codice dei contratti pubblici sono stati presentati i pareri della Conferenza unificata Stato-Regioni-Città e del Consiglio di Stato.

Stato (articolo 1, comma 65). La legge delinea per l'Autorità un sistema di finanziamento a carico del mercato articolato su diverse tipologie di contribuzione. E' anzitutto previsto che alla copertura dei costi relativi al funzionamento dell'Autorità concorrano mediante appositi versamenti i soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza. Inoltre, è attribuito all'Autorità il potere di individuare quali servizi siano erogabili a titolo oneroso, secondo tariffe determinate sulla base del costo effettivo dei servizi stessi. Gli importi dei corrispettivi dovuti alla Camera arbitrale per la risoluzione delle controversie di cui all'articolo 32 della legge n. 109/1994 e successive modificazioni dovranno essere versati direttamente all'Autorità⁴⁴.

FUNZIONI DI VIGILANZA

Nell'esercizio delle funzioni di vigilanza l'Autorità opera affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei lavori pubblici e l'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare, verificando anche con indagini a campione la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici. Inoltre essa accerta che dall'esecuzione dei lavori non sia derivato un pregiudizio per l'erario. Infine, essa ha il potere di vigilare sul sistema di qualificazione dei soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici.

Poteri di indagine e sanzionatori

Nell'esercizio della funzione di vigilanza, l'Autorità può richiedere alle amministrazioni aggiudicatrici, agli altri enti aggiudicatori, nonché a ogni pubblica amministrazione, impresa o persona che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori pubblici, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti dei lavori. Inoltre l'Autorità può disporre ispezioni, perizie ed analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria.

I poteri istruttori sono esercitati nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, contraddittorio e secondo le modalità definite dalla normativa sul procedimento amministrativo.

Per assicurare la veridicità e la completezza delle informazioni richieste nell'ambito delle funzioni di vigilanza, sono attribuiti all'Autorità circoscritti poteri sanzionatori. In particolare l'Autorità irroga una sanzione amministrativa qualora i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi utili all'istruttoria rifiutino di farlo (in questo caso la somma è pari ad un massimo di 50 milioni di lire) ovvero qualora forniscano informazioni o esibiscano documenti non veritieri (in questo caso la sanzione massima è di 100 milioni di lire). L'entità delle sanzioni è proporzionata all'importo contrattuale dei lavori ai quali le informazioni si riferiscono.

Poteri autorizzatori

L'unico ambito delle funzioni di vigilanza nel quale l'Autorità svolge un'attività di amministrazione c.d. attiva riguarda il sistema di qualificazione delle imprese. L'articolo 8 della legge n. 109/1994 attribuisce all'Autorità il potere di autorizzare gli organismi di diritto privato per l'esercizio dell'attività di attestazione di qualità delle imprese che agiscono sul mercato delle costruzioni. Sugli organismi di attestazione l'Autorità ha poteri di controllo, di verifica ed eventualmente di revoca dell'autorizzazione⁴⁵. Lo schema di codice dei contratti pubblici prevede espressamente che l'Autorità, in caso di contestata inerzia degli organismi di attestazione, può annullare le attestazioni rilasciate da quest'ultime. Questa precisazione trae spunto da una pronuncia giurisprudenziale secondo cui "una volta acclarato, alla luce della disciplina positiva, che (...) all'Autorità sono attribuiti poteri penetranti di vigilanza e controllo sia sulle SOA che sulle singole attestazioni, è agevole desumere, in chiave di ricostruzione logica e sistematica, al di là del mero dato letterale, la sussistenza di un potere, in capo all'Autorità, di annullare in via diretta le attestazioni SOA"⁴⁶.

Poteri di vigilanza con contenuto di regolazione

⁴⁴ Cfr. Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, deliberazione del 26 gennaio 2006.

⁴⁵ All'articolo 8 della legge n. 109/1994 è stata data attuazione mediante il decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34.

⁴⁶ Consiglio di Stato Sez. VI, 3 febbraio 2004, n. 993.

La legge n. 109/1994 non attribuisce direttamente all'Autorità alcun potere di regolazione. Ciononostante i poteri di vigilanza dell'Autorità consentono a quest'ultima di adottare atti regolatori a contenuto generale.

