

Proposte in materia di razionalizzazione ed economicità a livello regionale/locale nell'affidamento di lavori tramite evidenza pubblica

A cura di Paolo Urbani

1. Profili generali

Uno dei profili di maggiore problematicità riguarda la professionalità e la competenza delle pubbliche amministrazioni che svolgono la funzione di committenza relativamente all'assegnazione tramite evidenza pubblica di risorse finanziarie per la realizzazione di opere pubbliche.

E' noto che fin dalla legge Merloni del 1994 si ritenne decisivo accrescere la professionalità della PA prevedendosi tra l'altro che i profili della progettazione fossero appannaggio degli uffici preposti, a fronte del riconoscimento di incentivi finanziari. La disciplina, ripresa negli art.90 e 92 del d.legsl.163/2006, sconta tuttavia l'inadeguatezza delle centrali di committenza anche sotto il profilo della redazione dei bandi nonché della conclusione del procedimento di assegnazione dei lavori. Nulla infatti è stato fatto per dotare le amministrazioni competenti di personale tecnico e amministrativo in grado di svolgere adeguatamente i compiti previsti rispetto all'oggetto dell'appalto di lavori. Le amministrazioni aggiudicatrici scontano perciò nella prevalenza dei casi una forte inadeguatezza. Ciò produce, spesso, l'esperienza di procedimenti tecnico amministrativi (progettazione preliminare, definitiva e/o esecutiva, redazione bandi di gara, stipula e contenuto del contratto) "imperfetti", avverso i quali è buon gioco degli interessi antagonisti mirare alla "demolizione" dei provvedimenti di affidamento lavori, da un lato, e dall'altro da parte delle imprese aggiudicatrici avanzare la richiesta di varianti in corso d'opera, revisione prezzi etc. con conseguente ritardo e contenziosi nell'attuazione degli interventi.

Inoltre, la disciplina delle opere pubbliche si è ulteriormente complicata a seguito dell'introduzione del partenariato pubblico privato che richiede un dialogo collaborativo con gli attori privati, il cui esito sconta la mancanza di adeguate competenze (economiche, giuridiche) all'interno degli uffici.

Va aggiunto anche che in base alla ripartizione delle competenze tra stato e regioni la gran parte delle opere pubbliche riguarda il livello regionale e infraregionale (provinciale, comunale) cui corrisponde una estrema proliferazione di stazioni appaltanti spesso con scarse competenze tecniche. Nello stesso tempo,

si deve osservare che la maggior parte delle opere pubbliche riguarda non tanto le reti stradali o ferroviarie (di livello regionale) ma soprattutto il settore sanitario, idrico, dei rifiuti, della difesa del suolo e dell'edilizia scolastica e che le risorse pubbliche a ciò destinate assumono un rilievo considerevole sia per migliorare le dotazioni territoriali sia per rilanciare l'economia. Ma proprio la frammentazione delle competenze tra livelli di governo (regionale, provinciale, locale) e la crisi fiscale sono alcune delle ragioni che spingono per razionalizzare il settore degli appalti pubblici di lavori riducendone i costi e concentrandone i livelli di committenza.

2. L'ordinamento comunitario

Questi temi sono ben presenti nella letteratura in materia e proprio al fine di ridurre il *gap* nella realizzazione delle opere pubbliche tra i vari paesi europei, a livello comunitario le centrali di committenza sono state disciplinate per la prima volta dalla Direttiva 18/2004/CE del 30 aprile 2004, la quale ha rilevato come la loro presenza in alcuni Stati membri, comportando la centralizzazione degli acquisti in capo a una sola amministrazione aggiudicatrice e la razionalizzazione degli appalti pubblici di lavori, ha prodotto «un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica» (considerando 15).

Secondo la Direttiva «Una "centrale di committenza" è un'amministrazione aggiudicatrice, acquista forniture e/o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici, o aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici» (art. 1, par. 10).

3. Le centrali di committenza nel codice dei contratti pubblici

La definizione è stata ripresa integralmente dal Codice dei contratti (art. 3, co. 34, d.lgs. n.163/2006) che ha stabilito (art.33,co.1-3):

- a) che le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, tra cui, gli enti pubblici territoriali in quanto amministrazioni aggiudicatrici (art. 3, co. 29 e 25) possono fare ricorso alle centrali di committenza, anche associandosi o consorziandosi;
- b) che le centrali di committenza sono tenute all'osservanza del Codice;
- c) che le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici anche a centrali di committenza.

3.1 Le centrali nel regolamento di esecuzione del codice

Nel regolamento di esecuzione del Codice degli appalti (d.P.R. n. 207/2010) sono presenti alcune previsioni che rafforzano il ruolo delle centrali di committenza rispetto alla fase di esecuzione del contratto:

– l'art. 274, prevede la figura del responsabile del procedimento negli acquisti tramite centrali di committenza, disponendo che queste possano acquisire in via telematica dati, informazioni e documentazione in ordine alla fase di esecuzione del contratto;

– l'art. 312, co. 5, stabilisce invece che, fermi gli obblighi vigenti per le stazioni appaltanti, *“le centrali di committenza possono svolgere attività di supervisione e controllo...al fine di accertare la piena e corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali rese dall'affidatario a favore delle stazioni appaltanti”*. Inoltre, se il direttore dell'esecuzione contesta un grave inadempimento contrattuale o le prestazioni sono dichiarate non collaudabili, le centrali possono disporre la risoluzione del rapporto con l'affidatario e aggiudicare la gara all'impresa che segue in graduatoria.

