



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Questioni di Economia e Finanza

(Occasional Papers)

L'affidamento dei lavori pubblici in Italia:
un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato

di Francesco Decarolis, Cristina Giorgiantonio e Valentina Giovanniello



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Questioni di Economia e Finanza

(Occasional papers)

L'affidamento dei lavori pubblici in Italia:
un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato

di Francesco Decarolis, Cristina Giorgiantonio e Valentina Giovannello

La serie Questioni di economia e finanza ha la finalità di presentare studi e documentazione su aspetti rilevanti per i compiti istituzionali della Banca d'Italia e dell'Eurosistema. Le Questioni di economia e finanza si affiancano ai Temi di discussione volti a fornire contributi originali per la ricerca economica.

La serie comprende lavori realizzati all'interno della Banca, talvolta in collaborazione con l'Eurosistema o con altre Istituzioni. I lavori pubblicati riflettono esclusivamente le opinioni degli autori, senza impegnare la responsabilità delle Istituzioni di appartenenza.

La serie è disponibile online sul sito www.bancaditalia.it.

L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI PUBBLICI IN ITALIA: UN’ANALISI DEI MECCANISMI DI SELEZIONE DEL CONTRAENTE PRIVATO

di Francesco Decarolis*, Cristina Giorgiantonio** e Valentina Giovanniello***

Sommario

Nonostante le numerose riforme che hanno interessato il settore degli appalti pubblici negli ultimi anni, il sistema italiano è caratterizzato da un’elevata frammentazione ed esposto in misura considerevole ai rischi di collusione, corruzione e rinegoziazioni successive con gli aggiudicatari dei contratti. Carenze sono, inoltre, presenti sul piano della progettazione degli interventi. Tali aspetti di criticità sembrano in parte riconducibili all’attuale disciplina relativa all’affidamento di contratti di appalto di lavori pubblici, che non garantisce il corretto funzionamento dei meccanismi di selezione del contraente privato. Le indicazioni provenienti dalla letteratura economica e i confronti internazionali suggeriscono che miglioramenti potrebbero provenire da: *i*) l’eliminazione del ricorso a meccanismi di esclusione automatica delle offerte anomale, che ridurrebbe i rischi di collusione tra gli offerenti; *ii*) un accentramento delle valutazioni di anomalia delle offerte in capo a stazioni appaltanti di maggiori dimensioni e un innalzamento degli importi delle garanzie fideiussorie prestate dai soggetti aggiudicatari, che ridurrebbero i rischi di rinegoziazioni successive e di mancato completamento dell’opera; *iii*) un rafforzamento delle misure di contrasto ai fenomeni di corruzione, specie per quanto attiene ai controlli relativi alla *sub*-contrattazione; *iv*) una maggiore standardizzazione progettuale e, per gli appalti più complessi, il ricorso al dialogo competitivo.

Classificazione JEL: D44, H57, K23, L22.

Parole chiave: infrastrutture, meccanismi d’asta, regolamentazione.

Indice

1. Introduzione	5
2. Le procedure di gara e i criteri di aggiudicazione	5
3. Un’analisi del sistema degli appalti italiano dal punto di vista economico: i c.d. “formati di gara”	11
4. La desiderabilità dei diversi formati di gara	15
4.1. Il rischio di mancato completamento dell’opera	16
4.2. Il rischio di collusione	18
4.3. Il rischio di corruzione.....	20
4.4. La qualità della progettazione.....	22
4.5. Il perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA.....	23
5. Le criticità presenti nella disciplina italiana: alcune indicazioni di policy	26
5.1. Contenere il rischio di mancato completamento dell’opera	27
5.2. Contenere il rischio di collusione	30
5.3. Contrastare i fenomeni di corruzione	31
5.4. Migliorare la progettazione dei lavori	35
5.5. Assicurare il perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA.....	37
6. Conclusioni	38
Appendice	39
Bibliografia	46

* University of Wisconsin – Madison.

** Banca d’Italia, Servizio Studi di struttura economica e finanziaria.

*** Tribunale di Roma.

1. Introduzione*

Una valutazione dei meccanismi che presiedono all'aggiudicazione degli appalti pubblici richiede l'esame sia delle singole disposizioni e delle prassi attuative, sia della loro coerenza complessiva. Non è, infatti, identificabile *a priori* un modello procedurale "ottimale", universalmente valido: al contrario, il funzionamento concreto dei vari modelli teorici prospettabili è influenzato da una serie di variabili di contesto, quali – ad esempio – i rischi di corruzione e di collusione, il livello di preparazione professionale delle amministrazioni, le caratteristiche del mercato dal lato sia della domanda sia dell'offerta. È necessario, pertanto, analizzare il sistema italiano alla luce delle condizioni specifiche di mercato, in modo da identificare il punto di equilibrio fra esigenze che possono essere fra loro in contrasto.

Alla luce delle caratteristiche del contesto di riferimento, il lavoro si propone di esaminare le criticità nella disciplina delle modalità "tradizionali" di affidamento dei lavori pubblici in Italia, con particolare riguardo ai meccanismi di selezione del contraente privato, con l'obiettivo di identificare possibili limiti nella regolamentazione vigente nel nostro Paese e di prospettare, ove possibile, alcune misure correttive. L'indagine è così articolata: il secondo paragrafo si sofferma sulla descrizione delle principali tipologie di procedure e criteri di aggiudicazione per l'affidamento dei contratti pubblici; il terzo paragrafo fornisce una disamina delle caratteristiche del mercato dei lavori pubblici in Italia; il quarto paragrafo indaga le modalità "ottimali" di affidamento dei lavori pubblici in relazione alla tipologia del contratto da aggiudicare, all'eventuale presenza di vincoli esterni all'azione amministrativa e agli obiettivi prioritari perseguiti dalla pubblica amministrazione (PA), analizzando le caratteristiche specifiche del contesto italiano; il quinto paragrafo si sofferma sulle criticità presenti nella disciplina dei lavori pubblici italiana, fornendo una disamina di possibili misure correttive anche sulla base dell'esperienza di paesi più virtuosi; il sesto paragrafo raccoglie le conclusioni.

2. Le procedure di gara e i criteri di aggiudicazione

La disciplina italiana relativa all'affidamento di contratti di appalto di lavori pubblici è stata oggetto, nel corso degli ultimi quindici anni, di numerose riforme¹, anche in relazione a obblighi derivanti dal diritto comunitario, volte – tra le altre cose – a migliorare il "disegno" delle procedure di aggiudicazione e ad assicurare il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e parità di trattamento dei contraenti privati.

Per quel che concerne i meccanismi di selezione di questi ultimi, allo stato sono operativi tre differenti "regimi":

* Gli autori desiderano ringraziare per i preziosi commenti Gian Luigi Albano, Fabrizio Balassone, Magda Bianco, Daniele Sabbatini e Paolo Sestito. Le opinioni espresse nel presente lavoro di ricerca rimangono, in ogni caso, di esclusiva responsabilità degli autori e non impegnano in alcun modo le rispettive Istituzioni di appartenenza.

¹ Tra gli interventi più significativi si segnalano: *i*) la *l. 11 febbraio 1994, n. 109* (c.d. legge Merloni), con cui è stata varata la *legge quadro sui lavori pubblici* per realizzare il riordino della materia e un migliore adeguamento rispetto ai principi comunitari, specie attraverso la revisione delle modalità di affidamento dei lavori; *ii*) il *d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490*, che ha previsto un sistema di comunicazioni e certificazioni, gestito dal Ministero dell'Interno, attraverso gli uffici di prefettura, con finalità antimafia; *iii*) la *l. 18 novembre 1998, n. 415* (c.d. Merloni-ter), che ha introdotto un sistema di qualificazione basato sulle attestazioni rilasciate dalle SOA (Società organismi di attestazione) e ha disciplinato il ricorso al *project financing* per la realizzazione di lavori pubblici; *iv*) il *d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554*, che ha recato l'approvazione del Regolamento di attuazione della legge quadro sui lavori pubblici; *v*) la *l. 21 dicembre 2001, n. 443* (c.d. legge Obiettivo), cui è stata data attuazione con il *d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190*, che ha delineato un quadro nazionale per le infrastrutture strategiche; *vi*) il *d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163* (c.d. Codice dei contratti pubblici), che – recependo le direttive 2004/18/Ce e 2004/17/Ce – ha realizzato un ulteriore riordino della materia, unificando la disciplina di lavori, servizi e forniture; *vii*) il *d.lgs. 17 ottobre 2008, n. 152* (c.d. Terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici), che ha inciso – tra le altre cose – in maniera significativa sulla disciplina del *project financing*, sulle offerte anomale e sull'istituto dell'avvalimento.

i) quello previsto per le c.d. infrastrutture strategiche, teso a porre tali interventi in un contesto speciale di alta priorità²;

ii) quello introdotto dalla l. 28 gennaio 2009, n. 2, relativo in particolare agli interventi programmati nell'ambito del Quadro strategico nazionale³;

iii) quello "ordinario", disciplinato dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), per la restante tipologia di lavori⁴.

Nel prosieguo dell'indagine ci si soffermerà solo sull'ultimo, c.d. "ordinario", al quale è riconducibile il maggior numero degli interventi (cfr. par. 3), soffermandosi sulle procedure e sui criteri di aggiudicazione previsti. Gli altri due "regimi", infatti, presentano caratteri peculiari e problematiche specifiche, che ne rendono oltremodo ostica una trattazione unitaria e l'eventuale estensione ad ambiti differenti⁵.

² Ricorrendo a un regime specifico, accelerato e semplificato, per quanto riguarda: *i)* la programmazione; *ii)* l'approvazione dei progetti; *iii)* le procedure di aggiudicazione; *iv)* la risoluzione delle controversie. Cfr. artt. 161-194 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

³ Che si caratterizza, in particolare, per: *i)* l'individuazione di tempi massimi per tutte le fasi dell'investimento; *ii)* la nomina di commissari straordinari delegati, con compiti di supervisione della realizzazione degli interventi e del rispetto dei termini, cui sono attribuiti poteri di impulso, sostitutivi e di denuncia agli organi competenti, nonché ampia discrezionalità nella gestione delle procedure; *iii)* la predisposizione di un regime acceleratorio in materia di accesso agli atti e risoluzione delle controversie.

⁴ Si segnala l'esistenza di regole – in parte – derogatorie per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, attualmente pari a 4.845.000 euro per gli appalti di lavori e per le concessioni di lavori pubblici (cfr. Riquadro 1, in Appendice). Giova, inoltre, precisare come, nonostante l'art. 4, comma 3, del Codice dei contratti pubblici vieti espressamente alle regioni di prevedere una disciplina diversa da quella dettata dal Codice stesso, tra l'altro, in materia di qualificazione e selezione dei concorrenti, procedure, criteri di aggiudicazione, attività di progettazione e piani di sicurezza, il settore sia caratterizzato dalla presenza di leggi regionali e regolamenti comunali contenenti previsioni – anche nelle suddette materie – in parte difformi. La Corte costituzionale è intervenuta a più riprese (cfr. le sentenze 23 novembre 2007, n. 401; 14 dicembre 2007, n. 431; 2 agosto 2008, n. 322; 18 dicembre 2008, n. 411) per affermare la legittimità del disposto di cui all'art. 4 del Codice, respingendo i ricorsi di numerose regioni che lamentavano la violazione del riparto di competenze di cui all'art. 117 Cost., e riconducendo i principi dell'evidenza pubblica alla materia della tutela della concorrenza, attribuita alla potestà esclusiva del legislatore statale ex art. 117, comma 1, lett. e), Cost. Ciò nonostante, il settore resta caratterizzato da un'iper-normazione, che può differenziare il quadro regolamentare per i privati fino a livello comunale (cfr. AVCP (2007a); Bentivogli e altri (2009)). Si segnala, tuttavia, con particolare riferimento all'ambito di competenze riservato alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano, il recente orientamento espresso dalla Corte costituzionale con la pronuncia 12 febbraio 2010, n. 45, secondo il quale – qualora lo statuto speciale attribuisca all'ente competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici, di ampiezza tale da comportare una maggiore autonomia rispetto a quella assicurata alle Regioni a statuto ordinario dal novellato Titolo V, che non contempla un ambito materiale nel settore dei lavori pubblici – l'ente ad autonomia differenziata è legittimato a disciplinare il settore, ma, nell'esercizio di tale specifica competenza legislativa, deve rispettare i limiti fissati dallo statuto speciale, nonché dagli obblighi internazionali (tra i quali devono annoverarsi, in particolare, quelli scaturenti dal diritto comunitario) e dai principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica.

⁵ Tali "regimi" sono, infatti, caratterizzati dal ricorso a modalità di realizzazione delle opere e a istituti specifici, che mal si attaglierebbero alla generalità degli interventi. A mero titolo esemplificativo, per quel che concerne le infrastrutture strategiche, si tenga presente che l'affidamento unitario al contraente generale (di cui all'art. 176 del Codice dei contratti pubblici), con l'individuazione – quindi – di un soggetto dotato di adeguata esperienza e qualificazione nella costruzione di opere, nonché di adeguata capacità organizzativa, responsabile dell'intera realizzazione dell'opera (vale a dire sia della fase esecutiva sia di quella di progettazione a questa prodromica), rappresenta una scelta opportuna per la PA committente, in termini di garanzia di risparmio di costi, di contenimento dei tempi e di qualità adeguata, solo in presenza di opere di rilevanza non ordinaria (per complessità dei processi di organizzazione dei lavori, di realizzazione dell'opera, ovvero per l'impatto ambientale dell'opera finale). Con riferimento agli interventi programmati nell'ambito del Quadro strategico nazionale, il "regime" di realizzazione degli interventi si caratterizza – tra l'altro – per l'estrema discrezionalità e i significativi poteri di impulso attribuiti ai commissari straordinari nella realizzazione degli interventi (art. 20 della l. 28 gennaio 2009, n. 2), derogatori rispetto alla disciplina ordinaria e giustificabili in relazione alla tipologia di opere e alla funzione emergenziale e anticrisi sottesa al provvedimento, ma difficilmente estensibili

a) *Le procedure aperte e ristrette*. Procedure aperte e procedure ristrette rappresentano le procedure “ordinarie” per l’affidamento di appalti (in particolare, di importo superiore alla soglia comunitaria). Entrambe sono caratterizzate da un basso livello di discrezionalità in capo all’amministrazione nella scelta del contraente privato e presuppongono che l’amministrazione stessa sia in grado di definire sin dall’inizio e in modo puntuale l’oggetto del contratto e le relative specifiche tecniche, affinché le imprese possano presentare offerte da subito definitive, in quanto non più rinegoziabili (quantomeno, relativamente agli aspetti essenziali del contratto)⁶.

Nella **procedura aperta**⁷ l’amministrazione pubblica un bando contenente, tra l’altro, la puntuale descrizione dell’oggetto del contratto, preordinato alla presentazione delle offerte da parte di qualunque soggetto interessato, che sia in possesso dei prescritti requisiti, la cui verifica avverrà in sede di valutazione delle offerte pervenute (cfr. Tav. 1, in Appendice). Nella **procedura ristretta**⁸ e nella c.d. procedura ristretta semplificata, esperibile nel caso di lavori di importo inferiore a 1 milione di euro, è prevista una prima fase di prequalifica preordinata all’accertamento dei requisiti e all’individuazione delle imprese da invitare, sulla base di criteri prefissati – oggettivi e non discriminatori⁹ – e una successiva fase, nella quale l’amministrazione invita a presentare le offerte i soli soggetti così individuati (cfr. Tavole 2 e 3, in Appendice).

La diversa articolazione delle fasi di gara comporta che, mentre nelle procedure aperte l’amministrazione dovrà esplicitare puntualmente nel bando e nella connessa documentazione di gara tutte le caratteristiche della prestazione, nella procedura ristretta tale individuazione potrà avvenire, in modo più puntuale, anche nelle lettere di invito.

Nel nostro ordinamento, peraltro, la differenza sostanziale tra procedura aperta e ristretta è contenuta. È, infatti, previsto che alle procedure ristrette “ordinarie” di importo inferiore a 40 milioni di euro per l’affidamento di lavori pubblici siano invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando¹⁰.

Per entrambe le procedure sono applicabili sia il criterio del prezzo più basso sia quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa: il primo prevede che risulti aggiudicataria l’impresa che offre il prezzo più basso, a patto che tale prezzo sia giudicato come “affidabile” dalla stazione appaltante, mediante applicazione delle regole relative all’anomalia delle offerte; il secondo implica che siano oggetto di valutazione non solo il prezzo, ma anche una serie di altri parametri specificati nel bando di gara (come, ad esempio, la qualità dell’opera o i tempi di realizzazione), che concorrono insieme a definire il punteggio relativo delle varie offerte¹¹.

ad altri interventi, anche in virtù dei limiti scaturenti dal diritto comunitario.

⁶ Cfr. AVCP (2008a).

⁷ Denominata pubblico incanto nella vigenza della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni).

⁸ Corrispondente – seguendo la dizione della legge Merloni – alla licitazione privata e all’appalto concorso (quest’ultima era una procedura alla quale la PA poteva ricorrere motivatamente, laddove ritenesse opportuno – per le particolari caratteristiche tecniche o per la complessità dei lavori da eseguire – invitare diverse ditte a presentare non soltanto le offerte economiche, ma anche i relativi progetti tecnici).

⁹ In tale fase, possono essere valorizzati aspetti selettivi quali la solidità finanziaria o i requisiti di capacità tecnica. In particolare, nella procedura ristretta *ordinaria* la prequalifica avviene sulla base dei criteri fissati nel bando, mentre la procedura ristretta *semplificata* si caratterizza per la preliminare formazione di elenchi di operatori economici, nell’ambito dei quali l’amministrazione – per appalti di valore non superiore a un milione di euro e di sola esecuzione – individuerà i soggetti da invitare di volta in volta.