Come accennato la Corte costituzionale ha ritenuto che le attribuzioni dell'Autorità inerenti il controllo sulle amministrazioni vigilate hanno carattere esclusivamente strumentale allo svolgimento del generale potere di vigilanza, senza mai comportare ingerenze nelle scelte relative alla realizzazione delle opere. Tale orientamento è condiviso dalla giurisprudenza amministrativa⁴⁷ la quale ha specificato che il potere di vigilanza consente all'Autorità di adottare una molteplicità di atti tra cui quelli di regolazione interpretativa. Tali atti sono diretti a richiamare i soggetti responsabili su quella che viene ritenuta la corretta interpretazione delle norme di legge che disciplinano il settore. L'Autorità svolge così una funzione orientativa dell'azione dei soggetti operanti nel settore, che si basa sull'autorevolezza dell'organo e che non può estrinsecarsi in attività di amministrazione diretta. Essa consiste in particolare nella formulazione di regole di comportamento, fornendo un'interpretazione uniforme delle disposizioni di legge e indicando principi e direttive di condotta generale. In tal modo l'attività di vigilanza non si limita a un mero controllo formale del rispetto della normativa ma è volta a superare concretamente le anomalie e le disfunzioni rilevate.

Così, a seguito delle anomalie riscontrate attraverso l'attività istruttoria, l'Autorità, qualora lo ritenga utile, può emanare una determinazione, se la questione riguarda una fattispecie singola, o un atto di regolazione se essa assume valenza generale⁴⁸. L'articolo 3, comma 3 del DPR n. 554/1999 dispone che le delibere e gli atti riguardanti questioni di rilievo generale o comportanti la soluzione di questioni di massima sono pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale.

Le determinazioni e gli atti generali dell'Autorità non incidono in maniera attuale e immediata sulla sfera giuridica dei destinatari e sono quindi insuscettibili di produrre effetti lesivi sulle posizioni soggettive. Il TAR Lazio ascrive detti atti alla categoria delle circolari interpretative in quanto destinati ad orientare la successiva attività delle amministrazioni vigilate, ma con effetti non necessariamente vincolanti su di esse, le quali se ne possono discostare nel caso in cui le reputino *contra legem*⁴⁹.

Tra i compiti affidati all'Autorità, che opera attraverso l'Osservatorio dei lavori pubblici, vi sono la raccolta e l'elaborazione dei dati informativi concernenti i lavori pubblici su tutto il territorio nazionale, la determinazione dei costi standardizzati per tipo di lavoro, la pubblicazione semestrale dei programmi triennali dei lavori pubblici predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici nonché la predisposizione dell'elenco dei lavori pubblici affidati. A tal fine, devono essere comunicati all'Osservatorio i dati relativi ai lavori pubblici superiori a 150.000 euro.

Presso l'Autorità opera una Camera arbitrale per la definizione delle controversie tra stazione appaltante e appaltatore inerenti l'esecuzione del contratto.

5.2. Ministero delle infrastrutture e dei trasporti

La normativa italiana affida al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti un ruolo di indirizzo e di regolazione delle procedure per l'aggiudicazione dei lavori pubblici⁵⁰.

⁴⁷ Cfr. Consiglio di Stato Sez. IV, 5 aprile 2003, n. 203, Consiglio di Stato Sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6760, Consiglio di Stato Sez. V 26 maggio 2003, n. 2852.

⁴⁸ In particolare l'articolo 5 del Regolamento per il funzionamento del servizio delle ispezioni e degli accertamenti prevede che qualora dalle risultanze delle ispezioni e degli accertamenti istruttori emerge un'azione amministrativa non conforme alla disciplina di settore, per dubbi interpretativi circa il contenuto delle regole, il Consiglio può attuare un intervento regolatore.

⁴⁹ Cfr. TAR Lazio 10 luglio 2002, n. 6241.

⁵⁰ Il decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, recante riforma dell'organizzazione del Governo, ha trasferito al Ministero delle infrastrutture e dei trasporti le funzioni e i compiti del Ministero dei lavori

Anzitutto il Ministero definisce le regole tecniche di settore con particolare riferimento all'attuazione delle disposizioni della legge n. 109/1994 e predispone gli schemi contrattuali, nonché i capitolati in relazione alle modifiche legislative, ai regolamenti e alle direttive comunitarie adottate in materia di lavori pubblici.

Inoltre il Ministero cura la gestione del servizio di pubblicazione in via informatica e di diffusione on line dei programmi triennali dei lavori pubblici statali e regionali, in mancanza di siti regionali.