L'istituzione della centrale di committenza, in termini generali, risponde alle esigenze di specializzazione nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, nella necessità di razionalizzare la spesa pubblica, anche mediante l'accorpamento degli appalti, nel rispetto dei principi di economicità e trasparenza delle procedure, nel rispetto della tutela dei lavoratori e delle forme di contrasto alla criminalità organizzata.

Sino al 2011, il loro uso da parte delle amministrazioni locali era previsto come *facoltativo* e tale è rimasto anche per le Regioni. Tuttavia, Il decreto c.d. *“salva Italia”* ha invece, introdotto un obbligo di gestione delle procedure di appalto attraverso centrali di committenza per i comuni di minori dimensioni (*infra*).

4. Il livello regionale della Centrali di committenza

Poiché uno dei livelli di governo più importanti è quello regionale, ai sensi dell'Art.13, legge 13.08.2010, n.136. *“1. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri dell'interno, dello sviluppo economico, delle infrastrutture e dei trasporti, del lavoro e delle politiche sociali, per i rapporti con*

le regioni e per la pubblica amministrazione e l'innovazione, da adottare entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite, previa intesa in sede di Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, e successive modificazioni, le modalità per promuovere l'istituzione, in ambito regionale, di una o più stazioni uniche appaltanti (SUA), al fine di assicurare la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose.

2. Con il decreto di cui al comma 1 sono determinati:

- a) gli enti, gli organismi e le società che possono aderire alla SUA;*
- b) le attività e i servizi svolti dalla SUA, ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;*
- c) gli elementi essenziali delle convenzioni tra i soggetti che aderiscono alla SUA;*
- d) le forme di monitoraggio e di controllo degli appalti, ferme restando le disposizioni vigenti in materia.*

L'art. 2, co. 2, d.p.c.m. 30.6.2011, n. 55214 prevede poi che la **Stazione Unica Appaltante** ha natura giuridica di **centrale di committenza** di cui all'articolo 3, comma 34, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e cura, per conto degli enti aderenti, l'aggiudicazione di contratti pubblici per la realizzazione di lavori, la prestazione di servizi e l'acquisizione di forniture, ai sensi dell'articolo 33 del medesimo decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, svolgendo tale attività in ambito regionale, provinciale ed interprovinciale, comunale ed intercomunale.

Attualmente sono state costituite Centrali regionali di committenza, precedute da leggi regionali istitutive, in Lombardia, Piemonte, Veneto, Marche, Calabria, Toscana, Emilia Romagna con funzioni relative alla disciplina dell'acquisto di beni e servizi ed anche di procedure relative all'affidamento di appalti di lavori pubblici.

Non è questa la sede per esaminare partitamente i diversi modelli ove si possono prevedere modelli "leggeri" in cui alcuni soggetti istituzionali operano in base ad accordi e convenzioni (sfruttando anche alcune forme associative previste dal d.legsl.267/2000 per gli enti locali come ad es. i consorzi) a modelli in cui l'amministrazione regionale ha deliberato l'istituzione di un nuovo soggetto giuridico cui imputare l'esercizio delle funzioni in parola.

Qui ci si limiterà ad indicare le possibili leve di intervento da attivare per il raggiungimento degli obiettivi:

– razionalizzazione della spesa per la realizzazione dei lavori, lo svolgimento di

servizi di ingegneria e architettura e le forniture di beni e servizi, garantendo l'autonomia delle Amministrazioni richiedenti;

- diminuzione dei prezzi unitari attraverso economie di scala conseguibili con l'aggregazione della domanda;
- offerta di una gamma di strumenti che le P.A. possano utilizzare in base alle specifiche esigenze;
- semplificazione di alcune fasi del ciclo degli appalti, consentendo la focalizzazione delle risorse sulle fasi di programmazione e monitoraggio del mercato, per settori merceologici;
- introduzione di strumenti di acquisto anche telematici che consentono di abbattere i tempi intercorrenti fra la manifestazione dei bisogni e il loro soddisfacimento;
- snellimento e velocizzazione delle procedure;
- garanzia di massima trasparenza e soddisfazione delle Amministrazioni utenti;
- maggiore utilizzo di procedure ad evidenza pubblica;
- utilizzo di gare telematiche che garantiscono la massima oggettività e trasparenza delle operazioni;
- promozione e semplificazione dell'accesso al mercato degli appalti per le imprese locali, con effetti di apertura e innalzamento della competitività;
- networking di comunicazione con fornitori, esecutori di lavori, prestatori di servizi e associazioni di categoria che punti a far crescere negli operatori economici le capacità progettuali per soddisfare al meglio la domanda pubblica;
- sviluppo di iniziative che tengano in attenta considerazione gli assetti del mercato locale e che ne possano valorizzare le caratteristiche distintive.