¹⁰ Cfr. art. 55, comma 6, del Codice. A mente dell’art. 62, commi 1 e 2, nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, le stazioni appaltanti – quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell’opera – possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un’offerta. Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti devono indicare nel bando di gara i criteri, oggettivi e non discriminatori secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e – ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze – il numero massimo. In ogni caso, il numero minimo di candidati non può essere inferiore a dieci, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

¹¹ Attraverso i criteri di ponderazione e aggregazione previsti dall’art. 83 del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale: “1. Quando il contratto è affidato con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, il bando di gara stabilisce i criteri di valutazione dell’offerta, pertinenti alla natura, all’oggetto e alle

Una disciplina specifica è prevista con riferimento alla valutazione delle offerte c.d. anomale o anormalmente basse¹², che si collocano al di sotto di una soglia di “presunta anomalia”, determinata sulla base di regole differenziate a seconda che il criterio di aggiudicazione sia il prezzo più basso¹³ ovvero l’offerta economicamente più vantaggiosa¹⁴. Le offerte così individuate, presumibilmente troppo basse per ritenersi affidabili, *devono* essere sottoposte, prima dell’eventuale esclusione, a verifica di congruità in contraddittorio con gli interessati¹⁵.

La verifica di anomalia si effettua nella successiva fase di valutazione delle offerte¹⁶, attraverso la richiesta al concorrente di fornire per iscritto informazioni più dettagliate¹⁷. In ogni caso, l’eventuale

caratteristiche del contratto, quali a titolo esemplificativo: *a*) il prezzo; *b*) la qualità; *c*) il pregio tecnico; *d*) le caratteristiche estetiche e funzionali; *e*) le caratteristiche ambientali e il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell’opera o del prodotto; *f*) il costo di utilizzazione e manutenzione; *g*) la redditività; *h*) il servizio successivo alla vendita; *i*) l’assistenza tecnica; *l*) la data di consegna ovvero il termine di consegna o di esecuzione; *m*) l’impegno in materia di pezzi di ricambio; *n*) la sicurezza di approvvigionamento; *o*) in caso di concessioni, altresì la durata del contratto, le modalità di gestione, il livello e i criteri di aggiornamento delle tariffe da praticare agli utenti. 2. Il bando di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo, elencano i criteri di valutazione e precisano la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, anche mediante una soglia, espressa con un valore numerico determinato, in cui lo scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all’elemento cui si riferisce la soglia deve essere appropriato. 3. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 2 impossibile per ragioni dimostrabili, indicano nel bando di gara e nel capitolato d’oneri, o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l’ordine decrescente di importanza dei criteri. 4. Il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i *sub*-criteri e i *sub*-pesi o i *sub*-punteggi. Ove la stazione appaltante non sia in grado di stabilirli tramite la propria organizzazione, provvede a nominare uno o più esperti con il decreto o la determina a contrarre, affidando a essi l’incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara. 5. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell’offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l’offerta più vantaggiosa. Dette metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture [...]”. Da ultimo, tali criteri sono stati ulteriormente specificati dall’art. 120 del nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici (d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 10 dicembre 2010, la cui entrata in vigore è prevista per il 9 giugno 2011: cfr. art. 359 del Regolamento stesso, che prevede una *vacatio legis* di 180 giorni per tutte le disposizioni, con l’eccezione degli artt. 73 e 74). Tale disposizione, tra l’altro, *i*) precisa le modalità di nomina della commissione di gara; *ii*) impone alle amministrazioni di tenere conto, nella definizione dei punteggi, dei criteri di tutela ambientale di cui al decreto del Ministero dell’Ambiente dell’11 aprile 2008; *iii*) stabilisce – per gli appalti non di sola esecuzione – che i punteggi “qualitativi” debbano essere non inferiori a 65/100 del totale.

¹² Contenuta negli artt. 86-89 del Codice dei contratti pubblici e 121 del nuovo Regolamento di attuazione ed esecuzione.

¹³ In tal caso, la verifica va effettuata per le offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (c.d. “taglio delle ali”), incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; tuttavia, qualora il numero di offerte ammesse sia inferiore a 5, non si applica tale criterio e la verifica avviene per le offerte che appaiano incongrue in base a elementi specifici. Quando non si applica il criterio automatico di individuazione della soglia di anomalia, ai fini di tale verifica le stazioni appaltanti tengono conto del miglior prezzo di mercato, ove rilevabile.

¹⁴ In tal caso la verifica va effettuata per le offerte in relazione alle quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara.

¹⁵ Resta, comunque, affidata alla discrezionalità – tecnica – della PA la scelta di sottoporre a valutazione di congruità anche ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

¹⁶ A seguito delle modifiche recate dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, di conversione del d.l. 1° luglio 2009, n. 78, che ha eliminato l’obbligo di corredare le offerte, sin dalla presentazione, di giustificazioni relative alle voci di prezzo che concorrono a formare l’importo complessivo posto a base di gara (art. 86, comma 5, del Codice dei contratti pubblici).

¹⁷ In particolare, la stazione appaltante richiede per iscritto all’offerente le giustificazioni pertinenti in merito alle voci di prezzo e agli altri elementi di valutazione dell’offerta e giudica tali elementi (art. 86 del Codice dei contratti pubblici). Tali giustificazioni possono riguardare, a titolo esemplificativo, l’economia del

esclusione¹⁸ deve essere preceduta dalla convocazione dell'interessato, affinché possa indicare ogni elemento che ritenga utile. La l. 3 agosto 2009, n. 102 ha introdotto la possibilità per la PA¹⁹, qualora sia previsto nel bando o nella lettera di invito, di procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando l'instaurazione del procedimento in contraddittorio²⁰.

Per gli appalti di importo inferiore o pari a un milione di euro aggiudicati al prezzo più basso e solo se le offerte ammesse non sono inferiori a dieci, è prevista la possibilità, purché ve ne sia menzione nel bando, di far luogo all'esclusione automatica delle offerte che si collocano al di sotto della soglia di anomalia, individuata secondo il cennato criterio automatico, senza il contraddittorio con le imprese interessate²¹.

b) Le procedure negoziate. Le procedure negoziate, che si caratterizzano per una significativa discrezionalità in capo all'amministrazione aggiudicatrice, sono quelle in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Esse consentono di scegliere con maggiore autonomia gli operatori economici da interpellare e di negoziare con ciascuno di essi le offerte inizialmente presentate. Tali procedure, in quanto derogatorie rispetto al divieto generale di rinegoziazione delle offerte, rivestono per lo più carattere eccezionale e sono ammissibili, salvo che per importi inferiori a 500.000 euro,²² solo in presenza di determinate condizioni (prevalentemente legate all'urgenza della realizzazione dei lavori e al fatto che, in esito all'esperimento delle altre procedure, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura: più in dettaglio, cfr. Tav. 4, in Appendice).

A seconda del regime di pubblicità e quindi del maggiore o minore grado di discrezionalità attribuito alla PA nella selezione del contraente, si distinguono due tipologie:

i) la procedura negoziata con pubblicazione di un bando di gara (art. 56 del Codice dei contratti pubblici), nella quale le amministrazioni pubblicano un bando e, nel rispetto della parità di trattamento, negoziano con gli offerenti le offerte presentate;

procedimento di costruzione o del processo di fabbricazione, le soluzioni tecniche adottate, le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per eseguire i lavori, e così via. Peraltro, la verifica di anomalia non ha a oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando – invece – ad accertare l'affidabilità dell'offerta nel suo complesso (cfr. la determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP) 8 luglio 2009, n. 6). La l. 3 agosto 2007, n. 123 ha aggiunto i commi 3-*bis* e 3-*ter* all'art. 86 del Codice dei contratti pubblici, precisando che gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro e al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori. Il costo della sicurezza non è soggetto a ribasso d'asta. È, inoltre, prevista la possibilità di nominare una commissione *ad hoc* per effettuare le valutazioni relative alla congruità dell'offerta: a mente dell'art. 121, comma 5, del nuovo Regolamento attuativo tale commissione deve essere composta preferibilmente con personale interno alla stazione appaltante, salvi i casi di motivate carenze di organico o mancanza delle specifiche competenze tecniche necessarie.

¹⁸ Che deve essere adeguatamente motivata in ragione delle risultanze dell'analisi svolta e delle giustificazioni presentate: cfr. AVCP, determinazione 8 luglio 2009, n. 6.

¹⁹ In alternativa alla verifica progressiva dell'anomalia a partire dalla prima migliore offerta. Si precisa come la verifica progressiva venga effettuata partendo dalla prima offerta, se anormalmente bassa; qualora questa venga ritenuta anomala, si passa alla verifica delle successive migliori offerte, fino a individuare la migliore offerta non anomala. All'esito del sub-procedimento in parola, sono dichiarate le esclusioni delle offerte anomale ed è pronunciata l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.

²⁰ Tale previsione normativa ha fatto chiarezza sull'ammissibilità della verifica contestuale delle offerte anomale, con notevole riduzione dei tempi procedurali: possibilità, peraltro, che l'Autorità aveva già ritenuto ammissibile in seguito alla modifica del comma 7 dell'art. 88, introdotta dal Terzo correttivo al Codice (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152). Tale modifica ha stabilito che l'esclusione delle offerte anomale debba essere dichiarata solo all'esito del procedimento di verifica di tutte le offerte con ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, e non più – come originariamente previsto – a conclusione della verifica di ogni singola offerta. Cfr. AVCP, determinazione 8 luglio 2009, n. 6.

²¹ Cfr. artt. 122, comma 9 e art. 86, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.

²² E salvo il cottimo fiduciario, relativo a lavori di importo inferiore a 200.000 euro: v. *infra*.

ii) la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara (art. 57 del Codice dei contratti pubblici), nella quale le amministrazioni individuano gli operatori con cui avviare le negoziazioni autonomamente, sulla base di indagini di mercato.

Con riferimento ai lavori in “economia”, ammessi per importi non superiori a 200.000 euro, è previsto il cottimo fiduciario, “variante” della procedura negoziata, ulteriormente semplificata e accelerata, svolta sotto la direzione di un responsabile del procedimento, per lavori rientranti in categorie specificamente individuate (art. 125 del Codice dei contratti pubblici)²³.

La negoziazione deve, comunque, svolgersi nel rispetto dei principi di non discriminazione e parità di trattamento e sono applicabili sia il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, sia quello del prezzo più basso. Anche in relazione a tali procedure vige la disciplina già analizzata per la valutazione delle offerte anomale, con la possibilità di ricorrere all’esclusione automatica in caso di lavori di importo inferiore a un milione di euro, da aggiudicare secondo il criterio del prezzo più basso e sempre che il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a dieci.

c) *Il dialogo competitivo*. Il dialogo competitivo (cfr. Tav. 5, in Appendice), una delle principali novità, di derivazione comunitaria, introdotte dal Codice dei contratti pubblici, nasce per conciliare l’esigenza di maggiore flessibilità nell’affidamento di appalti di natura complessa con il rispetto dei principi comunitari di concorrenza, trasparenza e parità di trattamento nella selezione dei contraenti.

Il ricorso al dialogo competitivo è limitato agli “appalti particolarmente complessi”, per i quali non sia possibile il ricorso alle procedure aperte o ristrette²⁴: per tali intendendosi quelli nei quali l’amministrazione non è *oggettivamente* in grado di definire *ex ante* i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue esigenze ovvero l’impostazione giuridica o finanziaria di un progetto; possono altresì essere considerati tali gli appalti per i quali la stazione appaltante non dispone, a causa di fattori oggettivi a essa non imputabili, di studi in merito all’identificazione e alla quantificazione dei propri bisogni o all’individuazione dei mezzi per il soddisfacimento degli stessi.

Il criterio di aggiudicazione applicabile è esclusivamente quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa. Pertanto, nell’espletamento di tale procedura, la valutazione delle offerte anomale potrà avvenire solo attraverso la verifica di congruità in contraddittorio con gli interessati, essendo esclusa *ab origine* la possibilità di ricorrere all’esclusione automatica delle offerte anomale.

La concreta operatività del dialogo competitivo in Italia, tuttavia, è finora restata subordinata all’adozione del Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici, come si è visto solo di recente approvato con d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, la cui entrata in vigore è prevista a giugno 2011²⁵.

²³ Non rileva ai fini della presente analisi la residuale ipotesi di lavori in “amministrazione diretta”, procedura applicabile per importi non superiori a 50.000 euro, nella quale i lavori sono appunto eseguiti con mezzi propri della stazione appaltante, senza ricorso al mercato.

²⁴ Il provvedimento con il quale l’amministrazione decide di ricorrere al dialogo competitivo deve motivare adeguatamente in ordine a tale complessità: cfr. art. 58 del Codice dei contratti pubblici.

²⁵ *Ex art.* 359 del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, che – come già segnalato – prevede una *vacatio legis* di 180 giorni per tutte le disposizioni (comprese quelle relative al dialogo competitivo, di cui agli artt. 113 e 114), con l’eccezione dei soli artt. 73 e 74 in materia di sanzioni da comminare alle Società Organismi di Attestazione (c.d. SOA) e alle imprese, la cui entrata in vigore è prevista 15 giorni dopo la pubblicazione del Regolamento in Gazzetta Ufficiale (avvenuta il 10 dicembre 2010). Si segnala, tuttavia, come – nei casi di affidamento di concessioni di costruzione e gestione, quindi al di fuori dell’ambito degli appalti di lavori pubblici, secondo la procedura di cui all’art. 153, comma 16, del Codice dei contratti pubblici (c.d. procedura in caso di inattività della PA) – dato il richiamo espresso dell’art. 153 al dialogo competitivo, si sia ritenuta l’immediata applicabilità di tale procedura, anche prima dell’entrata in vigore del predetto Regolamento attuativo del Codice. Cfr. AVCP (2009); Giorgiantonio e Giovanniello (2009).

3. Un'analisi del sistema degli appalti italiano dal punto di vista economico: i c.d. “formati di gara”

Numerosi contributi della letteratura economica, sia teorica sia empirica, sono dedicati all'analisi delle modalità di selezione del contraente privato nell'aggiudicazione dei lavori pubblici. Tuttavia, tali valutazioni vengono generalmente effettuate attraverso categorie di analisi che non coincidono perfettamente con quelle che il Codice dei contratti pubblici definisce come procedure di aggiudicazione. Più esattamente, l'analisi economica si rivolge ai c.d. “formati di gara” che, nel nostro sistema, corrispondono alla combinazione di tre elementi: una procedura di aggiudicazione, un criterio di aggiudicazione e la modalità di esclusione, automatica o meno, delle offerte anomale.

In particolare, è possibile ricondurre procedure e criteri previsti dall'ordinamento a quattro “formati di gara”:

- i) aste al prezzo più basso – *first price auctions*, FP – costituite da procedure aperte e ristrette²⁶ aggiudicate con il criterio del prezzo più basso senza esclusione automatica delle offerte anomale;
- ii) aste al prezzo più basso con eliminazione automatica delle offerte anomale – *average bid auctions*, AB – costituite da procedure aperte e ristrette aggiudicate con il criterio del prezzo più basso e l'esclusione automatica delle offerte anomale secondo il metodo della c.d. “media mediata”;
- iii) aste all'offerta economicamente più vantaggiosa – *scoring rule auctions*, SR – costituite da procedure aperte e ristrette aggiudicate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- iv) negoziazioni – *negotiations*, N – costituite dalle procedure negoziate e dal cottimo²⁷.

²⁶ Come già in precedenza segnalato (cfr. il precedente paragrafo), nonostante le differenziazioni che indubbiamente distinguono le due procedure, nel concreto, procedura aperta e ristretta, così come disciplinate dall'ordinamento italiano, presentano caratteristiche tali che consentono di assimilarle e ne rendono possibile una trattazione unitaria dal punto di vista economico. Infatti, nella procedura ristretta “ordinaria” il potere discrezionale della PA nella scelta degli offerenti è pressoché inesistente: l'amministrazione deve invitare tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti previsti dal bando (in ciò l'assimilazione – di fatto – con la procedura aperta). La procedura ristretta “semplificata”, che si caratterizza per la preliminare formazione di elenchi di operatori economici qualificati tra i quali individuare gli offerenti (cfr. Tav. 3 in Appendice), pur consentendo una maggiore possibilità di selezione, tuttavia impone alla stazione appaltante di invitare almeno 20 concorrenti (sempre che sussista un tale numero di soggetti qualificati in relazione ai lavori oggetto dell'appalto), scelti tra quelli iscritti negli elenchi; inoltre, tale procedura ha un ambito di applicazione residuale, essendo riservata agli appalti di lavori pubblici di sola esecuzione e di importo inferiore a 1 milione di euro (cfr. art. 123 del Codice dei contratti pubblici). Secondo la banca dati dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, nel periodo 2000-2007 è possibile identificare – in tutta Italia – 4.600 procedure ristrette “semplificate” su 150.000 gare.

²⁷ Dal punto di vista della teoria economica, il dialogo competitivo può essere considerato, date le sue caratteristiche, una particolare tipologia di procedura negoziata. Si tenga presente che esso, almeno per gli appalti di lavori pubblici, come già segnalato (cfr. par. 2, nota n. 25), sarà operativo solo a partire dal 9 giugno 2011 (cfr. art. 359, comma 1, del nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici).

La tabella che segue illustra tale ripartizione.

Tabella 1 – I “formati di gara” italiani				
<i>Procedura di aggiudicazione</i>	Asta (Procedura aperta + Procedura ristretta + Procedura ristretta semplificata)			Negoziazione (Procedura Negoziata + Cottimo)
<i>Criterio di aggiudicazione e modalità di esclusione delle offerte anomale</i>	Prezzo più basso (senza esclusione automatica)	Prezzo più basso (con esclusione automatica)	Offerta economicamente più vantaggiosa (senza esclusione automatica)	Offerta economicamente più vantaggiosa e Prezzo più basso (con e senza esclusione automatica)
<i>Formato</i>	FP	AB	SR	N

La banca dati dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (nel prosieguo, dati AVCP), che contiene le informazioni relative ai contratti di appalto di lavori pubblici di valore superiore a 150.000 euro, aggiudicati da ogni amministrazione italiana a partire dal 2000, permette di fare una fotografia del sistema italiano dei formati di gara per catturarne la rilevanza economica²⁸.