In accordo con l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici e con l'Osservatorio dei lavori pubblici, il Ministero adotta linee guida comuni per la giusta interpretazione ed applicazione della normativa di settore.

Infine esso promuove le attività tecniche e amministrative volte alla progettazione, all'approvazione dei progetti e alla realizzazione delle infrastrutture strategiche di interesse nazionale⁵¹.

Organi decentrati del Ministero sono i servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT)⁵². Essi assicurano, in sede decentrata, l'esercizio delle funzioni e dei compiti attribuiti al Ministero. In particolare essi svolgono un'attività di vigilanza sulle opere pubbliche finanziate anche in parte dal Ministero, un'attività di supporto nella programmazione, progettazione ed esecuzione di opere anche di competenza di amministrazioni non statali e compiti di supporto per la realizzazione delle infrastrutture di preminente interesse nazionale. All'interno di ogni SIIT è istituito un comitato tecnico amministrativo che ha funzioni consultive. Esso è chiamato a pronunciarsi tra l'altro sui progetti preliminari, definitivi ed esecutivi che il SIIT esegue a cura dello Stato e che sono a totale carico nazionale o che sono finanziati dallo Stato per almeno il 50 per cento; sulle proposte di risoluzione o rescissione di contratti, nonché sulle determinazioni di nuovi prezzi per opere eccedenti i limiti di competenza del responsabile del procedimento e infine sulla concessione di proroghe superiori a trenta giorni dei termini contrattuali fissati per l'ultimazione dei lavori.

Presso il Ministero è istituito il Consiglio superiore dei lavori pubblici, che opera con piena autonomia funzionale e organizzativa, nonché con indipendenza di giudizio e di valutazione quale massimo organo tecnico consultivo in materia di lavori pubblici. Esso esprime un parere obbligatorio sui progetti definitivi dei lavori pubblici di competenza statale, o comunque finanziati per almeno il 50 per cento dallo Stato, di importo superiore ai 25 milioni di euro. Per i lavori che superano tale importo, anche le altre amministrazioni possono sottoporre al parere del Consiglio il relativo progetto⁵³.

5.3. Autorità garante della concorrenza e del mercato

In base al diritto comunitario e nazionale della concorrenza (articolo 81 del Trattato, articolo 2 della legge n. 287/1990) le intese tra imprese che hanno come oggetto o come effetto la restrizione della concorrenza sono vietate; tali intese sono nulle ad ogni effetto. In Italia l'autorità amministrativa preposta all'applicazione di queste

pubblici (articolo 41). Il decreto del Presidente della Repubblica 2 luglio 2004, n. 184 ha riorganizzato il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

⁵¹ Articolo 2, decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190.

⁵² Il decreto del Presidente della Repubblica n. 184/2004 ha istituito nove servizi integrati infrastrutture e trasporti con competenza interregionale, in sostituzione dei precedenti provveditorati regionali (articolo 9).

⁵³ Articolo 6, legge 11 febbraio 1994, n. 109.

disposizioni è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Nei casi in cui ravvisa un'infrazione, l'Autorità fissa un termine per l'eliminazione della stessa e, qualora si tratti di un'infrazione grave, può comminare una sanzione pecuniaria sino al 10 per cento del fatturato complessivo realizzato dall'impresa nell'esercizio precedente a quello in cui viene comminata la sanzione.

Le intese restrittive possono riguardare anche la partecipazione a gare per l'aggiudicazione di appalti pubblici. L'Autorità garante è intervenuta in numerosi casi di questo tipo⁵⁴.

Sin dall'origine la legge n. 287/1990 ha attribuito all'Autorità garante della concorrenza funzioni consultive in materia di appalti pubblici. In particolare, l'articolo 24 della legge ha richiesto all'Autorità, nel primo periodo di attività, di predisporre "un rapporto circa le azioni da promuovere per adeguare ai principi della concorrenza" la normativa relativa al settore degli appalti pubblici⁵⁵.

L'Autorità dispone inoltre di poteri di segnalazione e consultivi volti ad evidenziare alle autorità competenti i casi in cui norme di legge, di regolamento, atti amministrativi generali o proposte normative determinano distorsioni della concorrenza o del corretto funzionamento del mercato che non siano giustificate da esigenze di interesse generale (articolo 21). Infine, essa può più in generale esprimere pareri su problemi riguardanti la concorrenza e il mercato su richiesta di amministrazioni ed enti pubblici interessati (articolo 22).