4.1 Il caso della Lombardia – ILSPA (Infrastrutture lombarde spa)

Infrastrutture Lombarde S.p.A. è una Società di capitali interamente partecipata da Regione Lombardia ai sensi delle Leggi Regionali 29 ottobre 1998, n. 22 e 2 dicembre 1994, n. 36, costituita nel 2003 allo scopo di coordinare la realizzazione di nuovi progetti infrastrutturali in attuazione al "Piano straordinario per lo sviluppo delle infrastrutture lombarde 2002/2010".

Concretizzando gli indirizzi strategici stabiliti da Regione Lombardia, la Società ha quindi per oggetto la realizzazione e la manutenzione della dotazione infrastrutturale della Lombardia nonché la conservazione e la valorizzazione del patrimonio immobiliare regionale.

Le attività principali nelle quali Infrastrutture Lombarde esercita le competenze maturate nel corso degli anni sono:

- la *realizzazione di nuove infrastrutture*, in qualità di amministrazione concedente o come supporto tecnico-amministrativo alle Società del Sistema Regione allargato (Sireg) offrendo attività di assistenza in fase di progettazione e realizzazione dei lavori, supporto alla fase di start-up ed alle operazioni di collaudo;
- la *valorizzazione delle infrastrutture esistenti*, con servizi di Asset, Property e Facility Management;
- lo *sviluppo* e il *coordinamento di progetti strategici*, contribuendo alla realizzazione delle più importanti opere infrastrutturali della Lombardia.

Lo statuto della società ILSPA prevede che questa abbia per oggetto sociale “la riqualificazione, la gestione, la valorizzazione e lo sviluppo della dotazione infrastrutturale della Lombardia e dei beni mobili ed immobili a questa connessi o strumentali”, nonché “la valorizzazione, la gestione, l’alienazione e la manutenzione del patrimonio immobiliare regionale e di altri enti pubblici, nel rispetto dei requisiti e delle finalità proprie dei beni pubblici”.

In quanto società strumentale della Regione Lombardia, ILSPA dovrebbe svolgere attività rivolte essenzialmente alla pubblica amministrazione di riferimento, cioè erogare beni e servizi a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica di cui resta titolare la Regione Lombardia e con i quali la stessa provvede al perseguimento dei suoi fini istituzionali.

Tra le previsioni dello Statuto:

1. Riqualificazione, gestione, valorizzazione e sviluppo della dotazione infrastrutturale della Lombardia;
2. Valorizzazione, gestione, alienazione e manutenzione del patrimonio immobiliare regionale e di altri enti pubblici e amministrazioni aggiudicatrici (nell’ambito degli indirizzi strategici emanati o emanandi dalla Regione);
3. Fornitura di servizi di committenza a favore delle amministrazioni aggiudicatrici.

5. I riflessi a livello locale

Secondo l’art.33 del Codice dei contratti “3. *Le amministrazioni aggiudicatrici e i soggetti di cui all'articolo 32, comma 1, lettere b), c), f), non possono affidare a*

soggetti pubblici o privati l'espletamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante di lavori pubblici. Tuttavia le amministrazioni aggiudicatrici possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché centrali di committenza.

3-bis. I Comuni con popolazione non superiore a 5.000 abitanti ricadenti nel territorio di ciascuna Provincia affidano obbligatoriamente ad un'unica centrale di committenza l'acquisizione di lavori, servizi e forniture nell'ambito delle unioni dei comuni, di cui all'articolo 32 del testo unico di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, ove esistenti, ovvero costituendo un apposito accordo consortile tra i comuni medesimi e avvalendosi dei competenti uffici¹. In alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da altre centrali di committenza di riferimento, ivi comprese le convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 e ed il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207².

La disposizione deve essere letta congiuntamente ad altri interventi volti a razionalizzare l'organizzazione dei comuni di piccole dimensioni a fini di contenimento della spesa pubblica e attraverso i quali sono state previste forme di gestione associata obbligatoria:

- l'art. 14, co. 28, del d.l. n. 78/2010, che ha fissato l'obbligo di esercizio in forma associata, mediante convenzione o unione, delle funzioni fondamentali di cui all'art. 21, co. 3, della l. n. 42/2009 per i comuni con popolazione compresa tra 1.001 e 5.000 abitanti. Si tratta di funzioni generali di amministrazione, gestione e controllo, di polizia locale, di istruzione, di viabilità e trasporti, di gestione del territorio ed ambiente e del settore sociale;
- l'art. 16, co. 1-16, del d.l. n. 138/2011, che ha imposto ai comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti l'esercizio in forma associata, mediante unione di comuni, di tutte le funzioni ed i servizi pubblici loro spettanti in base alla legislazione vigente. Sono esclusi i comuni già esercenti le proprie attribuzioni mediante convenzione, a condizione che dimostrino, con la trasmissione di un'attestazione al Ministero dell'Interno, «il conseguimento di significativi livelli

¹ Il primo capoverso del comma 3-bis è stato introdotto dall'art.23, comma 4, del D.L. 06.12.2011, n.201; il successivo comma 5 dispone che "l'articolo 33, comma 3-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dal comma 4, si applica alle gare bandite successivamente al 31 marzo 2012".

² Il secondo capoverso del comma 3-bis è stato introdotto dall'art.1, comma 4, del D.L. 06.07.2012, n.95.

di efficacia ed efficienza nella gestione».

Per adempiere all'obbligo di cui al nuovo art. 33, co. 3 bis, del Codice, i comuni con meno di 5.000 abitanti devono operare una centralizzazione della funzione acquisti a livello sovracomunale.