Tabella 2 – Rilevanza economica dei vari formati di gara (2000-2007)					
<i>Formato</i>	FP	AB	SR	N	TOTALI
<i>Numero appalti</i>	2.413 [2%]	88.146 [77%]	2.820 [2%]	21.501 [19%]	114.880
<i>Valore appalti</i>	38.492.089.067 [33%]	57.010.891.105 [49%]	12.288.485.873 [10%]	9.634.608.480 [8%]	117.426.074.525

Dalla tabella si possono notare ampie differenze sia nel numero sia nel valore degli appalti aggiudicati con i quattro differenti formati. In particolare, sebbene un'ampia maggioranza, il 77 per cento, delle aggiudicazioni avvenga attraverso l'asta AB, il valore complessivo di questi appalti rappresenta solo il 49 per cento del totale. Analogamente, ben il 19 per cento delle aggiudicazioni avviene attraverso procedure negoziate, ma il loro valore complessivo è solo dell'8 per cento. Al contrario, per quanto riguarda sia le aste FP sia per le SR, pur essendo molto limitato il numero di aggiudicazioni avvenute attraverso tali formati, il loro valore complessivo è piuttosto significativo, ammontando rispettivamente al 33 e al 10 per cento.

La spiegazione di tali differenze è principalmente dovuta alla presenza di vincoli sul piano regolamentare relativi all'impiego dei diversi formati di gara. In particolare, l'elevato numero di aste AB si deve all'obbligatorietà del ricorso a tale formato, prevista fino all'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici (1° luglio 2006), per le gare sotto la soglia comunitaria (circa 5 milioni di euro), nelle quali fossero presenti almeno 5 offerte valide²⁹. Invece, sopra la soglia comunitaria, il meccanismo *standard* era l'asta FP, da cui la sua grande rilevanza per gli appalti di importo maggiore.

²⁸ La Tabella 2 si basa su tali dati, di cui noi disponiamo fino al 2007 compreso. Secondo la Relazione 2007 dell'AVCP, solo fino al 2004 le informazioni presenti nella banca dati possono considerarsi complete, mentre le comunicazioni sugli appalti aggiudicati nel periodo successivo non lo sono ancora. Tuttavia, raffrontando la banca dati dell'Osservatorio con altre fonti di dati sugli appalti emerge come neanche i dati fino al 2004 siano del tutto completi. La banca dati è, quindi, costruita non con il numero totale degli appalti, ma con un campione selezionato. Pertanto, ove possibile, i dati sono stati raffrontati con quelli raccolti da Decarolis (2009) direttamente dai bandi ed esiti di gara pubblicati dalle SA.

²⁹ Cfr. art. 21, comma 1-bis, della legge Merloni.

Analogamente, l'elevato valore complessivo delle poco numerose aste SR è dovuto al loro impiego in alcuni grandi appalti, quali il ponte sullo stretto di Messina o la metropolitana di Roma. Infine, è interessante notare come, nonostante le significative limitazioni poste dal Codice dei contratti pubblici, le procedure negoziate siano utilizzate abbastanza frequentemente e – nel complesso – per un valore non trascurabile di appalti ma, come da normativa, di importo medio molto basso. Si segnala, infine, come le riforme susseguitesesi a partire dal 2006 abbiano ridotto i limiti all'impiego delle N, come anche delle SR, ed esistano indicazioni di una significativa crescita nel loro impiego.

Si fornisce di seguito una disaggregazione dei dati italiani, volta a descrivere l'impiego dei vari formati a seconda della tipologia di stazione appaltante, delle classi di importo e dell'oggetto dei contratti.

a) *Tipologia di stazioni appaltanti.* In Italia svariati enti pubblici possono bandire e condurre proprie gare per l'aggiudicazione di lavori pubblici. Secondo la ripartizione dell'AVCP, è possibile distinguere tra nove diverse tipologie di stazioni appaltanti, delle quali nella tabella seguente si considerano le sei che hanno aggiudicato il maggior numero di contratti nel periodo 2000-2007.

Tipologia SA	FP	AB	SR	N	Numero Totale	Valore Totale (in 1.000 euro)
Regioni	0,8% 13,2%	60,8% 63,0%	1,3% 3,3%	37,1% 20,5%	3.975 [3%]	2.523.083 [2%]
Province	2,5% 17,9%	84,4% 72,5%	0,9% 2,3%	12,2% 7,3%	11.459 [10%]	7.539.952 [6%]
Comuni	1,5% 10,2%	84,7% 80,1%	1,4% 2,0%	12,4% 7,7%	47.565 [41%]	26.897.560 [23%]
Amministrazioni dello Stato	1,0% 14,4%	59,1% 53,7%	1,1% 4,3%	38,8% 27,6%	5.316 [5%]	4.356.902 [4%]
Concessionari di Rete	3,8% 63,2%	83,4% 33,6%	0,3% 0,2%	12,5% 3,0%	11.572 [10%]	21.977.359 [19%]
Enti Pubblici	3,1% 33,1%	78,2% 53,2%	1,3% 6,2%	17,4% 7,5%	9.797 [9%]	13.135.268 [11%]
Altre SA	-	-	-	-	25.196 [22%]	40.995.951 [35%]

* Dati e classificazione delle stazioni appaltanti (SA) AVCP. Si riportano i dati solo per le sei maggiori tipologie di stazioni appaltanti. Nella parte centrale della tabella, in ogni cella il numero in alto rappresenta le gare effettuate in percentuale rispetto al totale; il numero in basso il valore delle stesse sempre in percentuale rispetto al totale.

b) *Classi di importo dei lavori.* Di seguito si riporta la scomposizione per classi di importo.

Base asta (in 1.000 euro)	FP	AB	SR	N	Numero Totale	Valore Totale (in 1.000 euro)
150 a 500	0,5% 0,6%	73,7% 76,3%	2,0% 2,0%	23,8% 21,1%	75.258 [66%]	20.464.921 [17%]
500 a 1.000	1,0% 1,0%	86,1% 86,0%	2,8% 2,9%	10,1% 10,1%	20.017 [18%]	14.003.665 [12%]
1.000 a 5.000	1,2% 1,1%	89,2% 89,5%	3,5% 3,5%	6,1% 5,9%	15.956 [14%]	31.246.558 [27%]
5.000 a 15.000	67,3% 71,6%	15,4% 10,2%	10,4% 11,6%	6,9% 6,6%	1.495 [1,4%]	12.259.778 [10%]
Oltre 15.000	81,8% 74,0%	- -	13,0% 22,9%	5,2% 3,1%	693 [0,6%]	39.337.906 [34%]

* Dati AVCP. Nella parte centrale della tabella, in ogni cella il numero in alto rappresenta le gare effettuate in percentuale rispetto al totale; il numero in basso il valore delle stesse sempre in percentuale rispetto al totale.

c) *Tipologia di lavori aggiudicati*. Utilizzando la classificazione ufficiale OG, la tabella che segue fornisce una schematizzazione delle tipologie di lavori oggetto di appalto.

Tabella 5: Tipologia di lavoro e formati di gara (2000-2007)						
Tipologia Lavoro	FP	AB	SR	N	Numero Totale	Valore Totale (in 1.000 euro)
OG1 (Edifici civili e industriali)	2,2% 22,0%	84,1% 67,9%	1,4% 2,6%	12,3% 7,5%	29.363 [26%]	24.617.117 [21%]
OG2 (Restauro e manutenzione dei beni immobili sottoposti a tutela)	1,7% 13,7%	68,0% 67,3%	1,4% 3,2%	28,9% 15,8%	7.062 [6%]	5.569.799 [5%]
OG3 (Strade, autostrade, ponti, ferrovie)	2,1% 40,3%	85,3% 53,5%	1,0% 1,1%	11,6% 5,1%	29.058 [25%]	26.485.868 [23%]
OG6 (Acquedotti, gasdotti, oleodotti, irrigazione e di evacuazione)	1,6% 20,9%	83,6% 70,1%	1,3% 2,2%	13,5% 6,8%	7.574 [7%]	6.987.097 [6%]
Altre OG	2,3% 46,2%	74,6% 41,4%	1,2% 4,9%	21,9% 7,5%	11.599 [10%]	13.235.858 [11%]
OS (Categorie Speciali)	1,9% 20,7%	80,0% 68,8%	1,2% 1,8%	16,9% 8,7%	12.933 [11%]	8.730.655 [7%]
Altre	-	-	-	-	17.291 [15%]	31.799.671 [27%]

* Dati AVCP. In ogni cella il numero in alto rappresenta le gare effettuate in percentuale rispetto al totale; il numero in basso il valore delle stesse sempre in percentuale rispetto al totale.

Nel complesso, dalle tabelle 3, 4 e 5 si possono evincere gli aspetti caratterizzanti del sistema italiano. In primo luogo, dalla Tabella 3 emerge chiaramente come siano gli enti territoriali e, in particolare, i comuni a giocare un ruolo di primissimo piano negli appalti di lavori. Considerando il totale degli appalti aggiudicati, quelli riferibili a enti locali rappresentano il 54 per cento del totale (41 per cento comuni, 10 per cento province, 3 per cento regioni). Di grande rilevanza è anche il ruolo dei concessionari di rete. La Tabella 4 mostra poi l'estrema frammentazione e l'esiguità di valore degli appalti aggiudicati: la stragrande maggioranza non raggiunge i 500.000 euro. Incrociando i dati sul tipo di stazione appaltante con quelli sul valore medio degli appalti, infatti, si nota come il 37 per cento di tutti i contratti censiti siano aggiudicati da comuni utilizzando l'asta AB e il loro valore medio sia di poco superiore ai 500.000 euro.

Infine, relativamente ai tipi di lavori, la Tabella 5 riporta i dati relativi alle categorie che pesano almeno per il 5 per cento del totale dei contratti (nel ruolo di categoria principale). Edilizia civile (OG1) e strade, autostrade, ponti e acquedotti (OG3) sono le categorie più ricorrenti. Inoltre, scomponendo ulteriormente i dati, si rileva come circa il 25 per cento di tutti gli appalti siano lavori stradali e circa il 10 per cento siano opere di edilizia sociale e civile (in entrambi i casi la percentuale si riferisce sia al numero, sia al valore dei contratti).

Riassumendo, dall'analisi dei dati AVCP emerge la forte dispersione della spesa per lavori pubblici: molti piccoli appalti, perlopiù per opere semplici come quelle stradali, aggiudicati dagli enti pubblici più decentralizzati. L'asta AB appare come il formato di gara più utilizzato per questo tipo di appalti seguito, ove la legge lo consente, da N. Le aste FP e SR sono, invece, caratteristiche delle aggiudicazioni dei pochi appalti di grandi dimensioni o di più elevata complessità, gestiti – generalmente – dai concessionari di rete oppure dalle amministrazioni locali più grandi.

4. La desiderabilità dei diversi formati di gara

La letteratura ha da tempo evidenziato come non esista un formato di gara che sia sempre il migliore, la desiderabilità di ciascuno variando in funzione: *i)* dell'oggetto dell'appalto; *ii)* dei vincoli all'azione della PA; *iii)* degli obiettivi che l'amministrazione intende realizzare³⁰.

Per quel che concerne il primo aspetto, come già rilevato, la presente trattazione è relativa ai contratti di appalto aventi a oggetto l'esecuzione di lavori attraverso contraenti esterni (non *in house*)³¹.

In presenza di tale tipologia di contratto, in assenza di vincoli all'azione della PA, qualora quest'ultima abbia come unico obiettivo la minimizzazione dei costi di esecuzione e nel mercato vi siano due o più imprese che potrebbero eseguire il lavoro, il meccanismo ottimale per l'aggiudicazione del contratto è rappresentato dall'asta al prezzo più basso, la cui base d'asta sia scelta in modo ottimale³². Infatti, tale meccanismo consente di superare le asimmetrie informative esistenti tra PA e imprese³³, dato che la competizione spinge queste ultime a rivelare, almeno in parte, il loro costo³⁴. Inoltre, esso permette che sia l'impresa con il costo più basso ad avere maggiori probabilità di vincere (c.d. "efficienza allocativa" del meccanismo d'asta).

Tuttavia, nella pratica è raro che si verifichino le condizioni ipotizzate, dato che l'azione della PA è influenzata da numerose variabili aggiuntive. Nella realtà occorre tenere conto: *i)* del rischio di mancato completamento dell'opera; *ii)* del rischio di collusione tra le imprese; *iii)* del rischio di corruzione; *iv)* delle carenze nella progettazione dei lavori; *v)* della molteplicità di obiettivi perseguiti dalla PA³⁵. In generale, in presenza di tali vincoli, non è più valido il risultato secondo cui l'asta FP è il meccanismo ottimale. I paragrafi che seguono si soffermano sulla desiderabilità dei diversi formati

³⁰ Cfr. Dimitri, Piga e Spagnolo (2006).

³¹ La presente indagine è focalizzata, come già rilevato, sulle procedure tradizionali di affidamento dei lavori pubblici. Si prescinde, pertanto, in questa sede dall'analisi dei contratti affidati in amministrazione diretta (*in house*), il cui ricorso è – peraltro – fortemente limitato dal Codice dei contratti pubblici. Né si prendono in considerazione le procedure di affidamento dei contratti di concessione di costruzione e gestione, caratterizzate da problematiche del tutto peculiari. Per quanto riguarda le specificità delle modalità di svolgimento delle gare e dell'aggiudicazione di tali contratti, cfr. Giorgiantonio e Giovanniello (2009). Invece, per un'analisi economica degli obiettivi e delle criticità insite in questo tipo di contratti, v. Iossa e Martimort (2008); Iossa (2009).

³² Cfr. Myerson (1981). Con il termine base d'asta, o prezzo di riserva, ci si riferisce al prezzo massimo che la PA è disponibile a pagare. Una difficoltà per il concreto conseguimento del risultato di ottimalità nelle aste al prezzo più basso risiede nel ruolo attribuito alla base d'asta. Infatti, stabilire quella ottimale richiede che la PA conosca la distribuzione dei costi delle imprese. Ciò nonostante, anche in assenza di questo dato, alcune indicazioni di massima della teoria suggeriscono che la base d'asta dovrebbe essere: *i)* più bassa del costo opportunità per la SA di non aggiudicare la gara, se i costi delle imprese sono tra loro indipendenti; *ii)* uguale al costo opportunità altrimenti. Nel contesto italiano, questo costo opportunità si riferisce al complesso dei costi associati a una seconda aggiudicazione (quindi, al costo atteso del lavoro, si aggiungono quelli di una seconda gara e del conseguente ritardo nei tempi di realizzazione dell'opera). L'intuizione alla base del risultato per cui è ottimale scegliere una base d'asta più stringente rispetto al costo opportunità, è che ciò stimola le imprese a offrire prezzi in media più bassi. Ciò, naturalmente, comporta che a volte il contratto non venga aggiudicato.

³³ Tale asimmetria informativa tra imprese e PA costituisce l'aspetto fondamentale del problema di selezione del contraente privato: cfr. Laffont e Tirole (1993).

³⁴ Nel presentare la sua offerta l'impresa affronta un *trade-off*: più terrà basso il margine di rincaro sui propri costi (*mark up*), più alta sarà la probabilità di vincere; tuttavia, risulterà corrispondentemente più basso il profitto conseguito in caso di vittoria. Per un'impresa che voglia massimizzare i suoi profitti, man mano che il numero di imprese concorrenti sale, il *mark-up* deve scendere, perché solo così l'impresa può ovviare al calo della probabilità di vincere, conseguente al fatto che, con più concorrenti, è più probabile vi sia almeno un'impresa molto efficiente per l'appalto da aggiudicare. Cfr. Myerson (1981).

³⁵ Un esempio di obiettivi multipli può essere costituito dalla finalità di minimizzare costi e tempi di realizzazione dell'intervento e contemporaneamente massimizzare la qualità dell'opera. È, in ogni caso, opportuno segnalare come i fattori citati non esauriscano quelli possibili, in grado di condizionare l'azione della PA (si considerino, ad esempio, i vincoli scaturenti dalla programmazione degli interventi). Tuttavia, tali fattori rappresentano – in ogni caso – alcuni dei più significativi e quelli maggiormente in grado di ripercuotersi sulla scelta del contraente privato. Cfr. Dimitri, Piga e Spagnolo (2006).

di gara al ricorrere dei vincoli dianzi menzionati, fornendo – ove possibile – riscontri empirici relativamente al caso italiano.

4.1. Il rischio di mancato completamento dell'opera

Se le imprese³⁶ non conoscono con certezza il costo finale di realizzazione dell'opera, una competizione sui prezzi particolarmente accesa in fase di gara può, in alcuni casi, generare rischi maggiori di rinegoziazioni, se non addirittura di risoluzione del contratto. Infatti, in presenza di simili incertezze al momento della gara, le imprese per le quali il costo associato all'inadempimento del contratto è più basso sono avvantaggiate, potendo sostanzialmente "scommettere" che l'esecuzione costerà poco. Qualora poi la realizzazione dell'opera dovesse rivelarsi molto onerosa, queste imprese preferiranno abbandonare il lavoro, sostenendo il costo dell'inadempimento, piuttosto che completare l'opera³⁷. L'asta FP tiene conto solo del prezzo: tale unidimensionalità fa sì che il meccanismo non possa svolgere ottimamente il duplice compito di selezionare l'impresa con il costo più basso e di scartare le imprese con il rischio di inadempimento più elevato. Al contrario, il sistema di incentivi insito in questo formato comporta che le imprese meno affidabili siano quelle con più *chances* di aggiudicarsi il contratto.