L'Autorità garante ha fatto un ampio uso di tali poteri in relazione al tema degli appalti.

Nelle segnalazioni e nei pareri adottati sinora si ritrovano alcuni messaggi ricorrenti.

Anzitutto, l'Autorità sottolinea che la disciplina comunitaria degli appalti pubblici, fondata sui principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza, individua la gara come procedura tendenzialmente esclusiva di aggiudicazione. Tale regola va seguita anche per le concessioni di pubblici servizi e per gli appalti sotto soglia. Il ricorso alla scelta diretta deve essere un'evenienza eccezionale, giustificabile solo in presenza di specifiche ragioni tecniche ed economiche. Per gli enti locali che intendano affidare i servizi senza gara, mediante il cosiddetto affidamento in house, l'Autorità richiama l'esigenza di motivare sempre e con chiarezza la scelta, illustrando le circostanze che giustificano il ricorso a tale procedura⁵⁶.

Un altro tema ricorrente nelle segnalazioni dell'Autorità riguarda la necessità, per le amministrazioni, di non restringere ingiustificatamente le possibilità di partecipazione alla gara e di aggiudicazione della commessa tramite la previsione di requisiti soggettivi e oggettivi non necessari o sproporzionati. Per i requisiti soggettivi è stata ripetutamente criticata la fissazione da parte delle amministrazioni di soglie di fatturato non accompagnata dalla possibilità di dimostrare altrimenti l'affidabilità dell'impresa⁵⁷. Per i requisiti oggettivi, l'Autorità ha segnalato la necessità di non irrigidire

⁵⁴ Cfr. ad esempio Istituti Vigilanza Sardegna, Bollettino n. 50 /1996; Noleggio autobus scolastici, Bollettino n. 41/1996; Pellegrini/Consip, Bollettino n. 24/2002.

⁵⁵ Cfr. Autorità garante della concorrenza e del mercato (1993), "Appalti pubblici e concorrenza".

⁵⁶ Cfr., tra le più recenti segnalazioni dell'Autorità, AS 311, "Modalità di affidamento della gestione di servizi pubblici locali", in Bollettino n. 35/2005.

⁵⁷ AS 251, Bandi predisposti dalla concessionaria servizi informatici pubblici- Consip Spa, Bollettino 5/2003; AS 097, Gara pubbliche per le forniture di prodotti sanitari, Bollettino n. 29/1997; AS 130, Appalti pubblici di servizi di raccolta e trasporto di rifiuti solidi urbani, Bollettino n. 11/1998; AS 227, Procedure di selezione per la realizzazione delle iniziative di comunicazione istituzionale a carattere pubblicitario, Bollettino n. 1-2/2002.

ingiustificatamente l'oggetto della gara, consentendo di presentare offerte funzionalmente equivalenti al prodotto descritto nel bando⁵⁸.

L'Autorità ha inoltre ripetutamente criticato il ricorso da parte delle amministrazioni a meccanismi elusivi degli obblighi di gara, quali il frazionamento artificioso dell'oggetto della gara o il ricorso alla deroga alle regole in materia di appalti giustificato in base ad esigenze di sicurezza⁵⁹.

Infine, l'Autorità ha auspicato un corretto utilizzo di strumenti associativi quali il raggruppamento temporaneo di imprese allo scopo di garantire la più ampia partecipazione alle gare⁶⁰.

5.4. Corte dei Conti

La Costituzione attribuisce alla Corte dei Conti la funzione di controllo contabile sulla gestione finanziaria delle pubbliche amministrazioni, centrali e locali, e degli enti cui lo Stato contribuisce in via ordinaria. Tale controllo è volto ad assicurare il rispetto dei limiti complessivi di spesa e il corretto operare degli amministratori⁶¹.

Nell'ambito dell'assetto dei controlli pubblici, disciplinato dalla legge 14 gennaio 1994, n. 20, la Corte dei Conti esercita un controllo preventivo sugli atti e un controllo successivo sulla gestione della pubblica amministrazione.

Nel primo caso, la Corte dei Conti è chiamata a verificare in via preventiva la conformità di determinati atti della pubblica amministrazione rispetto alle previsioni legislative e di bilancio: si tratta in particolare degli atti di programmazione comportanti spese e dei decreti che approvano contratti di appalto d'opera di importo superiore alla soglia comunitaria⁶². In assenza di obiezioni da parte della Corte l'atto sottoposto al controllo preventivo acquista efficacia.