Ciò può avvenire:

- esternalizzando la funzione in capo ad una centrale già esistente di livello regionale e/o provinciale, sia essa o meno anche una SUA;
- costituendo una nuova centrale, secondo i modelli organizzativi richiesti dalla legge (unione di comuni e/o accordo consortile);
- affidando la gestione degli acquisti ad una unione di comuni esistente e già esercente, per conto dei comuni coinvolti, altre funzioni e/o servizi.

5.1 Le criticità del sistema vigente

In primo luogo, non è chiaro cosa il legislatore voglia intendere con la locuzione «accordo consortile». Infatti, nelle previsioni del 2010 e del 2011, viene espresso un *favor*, tra le forme associative previste dal TUEL, per le convenzioni e le unioni di comuni. Nel co. 3 bis, invece, pare ammettersi la possibilità di una gestione consortile, in controtendenza con quanto già disposto sulla soppressione dei consorzi di funzioni (vedi l'art. 2, co. 186, della l. n. 191/2009) e con apparente dequotazione per l'uso delle convenzioni, strumento flessibile e poco dispendioso per le amministrazioni.

In secondo luogo, la disposizione non ammette deroghe. Stando al tenore letterale della norma, quindi, anche le procedure connotate da urgenza, le procedure negoziate e gli acquisti in economia dovranno essere esercitate mediante la centrale. Si tratta, però, di una soluzione che rischia di essere anti-economica nonché scarsamente efficiente.

In terzo luogo, la previsione non è coordinata sotto il profilo temporale con quella che dispone la gestione associata obbligatoria per i piccolissimi comuni (fino a 1.000 ab.) (art. 16 d.l. n. 138/2011): l'art. 23, co.5, del d.l. 201/2011, infatti, indica il 31 marzo 2013 quale data ultima per la costituzione della centrale, mentre la seconda fa riferimento al giorno della proclamazione degli eletti nel comune che, successivamente al 13 maggio 2013 (termine prorogato dall'art. 29, co. 11 bis, del d.l. n. 216/2011), sia per primo interessato al rinnovo.

L'eventuale unione costituita per la gestione centralizzata degli appalti potrebbe, quindi, essere incaricata, successivamente, anche della gestione delle ulteriori

funzioni e/o servizi senza, però, che vi sia una necessaria coincidenza tra i comuni partecipanti nelle due ipotesi.

Infine, sotto il profilo funzionale, non vi è raccordo neanche con l'obbligo di gestione obbligatoria associata delle funzioni fondamentali dei piccoli comuni (tra 1.001 e 5.000 ab.) (art. 14 d.l. n. 78/2010).

In particolare, andrebbe chiarito se la gestione centralizzata degli appalti a mezzo di centrale di committenza possa o meno essere ricondotta alle «*funzioni generali di amministrazione, di gestione e di controllo*» di cui all'art. 21, co. 3, della l. n. 42/2009. Se così fosse, sarebbe possibile per i comuni adempiere all'obbligo di centralizzare le procedure di appalto avvalendosi non solo delle unioni e degli accordi consortili, ma anche delle convenzioni.

5.2 Il ricorso alle amministrazioni provinciali o ai (SIIT)

Resta da dire, che sempre ai sensi dell'art.33 citato i comuni – senza limiti di dimensione – possono affidare le funzioni di stazione appaltante di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali, sulla base di apposito disciplinare che prevede altresì il rimborso dei costi sostenuti dagli stessi per le attività espletate, nonché centrali di committenza.

Si tratta per i (SIIT) dei Provveditorati alle opere pubbliche che in passato hanno svolto la funzione di stazioni appaltanti sia per opere di livello regionale locale sia per interventi di rilievo statale, con alte competenze e professionalità poi via via smantellate.

5.3 Una prima riflessione

Come si può vedere, esiste nell'ordinamento ancora un'enorme confusione e proliferazione di soggetti pubblici competenti alla realizzazione delle opere pubbliche (regioni, province, comuni ed enti strumentali come ad es. le ASL).

Considerando che i comuni sono 8098 e le province più di 100 senza contare le regioni ed i provveditorati (SIIT), l'introduzione delle centrali di committenza e suoi derivati se costituisce un tentativo di razionalizzazione e di centralizzazione della disciplina dell'affidamento di lavori, dimostra ancora l'insufficienza della disciplina statale che affida alla **discrezionalità** degli enti competenti di procedere direttamente o prevedere l'affidamento a soggetti terzi qualificati l'espletamento del processo di affidamento degli appalti pubblici, mentre solo per i piccoli comuni vi sarebbe l'obbligatorietà delle forme associative, con tutte le incertezze prima richiamate.

Peraltro, quello dei piccoli comuni – anche se di numero considerevole pari a più della metà dei comuni italiani – non sembra il tema principale, sia perché le opere di loro competenza esprimono in pieno il concetto di sussidiarietà, sia perché non costituiscono un *budget* rilevante per l'economia, sia perché “pescano” essenzialmente, anche se tramite evidenza pubblica, nel sistema di micro imprese “assolutamente” locali, sia perché l'importo dei lavori non è rilevante.