Per limitare questo rischio, la teoria economica suggerisce il ricorso a strumenti sul modello del *performance bond* statunitense, che costituiscono in buona sostanza una garanzia assicurativa sull'esecuzione dell'opera³⁸. Più precisamente, l'aggiudicatario sottoscrive un polizza che impegna una controparte (il *surety*) a completare il lavoro nei tempi e costi promessi dall'aggiudicatario, in caso di inadempimento di quest'ultimo. Il *surety* ha, pertanto, tutto l'interesse a scremare il mercato e a far pagare un prezzo più alto a quelle imprese ritenute meno affidabili. Questo sistema è stato adottato negli Stati Uniti, imponendo un *bond* pari all'integrale valore del contratto. In tal modo, tutto il rischio di mancato completamento dell'opera passa dalla PA al *surety* e l'asta FP torna a essere il formato ottimale, generando – naturalmente – un prezzo di aggiudicazione più elevato a causa dei costi del *bond*. Un'alternativa, peraltro adottata dal sistema italiano, è quella di richiedere la prestazione di polizze fideiussorie, contratti a titolo oneroso tramite i quali un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto creditizio) garantisce che dal comportamento del contraente non deriverà a un terzo soggetto (il beneficiario della prestazione) un danno economico per l'inadempimento di un'obbligazione nei suoi confronti³⁹. In questo caso l'intermediario che sottoscrive il contratto non fa una valutazione discrezionale del rischio d'impresa, ma attesta solo la presenza del capitale da immobilizzare. Questo sistema è meno soddisfacente, in quanto l'annullamento del rischio di inadempimento richiederebbe fideiussioni di valore elevato che, tuttavia, ridurrebbero notevolmente la liquidità delle imprese e sarebbero sostenibili solo da poche di esse con grandi dimensioni. Pertanto, generalmente è possibile chiedere soltanto fideiussioni che coprano una piccola parte del valore del

³⁶ Si tratta di società a responsabilità limitata, per le quali la responsabilità patrimoniale è circoscritta al patrimonio sociale.

³⁷ Cfr. Engel, Guanza, Hauk e Wambach (2006). Ad esempio, Zheng (2001) studia il caso in cui l'impresa aggiudicataria – dopo aver osservato il reale costo dell'opera – possa dichiarare fallimento, perdendo solo il capitale versato. Nel modello le imprese hanno un capitale sociale diverso, che rappresenta il costo che l'impresa paga non adempiendo il contratto. L'analisi evidenzia come l'impresa con il capitale più basso, approfittando del vantaggio dato da un ridotto costo scaturente dal fallimento, si comporti in modo aggressivo, offrendo il prezzo più basso al momento della gara, aggiudicandosi così il contratto. Tuttavia, solo se *a posteriori* si rivelerà essere un lavoro poco costoso da completare, l'impresa lo porterà a buon fine; altrimenti preferirà pagare il più basso costo scaturente dal fallimento, piuttosto che non il più elevato costo di completare il lavoro.

³⁸ Sul piano generale, la garanzia globale di esecuzione è un istituto di matrice anglosassone, frequentemente utilizzato nei contratti internazionali, diretto a fornire al committente non soltanto forme di tutela di natura meramente patrimoniale, come tali limitate al ristoro del pregiudizio subito da parte del committente; quanto, soprattutto, a garantire – attraverso un meccanismo di supplenza rispetto all'appaltatore eventualmente inadempiente – anche l'effettiva realizzazione dell'opera. In sostanza, nell'ipotesi di risoluzione del contratto con l'originario appaltatore, l'effettiva realizzazione della prestazione contrattuale potrà trovare comunque attuazione, per il tramite dell'istituto di credito garante. Cfr. Rossetti (2007); Maggiore (1987).

³⁹ In altre parole, la società assicuratrice si impegna, dietro pagamento di un premio, a risarcire il beneficiario del mancato o inesatto adempimento del contraente.

contratto e quindi il rischio di mancato completamento non viene interamente traslato sul garante, ma grava in parte sulla PA⁴⁰.

Una possibile alternativa è quella di introdurre, nel corso della procedura di selezione, una valutazione discrezionale, *ex ante* o *ex post*, della reale affidabilità delle offerte presentate, da parte della stazione appaltante, oppure di ricorrere a meccanismi, come l'asta AB, che eliminino automaticamente tutte le offerte minori di una certa "soglia" c.d. di anomalia⁴¹. L'analisi teorica⁴² illustra come potenzialmente entrambe le soluzioni siano in grado di ridurre il rischio di inadempimento. Tuttavia, la prima è efficace solo se l'amministrazione è in grado di assicurare un appropriato ed economico svolgimento della procedura di valutazione (ovvero, se la PA è efficace quanto un *suret* nella valutazione delle imprese), e dispone – quindi – di adeguate risorse e specifiche competenze tecniche. Il ricorso a meccanismi di esclusione automatica⁴³, invece, pur permettendo un contenimento del rischio di inadempimento dell'aggiudicatario, induce inefficienze allocative e alti costi di aggiudicazione⁴⁴. Inoltre, l'asta AB crea distorsioni nel lungo periodo perché riduce gli incentivi delle imprese a aumentare la produttività e genera rischi di collusione (cfr. il prossimo paragrafo).

Sia pure in assenza di solidi risultati teorici, sembra ragionevole supporre che, almeno per le amministrazioni in grado di avvalersi appropriatamente della maggiore discrezionalità accordata dai formati SR e N per discriminare tra imprese affidabili e non affidabili, tali formati possano limitare i rischi di inadempimenti contrattuali. Ad esempio, la possibilità offerta da queste procedure di valutare una molteplicità di parametri quali la reputazione, l'esperienza, la liquidità e la solvibilità di un'impresa, rende più improbabile che l'impresa aggiudicataria si riveli *a posteriori* impossibilitata a eseguire il lavoro nel rispetto dei costi e dei tempi promessi a causa o di errori compiuti in fase di valutazione dell'entità del lavoro, o di scelte strategiche dovute alla convenienza finanziaria di portare a buon fine l'opera.

Per quel che concerne il caso italiano, uno studio recente⁴⁵ ha analizzato l'impatto delle riforme che hanno ristretto l'ambito di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale, propria dell'asta AB, a vantaggio della verifica di congruità, tipica dell'asta FP⁴⁶. Un primo aspetto interessante è costituito dal fatto che la quasi totalità delle PA ha scelto di continuare a usare l'asta AB, nonostante essa non fosse più obbligatoria. Inoltre, le poche che hanno scelto l'asta FP rappresentano una categoria selezionata di stazioni appaltanti, di grandi dimensioni e localizzate nel Nord Italia. La Figura 1 mostra l'adozione dell'asta FP da parte di comuni e province in cinque regioni del Nord. Tale adozione risulta associata alla dimensione dell'amministrazione: ciò sembra principalmente imputabile ai costi di gestione dell'asta FP. In particolare, poiché l'introduzione della FP non si è accompagnata al rafforzamento degli strumenti tesi ad assicurare l'esatto adempimento del

⁴⁰ Ulteriori approfondimenti saranno discussi nella prossima sezione: cfr. par. 5.1.

⁴¹ Come si è visto (cfr. par. 2), l'ordinamento italiano disciplina entrambi i meccanismi: *i*) la valutazione discrezionale delle offerte anomale viene effettuata, dopo la loro ammissione, e quindi *ex post*, attraverso la verifica di congruità; *ii*) in presenza di specifiche circostanze la PA può ricorrere alla loro esclusione automatica.

⁴² Cfr. Decarolis (2009).

⁴³ Anche se più facilmente adottabile dalle PA che non possano svolgere efficacemente la verifica discrezionale.

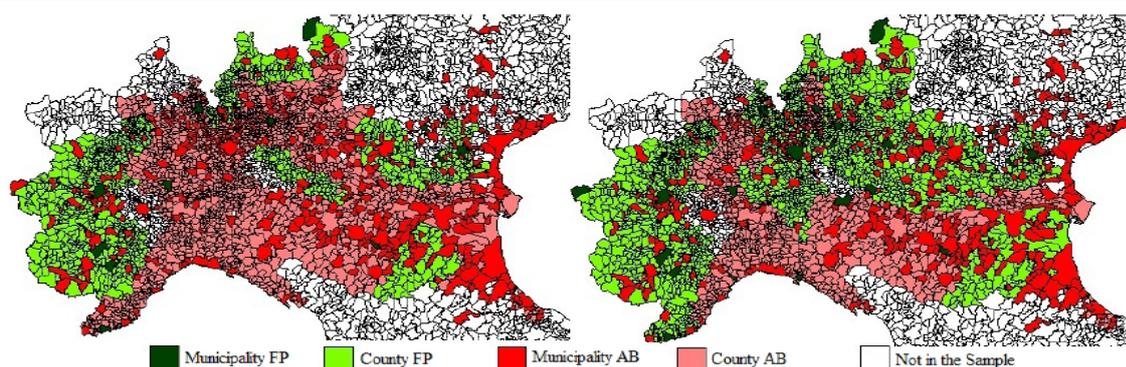
⁴⁴ Il rischio di inadempimento diminuisce perché, con l'asta AB, il prezzo di aggiudicazione sale rispetto all'asta FP e, quindi, se anche dovessero verificarsi condizioni avverse durante la vita del contratto, l'aggiudicatario potrebbe comunque ritenere utile portarlo a termine. Inoltre, considerazioni strategiche spingono le imprese a presentare tutte lo stesso prezzo quando partecipano a una procedura di aggiudicazione con eliminazione automatica delle offerte anomale: l'asta è, pertanto, trasformata in una sorta di "lotteria" e non è più vero che le imprese più "rischiose" hanno una maggiore probabilità di vincere. Per gli stessi motivi, tuttavia, l'allocatione delle risorse diventa inefficiente se le imprese hanno costi di esecuzione diversi. Cfr. Decarolis (2009).

⁴⁵ Cfr. Decarolis (2009).

⁴⁶ Come precedentemente ricordato, per gli appalti sotto soglia l'asta AB è stata obbligatoria fino al giugno 2006, poi è diventata facoltativa e, infine, a partire dall'ottobre 2008, è rimasta come possibilità solo per gli appalti di valore inferiore a 1 milione di euro e con almeno dieci offerte valide. Pertanto, per alcuni contratti tra il 2006 e il 2008, l'impiego dell'asta AB è stata una libera scelta della PA.

contratto (ad esempio, le garanzie fideiussorie o il sistema di qualificazione delle imprese), soltanto le PA capaci di gestire efficacemente il processo di verifica discrezionale delle offerte sono state in grado di passare all'asta FP. Infatti, la verifica in contraddittorio delle offerte anormalmente basse – seppure essenziale per limitare il rischio di inadempimento dell'aggiudicatario – è particolarmente onerosa, richiedendo la presenza di personale estremamente qualificato sul piano tecnico-giuridico, in grado di valutare i giustificativi di costo e di fronteggiare il rischio di un'eventuale impugnazione del provvedimento di esclusione da parte dell'impresa pretermessa: trattasi, quindi, di un elevato costo fisso che solo i committenti di dimensioni più rilevanti sono in grado di sostenere, distribuendolo su un numero elevato di appalti.

Figura 1: Sostituzione dell'asta AB con la FP (comuni e province)



* In verde chiaro le province passate alla FP (e in verde scuro i comuni). In rosso chiaro le province rimaste con la AB (e in rosso scuro i comuni). A sinistra: adozione FP volontaria (2006-2008). A destra: adozione obbligatoria (2008 -). Fonte: Decarolis (2009)

Quanto agli effetti sui costi, il passaggio dalle aste AB a quelle FP si associa a un sostanziale incremento dei ribassi di aggiudicazione, ma anche a un aumento delle rinegoziazioni⁴⁷. In particolare, si stima che – relativamente alle gare per tutti i tipi di lavori pubblici di valore compreso tra 150 mila e 2,5 milioni di euro aggiudicati tra il 2000 e il 2007 – l'aumento medio dei ribassi di aggiudicazione sia di circa il 10 per cento del valore del contratto. Per le sole gare di lavori stradali svoltesi tra il 2005 e il 2008, l'effetto sale al 19 per cento. Nel contempo, il maggior ribasso in fase di aggiudicazione è in parte bilanciato da un incremento del prezzo finale pagato. In particolare, si stima che il passaggio da aste con l'eliminazione automatica ad aste al prezzo più basso comporti un incremento della quota rinegoziata del contratto di circa il 6 per cento del valore dello stesso. Quindi, l'effetto complessivo sui costi di esecuzione si ottiene sottraendo l'incremento della quota rinegoziata dall'incremento del ribasso⁴⁸. Infine, per quanto attiene all'efficienza allocativa dei due meccanismi d'asta, con l'asta FP l'impresa vincitrice ha in media costi più bassi di quelli dell'impresa che vincerebbe l'asta AB, per un valore pari a circa 12 per cento del prezzo a base d'asta.

4.2. Il rischio di collusione

Nonostante tutti e tre i tipi di asta disciplinati dal Codice dei contratti pubblici (AB, FP e SR) si svolgano secondo il meccanismo dell'offerta in busta chiusa, che costituisce un importante presidio

⁴⁷ Cfr. Decarolis (2009).

⁴⁸ Tuttavia, in un'ottica più generale, l'analisi del costo complessivo per la PA dovrebbe tenere conto anche di due costi non osservabili nei dati: *i*) i costi di transazione associati alla rinegoziazione e *ii*) i costi di espletamento della procedura di gara.

contro il rischio di collusione⁴⁹, esistono sostanziali differenze tra i vari formati in relazione alla loro vulnerabilità a tale rischio.

Le aste SR rappresentano, insieme alle N, il miglior presidio contro la collusione. Entrambi i formati, infatti, inducono una maggiore differenziazione delle offerte, poiché la valutazione si basa su più criteri. Ciò rende più difficile il coordinamento tra le imprese e, quindi, il formarsi di cartelli. Inoltre, per quanto riguarda le N, l'operatività di un'eventuale intesa è resa difficoltosa dal rapporto diretto tra impresa e PA e, in generale, dalla poca trasparenza del processo di selezione del vincitore.

Al contrario, nei formati AB e FP la mancanza di diversificazione (conta solo il prezzo) e la grande trasparenza rende necessariamente più alto il pericolo di collusione. Tuttavia, anche tra questi due meccanismi esiste una profonda differenza. L'asta AB, infatti, è un meccanismo estremamente vulnerabile a tale rischio⁵⁰. Essa, sul piano pratico, si risolve solitamente in una sorta di estrazione casuale del vincitore, nella quale tutti i partecipanti hanno la stessa probabilità di vittoria⁵¹: una specie di "lotteria". In questa lotteria, tuttavia, il prezzo a cui il contratto è aggiudicato è una funzione di tutte le offerte presentate dalle imprese ed è, quindi, manipolabile. Coalizioni di imprese colluse possono pilotare la soglia di aggiudicazione, assicurandosi così l'appalto e ingenti profitti⁵². Anche nell'asta FP un cartello potrà influire sull'aggiudicazione ma, a differenza dell'AB, potrà avere la certezza di vincere soltanto se tra i membri del cartello vi è anche l'impresa con il costo di esecuzione più basso⁵³. Al contrario, nell'asta AB non importa tanto la struttura dei costi delle imprese colluse, ma il loro numero: un cartello più ampio può presentare un numero maggiore di offerte e influire di più sulla media.

Coerentemente con le indicazioni provenienti dalla letteratura economica, vi sono evidenze⁵⁴ per l'Italia che il ricorso al formato di gara AB (e, quindi, a meccanismi di esclusione automatica delle offerte) presenti un'elevata vulnerabilità al rischio di collusione tra le imprese. Tale affermazione ha trovato da ultimo supporto in uno studio recente⁵⁵, che analizza il comportamento delle imprese attive negli appalti di lavori stradali nel Nord Italia dal 2000 in poi. Tale studio si basa su due test statistici volti – rispettivamente – a identificare il coordinamento nelle offerte e nella partecipazione alle aste AB di imprese colluse. Tali test riescono a replicare quasi alla perfezione la struttura dei cartelli del torinese identificata dal Tribunale di Torino nel 2008, che ha comportato la condanna di circa 90 imprese – attive nel settore degli appalti di lavori pubblici attraverso 8 cartelli tra il 1998 e il 2003 – per il reato di turbativa d'asta⁵⁶. In particolare, quanto al profilo del coordinamento tra le offerte, il primo test si basa sull'idea che, per massimizzare l'influenza sulla soglia di aggiudicazione, tutte le offerte del cartello devono trovarsi dallo stesso lato della media delle offerte. La Figura 2 riporta un caso nel quale questo comportamento è palese: a fronte di quasi 50 imprese che offrono un ribasso intorno al 18 per cento, il cartello contrassegnato dal simbolo della sfera offre ribassi molto più elevati, intorno al 25 per cento, riuscendo a muovere verso l'alto la soglia di aggiudicazione e facendo sì che

⁴⁹ Infatti, la deviazione di un'impresa dall'accordo di cartello potrà essere verificata solo dopo l'apertura delle buste delle offerte e, quindi, quando sarà ormai troppo tardi per il cartello per influire sull'aggiudicazione della gara. Cfr. Robinson (1985); Kovacic e altri (2006); Carpitetti e altri (2006).

⁵⁰ Cfr. AGCM (1992).

⁵¹ Tutte le imprese tendono a offrire lo stesso ribasso e il vincitore è estratto a sorte. Questa è una proprietà abbastanza generale delle aste con eliminazione automatica, in quanto vi è sempre un incentivo per le imprese a convergere sul ribasso medio. Tuttavia, nella versione italiana dell'asta AB, il taglio del 10 per cento dei ribassi maggiori fa sì che nell'unico equilibrio di Bayes-Nash tutte le imprese offrano un ribasso dello zero per cento. Cfr. Decarolis (2009); AGCM (1992).

⁵² Gli affidamenti sono indirizzabili dai concorrenti in quanto l'individuazione delle offerte da escludere sulla base di una formula matematica predeterminata consente di controllare il meccanismo di aggiudicazione attraverso la moltiplicazione delle offerte presentate. Cfr. Decarolis (2009).