Per quanto concerne il controllo successivo, la Corte dei Conti accerta la rispondenza dell'attività amministrativa agli obiettivi stabiliti dalla legge, valutando comparativamente costi, modi e tempi dello svolgimento dell'azione amministrativa. All'esito del controllo successivo, la Corte dei Conti adotta deliberazioni contenenti valutazioni e osservazioni. Le amministrazioni entro sei mesi dalla data di ricevimento della relazione, comunicano alla Corte le misure adottate per adeguarsi.

Nell'esercitare il controllo di gestione la Corte dei Conti può avviare, di propria iniziativa, indagini relative a tematiche generali o settoriali, aventi impatto sui conti pubblici. La scelta degli ambiti oggetto di indagine è compiuta annualmente dalla Corte

⁵⁸AS 178, Appalti pubblici di forniture di materiale radiografico, Bollettino n. 25/1999; AS 184, Norme per la gestione dei rifiuti e la bonifica dei siti inquinati, Bollettino n. 43/1999.

⁵⁹ AS 079, Materiali autoadesivi per le specialità medicinali, Bollettino n. 46/1996; AS 187, Bandi di gara in materia di appalti pubblici, Bollettino n. 48/1999.

⁶⁰ AS 251, Bandi predisposti dalla concessionaria di servizi informatici pubblici - CONSIP Spa, Bollettino n. 5/2003. Su questo tema, cfr. Fidone - Gambuto (2006).

⁶¹ Articolo 100, Costituzione. Tra gli enti soggetti al controllo della Corte dei conti vi è la Consip spa: una società per azioni, concessionaria dei servizi informativi pubblici, le cui azioni appartengono interamente al Ministero dell'economia e delle finanze. Il controllo sulla società è esercitato da un magistrato della Corte dei conti che assiste alle sedute degli organi di amministrazione e di revisione (articolo 12, legge 21 marzo 1958, n. 259). Fino al 2002 il controllo sulla società era esercitato in via mediata, attraverso il controllo sulla gestione dell'INA che era titolare dell'intero pacchetto azionario della Consip spa.

⁶² Contrariamente a quanto previsto dalla precedente disciplina, l'articolo 3 della legge n. 20/1994 ha limitato il controllo preventivo agli atti di maggiore rilievo finanziario.

dei Conti nei programmi di controllo. Una serie di indagini di controllo sono state dedicate alle acquisizioni di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni⁶³.

Infine, la Corte dei Conti svolge il controllo sulla gestione degli enti locali. Tale controllo è esercitato attraverso apposite sezioni regionali ed è volto ad accertare che non siano adottati comportamenti difformi dalla sana gestione finanziaria. Gli enti locali hanno l'obbligo di trasmettere in via telematica alle sezioni regionali di controllo le relazioni sul bilancio preventivo e sul rendiconto⁶⁴. Qualora vengano riscontrate irregolarità, i giudici contabili adottano specifica pronuncia e vigilano sull'adozione da parte dell'ente locale delle necessarie misure correttive⁶⁵.

5.5. Consip

Il decreto ministeriale 24 febbraio 2000 il Ministero dell'economia e delle finanze ha conferito alla CONSIP s.p.a., l'incarico di stipulare convenzioni per la fornitura di beni e servizi alle pubbliche amministrazioni centrali e locali⁶⁶.

5.6. Cnipa

Per gli appalti di forniture e servizi relativi ai sistemi informativi automatizzati la normativa italiana affida un importante ruolo di controllo al Centro Nazionale per l'Informativa nella Pubblica Amministrazione (CNIPA), organismo operante presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri per l'attuazione delle politiche del Ministro per l'innovazione e le tecnologie⁶⁷.

Il CNIPA esprime anzitutto un parere obbligatorio sugli schemi dei contratti concernenti l'acquisizione di beni e servizi relativi ai sistemi informativi automatizzati

⁶³ Si segnalano, ad esempio, la delibera n. 2/2004/G "Verifica, con particolare riferimento agli acquisti tramite convenzione Consip, del contenimento della spesa nell'ambito delle forniture e dei servizi su alcuni centri di spesa delle Amministrazioni statali, assunte a campione: Ministero dell'economia e delle finanze, Ministero della difesa, Ministero della giustizia, e la delibera n. 21/2005/G "Gestione delle spese in economia per beni e servizi nelle amministrazioni dello Stato: Ministero del lavoro e delle politiche sociali e Ministero per i beni e le attività culturali e relativi organi periferici".