E' noto che il rilievo economico delle opere pubbliche necessarie e da mettere in cantiere riguarda ben altri livelli di governo locale, dai comuni sopra i 10.000 ab. – che costituiscono più di un terzo dei comuni – per arrivare a quelli sopra i 100.000 ab. ed infine alle 8/10 città metropolitane (di cui sono ancora incerti i confini territoriali) ove l'esigenza infrastrutturale assume un peso economico e “politico” di indubbio rilievo e sulle quali si concentra la maggior parte delle imprese maggiori e, di conseguenza, per la competitività a volte esasperante, il livello più alto di conflittualità giurisdizionale. Senza contare che in questi casi emerge con forza l'esigenza di ricorrere sempre più a forme più sofisticate di affidamento di lavori in concessione tramite il *project finance* (parcheggi sotterranei, linee metropolitane, interventi di edilizia scolastica, attrezzature sanitarie, mercati) che ancor oggi costituisce per la maggior parte delle amministrazioni coinvolte un vero e proprio tabù. Il *project finance* richiede non solo competenza delle amministrazioni anche in settori finanziari, grande capacità di dialogo con i proponenti, perfezionamento delle proposte, ammortamento dei costi tramite tariffe o canoni, ma anche “scambi edificatori” a compensazione della realizzazione di opere “tiepide” o addirittura “fredde”, che si innestano specialmente all'interno della necessaria variazione degli strumenti urbanistici (anche mediante accordi di programma) per rendere “appetibile” l'intervento del privato diretto alla soddisfazione delle opere pubbliche d'interesse generale.

Ma la costituzione delle centrali di committenza, la cui promozione è nuovamente caldeggiata dalla proposta di nuova direttiva europea in materia di contratti pubblici non è ancora a regime, sia perché in molte regioni non sono state istituite, sia perché anche lì dove esistono non costituiscono un punto di riferimento obbligato per gli enti locali, lasciando a questi ultimi la discrezionalità a servirsi di tali strutture d'apice (al pari degli ex provveditorati alle opere pubbliche).

Non può sfuggire certo la particolare “gelosia” degli enti locali nel “governare” autonomamente le procedure di gara di livello locale (composizione delle commissioni di valutazione, tempi e modi di esecuzione del contratto) oggetto di consenso politico, basti pensare all'ampio menù delle opere pubbliche da realizzare (settore stradale, metropolitano, sanitario, idrico, dei rifiuti, della difesa del suolo e dell'edilizia scolastica tra cui le opere di urbanizzazione primaria (le “reti” fognarie,

gas, energia elettrica, cavedi multiservizi); secondaria (parcheggi, verde attrezzato, impianti sportivi, attrezzature sanitarie, smaltimento rifiuti liquidi o solidi, distruzione o riciclaggio rifiuti, attrezzature portuali etc), ma non può essere questa la giustificazione, neanche costituzionale, di “riserva” di autonomia decisionale poiché lo stesso Titolo V invoca la sussidiarietà “verticale” in presenza della soddisfazione di interessi economico sociali che travalicano, in caso di inadeguatezza, le istanze localistiche.

Orbene, mentre la disciplina esaminata affida essenzialmente alla **collaborazione volontaria o persuasiva** con strutture pubbliche specializzate (centrali di committenza, SIIT o province) il miglior svolgimento dei procedimenti di affidamento lavori, occorre ora scendere più nel particolare ed entrare nel merito delle **strutture tecniche comunali** (ma anche provinciali) per verificare se l’ambito di discrezionalità decisorio in materia incontri altri limiti di legge che spesso non vengono osservati.

Ci si riferisce in particolare al complesso procedimento di avvio dell’evidenza pubblica che trova, fin dalla legge Merloni del 1994, nella figura del Responsabile del procedimento il nucleo forte e irrinunciabile che dovrebbe garantire l’adeguatezza delle competenze tecnico-professionali dell’amministrazione deputata alla realizzazione delle opere pubbliche deliberate dal programma triennale dei lavori pubblici.

6. La professionalità del Responsabile del procedimento³ ed il supporto dei dipendenti dell’amministrazione aggiudicatrice⁴

A tal fine si riporta qui quanto previsto dalla attuale disciplina dei contratti pubblici:

Art. 10

Responsabile delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (artt. 4, 5, 6, legge n. 241/1990; art. 6, co. 12, legge n. 537/1993; art. 7, legge n. 109/1994; art. 7, d.P.R. n. 554/1999)

1. Per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico, le amministrazioni aggiudicatrici nominano, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, un responsabile del procedimento, **unico** per le fasi della **progettazione**, dell'**affidamento**, dell'**esecuzione**.

2. Il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure

³ Art. 10 Codice contratti pubblici.

⁴ Art. 10, c. 4, DPR 5 ottobre 2010 n. 207.

di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

3. In particolare, il responsabile del procedimento, oltre ai compiti specificamente previsti da altre disposizioni del presente codice:

a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture, e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;

b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;

c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;

d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;

e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;

f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza;

g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;

h) propone l'indizione, o, ove competente, indice la conferenza di servizi, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.

4. Il regolamento individua gli eventuali altri compiti del responsabile del procedimento, coordinando con essi i compiti del direttore dell'esecuzione del contratto e del direttore dei lavori, nonché dei coordinatori in materia di salute e di sicurezza durante la progettazione e durante l'esecuzione, previsti dal decreto legislativo 14 agosto 1996, n. 494 e dalle altre norme vigenti.