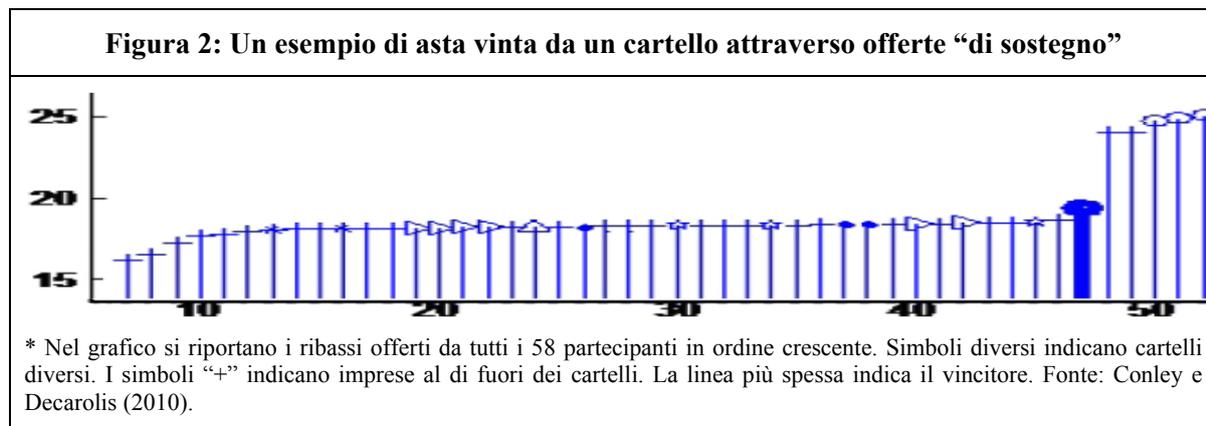
⁵³ In equilibrio questa è, infatti, l'impresa che avrebbe offerto il ribasso più elevato e vinto la gara, e che quindi deve appartenere al cartello affinché questo possa avere la certezza di vincere.

⁵⁴ Cfr. Decarolis (2009).

⁵⁵ Cfr. Conley e Decarolis (2010).

⁵⁶ Cfr. Trib. Torino, Prima Sezione Penale, 28 aprile 2008.

l'appalto sia vinto da un membro dell'intesa che aveva offerto un ribasso intermedio, pari a circa il 20 per cento⁵⁷.



Per quel che concerne il coordinamento nella partecipazione, lo studio evidenzia la necessità per i membri di un cartello di partecipare insieme alle gare: ove così non fosse, l'intesa non massimizzerebbe il numero di offerte disponibili per pilotare l'aggiudicazione.

Applicando tale metodologia a un campione di circa 2.000 gare svoltesi in cinque regioni del Nord Italia tra il 2005 e il 2009, per le quali non si hanno informazioni certe circa la ricorrenza di cartelli, si rileva la presenza di fenomeni collusivi in almeno un quarto delle gare. Inoltre, un secondo risultato di interesse riguarda la scomparsa di un numero ingente di imprese nel momento in cui le PA abbandonano l'asta AB a vantaggio della FP. La presenza di imprese fasulle, create dai cartelli per pilotare la soglia di aggiudicazione, spiega – almeno in parte – il fortissimo calo nel numero dei partecipanti, che passa in media da circa 50 nelle gare AB a circa 7 in quelle FP⁵⁸. Invece, la parte di tale calo dovuta alla scomparsa dal mercato di imprese non identificate come colluse dai test statistici, è probabilmente da iscriversi all'inefficienza di tali imprese, incapaci di generare profitti in un ambiente competitivo quale quello indotto dalle aste FP.

4.3. Il rischio di corruzione

La letteratura economica segnala l'esistenza di un *trade-off* nella desiderabilità dei diversi formati di gara in presenza dei rischi di collusione e di corruzione. Infatti, considerato che il rischio di corruzione si riduce se *i*) sono limitati gli spazi di discrezionalità della PA, *ii*) è maggiore il controllo sia sugli agenti dell'amministrazione, sia sulle imprese e *iii*) si assicura un'adeguata trasparenza⁵⁹, è evidente come i quattro formati di gara italiani rispondano in maniera opposta ai rischi generati dalla corruzione e dalla collusione.

Nonostante l'asta AB incentivi fortemente la collusione, tale meccanismo selettivo – infatti – è potenzialmente un ottimo presidio contro il rischio di corruzione, dal momento che il contratto viene

⁵⁷ Alcuni ribassi molto alti rispetto alla media delle offerte sono offerti non per vincere, ma per pilotare la soglia in modo da avvantaggiare il membro del cartello designato a risultare aggiudicatario: come avviene nel caso descritto dalla Figura 2 (c.d. fenomeno delle offerte estreme o di “di sostegno”).

⁵⁸ Cfr. Conley e Decarolis (2010). Potendo identificare quali imprese sono colluse e quali no, gli autori possono affermare che delle circa 950 imprese attive negli appalti analizzati: *i*) la scomparsa dalle gare delle imprese non colluse (circa 700) è dovuta puramente alla maggiore competitività delle aste FP, che disincentiva le imprese meno efficienti a partecipare alle gare data la bassa probabilità di vittoria; *ii*) per le imprese colluse che scompaiono (circa 250) non è possibile dire quali siano membri deboli del cartello e quali – invece – siano vere e proprie imprese fasulle, create al solo fine di avere più offerte per pilotare la media.

⁵⁹ Cfr. Lengwiler e Wolfstetter (2006) e i riferimenti ivi menzionati.

aggiudicato attraverso una sorta di lotteria e un eventuale agente corrotto della PA difficilmente può favorire un'impresa.

Al contrario, in un'asta FP un agente corrotto può aggiudicare con certezza il contratto a una determinata impresa, ad esempio facendo presentare a quest'ultima un prezzo talmente basso che non sarebbe possibile neanche per l'impresa più efficiente offrire di meno. L'agente corrotto permetterebbe, poi, a tale impresa di rinegoziare il prezzo del contratto in modo da assicurarle un profitto. Inoltre, il fatto che in Italia l'asta FP sia condotta congiuntamente a un processo di verifica in contraddittorio delle offerte, implica che un agente corrotto potrebbe anche tentare di squalificare alcune imprese per favorirne delle altre.

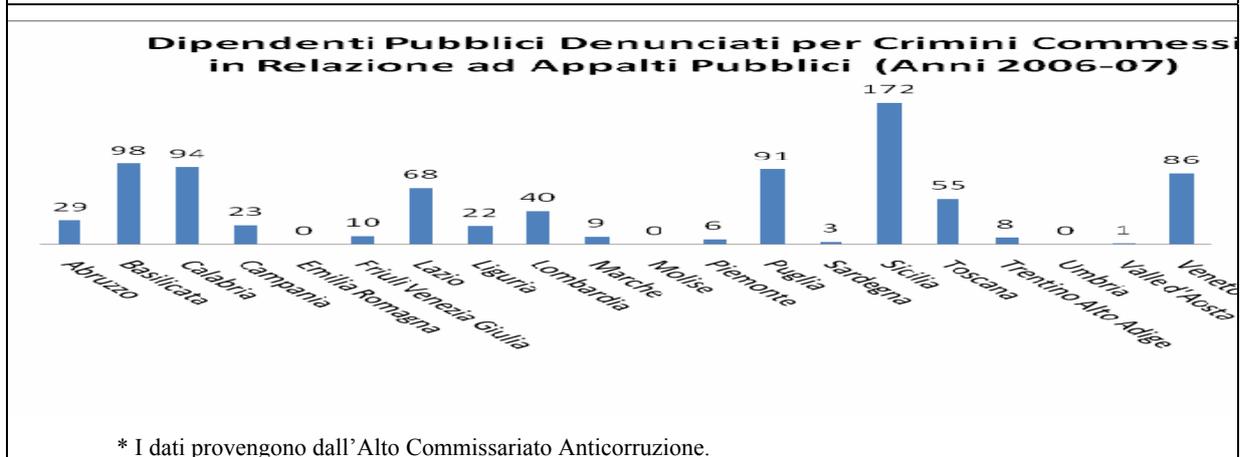
Anche negli altri due formati disponibili (SR e N), poi, il rischio corruzione è molto elevato, data la maggiore discrezionalità accordata alle scelte della PA. Ad esempio, in un'asta SR un agente corrotto che operi presso la stazione appaltante può distorcere la parte di punteggio basata sulle misure non oggettive (ad esempio, i parametri soggettivi relativi alla qualità delle offerte) per favorire l'impresa preferita⁶⁰.

In Italia, il settore degli appalti per opere pubbliche è probabilmente quello maggiormente soggetto a fenomeni di corruzione e, più in generale, di illegalità in tutte le aree del nostro Paese⁶¹. È, tuttavia, difficile avere misure adeguate dell'illegalità. In particolare, i pochi dati disponibili a livello territoriale sulla corruzione sono di difficile utilizzo, perché riguardano le denunce o le condanne per reati o illeciti di dipendenti delle PA, fra cui anche quelle relative ad appalti di opere pubbliche. I dati riflettono, oltre all'effettiva correttezza dei dipendenti pubblici, anche le attitudini locali dei cittadini nei confronti della giustizia e l'efficienza della macchina giudiziaria stessa. È probabile che dove la giustizia funziona peggio, molti casi di corruzione e illegalità rimangano non denunciati. Inoltre, in alcuni particolari periodi storici, o in corrispondenza di eventi particolarmente eclatanti, possono emergere nei dati situazioni che resterebbero altrimenti nascoste. Come generale riferimento, secondo l'Alto commissario anticorruzione, fra gennaio 2006 e novembre 2007 sono stati denunciati alla Guardia di Finanza 815 dipendenti pubblici per reati e altri illeciti contro la PA, connessi con appalti di opere pubbliche, di cui 172 in Sicilia, oltre 90 in Puglia, Basilicata e Calabria, 86 in Veneto, 55 in Toscana e 23 soltanto in Campania.

⁶⁰ Cfr. Laffont e Tirole (1991); Burguet e Che (2004). Studi che analizzino con microdati il problema della corruzione nelle procedure di aggiudicazione di appalti di lavori pubblici sono rari, ancor di più quelli che lo fanno confrontando formati di gara diversi. Tra i pochi esistenti è interessante segnalare Tran (2009), in cui trova supporto l'idea che le aste FP siano più impermeabili alla corruzione rispetto alle aste SR, e che queste ultime a loro volta siano preferibili alle procedure negoziate.

⁶¹ Cfr. Alto Commissario Anticorruzione (2006); CNEL (2008); Bentivogli e altri (2009); Banca d'Italia (2010). In generale, si consideri che il nostro Paese – secondo i principali indicatori disponibili sul piano internazionale relativamente all'incidenza della corruzione (*Corruption Perception Index* – CPI, elaborato da *Transparency International*; *Worldwide Governance & Anti-Corruption Indicators* – WGI, elaborato dalla *World Bank*) – ricopre una posizione particolarmente arretrata (tra i paesi OCSE solo la Grecia ha una posizione peggiore) e recentemente ha mostrato un deterioramento in entrambi i *ranking* internazionali (dal 39° e 32° posto del 2000 di CPI e WGI rispettivamente al 55° e 68° del 2008).

Figura 3: Differenze regionali nelle denunce di corruzione negli appalti



Anche se l'impatto economico dell'illegalità è difficile da valutare, tutti gli attori coinvolti sono ben consci della sua grande rilevanza. Ad esempio, un'indagine condotta nel 2005 dalle Delegazioni della Banca d'Italia di Parigi, Francoforte e Londra presso dei primari gruppi impegnati nella realizzazione di grandi opere infrastrutturali in tutta Europa⁶², ha rilevato come tali operatori ritengano particolarmente complessa e rischiosa "l'interazione con l'ambiente economico" del Mezzogiorno, valutando molto negativamente prassi diffuse, come la concessione di almeno un terzo dei lavori in subappalto a imprese locali. Più in generale, le stesse imprese di costruzioni italiane attribuiscono anche agli stretti legami con le amministrazioni locali e con la politica locale, la fortissima chiusura e segmentazione su base regionale e *sub-regionale* del mercato delle opere pubbliche⁶³.

Pertanto, appare chiaro come – pur in assenza di una specifica analisi empirica – la problematicità dei formati di gara più discrezionali (SR e N), a fronte del rischio corruzione, sarà più marcata in alcune aree del Paese. Inoltre, il processo di sostituzione dell'asta AB con la FP attualmente in atto potrebbe essere un ulteriore fattore di rischio in alcune aree.

4.4. La qualità della progettazione

Secondo la letteratura economica⁶⁴ per la PA è ottimale fornire al mercato progetti molto dettagliati per i lavori meno complessi, stipulando con l'impresa un contratto a corpo (c.d. *fixed price*)⁶⁵, aggiudicato attraverso un'asta FP. Per un lavoro semplice, infatti, è conveniente fornire al mercato un progetto completo, perchè realizzarlo ha un costo relativamente basso, anche grazie a possibili processi di accentramento dell'attività di progettazione e di standardizzazione progettuale, e i rischi che possa sorgere qualche imprevisto sono limitati.

Al contrario, per un contratto complesso, il costo di un progetto completo – per cercare di includere nel progetto tutte le possibili cause di future varianti – può essere proibitivo e vi è un'alta probabilità che si possa comunque incorrere in rinegoziazioni. Per tale tipologia di progetti la teoria suggerisce di introdurre maggiore flessibilità e sconsiglia l'impiego delle aste FP⁶⁶.

⁶² I cui risultati sono pubblicati in Bentivogli e altri (2009).

⁶³ In media, oltre l'85 per cento dei lavori viene affidato a imprese con sede nella regione che li appalta. Spesso si tratta di piccole stazioni appaltanti che affidano, in modo diretto e informale, i lavori a piccole imprese locali.

⁶⁴ Cfr. Bajari e Tadelis (2001), che analizzano il problema sotto l'ipotesi che il livello di completezza del progetto sia funzione di quanto la PA spende per renderlo il più completo possibile.

⁶⁵ Che non consente il rimborso delle spese ulteriori oltre quelle preventivate.

⁶⁶ Inoltre, il problema di "selezione avversa" presente nel caso del rischio di mancato completamento dell'opera si ripresenta in modo del tutto analogo nel caso di un rischio legato alla carente qualità della progettazione. In entrambi i casi è l'impresa peggiore (cioè, a seconda del caso, quella che ha più probabilità di

Tale flessibilità può essere conseguita con l'impiego di contratti a misura (che prevedono che l'impresa si vincoli a una serie di prezzi per i vari *input* e che tali prezzi siano poi applicati alle quantità finali utilizzate, che potrebbero almeno in parte differire da quelle stimate) e formati di gara più flessibili come SR e N. In particolare, fra i vantaggi di N c'è anche quello che la PA avrà modo di avvalersi del confronto diretto con imprese esperte e questo può essere utile per ridurre le incertezze sul progetto⁶⁷. Per quanto riguarda invece SR, la PA può inserire tra i criteri di valutazione delle offerte voci relative al miglioramento del progetto, inducendo in questo modo le stesse imprese a investire *ex ante* su una progettazione di miglior qualità.

Mancano dati precisi per quel che concerne la misurazione delle carenze nell'attività di progettazione in Italia. In particolare, non disponendo di una misura del grado di completezza della stessa, non si può testare né l'ipotesi che la PA differenzi il grado di completezza della progettazione a seconda della complessità dell'opera, né l'impatto che una diversa progettazione potrebbe avere sul rischio di mancato completamento o di cattiva qualità dell'opera.

Tuttavia studi recenti⁶⁸, volti ad analizzare le determinanti degli scostamenti di tempo e di costo nella realizzazione delle opere pubbliche, avvalorano l'importanza del ruolo giocato dalla progettazione. Più in dettaglio, il ricorso all'appalto integrato (nel quale all'esecutore del lavoro spetta anche la progettazione esecutiva) è associato a una significativa riduzione dei tempi di realizzazione, nell'ordine del 20 per cento rispetto al tempo contrattualmente previsto; al contrario, l'esternalizzazione della progettazione a un'impresa terza è associata al loro aumento del 15 per cento. Effetti di modesta entità si riscontrano, invece, sui costi. Inoltre, è interessante notare come sia gli scostamenti nei costi, sia la probabilità dell'insorgere di contenzioso siano negativamente associati all'impiego di N, in linea con quanto suggerito dai modelli teorici descritti in precedenza.

Si riportano, infine, i risultati di un'indagine della Banca d'Italia su un campione di imprese edili italiane con prevalente attività nel comparto delle opere pubbliche⁶⁹, secondo cui la cattiva progettazione sarebbe una delle cause principali dei ritardi e degli aggravii di costo nella realizzazione dei lavori: in particolare più del 43 per cento delle imprese intervistate suggerisce una migliore qualità dei progetti redatti dalle amministrazioni committenti come misura correttiva rispetto alle attuali disfunzioni.

4.5. Il perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA

Il perseguimento di obiettivi multipli da parte dell'amministrazione rappresenta una questione spesso sostanziale per gli appalti più complessi (si pensi, ad esempio, alla costruzione di un ospedale), laddove risulta più difficile assicurare un appropriato equilibrio tra il costo e gli altri elementi di interesse per la PA quali, ad esempio, il tempo di realizzazione e la qualità dell'opera. In tale caso, appare evidente il limite di una competizione basata solo sul prezzo, come avviene nell'asta FP.

La teoria economica si è interrogata su quale sia il meccanismo ottimale di selezione del contraente in tali casi e ha stabilito che, sotto alcune condizioni, l'asta SR è la migliore

fallire o di realizzare un'opera di carente livello qualitativo) a comportarsi in modo più aggressivo offrendo il prezzo più basso. Pertanto, anche se l'asta AB è anch'essa un formato rigido, tuttavia riduce questo problema sia perchè l'allocatione è casuale, sia perchè gli alti margini di profitto generalmente assicurati al vincitore fanno sì che sia meno probabile che avvengano rinegoziazioni e *default ex post* anche in presenza di *shock* negativi al valore del contratto.