⁶⁴ L'articolo 28 della legge 27 dicembre 2002 n. 289 (legge finanziaria per il 2003) ha predisposto un sistema di trasmissione telematica dei dati contabili degli enti locali alla Corte dei conti.

⁶⁵ Cfr. articolo 1, comma 168, legge 23 dicembre 2005 (legge finanziaria per il 2006).

⁶⁶ Per l'analisi del funzionamento e dell'evoluzione del sistema CONSIP, si rinvia a Buscemi (2006).

⁶⁷ Il CNIPA è un organo collegiale composto dal Presidente e da quattro membri nominati dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Esso unifica in sé due organismi preesistenti: l'Autorità per l'informatica nella pubblica amministrazione e il Centro tecnico per la rete unitaria della pubblica amministrazione. La legge prevede che il CNIPA operi "con autonomia tecnica, funzionale, amministrativa, contabile e finanziaria e con indipendenza di giudizio". Il quadro normativo è definito dal decreto legislativo 12 febbraio 1993, n. 39; dall'articolo 176 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196; dal decreto legislativo 5 dicembre 2003, n. 343.

per quanto concerne la congruità tecnico-economica, qualora il valore lordo di detti contratti superi determinate soglie (...). In questi casi viene anche chiesto, direttamente dal CNIPA, il parere di legittimità del Consiglio di Stato.

Le valutazioni di congruità effettuate dal CNIPA riguardano, tra l'altro, il livello di spesa dell'iniziativa rispetto alle dimensioni dell'amministrazione, al totale della spesa sostenuta, ai costi di altre analoghe iniziative di altre organizzazioni. Viene verificato in particolare l'allineamento dei prezzi ai valori di mercato, tenendo conto anche di prodotti diversi con funzionalità equivalenti.

Al fine di svolgere i propri compiti, il CNIPA, tramite l'Osservatorio del mercato, svolge un'attività sistematica di raccolta di informazioni tecniche ed economiche su tecnologie, architetture, prodotti, servizi e relativi fornitori per i principali prodotti hardware, software e di telecomunicazione. Presso l'Osservatorio sono raccolte le tariffe giornaliere richieste dai fornitori per le varie figure professionali dell'*information technology*.

Nel rispetto della normativa in materia di scelta del contraente, il CNIPA può anche stipulare convenzioni con le quali l'impresa prescelta si impegna ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima complessiva stabilita dalla convenzione ed ai prezzi e condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura deliberati dalle amministrazioni. I contratti conclusi con l'accettazione di tali ordinativi non sono sottoposti al prescritto parere di congruità economica.

La legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per il 2005) ha affidato al CNIPA la funzione di stipulare contratti quadro per l'acquisizione di applicativi informatici e per l'erogazione di servizi di carattere generale, allo scopo di ridurre gli oneri per le spese informatiche della pubblica amministrazione.

Il CNIPA elabora inoltre gli schemi di capitolato, contenenti le clausole generali dei contratti che le singole amministrazioni stipulano in materia di sistemi informativi automatizzati e li sottopone all'approvazione del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Il Centro definisce altresì i criteri e le modalità per il monitoraggio da parte delle amministrazioni dell'esecuzione di contratti di grande rilievo economico per la progettazione, realizzazione, manutenzione, gestione e conduzione operativa di sistemi informativi automatizzati.

Le amministrazioni e le imprese contraenti sono tenute a fornire al Centro ogni informazione richiesta. Ove il Centro ravvisi atti o comportamenti che possano ingenerare dubbi sulla loro conformità alle regole della concorrenza, ne riferisce tempestivamente al presidente dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato. Ove risultino gravi inadempienze delle imprese nei confronti delle amministrazioni, il Centro invita le amministrazioni competenti ad assumere i conseguenti provvedimenti, ivi compresa l'esclusione delle imprese inadempienti dalla partecipazione a procedure di aggiudicazione di contratti di fornitura con le amministrazioni.