5. Il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato.

Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura deve essere un tecnico. Per le amministrazioni aggiudicatrici deve essere un dipendente di ruolo.

6. Il regolamento determina i requisiti di professionalità richiesti al responsabile del procedimento; per i lavori determina l'importo massimo e la tipologia, per i quali il responsabile del procedimento può coincidere con il

progettista. Le ipotesi di coincidenza tra responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione del contratto sono stabilite dal regolamento, in conformita' all'articolo 119.

7. Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalita' necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attivita' del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

8. Il nominativo del responsabile del procedimento e' indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.

9. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici, in conformita' ai principi della legge 7 agosto 1990, n. 241, individuano, secondo i propri ordinamenti, uno o piu' soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del presente codice alla cui osservanza sono tenuti.

Inoltre, secondo l'art. 9 del Decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) le fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento di realizzazione di lavori pubblici sono eseguite sotto la diretta responsabilita' e vigilanza di un responsabile del procedimento, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dei **propri dipendenti di ruolo** o, in mancanza di dipendenti di ruolo in possesso di professionalita' adeguate, individuato tra i **dipendenti in servizio**. Inoltre, secondo quanto precisato al comma 4 dell'articolo 9, il responsabile del procedimento deve essere **un tecnico, abilitato all'esercizio della professione** o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un **funzionario tecnico**, anche di qualifica non dirigenziale, **con anzianita' di servizio non inferiore a cinque anni**.

La disciplina qui richiamata costituisce il nucleo centrale dell'avvio e del conseguente iter di aggiudicazione dei lavori pubblici e sin dalla legge Merloni del 1994 la disciplina ha puntato sul ruolo e la funzione dei poteri pubblici cui compete la programmazione

(programma triennale Il.pp.) sia la scelta dell'evidenza pubblica, mantenendo saldamente nella mani delle amministrazioni sia la progettazione, sia la procedura di affidamento sia quella del controllo nell'esecuzione del contratto o dell'appalto di lavori. Ma è altresì vero che il responsabile del procedimento – in base alle norme richiamate – oltre alla professionalità richiesta in rapporto alla tipologia dell'opera da realizzare deve poter contare anche sul supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice (art.10 co.4 Regolamento n.207/2010). E sotto questo profilo, da un lato – non potendosi prevedere che quest'ultimo debba avere la qualifica di dirigente (come pure era stato avanzato dalla Commissione Giannini incaricata dal Ministro Merloni della redazione del regolamento originario del 1995) poiché questo avrebbe reso vano per molti enti locali la possibilità di procedere all'affidamento di lavori, si è optato per la individuazione di una serie di requisiti professionali di durata e specifici, che si sono viepiù arricchiti, che molto spesso in realtà, **non sussistono effettivamente**. La mancanza dei requisiti in capo all'ufficio dovrebbe determinare la preclusione ad effettuare gare il cui procedimento necessita delle competenze mancanti all'ufficio. Non può peraltro sottacersi che in numerosi contenziosi davanti al giudice amministrativo i ricorrenti hanno eccepito a fini demolitori l'assenza – a monte della gara – dei requisiti di professionalità in capo al Rup con il conseguente annullamento degli atti di gara.

Dall'altro, come abbiamo visto, la mole composita degli adempimenti tecnici ed amministrativi comporta il supporto dei dipendenti degli uffici delle amministrazioni aggiudicatrici (ufficio legale, urbanistico, settore esproprio, ambientale, finanziario) che svolgono appunto la funzione di "accompagnamento" ai fini del corretto ed esaustivo procedimento di affidamento e realizzazione dell'intervento sul territorio *de qua*. Non è un caso, allora, che proprio al fine di accrescere la professionalità e l'esperienza degli uffici e di favorire la costituzione di staff di progetto, nonché di superare la separatezza delle competenze amministrative dei diversi uffici delle amministrazioni locali, la legge Merloni si sia mossa per incentivare la programmazione e progettazione interna verificando, se del caso, l'assunzione o la formazione di dipendenti finalizzata all'integrazione delle competenze tecniche, prevedendosi, inoltre, forme di incentivo economico a favore dei gruppi di lavoro (art.18 del testo originario) al cui interno assolvere alle funzioni composite relative alla programmazione e progettazione della tipologia dei lavori prescelti, non tanto come episodica prestazione, ma come incentivo alla costituzione di formule organizzative stabili, cui ricorrere permanentemente nel caso di interventi pubblici di lavori. Nelle intenzioni di allora (e chi scrive ha fatto parte della Commissione Giannini citata) si era prospettata – di fronte alla organica legislazione in materia introdotta per la prima volta dalla legge Merloni – l'istanza di incentivare sia la

formazione del personale delle amministrazioni (in particolare locali) sia il ricorso alla integrazione, mediante assunzioni, di personale tecnico adeguato alle incombenze multiformi per l'affidamento di lavori pubblici. Gli incentivi – ripresi anche dal testo vigente del codice dei contratti pubblici (art.90 e 92), più volte ridotti e quindi disincentivanti, e solo in parte ripristinati dalle norme – sono stati spesso interpretati dagli interessi antagonisti degli attori privati non solo con sospetto, ma anche come modalità corporative dirette ad impedire la concorrenza e l'apertura al mercato. Critiche che, se in qualche caso colgono nel vero, hanno finito col contribuire a dequalificare o a smantellare le strutture amministrative, raggiungendo il risultato opposto a quello ipotizzato, di favorire cioè la formazione di strutture amministrative pubbliche permanenti adeguate agli scopi prefissati.