⁶⁷ In tal senso, può essere raccomandabile il ricorso al dialogo competitivo, che permette – almeno in parte – di coniugare la flessibilità propria delle procedure negoziate con adeguati livelli di trasparenza nella conduzione della gara (cfr. par. 2), limitando i possibili rischi di corruzione. Tale strumento appare quindi molto utile per gli appalti più complessi, in linea con i suggerimenti della teoria economica. Cfr. par. 5.4.

⁶⁸ Cfr. Decarolis e Palumbo (2010) basato sui dati AVCP descritti in precedenza.

⁶⁹ Nel febbraio-marzo del 2008 sono state intervistate circa 360 imprese di costruzioni che realizzano opere pubbliche. I lavori per opere pubbliche rappresentano poco più del 40 per cento delle attività del comparto; poco meno del 60 per cento per le imprese del Sud e Isole. Per maggiori dettagli si veda Bentivogli e altri (2009).

approssimazione possibile al meccanismo ottimo⁷⁰. In particolare, la SR dovrebbe aggregare i punteggi ottenuti sui vari criteri impiegando una formula lineare nel prezzo, sia per la maggiore semplicità di utilizzo per la PA, sia per la sua dimostrata buona *performance* rispetto a diversi possibili ipotesi sui costi delle imprese⁷¹. È – invece – opportuno evitare formule troppo complesse, rispetto alle quali le imprese potrebbero non essere in grado di stabilire *a priori* quanti punti varrà la loro offerta economica. Regole che attribuiscono i punti sulla base di qualche funzione della media degli altri prezzi hanno effetti potenzialmente molto distorsivi, simili a quelli descritti precedentemente per le aste AB.

Nella letteratura economica, studi empirici sulle aste SR sono quasi inesistenti. Il più approfondito⁷² si basa su dati provenienti dal *Department of Transportation* (DoT) del Minnesota e analizza la *performance* di aste SR basate su due criteri: costo e tempo. Secondo tale analisi, il “benessere sociale”⁷³ aumenta del 20 per cento ricorrendo a un’asta SR ottimamente disegnata, rispetto a quanto non avverrebbe con una FP. Nel primo formato di gara, infatti, il peso attribuito al criterio del tempo è proporzionale al danno che i cittadini subirebbero a causa dei mancati guadagni associati alla non perfetta utilizzabilità dell’infrastruttura in costruzione.

Nonostante manchino analisi così approfondite in relazione al contesto italiano, l’accesso ai dati AVCP mostra che: *i*) l’utilizzo dell’asta SR in Italia tra il 2000 e il 2007 è stato associato ai contratti più complessi (appalti dal prezzo di riserva alto, con progettazione esterna e integrati); *ii*) che tale criterio è più spesso impiegato in alcune aree del Centro-Sud (Lazio e buona parte delle regioni del Sud)⁷⁴. Pertanto, mentre il primo aspetto appare in linea con un impiego virtuoso del formato SR, il secondo meriterebbe di essere analizzato più approfonditamente in quanto potrebbe destare il timore di possibili usi distorti della maggiore discrezionalità insita in tale formato.

Come già rilevato, è solo con l’adozione del nuovo Codice dei contratti pubblici nel luglio 2006 che vi è stata una piena equiparazione del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa con quello del prezzo più basso. Inoltre, è solo da questo momento che l’ordinamento italiano, allineandosi con i dettami europei, ha recepito il principio secondo cui la scelta del criterio deve essere associata all’oggetto dell’appalto e all’obiettivo perseguito⁷⁵.

I dati AVCP di cui si dispone, terminando a fine 2007, catturano solo in minima parte gli effetti di questa importante riforma. Inoltre, tale banca dati non contiene informazioni su: *i*) i criteri di valutazione delle offerte; *ii*) i pesi loro attribuiti; *iii*) il metodo utilizzato per aggregare i punteggi. Tuttavia, tali informazioni sono state appositamente raccolte per un campione di gare composto

⁷⁰ Cfr. Asker e Cantillon (2005). La SR ottimale ha una forma molto complicata e sarebbe difficile da usare per la PA, ma gli autori dimostrano come una semplice asta SR, in cui il prezzo entri linearmente nella formula del computo dei punti, approssimi la SR ottimale e sia superiore a una negoziazione.

⁷¹ Cfr. Dini e altri (2006). In particolare, gli autori suggeriscono di adottare la seguente formula lineare nel prezzo: (punteggio del prezzo offerto) = (massimo numero di punti)*[(base d’asta) – (prezzo offerto)]/[(base d’asta) – (prezzo soglia)]. Il prezzo soglia è un prezzo minimo, al di sotto del quale ulteriori riduzioni di prezzo non producono aumenti del punteggio. Incrementando il prezzo soglia la PA può rendere più forte la competizione sui prezzi (le imprese guadagnano più punti da una riduzione di prezzo nell’intervallo tra la base d’asta e il prezzo soglia), ma aumentarlo eccessivamente può avere effetti deleteri sulla competizione (i prezzi offerti si accumulano al valore soglia e anche chi potrebbe non offrire di meno). Pertanto si tratta di un parametro che la PA deve utilizzare in maniera attenta. In generale, la maggiore difficoltà insita nella gestione delle gare SR suggerisce che solo le centrali di committenza o le amministrazioni dotate di personale particolarmente qualificato le impieghino.

⁷² Cfr. Bajari e Lewis (2008), che si basano su un modello teorico per dimostrare la superiorità dell’asta SR rispetto ad altri formati di gara usati dal DoT, quali aste FP basate solo sul prezzo e con penali *standard* per i ritardi.

⁷³ Quindi l’attenzione non è solo ai costi della PA, ma anche ai costi della collettività dovuti ai ritardi nell’utilizzo delle infrastrutture in costruzione.

⁷⁴ Tali risultati sono ottenuti usando i dati AVCP per stimare un modello Probit in cui la variabile dipendente è uguale *i*) a uno quando il formato è SR; *ii*) a zero quando il formato è FP, AB o N.

⁷⁵ Cfr. AVCP, determinazione 20 maggio 2009, n. 4 recante le linee guida per l’utilizzo del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

dall'universo degli appalti OG3 (infrastrutture di trasporto) aggiudicati con aste SR dal luglio 2006 al dicembre 2009. La Tabella 6 riporta le statistiche descrittive di questo campione di 501 gare.

Tabella 6: Criteri di aggiudicazione e loro peso percentuale					
	Principali Criteri Quantitativi		Principali Criteri Qualitativi		
	Prezzo	Tempo	Soluzioni tecniche migliorative	Riduzione danno cittadini	Altri criteri qualitativi o quantitativi
media	37.1	7.8	12.9	1.5	40.9
SD	13.6	9.1	19.1	5.5	22.8
min	10	0	0	0	0
p25	30	0	0	0	25
p50	35	5	0	0	45
p75	40	10	28	0	60
max	90	60	80	40	90
N	501	501	501	501	501

La tabella riporta le distribuzioni dei pesi attribuiti ai criteri più spesso utilizzati: due quantitativi, prezzo e tempo, e due qualitativi, soluzioni tecniche migliorative e riduzione dei danni per i cittadini. Dalla tabella si evince che il peso attribuito al prezzo è abbastanza stabile e piuttosto basso, circa un terzo del punteggio complessivo. Per quanto riguarda gli altri tre criteri, invece, vi è più variabilità: spesso non sono utilizzati e, quando lo sono, il loro peso varia in maniera sostanziale da contratto a contratto. Relativamente agli “altri criteri” si tratta quasi sempre di criteri qualitativi e, pertanto, si rileva come siano questi a giocare un ruolo preponderante nelle aste SR.

Infine, si ritiene utile puntare l'attenzione su tre aspetti rilevanti e che, pur non apparendo problematici allo stato attuale, meritano di essere costantemente monitorati: *i)* il metodo di aggregazione dei punteggi; *ii)* il tipo di contratti aggiudicati attraverso aste SR; *iii)* il livello di concorrenza in queste aste. Relativamente al primo punto, è positivo che le PA impieghino il metodo più semplice, “aggregativo compensatore”⁷⁶, dato che questo aumenta la trasparenza, permette che il prezzo entri linearmente nella formula come suggerito dalla teoria economica, evita le distorsioni che sarebbero associate ai criteri “endogeni”, nei quali il punteggio di un'offerta è definito in funzione di una qualche statistica (spesso la media) di tutte le offerte, e permette di contenere il lavoro – e quindi il costo – e la discrezionalità della commissione aggiudicatrice⁷⁷. Per quanto riguarda il tipo di contratti, si tratta principalmente di contratti di elevato valore e di grande complessità, anche se vi sono alcune eccezioni di contratti all'apparenza semplici per i quali l'utilizzo dell'asta SR potrebbe segnalare un rischio corruzione o una patologica incapacità della PA di produrre un progetto completo. Infine, relativamente al livello della concorrenza, il numero dei partecipanti nelle aste SR è in media uguale a 8 con una *standard deviation* uguale a 6. I valori sono quasi identici a quelli delle aste FP e appaiono ragionevoli alla luce del tipo di lavori.

⁷⁶ I punti ottenuti per ogni criterio sono ponderati per il peso del criterio stesso e poi sommati.

⁷⁷ Anche in merito alla valutazione dei criteri qualitativi le PA sembrano generalmente attenersi al criterio più semplice, quello del confronto a coppie, con beneficio per la semplicità e la trasparenza.

Nella tabella che segue si riporta un'indicazione sintetica di quanto la teoria economica suggerisce riguardo alla *performance* dei quattro formati di gara italiani.

Tabella 7 – Caratteristiche teoriche dei quattro formati					
		FP	AB	SR	N
Caso base: esecuzione di lavori pubblici attraverso contraenti esterni, in assenza di vincoli e perseguendo solo la minimizzazione dei costi		+	-	-	-
Vincoli all'azione amministrativa	Rischio di mancato completamento dell'opera	-	+	+	+
	Rischio di collusione	+	-	+	+
	Rischio di corruzione	-	+	--	--
	Carenze nella qualità del progetto	-	.	+	+
Obiettivi perseguiti: multipli (es.: contenimento dei costi e dei tempi di realizzazione, elevata qualità dell'opera)		-	-	+	+

Il segno + indica che il formato di gara ha buone proprietà mentre il segno - indica l'opposto. Un segno . indica che non esistono risultati certi.

In sintesi: a) l'asta FP, ottimale quando la PA deve semplicemente minimizzare i costi, si dimostra problematica in presenza dei vari vincoli all'azione amministrativa e al perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA; b) non esiste un formato in grado di migliorare FP rispetto a tutti i rischi; b1) l'asta AB è efficace in relazione ai rischi di mancato completamento dell'opera e di corruzione, mentre non lo è in relazione a quello di collusione e al perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA (per quanto riguarda le carenze nella progettazione degli interventi non esistono solidi risultati in letteratura); b2) l'asta SR risulta efficace di fronte ai rischi di collusione e di mancato completamento dell'opera, alle carenze nella progettazione e al perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA, mentre presenta dei limiti in relazione al rischio di corruzione; b3) il formato di gara N si dimostra efficace nel contenere i rischi di collusione e di mancato completamento dell'opera e nell'ovviare alle carenze nella qualità della progettazione, mentre è insufficiente di fronte al rischio di corruzione ed è inferiore all'asta SR di fronte all'esigenza di perseguire obiettivi multipli da parte della PA.

Con specifico riferimento al contesto italiano, per alcuni di questi risultati teorici si è visto come non si tratti di meri rischi, ma di gravi problemi (ad esempio, riguardo alla collusione nelle aste AB); per altri, invece, l'assenza di dati non ha permesso altrettanto (ad esempio, riguardo agli effetti della diversa qualità della progettazione).

5. Le criticità presenti nella disciplina italiana: alcune indicazioni di *policy*

Le indicazioni provenienti dalla letteratura economica, nonché i riscontri forniti dall'analisi empirica, portano a concludere che – a dispetto delle numerose riforme che hanno interessato il settore – l'attuale disegno delle modalità di affidamento dei lavori pubblici in Italia presenta significativi aspetti di criticità, che ne pregiudicano il corretto funzionamento in relazione alle diverse variabili che sono state oggetto di analisi (rischio di mancato adempimento dell'aggiudicatario; rischio di collusione; rischio di corruzione; qualità della progettazione; perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA).

Nel prosieguo del paragrafo, seguendo questa ripartizione, ci si soffermerà, per ciascun aspetto, sui principali limiti della disciplina attuale, dando conto di possibili misure correttive.

5.1. Contenere il rischio di mancato completamento dell'opera

Il previsto ampio ricorso alle procedure aperte e ristrette con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso non è accompagnato da adeguate misure tese a contenere i possibili rischi di mancato completamento dell'opera. Gli attuali presidi (verifica di congruità nell'asta FP o esclusione automatica delle offerte anomale nell'asta AB) non solo non assicurano il pieno raggiungimento delle finalità a essi sottese, ma soprattutto risultano forieri di inefficienze sotto il profilo allocativo e di un innalzamento dei costi di aggiudicazione per la PA⁷⁸.

Miglioramenti sono, in particolare, possibili a livello di gestione della committenza, sul terreno delle garanzie prestate dal soggetto aggiudicatario e sulle modalità di selezione di quest'ultimo.

a) *Introduzione di forme di accentramento del processo di valutazione dell'anomalia.* In primo luogo, potrebbe essere auspicabile favorire un accentramento del processo di valutazione dell'anomalia in capo a organi tecnici specializzati⁷⁹ (sulla falsariga di quanto avvenuto con le centrali di committenza)⁸⁰. In tal modo, da un lato, potrebbero ridursi i rischi connessi all'aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso; dall'altro, sarebbe possibile contenere i costi sopportati dalle singole stazioni appaltanti, connessi in particolare al procedimento di verifica dell'anomalia in contraddittorio con gli interessati⁸¹.

Sotto questo profilo, risultano di particolare interesse le disposizioni recate dalla l. 13 agosto 2010, n. 136 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia), con le quali – in un'ottica di razionalizzazione e di migliore qualificazione delle strutture – si prevede 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, rimettendone le concrete modalità di attuazione a un successivo decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri⁸²: tali soggetti, infatti, potrebbero svolgere – tra l'altro – un ruolo significativo in relazione alla verifica dell'anomalia delle offerte.

b) *Rafforzamento delle garanzie attualmente prestate dai soggetti aggiudicatari.* L'attuale sistema prevede la costituzione di garanzie fideiussorie a favore della stazione appaltante sia in fase di presentazione delle offerte (pari al due per cento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito)⁸³, sia in caso di aggiudicazione del contratto (pari almeno al 10 per cento dell'importo contrattuale)⁸⁴.

⁷⁸ Cfr. *retro*, par. 4.1 e 4.2.

⁷⁹ Come già accennato, secondo quanto previsto dal Regolamento, la valutazione di anomalia può essere affidata alla stessa commissione di gara, se costituita, a organismi tecnici della stessa stazione appaltante, ovvero all'apposita commissione nominata ai sensi dell'art. 88, comma 1-*bis*, del Codice dei contratti pubblici, preferibilmente composta con personale dell'amministrazione, potendosi tuttavia ricorrere a soggetti esterni in caso di motivate carenze tecniche e/o di risorse: tali soluzioni risultano tuttavia inadeguate alla realtà delle piccole amministrazioni, che difficilmente risulterebbero in grado di garantire una buona valutazione di congruità delle offerte a costi accettabili.

⁸⁰ La centrale di committenza è un'amministrazione aggiudicatrice che può acquistare direttamente forniture e servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici o procedere all'aggiudicazione di appalti o concludere accordi quadro di lavori, forniture o servizi in favore delle predette amministrazioni (artt. 3, comma 34, e 33 del Codice dei contratti pubblici). Cfr. Sanino (2006).

⁸¹ Cfr. Decarolis (2009).

⁸² Cfr. art. 13 della l. 13 agosto 2010, n. 136, entrata in vigore il 7 settembre 2010, che rimanda le modalità per promuovere l'istituzione delle SUA a un 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 del Piano straordinario, previa intesa in sede di Conferenza Unificata Stato-Regioni (ex d.lgs. 28 agosto 1997, n. 281 e successive modificazioni). Sul punto, v. anche AVCP (2010), che precisa come – laddove la stazione appaltante unica non coincida con il soggetto istituzionale che ha concepito, finanziato e progettato l'opera – andrebbe correttamente disciplinata tutta la procedura amministrativa per assicurare la piena responsabilità nell'esecuzione del lavoro.

⁸³ Cfr. art. 75 del Codice dei contratti pubblici.

⁸⁴ Cfr. art. 113 del Codice dei contratti pubblici. In ogni caso, l'ammontare della fideiussione varia al crescere del ribasso offerto in sede di gara: partendo da un minimo del 10 per cento dell'importo contrattuale,

Tuttavia, gli importi di tali garanzie non sembrano sufficienti a coprire i rischi dell'eventuale mancato completamento dell'opera, che gravano sulla PA⁸⁵. Sarebbe quindi opportuno innalzare l'importo delle polizze fideiussorie e prevedere in maniera più esplicita, a favore della PA, la possibilità di escutere la garanzia senza possibilità di sollevare eccezioni da parte dei contraenti inadempienti⁸⁶.

c) *Operatività di garanzie assicurative sul modello del performance bond*. L'operatività della garanzia globale di esecuzione (c.d. *performance bond*), disciplinata nel Codice dei contratti pubblici all'art. 129, comma 3⁸⁷, è a tutt'oggi sospesa, essendo l'entrata in vigore del nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici recato dal d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207 prevista solo per giugno 2011.

Tale Regolamento (artt. 129-136) stabilisce che la garanzia si componga di due parti: *i*) la classica garanzia fideiussoria di buon adempimento, già prevista dall'art. 113 del Codice; e *ii*) la garanzia di subentro⁸⁸. Con il *performance bond* il garante dovrà, pertanto, pagare alla stazione appaltante o al soggetto aggiudicatore quanto a esso dovuto a titolo di cauzione definitiva; inoltre, su richiesta della stazione appaltante o del soggetto aggiudicatore, far subentrare il sostituto designato al posto dell'appaltatore per il completamento – o l'esecuzione integrale – del lavoro. Il subentro scatta qualora si verifichi la risoluzione del contratto, nonché nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo, che impediscano la corretta prosecuzione dell'esecuzione⁸⁹.