**Promozione della concorrenza e salvaguardia delle amministrazioni:
gli indirizzi che emergono dai pareri del CNIPA**

Nel caso delle procedure aperte per l'acquisizione dei prodotti e dei servizi i pareri del CNIPA hanno puntato ad ampliare la gamma delle possibili soluzioni, eliminando eventuali specifiche che, direttamente o indirettamente, restringessero le possibilità di scelta delle amministrazioni.

Nel caso di affidamento per un periodo significativo ad un unico fornitore in *outsourcing* dello sviluppo o della gestione dell'intero sistema informativo o di sue componenti rilevanti, il CNIPA ha suggerito alle amministrazioni di predisporre in via contrattuale apposite salvaguardie per mantenere una sufficiente capacità negoziale. Ad esempio, è stato suggerito l'inserimento di clausole che consentono all'amministrazione di rescindere il contratto unilateralmente a seguito del verificarsi (e soprattutto del ripetersi) di gravi inadempienze. Un ulteriore rimedio è costituito dalla previsione di variazioni contrattuali a

seguito di eventi pianificati, impegnando l'assegnatario ad accettarne le conclusioni, eventualmente attraverso un'attività negoziale. Un'ultima tecnica consiste nel vincolare l'esecuzione di alcune attività al rilascio di un ulteriore parere del CNIPA: si tratta di attività i cui requisiti al momento del contratto non permettano di specificare gli obiettivi, le attività, le risorse necessarie ed i livelli di servizio. Questa tecnica non è solo formale ma stabilisce un arbitro, in grado di tutelare gli interessi del cliente senza prevaricare il fornitore.

Le amministrazioni di maggiore dimensione e complessità organizzativa sono state invitate dal CNIPA a diversificare le piattaforme ed i prodotti anche nell'ambito della stessa funzione (ad esempio: gestione delle basi di dati, creazione e utilizzo dei data *warehouse*, automazione d'ufficio). L'obiettivo è principalmente quello di acquisire una conoscenza diretta delle diverse soluzioni tecnologiche e di mantenere una maggiore capacità negoziale nei confronti dei fornitori.

Infine, in conformità con l'apposita direttiva del Ministro per l'Innovazione e le Tecnologie⁶⁸, è stata favorita la diffusione dei sistemi *open source* e, in generale, l'adozione di sistemi aperti, cioè di componenti hardware o software in grado di interoperare con prodotti che svolgono funzioni equivalenti e che quindi pongono meno vincoli sulla scelta dei fornitori.

⁶⁸ Direttiva del 19 dicembre 2003 su "Sviluppo ed utilizzazione dei programmi informatici da parte delle Pubbliche Amministrazioni".

6. Riferimenti bibliografici

Assonime (2004), *Competenze legislative dello Stato e delle regioni in materia di servizi pubblici locali*, note e studi n. 62 del 2 novembre 2004.

Autorità garante della concorrenza e del mercato (1993), *Appalti pubblici e concorrenza*.

Buscemi E. (2006), *La centralizzazione degli acquisti e l'e-procurement*.

Chiti M.P. (2005) - a cura di- *Il partenariato pubblico-privato. Profili di diritto amministrativo e di scienza dell'amministrazione*, Bonomia University Press, 2005.

Commissione europea (1996), *Libro verde: gli appalti pubblici nell'Unione Europea spunti di riflessione per il futuro*, COM(1996) 583 def. del 27 novembre 1996.

Commissione europea (1998), *Comunicazione della Commissione: gli appalti pubblici nell'Unione europea*, COM (98) 143 del 11 marzo 1998.

Commissione europea (1999), *Comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario*, del 29 febbraio 1999.

Commissione europea (2004), *Libro verde relativo ai partenariati pubblico-privato e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni*, COM (2004)327 def. del 30 aprile 2004.

Fidone G. – Gambuto S. (2006), *Meccanismi elusivi e limitazione della concorrenza nella prassi amministrativa degli appalti pubblici*.

Fiorentino L. – LAcava C. (2005) – a cura di - *Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici*, Giornale di diritto amministrativo, Quaderni n. 9, Ipsoa, 2004.

Fiorentino L. (2006), *Verso un codice unico degli appalti*, Astrid - Rassegna n. 23/2006.

Garofoli R. – Sandulli M.A. (2005) – a cura di - *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Giuffrè, 2005.

Presidenza del Consiglio dei Ministri, Segretariato Generale- Dipartimento per le Risorse Umane e Strumentali (2005), *Public Procurement in Europe*, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 2005.