Di questa patologia è prova il comma 7 dell'art.10 del Codice dei contratti pubblici che prevede espressamente che *“nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.”*

Disposizione che non era prevista nell'originario testo della legge Merloni che al contrario prevedeva un art.7 intitolato *“Misure per l'adeguamento della funzionalità della pubblica amministrazione”*.

Ma ci si potrebbe riferire anche all'introduzione dell'**appalto integrato** che riduce le competenze dell'amministrazione a favore dell'affidamento ai soggetti privati di compiti di progettazione definitiva ed esecutiva mettendo a gara il solo progetto preliminare.

La direttiva 18/04, relativamente alla progettazione e realizzazione delle opere pubbliche, prevede la possibilità di ricorrere alla procedura dell'appalto integrato. La legislazione nazionale stabiliva che tale procedura eccezionale poteva essere utilizzata esclusivamente per importi superiori a 10 milioni di euro e per specifiche opere aventi particolari contenuti tecnologici e impiantistici. Ma l'attuale formulazione del Codice appalti consente, invece, una sua generalizzata applicazione per qualsiasi tipo di opera pubblica consegnando, nei fatti, i livelli di progettazione definitiva ed esecutiva all'appaltatore.

7. Modeste proposte correttive

Da quanto si è qui esposto risulta evidente che occorre trovare adeguati correttivi al sistema vigente, partendo da un presupposto. Quello per cui l'attribuzione ai poteri pubblici relativamente alla competenza esclusiva in materia di programmazione e affidamento di lavori non può essere messa in discussione, riguardando una potestà prevista dall'ordinamento. Ne consegue che – ferma restando la fragilità del sistema delle amministrazioni locali in questo settore, sia in termini di personale, sia in termini di competenze professionali, aggravato dalla crisi fiscale – la legislazione si è mossa nel tempo per ovviare alle carenze, prevedendosi una *chiamata in sussidiarietà* lì dove l'amministrazione aggiudicatrice non sia in grado di svolgere la funzione richiesta. La previsione del ricorso ai provveditorati (SIIT) (peraltro modello assai collaudato in passato per situazioni analoghe) o ancor più alle cosiddette centrali di committenza di vario conio e di vario livello (regionale o infraregionale), la stipula di convenzioni o accordi ai sensi dell'art.15 della l.241/90 con strutture d'apice specializzate il cui statuto riguarda proprio l'assistenza alle amministrazioni inadeguate per mezzi e personale, non può però essere lasciato all'estemporanea **discrezionalità** delle amministrazioni cui compete l'affidamento di lavori pubblici, ma va maggiormente articolato e sistematizzato onde rendere più efficiente il sistema degli appalti di lavori, ridurre il contenzioso e soprattutto la spesa pubblica, migliorare la *performance* dei tempi e modi di realizzazione degli stessi.

Sembra allora di poter dire che occorrerebbe procedere – analogamente a quanto accade per le imprese che partecipano alle procedure di affidamento di lavori – alla **qualificazione preventiva** delle amministrazioni locali e degli enti strumentali sotto il profilo della dotazione di personale adeguato e di mezzi istruttori (progettazione in particolare), dal cui esito positivo discenda la legittimazione amministrativa all'attivazione dei procedimenti di evidenza pubblica. Ma si badi bene, non al momento in cui sia già avviato il procedimento per l'affidamento dei lavori, come prevede, caso per caso, il codice dei contratti pubblici combinando l'art.10 del Decreto legsl. 163/2006 con l'art.9 del Regolamento, ma come qualificazione della struttura organizzativa degli uffici, a monte delle possibili scelte degli interventi pubblici di lavori. Si tratta in breve, di acquisire una **certificazione**, continuamente aggiornabile, sulla effettiva disponibilità dei **requisiti minimi oggettivi degli uffici**.

Se è evidente, infatti, che i comuni di cui al comma 3 bis dell'art. 33 in parola non dispongono di tali professionalità, non è tuttavia scontato che le posseggano comuni di dimensioni maggiori. Pertanto, al fine di garantire livelli minimi (*standard*) di professionalità per la gestione e il monitoraggio delle procedure di evidenza pubblica,

occorre in breve, che queste siano abilitate previa verifica dei requisiti (come peraltro accade in molti paesi europei).

A ciò dovrebbe aggiungersi anche che la possibilità di istruire e gestire il procedimento *in house* non può prescindere dall' **oggetto del contratto** e aggiungerei anche dall'**importo**.

E' di palese constatazione che anche in comuni di rilevanti dimensioni non vi è, di norma, alcuna dimestichezza con le tecniche del *project financing* o *partenariato pubblico privato* con risultati diversi: la non utilizzazione dello strumento, pur conveniente per la PA, o il ricorso a consulenti esterni per lo studio delle problematiche relative, che se non "guidati" rischia di non rispondere all'esigenze concrete della amministrazione con aggravio della spesa pubblica, e la difficoltà poi di gestire le varie fasi del procedimento concessorio fino all'esecuzione del contratto..