L'art. 129 del Codice prevede l'applicazione della garanzia globale da parte delle stazioni appaltanti nei settori ordinari: *i*) in via facoltativa, per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore ai 100 milioni di euro; *ii*) in via obbligatoria, per i contratti di appalto aventi a oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore ai 75 milioni di euro⁹⁰. La garanzia globale di esecuzione sarà, dunque, limitata alle grandi opere, che rappresentano – da un lato – una quota poco significativa degli appalti di lavori pubblici; dall'altro, casi nei quali i rischi di grave inadempimento o di fallimento dell'impresa appaltatrice sono più bassi. La ritrosia del legislatore può essere – almeno in parte – spiegata dal fatto che l'introduzione del *performance bond* per gli appalti medi e piccoli, dove potrebbe essere molto più frequente il caso di blocco del cantiere dovuto a responsabilità dell'impresa, avrebbe comportato rischi ben più elevati da coprire per le compagnie assicurative⁹¹, e – di conseguenza – costi ben più elevati per le imprese per il pagamento

crece in proporzione ai ribassi presentati, fino a diventare del 100 per cento per ribassi maggiori o uguali al 60 per cento.

⁸⁵ Senza contare che la prassi segnala come il conseguimento di tali importi sia spesso non immediato a seguito del verificarsi dell'inadempimento del contraente, ma postergato nel tempo a causa delle numerose eccezioni sollevate dai soggetti garantiti, con conseguente dilazione del momento dell'effettivo pagamento da parte dell'impresa di assicurazioni o dell'ente creditizio.

⁸⁶ Salvo il caso di richieste manifestamente fraudolente. Sul punto si segnala il recente orientamento espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Cass., SS. UU., 18 febbraio 2010, n. 3947), volto a ricondurre – in via interpretativa – le polizze fideiussorie prestate dal soggetto aggiudicatario a favore della stazione appaltante nel novero dei contratti autonomi di garanzia, la cui caratteristica precipua è proprio l'impegno del garante di pagare il beneficiario, senza opporre eccezioni in ordine alla validità e/o all'efficacia del rapporto di base.

⁸⁷ Che riproduce nella sostanza l'abrogato art. 30, comma 7-bis, della legge Merloni, introdotto dalla l. 18 novembre 1998, n. 415: cfr. Rossetti (2007). Sulla natura e sulle funzioni del *performance bond* v. *retro*, par. 4.1.

⁸⁸ Tale garanzia dovrà essere predisposta secondo un allegato al Regolamento e dovranno essere indicati almeno due soggetti che opereranno – se del caso – come sostituti dell'impresa inadempiente e che dovranno essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara.

⁸⁹ La garanzia dovrà avere efficacia sino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o comunque sino alla scadenza di 12 mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato. La garanzia di subentro rimane efficace sino all'emissione del certificato di ultimazione dei lavori. Il Regolamento precisa anche che, se viene attivata la garanzia di subentro, la garanzia fideiussoria dovrà intendersi prestata per un ammontare pari al 10 per cento dell'importo contrattuale, non ulteriormente riducibile fino al collaudo.

⁹⁰ Tale garanzia è, inoltre, prevista – in materia di infrastrutture strategiche – per gli affidamenti a contraente generale (che, in ogni caso, devono essere superiori – per legge – a 250 milioni di euro): cfr. art. 176, comma 18, del Codice dei contratti pubblici. La garanzia globale non è, invece, richiesta per le concessioni.

⁹¹ Che già avevano manifestato “resistenze” a recepire le innovazioni volute dal legislatore, criticando – in

delle polizze: costi che probabilmente si sarebbero in parte scaricati sugli stessi valori dei contratti per l'ente appaltante. Tuttavia, in prospettiva e dopo un'adeguata fase di sperimentazione, potrebbe essere opportuna un'estensione – almeno parziale – della garanzia globale di esecuzione, che vada però di pari passo con la creazione di un mercato per le garanzie assicurative sul modello dei *performance bond* impiegati negli Stati Uniti.

d) *Differenziazione effettiva tra procedure aperte e ristrette.* Con riferimento alle procedure ristrette⁹², come già segnalato (cfr. paragrafo 2) il legislatore italiano limita notevolmente, rispetto alle previsioni della direttiva comunitaria 2004/18⁹³, la possibilità di ridurre il numero dei concorrenti da invitare (c.d. “forcella”), facoltà esercitabile in misura non inferiore a 20 concorrenti, solo per appalti di importo superiore a 40 milioni di euro “quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell’opera” e sul presupposto di una valutazione di opportunità connessa a “motivate esigenze di buon andamento”. Anche nella ristretta semplificata la scelta dei concorrenti da invitare, almeno 20, è del tutto vincolata (cfr. Tavole 2 e 3, in Appendice), pur trattandosi di procedure che, in quanto relative a importi inferiori alla soglia di rilevanza comunitaria, sarebbero assoggettabili ai soli principi del Trattato⁹⁴. La disciplina⁹⁵ di fatto azzerava la differenza, per quel che concerne il numero dei possibili concorrenti, tra procedura aperta e ristretta, senza tenere conto dei potenziali vantaggi connessi con un numero più contenuto degli stessi, che – ove opportunamente selezionati – potrebbero fornire maggiori garanzie in termini di affidabilità delle offerte e governabilità della procedura, senza contare la riduzione dei costi “variabili” in ragione del numero di offerte da valutare e il possibile accrescimento della propensione delle imprese a partecipare, in ragione dell’aumento delle probabilità di aggiudicazione.

In proposito, si segnala come la limitazione numerica delle richieste di iscrizione agli elenchi, sostanzialmente “casuale” e sganciata da parametri oggettivi e meritocratici, oltre a essere discutibile sotto il profilo dell’effettività della concorrenza, potrebbe rivelarsi inefficiente⁹⁶ in una realtà, quale quella italiana, in cui le gare potenzialmente riconducibili alla procedura ristretta semplificata potrebbero rappresentare una fetta consistente del mercato. Sotto tale profilo potrebbe, invece, essere auspicabile una selezione delle imprese da invitare sulla base anche di criteri reputazionali, stabiliti in maniera trasparente, che – pur nel rispetto dei principi comunitari di non discriminazione e parità di trattamento – consentano di valorizzare e premiare l’operato pregresso delle imprese, ai fini della migliore esecuzione possibile dell’opera⁹⁷. Depone in tal senso l’esperienza positiva di altri paesi

particolare – il riversamento sul settore assicurativo di un compito connesso non solo alla prestazione di garanzia in senso proprio, ma anche alla copertura dei rischi connessi all’esecuzione degli appalti pubblici di lavori: in tal senso, distante dalla logica sottesa all’attività assicurativa tradizionale, basata sulla massima raccolta di rischi omogenei, in applicazione di indici probabilistici ai fini dell’individuazione del rischio cosiddetto medio. Cfr. AVCP, atto di segnalazione al Parlamento e al Governo del 28 febbraio 2002, e bollettino n. 4/2003.

⁹² Relativamente alle procedure aperte non si riscontrano particolari differenze rispetto alla disciplina comunitaria.

⁹³ L’art. 44 della direttiva 2004/18 prevede, per tutte le procedure ristrette (soprasoglia), senza particolari limiti di importo, la possibilità di limitare il numero dei candidati da invitare fino a un minimo di 5, indicando nel bando “i criteri e le norme obiettivi e non discriminatori che intendono applicare, il numero minimo di candidati che intendono invitare e, all’occorrenza, il numero massimo”.

⁹⁴ In generale, la scelta del legislatore italiano di disciplinare puntualmente anche le procedure sottosoglia non trova riscontro in altri paesi europei, dove la libertà lasciata alle PA in alcuni casi è notevolmente più ampia, pur nel rispetto dei principi del Trattato: in Francia, ad esempio, al di sotto della soglia comunitaria è possibile il ricorso a una procedura *adaptée*, modellata dall’amministrazione nel rispetto dei principi di trasparenza, oggettività e non discriminazione, senza ulteriori vincoli, pur restando comunque nella facoltà della stazione appaltante anche il ricorso a una qualsiasi delle procedure c.d. *formalisées*; in Germania, invece, alcune regole per i sottosoglia sono contenute nel regolamento sull’aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – VOB*), codici di autodisciplina adottati tra amministrazioni e associazioni di imprenditori, con efficacia vincolante *erga omnes*, in virtù del rinvio contenuto nell’ordinanza sull’aggiudicazione dei contratti pubblici (*Vergabeverordnung – VgV*). Cfr. AVCP (2008a); OICE (2007).

⁹⁵ Che resta singolare anche con riferimento a paesi europei con un sistema simile al nostro (Spagna, Francia e Germania). Cfr. AVCP (2008a).

⁹⁶ Sotto il profilo della scelta della migliore soluzione possibile e dell’ottimale impiego delle risorse.

⁹⁷ Auspicio, peraltro, già fatto proprio in numerose occasioni dalla stessa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (cfr., ad esempio, AVCP (2010)), che ha istituito un tavolo di lavoro con imprese e

europei (quali Regno Unito e Francia), nei quali il tema della scelta delle imprese da invitare nelle gare tende a essere correlato ad aspetti anche qualitativi a carattere dinamico, in grado di cogliere meglio le potenzialità di innovazione e corretta collaborazione nel tempo di un'impresa⁹⁸.

5.2. Contenere il rischio di collusione

Il rischio di collusione potrebbe essere “governato” in maniera più efficace attraverso:

a) *la limitazione del ricorso a meccanismi di esclusione automatica delle offerte anomale (aste AB)*. La disciplina italiana delle offerte anomale si caratterizza, rispetto a quella comunitaria e di altri paesi, per i maggiori vincoli posti alla discrezionalità amministrativa, già in fase di individuazione delle offerte da sottoporre a verifica: la fissazione di una soglia al di sotto della quale è normativamente imposta la verifica di congruità dell'offerta, se – da un lato – rende più oggettivi i criteri sui quali fondare l'analisi approfondita delle componenti di costo, dall'altro può determinare un significativo allungamento dei tempi procedurali, specie laddove le amministrazioni interessate non abbiano competenze tecniche adeguate⁹⁹.

Tuttavia, le maggiori criticità sono connesse con la residua possibilità di esclusione automatica delle offerte anomale. Infatti, le recenti modifiche volte a limitare l'impiego di tale formato¹⁰⁰ hanno avuto un impatto limitato, dato che circa il 95 per cento delle stazioni appaltanti sceglie – ove consentito – il ricorso all'esclusione automatica e che, data l'elevata frammentazione degli appalti di lavori, la vasta maggioranza degli appalti è ancora aggiudicata con aste AB per un valore complessivo di circa 6 miliardi di euro annui¹⁰¹. Come già osservato (cfr. par. 4.2), il ricorso a tale formato di gara determina gravi inefficienze allocative, rendendo le offerte del tutto scollegate rispetto ai costi delle imprese.

D'altro canto, pur essendo l'esclusione automatica applicabile solo a una parte degli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, residuano ulteriori profili di attrito con i principi del Trattato, in particolare con quelli di concorrenza e non discriminazione¹⁰². Infatti l'esclusione automatica, inibendo la possibilità di ulteriori valutazioni di merito che consentano di tener conto delle circostanze del caso specifico, quali condizioni di mercato particolarmente favorevoli ovvero particolari vantaggi competitivi dell'impresa, potrebbe portare all'eliminazione dell'offerta economicamente più concorrenziale. Sarebbe, pertanto, auspicabile l'eliminazione o – almeno – la drastica limitazione del ricorso a tale meccanismo.

b) *l'introduzione di misure anticollusive nella disciplina dei raggruppamenti temporanei di impresa (RTI)*. L'eliminazione del ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale (aste AB) e il conseguente maggiore spazio accordato al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, previa verifica di congruità delle offerte (aste FP), e a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (aste SR), potrebbe incentivare un uso strumentale dei RTI. Essi, infatti, se in un mercato caratterizzato da un numero consistente di piccole e medie imprese, possono consentire il conseguimento di economie di scala anche alle imprese più piccole, tuttavia – in un mercato oligopolistico e poco competitivo – possono rappresentare un meccanismo “legittimato” di collusione tra le imprese partecipanti.

professionisti del settore, teso – tra l'altro – a identificare in maniera concreta tali criteri reputazionali.

⁹⁸ Cfr. Rangone (2010), che rileva come – negli ordinamenti citati – la selezione delle imprese da invitare venga effettuata anche sulla base di diversi criteri reputazionali, attinenti – ad esempio – alla capacità innovativa e alla competenza esecutiva, all'usuale percentuale di subappalto e alla qualità dei subappaltatori, alla scarsa esposizione al contenzioso.

⁹⁹ Va rilevato, in particolare, che laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, la formula matematica per individuare la soglia di anomalia (media mediata dei ribassi con “taglio delle ali”), determina l'automatica presunzione di anomalia – almeno – per l'offerta più bassa, rendendo fisiologica l'attivazione del procedimento in contraddittorio per la verifica. Sul punto, v. anche *retro*, par. 5.1.

¹⁰⁰ Su base volontaria nel testo originale del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e su base obbligatoria per gli appalti di importo pari o superiore al milione di euro a partire dal correttivo del 2008. Cfr. par. 2 e 3.

¹⁰¹ Cfr. Decarolis, 2009.

¹⁰² Cfr., già, AGCM (1992).

Al fine di ridurre tale rischio, l'attuale disciplina dei RTI andrebbe integrata con misure adeguate per ridurre il rischio di collusione: in particolare, andrebbe esclusa la possibilità di partecipare in RTI per quelle imprese già dotate singolarmente dei requisiti di partecipazione¹⁰³. Al contrario, interventi quali quelli recati dal d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito nella l. 20 novembre 2009, n. 166, agevolando la partecipazione di imprese collegate e affidando la valutazione sulla tutela della segretezza delle offerte alla discrezionalità dell'amministrazione, rischiano di favorire i comportamenti collusivi¹⁰⁴.

5.3. Contrastare i fenomeni di corruzione

La limitazione del ricorso a meccanismi di esclusione automatica delle offerte anomale e, più in generale, l'attribuzione di un maggior grado di discrezionalità alle scelte della PA, dovrebbe essere controbilanciata dal rafforzamento delle misure di contrasto ai fenomeni di corruzione, anche in considerazione dell'elevato rischio di infiltrazioni criminali che – come si è già rilevato (cfr. par. 4.3) – è presente nel settore degli appalti pubblici in Italia¹⁰⁵. A tal fine si potrebbero considerare:

a) *la riorganizzazione degli organismi di attestazione e il rafforzamento del sistema di monitoraggio e dei controlli*. Il sistema di qualificazione delle imprese¹⁰⁶, che dovrebbe rappresentare, nell'idea del legislatore, il primo presidio a tutela della legalità negli appalti, impedendo “a monte” la

¹⁰³ In tal senso, cfr. il parere dell'AGCM n. AS251 del 30 gennaio 2003, su bandi Consip, dove l'Autorità afferma l'opportunità di limitare il ricorso ai RTI qualora abbiano l'effetto di ridurre – piuttosto che aumentare – il numero effettivo di concorrenti.

¹⁰⁴ Più in dettaglio, si interviene sugli artt. 34 e 38 del Codice dei contratti pubblici, modificando il criterio di esclusione dalle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi degli operatori che si trovino – rispetto a un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento – nelle situazioni di controllo o collegamento di cui all'art. 2359 c.c. La modifica, che nasce da una sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea (sentenza C-538/07 del 19 maggio 2009), stabilisce che la situazione di controllo/collegamento *ex art. 2359 c.c.* (che prima determinava automaticamente l'esclusione), debba essere valutata in termini di effettiva influenza sulle offerte; i concorrenti in tale situazione devono allegare all'offerta una dichiarazione (sulla situazione di controllo e sui soggetti interessati), “corredata dai documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non abbia influito sulla formulazione dell'offerta, inseriti in separata busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte siano imputabili a un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. La verifica e l'eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica”. Nonostante si tratti di una modifica ispirata – sulla carta – a obiettivi di tutela della concorrenza, potrebbe – in realtà – favorire la collusione tra imprese. Infatti, attribuisce un non trascurabile grado di discrezionalità alla PA nell'effettuare la valutazione relativa all'esclusione o meno di un concorrente dalla procedura di aggiudicazione: anche perché non è specificato che tipo di documento possa essere utile a escludere l'influenza reciproca tra le offerte. Inoltre, potendo costituire l'esclusione dalla procedura causa di impugnazione degli atti di gara di fronte al giudice amministrativo, la stazione appaltante potrebbe avere cospicui incentivi ad ammettere in ogni caso il concorrente. Infine, la stessa pronuncia della Corte di Giustizia – che ha dato origine alla modifica – sembra discostarsi dal *trend* più marcatamente *pro-concorrenziale* che aveva caratterizzato precedenti decisioni (cfr., ad esempio, la sentenza 15 maggio 2008, causa C-147/06 e C-148/06, che ha determinato le modifiche (recate dal d.lgs. 11 settembre 2009, n. 152 – c.d. Terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici) alla disciplina italiana dell'esclusione automatica delle offerte anomale: in particolare, nuovo comma 9 dell'art. 122 del Codice dei contratti pubblici), nelle quali le statuizioni di compatibilità con il diritto comunitario e – in particolare – con il principio di tutela della concorrenza di disposizioni nazionali erano state effettuate sulla scorta di valutazioni basate anche sulla prassi applicativa.

¹⁰⁵ Cfr. CNEL (2008).