In altri casi, il ricorso sempre più diffuso all'appalto integrato con conseguente sottrazione di competenze tecniche alle amministrazioni, o quello previsto dal comma 7 dell'art.10 del codice dei contratti pubblici.

In questa chiave, allora combinando i due profili: quello cioè della qualificazione preventiva delle amministrazioni (eufemisticamente il **bollino blu** che abilita ai procedimenti di evidenza pubblica di lavori) coniugato con l'oggetto del contratto e la soglia dei lavori, è evidente allora che il ricorso alle centrali di committenza va reso obbligatorio ogni qualvolta, per le caratteristiche intrinseche della gara, o per la mancanza della qualificazione preventiva dell'ente locale, l'amministrazione non sia in possesso dei requisiti minimi di qualificazione professionale necessaria al corretto, efficace ed efficiente svolgimento del procedimento di evidenza pubblica.

Si tratta, in altre parole dell'obbligatorietà della **chiamata in sussidiarietà** di rilievo costituzionale da parte di strutture pubbliche d'apice – sia essa la centrale di committenza, sia i SIIT – mediante la quale al fine di garantire livelli minimi (*standard*) di professionalità per la gestione e il monitoraggio delle procedure di evidenza pubblica, tali strutture tecniche professionali – caldegiate da tempo dall'ordinamento comunitario – garantiscono il possesso di adeguata formazione professionale. Siamo in presenza, quindi, di **esternalizzazione di funzioni amministrative** ma assolve sempre dalle strutture pubbliche d'apice ormai diffuse in molte regioni o vigenti fin dalla metà del secolo scorso (i provveditorati alle opere pubbliche come organi periferici del Ministero dei lavori pubblici, poi regionalizzati, furono istituiti nel 1957) in grado di assolvere, a regime, la razionalizzazione del sistema degli appalti di lavori.

Giova qui richiamare in dettaglio quali sono le funzioni della centrale di committenza:

- la redazione dei capitolati tecnici;
- la pubblicazione dei bandi di gara ed attuazione dei connessi obblighi normativi (comunicazione dei dati all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ivi inclusa la comunicazione dei dati per l’inserimento all’interno delle Annotazioni riservate; comunicazione dei dati relativi all’avvalimento; ecc.);
- l’effettuazione dei controlli previsti a carico dell’aggiudicatario, con particolare riguardo ai controlli ai sensi dell’art. 38 del Codice dei contratti pubblici;
- la redazione dei provvedimenti di aggiudicazione e cura degli adempimenti conseguenti (pubblicità degli avvisi relativi all’appalto aggiudicati -anche in caso di affidamenti disposti con procedura negoziata senza bando-, tempestiva effettuazione delle comunicazioni ai concorrenti non aggiudicatari, garanzie di accesso agli atti della gara ecc.);
- la cura degli aspetti connessi all’esecuzione del contratto;
- la certezza di poter contare su professionalità altamente specializzate non solo nella predisposizione degli atti di gara e nello svolgimento delle relative procedure, ma anche nella fase esecutiva del contratto, durante la quale sovente emergono episodi di contenzioso;
- un più intenso ricorso a procedure di aggiudicazione basate sull’impiego di strumenti informatici - partendo dal presupposto per cui amministrazioni aggiudicatrici di maggiori dimensioni subiscano minori effetti di digital divide - con conseguenti ed oggettivi “risparmi di processo”;
- la possibilità di consentire una maggiore accessibilità al mercato degli appalti pubblici per le PMI, suddividendo le procedure in lotti funzionali;
- la possibilità di consentire una più frequente ed esperta introduzione di considerazioni sociali o ambientali nelle procedure di gara;
- l’introduzione di più solide garanzie contro l’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici nella fase di aggiudicazione dell’appalto.

Le proposte avanzate si muovono quindi nella prospettiva di affrontare, *funditus*, le annose e controverse problematiche relative all’affidamento dei lavori da parte di una miriade di amministrazioni spesso non in grado di assolvere i propri compiti, e pur tuttavia inclini a perseverare nel ricomprendere nelle proprie competenze attività che non sono in grado di svolgere compiutamente, con il risultato di aprire enormi contenziosi amministrativi e giurisdizionali che costituiscono uno dei più rilevanti sperperi della spesa pubblica, a scapito della effettiva e corretta dotazione di opere infrastrutturali. Ma può essere anche un incentivo per quelle amministrazioni che intendano riqualificare l’organico del personale tecnico al fine di mantenere le competenze in materia di affidamento di lavori.

La proposta quindi si muove, più sul versante della riforma dell'amministrazione che su quello del codice dei contratti pubblici, ma certamente tale riordino costituisce il presupposto per il corretto affidamento dei lavori pubblici.

Certamente non si tratta di una riforma di poco conto, che sconta la rivendicazione dell'autonomia locale, ma che richiede tempi lunghi ed una precisa volontà politica, e riguarda non solo la messa a regime della "chiamata in sussidiarietà" – che in base alla legislazione vigente in materia si basa ancora sulla discrezionalità delle amministrazioni – ma anche la ricentralizzazione a livello regionale o superlocale del ruolo dei poteri pubblici locali in un settore determinante per l'economia.

Roma aprile 2013