¹⁰⁶ Tale sistema, introdotto con la legge Merloni e con il d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, che hanno abolito l'Albo Nazionale dei Costruttori, affida alle Società Organismi di Attestazione (SOA) il compito di verificare il possesso da parte delle imprese dei requisiti tecnici, finanziari e gestionali necessari ai fini dell'affidamento dei lavori pubblici. Le SOA sono soggetti privati costituiti nella forma di società per azioni che, dimostrando specifici requisiti, hanno ottenuto, da parte dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, l'autorizzazione a poter svolgere attività di attestazione ai sensi del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (le cui disposizioni sono confluite negli artt. 64 e ss. del nuovo Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, non ancora entrato in vigore).

partecipazione di imprese legate alla criminalità organizzata o comunque prive dei requisiti tecnici e finanziari necessari ad assicurarne l'affidabilità¹⁰⁷, quindi con riflessi positivi anche sul rischio di mancato completamento dell'opera, è invece percepito dagli addetti ai lavori come farraginoso e non realmente selettivo.

Sotto questo profilo, alcuni miglioramenti – nel senso di una maggiore *accountability* del sistema nel suo complesso e dei singoli operatori – dovrebbero essere recati dall'entrata in vigore del nuovo Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici, che disciplina¹⁰⁸ le modalità per l'esercizio della vigilanza da parte dell'AVCP sulle Società Organismi di Attestazione (SOA)¹⁰⁹, rafforzandone il controllo e prevedendo – tra l'altro – anche nei loro confronti l'esercizio dei poteri sanzionatori di cui all'art. 6, comma 11, del Codice¹¹⁰.

Sotto il profilo strutturale, inoltre, sarebbe auspicabile una revisione della disciplina in materia di composizione azionaria delle SOA, con l'introduzione di vincoli più stringenti atti ad assicurarne sia la capacità tecnico-finanziaria, sia l'imparzialità nello svolgimento dell'attività di attestazione¹¹¹. Sarebbe, infine, opportuno un rafforzamento dei controlli sulla documentazione presentata dalle imprese per ottenere la certificazione¹¹² e un potenziamento delle strutture preposte al controllo sul territorio del rispetto della normativa in materia di tutela dei lavoratori, sub-contrattazione e permanenza dei requisiti¹¹³.

¹⁰⁷ Il rilascio dell'attestazione SOA è subordinato all'assenza di procedimenti in corso per l'applicazione di misure di prevenzione di cui all'art. 3 della l. 27 dicembre 1956, n. 1423 o di una causa ostativa di cui all'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575; tali circostanze sono oggetto delle "comunicazioni prefettizie" ovvero di attestazione mediante certificato della Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, con in calce la dicitura antimafia (art. 9 del d.P.R. 3 giugno 1998, n. 258, Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni antimafia). Si segnala, in materia di contrasto all'illegalità nel settore degli appalti pubblici, che con l'approvazione della l. 13 agosto 2010, n. 136, sono state inasprite le pene previste per il reato di turbata libertà degli incanti (la cui pena massima è elevata da 2 a 5 anni di reclusione) ed è stata introdotta una nuova fattispecie delittuosa denominata "turbata libertà del procedimento di scelta del contraente", che punisce tutti i comportamenti – fraudolenti, minacciosi o corruttivi – volti a influire sul contenuto del bando o sulle modalità di scelta del contraente.

¹⁰⁸ In attuazione dell'art. 6, comma 7, lett. m), del Codice dei contratti pubblici.

¹⁰⁹ Si consideri che già il legislatore del 2007 (cfr. il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, c.d. Secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici) ha scelto di passare a un sistema pubblicistico, in cui le SOA diventano soggetti – sia pure privati ma – "che svolgono funzioni di natura pubblicistica", rafforzandone quindi il ruolo e, al tempo stesso, responsabilizzandoli in misura maggiore. Diventano, così, a essi applicabili – oltre alla l. 14 gennaio 1994, n. 20 (in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei Conti) – anche le norme penali in materia di falsità di atti. Cfr. CNEL (2008).

¹¹⁰ In particolare, applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822, se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti richiesti dall'AVCP; ovvero di una sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545, se forniscono informazioni o esibiscono documenti non veritieri (cfr. art. 73 del nuovo Regolamento). Tali disposizioni e quelle recate dall'art. 74 (in materia di sanzioni nei confronti delle imprese), a differenza di tutte le altre per quali – come si è già rilevato (cfr. par. 2, nota n. 25) – è prevista una *vacatio legis* di 180 giorni, entreranno in vigore decorsi 15 giorni dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, avvenuta il 10 dicembre 2010.

¹¹¹ Cfr. AVCP (2008b), che esprime – ad esempio – perplessità verso talune aperture della giurisprudenza amministrativa che ammette la possibilità, per i soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici, di essere soci anche di una SOA, in assenza di concreti elementi in grado di dimostrare un intreccio sostanziale di interessi tali da condizionare l'indipendenza e autonomia operativa della SOA. È stato, infatti, osservato che la struttura societaria di molti organismi di attestazione si caratterizza per una notevole polverizzazione dell'azionariato (in alcune SOA vi sono più di venti soci, di cui la maggior parte con quote azionarie inferiori al 5 per cento; i rimanenti soci comunque non superano la quota azionaria del 11 per cento) e che comunque, in molti casi, la cultura gestionale, nonostante la forma di società per azioni, continua a corrispondere a quella delle società di persone.

¹¹² Anche, ad esempio, prevedendo la possibilità di verifiche ispettive da parte di un organo a ciò preposto.

¹¹³ Tale ultimo aspetto appare particolarmente delicato in presenza di vicende societarie, quali le cessioni di rami di azienda, che possono portare alla creazione di "scatole vuote" aventi il diritto di utilizzare i certificati di esecuzione lavori: nell'ambito delle verifiche condotte sulle attestazioni caratterizzate da cessioni di ramo, conferimenti o affitti d'azienda, si è rilevato il fenomeno di fittizie, molteplici compravendite di uno stesso ramo

b) *la limitazione del ricorso alle procedure negoziate*. L'estensione del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando per tutti i lavori inferiori a 500.000 euro¹¹⁴, senza ulteriori vincoli connessi con le caratteristiche dell'oggetto dell'appalto, può risultare inopportuna sotto il profilo del rischio di corruzione e di infiltrazioni criminali, in quanto amplia indiscriminatamente la discrezionalità amministrativa nella scelta del contraente, in una fascia di appalti che, pur se di valore inferiore alla soglia comunitaria, come si è visto, rappresentano nel mercato italiano oltre il 60 per cento dei lavori aggiudicati.

c) *il rafforzamento dei controlli relativi alla sub-contrattazione*. Mentre il Codice dei contratti pubblici detta una disciplina piuttosto puntuale in materia di subappalto¹¹⁵, disponendo – tra l'altro – che esso possa essere stabilito nel limite del 30 per cento del valore complessivo del contratto, risulta ancora piuttosto deficitaria quella relativa agli altri *sub-contratti* che, seppur non qualificati formalmente come subappalto, pongono analoghe problematiche sotto il profilo del rischio di elusione dell'apparato normativo vigente¹¹⁶. Se, infatti, è vero che la disciplina del subappalto, entro i limiti di cui all'art.

aziendale in capo ad altre ditte con l'intento di far fruttare al meglio la struttura dell'azienda. L'Autorità rileva, in particolare, che mediamente ogni 10 imprese ce ne è una che cede l'azienda nell'arco di validità dell'attestato di qualificazione. Cfr. AVCP (2008b).

¹¹⁴ Cfr. il comma 7-*bis* dell'art. 122 del Codice dei contratti pubblici, introdotto dall'art. 1, comma 10-*quinqüies*, del d.l. 23 ottobre 2008, n. 162, convertito nella l. 22 dicembre 2008, n. 201, entrato in vigore il 23 dicembre 2008. Il limite in precedenza previsto era pari a 100.000 euro. Cfr. Giovannelli e Bevilacqua (2009).

¹¹⁵ Secondo la nozione ricavabile dal codice civile (art. 1656), il subappalto è quel contratto con cui l'appaltatore affida a un terzo l'esecuzione – parziale o totale – dell'opera o del servizio che egli si è impegnato a compiere in forza di un precedente contratto di appalto, ferma restando la responsabilità dell'originario appaltatore nei confronti del committente per l'esecuzione dell'opera o del servizio. A mente dell'art. 118 del Codice dei contratti pubblici, tutte le prestazioni nonché lavorazioni, a qualsiasi categoria appartengano, sono subappaltabili. Tuttavia, l'affidamento in subappalto è sottoposto alle seguenti condizioni: *i*) che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare; *ii*) che l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni; *iii*) che al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta, altresì, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal Codice in relazione alla prestazione subappaltata e la dichiarazione del subappaltatore attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38; *iv*) che non sussista, nei confronti dell'affidatario del subappalto, alcuno dei divieti previsti dall'art. 10 della l. 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni. Il subappaltatore non può subappaltare a sua volta le prestazioni. Il subappalto deve essere espressamente autorizzato dalla stazione appaltante: per avvalersi del subappalto, l'appaltatore – che abbia dichiarato tale intenzione nell'offerta – deve presentare alla stazione appaltante apposita istanza, allegando copia autentica del contratto di subappalto e la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'art. 2359 del codice civile con l'impresa affidataria del subappalto. Deve essere, altresì, prodotta la documentazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione richiesti, nonché la documentazione antimafia.

¹¹⁶ Si consideri che – pur non essendo trascurabili i fenomeni di infiltrazione mafiosa in fase di gara – è soprattutto in fase esecutiva, quando cioè l'aggiudicatario deve rivolgersi ad altre imprese (fornitori di materiali, prestatori di servizi, ecc.) per l'adempimento del contratto, che il rischio di infiltrazione diventa più concreto: cfr. CNEL (2008). Al fine di contrastare le infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici, la l. 13 agosto 2010, n. 136 ha introdotto (art. 3) il principio di tracciabilità dei flussi finanziari connessi agli appalti pubblici, imponendo ai soggetti interessati l'obbligo di tenere conti bancari o postali sui quali devono transitare tutti i flussi finanziari collegati alle commesse pubbliche. Le stazioni appaltanti dovranno, quindi, inserire nel contratto, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale la controparte assuma gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari; il contratto dovrà altresì contenere una clausola risolutiva espressa da attivarsi in tutti i casi in cui le transazioni siano state eseguite senza avvalersi di banche o della società Poste italiane Spa. Si segnala, altresì, come tale legge deleghi il Governo – entro un anno dall'entrata in vigore della stessa – ad adottare: *i*) un decreto legislativo recante il codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (art. 1), disposizioni attualmente variamente recate dal codice penale, dal codice di procedura penale e da numerose leggi speciali; *ii*) un decreto legislativo per la modifica e l'integrazione della disciplina in materia di documentazione antimafia, di cui alla l. 31 maggio 1965, n. 575, e di cui all'art. 4 del d.lgs. 8 agosto 1994, n. 490, e successive modificazioni (art. 2). Alla base di entrambe le deleghe vi sono obiettivi di riordino e semplificazione della materia, con la finalità di rafforzare – nel contempo – i poteri di magistrati e forze dell'ordine.

118, comma 11, del Codice, si estende a “qualsiasi contratto avente a oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera” (ad esempio, noli a caldo o fornitura con posa in opera)¹¹⁷, tuttavia ne restano esclusi i contratti non riconducibili a tali tipologie o che non rientrino in tali limiti quantitativi, consentendo possibili aggiramenti della disciplina vigente¹¹⁸. Senza contare una certa difficoltà nel distinguere, nella pratica, ciò che rientra nella nozione di subappalto da ciò che ne esula.

Si consideri, inoltre, che l’istituto dell’avvalimento, che consente la partecipazione alle procedure di aggiudicazione anche a imprese non direttamente in possesso di tutti i requisiti richiesti, purché aventi l’effettiva disponibilità di tali requisiti, messi a disposizione dall’impresa ausiliaria, oltre a presentare profili di rischio per la corretta esecuzione dell’appalto, in mancanza di una disciplina più specifica che ne dia una definizione chiara¹¹⁹, ne identifichi i limiti e lo coordini adeguatamente con le disposizioni antimafia, potrebbe facilitare l’aggiramento di tale normativa, impostata sulle tradizionali forme del subappalto e dei RTI¹²⁰.

d) una maggiore trasparenza delle informazioni. È, inoltre, assolutamente indispensabile – ai fini di un efficace contrasto dei fenomeni di corruzione – assicurare la piena accessibilità ai dati relativi agli appalti pubblici: in questo modo, infatti, ogni cittadino potrebbe – almeno potenzialmente – monitorare l’operato della PA. A questo riguardo, tuttavia, si suggeriscono due cautele: *i)* i dati dovrebbero essere divulgati con un certo ritardo temporale (ad esempio, dopo cinque anni), per evitare che la loro disponibilità faciliti il mantenimento di accordi collusivi che, come noto, necessitano di un buon livello trasparenza, così da permettere di individuare e punire le imprese che si discostano dall’accordo di cartello; *ii)* sarebbe necessaria la contemporanea implementazione di misure relative ai costi *standard* (intesi come *benchmark* cui rapportare i costi sostenuti dalle singole amministrazioni)¹²¹, in modo da evitare o, almeno, circoscrivere fortemente il rischio che una PA virtuosa sia sanzionata laddove paghi prezzi più elevati della media, assicurando però contemporaneamente superiori livelli qualitativi, tali da giustificare il rincaro dei costi.

Infine, si segnala la necessità che l’analisi dei ribassi tenga conto anche del fatto che l’esperienza storica recente evidenzia una preoccupante corrispondenza tra ribassi eccessivi e infiltrazione dei gruppi criminali¹²², in quanto la disponibilità di ingenti capitali da riciclare rende

¹¹⁷ Più esattamente, a mente di tale disposizione, è considerato subappalto qualsiasi contratto avente a oggetto attività ovunque espletate che richiedono l’impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell’importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l’incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell’importo del contratto da affidare.

¹¹⁸ Le eccezioni (si pensi alle mere forniture) e i limiti quantitativi all’estensione della disciplina del subappalto possono favorire le infiltrazioni criminali soprattutto nei territori dove è forte il radicamento delle associazioni criminali nel tessuto socio-economico locale. L’esperienza storica dimostra, infatti, l’aumento di tale rischio proprio in fase di realizzazione delle opere, quando l’aggiudicatario deve approvvigionarsi da altre imprese (fornitori di materiali, prestatori di servizi, ecc.), per cui lo strumento della *sub*-contrattazione in senso lato consente di aggirare i vincoli legali. Cfr. CNEL (2008).

¹¹⁹ In particolare, specificando i casi in cui esso va qualificato come subappalto, avendo a oggetto il conferimento non tanto di requisiti, ma di una vera e propria attività di impresa. Al riguardo, l’art. 49, comma 10, del Codice dei contratti pubblici si limita a prevedere che l’impresa ausiliaria possa assumere il ruolo di subappaltatore.

¹²⁰ Cfr. Conferenza unificata Stato-Regioni-Città, parere del 9 febbraio 2006 (consultabile su www.giustamm.it). Al riguardo, l’estensione all’impresa ausiliaria della normativa antimafia (art. 49, comma 5, del Codice dei contratti pubblici), andrebbe accompagnata dal rafforzamento dei poteri prefettizi finalizzati all’accertamento dei legami effettivi tra le imprese coinvolte, avuto presente che spesso le imprese colluse col sistema mafioso – caratterizzate dal forte legame col territorio – penetrano nel sistema appalti proprio sfruttando la via della *sub*-contrattazione, in senso lato, con l’aggiudicatario. Cfr. CNEL (2008).

¹²¹ Sulle metodologie e sugli strumenti per la determinazione dei costi standardizzati delle opere pubbliche in rapporto ai tipi di lavoro e alle specifiche aree territoriali, cfr. già AVCP (2003).

¹²² Pertanto, potrebbe essere utile migliorare il raccordo tra l’AVCP e il Ministero dell’Interno e le Prefetture.

questi ultimi estremamente concorrenziali rispetto alle imprese “sane” anche in periodi di congiuntura negativa¹²³.

Sembra costituire un primo passo verso il raggiungimento degli obiettivi dianzi enunciati, il disegno di legge recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, che – con la finalità di ridurre gli oneri amministrativi a carico delle imprese e in un’ottica di maggiore trasparenza delle informazioni – prevede l’istituzione presso l’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP)¹²⁴, presso la quale dovrebbero confluire i dati e le informazioni attualmente raccolti dagli osservatori regionali¹²⁵.

5.4. Migliorare la progettazione dei lavori

Il corretto funzionamento dei meccanismi di selezione del contraente sarebbe, inoltre, più efficacemente assicurato attraverso una maggiore attenzione per la progettazione degli interventi, che consentirebbe – tra l’altro – al mercato di non sostenere eccessivi costi di formulazione delle offerte e di evitare la rinegoziazione dei progetti che non sono in linea rispetto ai desiderata della stessa PA. In particolare, miglioramenti potrebbero discendere dalla:

a) *centralizzazione dell’attività di progettazione*. Sarebbe auspicabile l’introduzione di una maggiore centralizzazione dell’attività di progettazione, attualmente dispersa tra le singole stazioni appaltanti. Tale scelta consentirebbe di conseguire risparmi sui costi e di ovviare – almeno in parte – alle carenze di professionalità riscontrabili all’interno delle amministrazioni pubbliche in Italia, specie a livello locale.

Anche con riferimento alla maggiore centralizzazione dell’attività di progettazione, come già segnalato in relazione alla verifica dell’anomalia delle offerte in contraddittorio con gli interessati (cfr. par. 5.1), un ruolo significativo potrebbe essere svolto dalle stazioni uniche appaltanti, la cui istituzione è prevista dalla già menzionata l. 13 agosto 2010, n. 136.

b) *adozione di normativa tecnica di dettaglio*. Nonostante il Codice dei contratti pubblici disciplini i contenuti dei tre livelli di progettazione previsti (preliminare, definitiva ed esecutiva)¹²⁶, diversamente

¹²³ La forza economica dei *clan* ha determinato l’estensione della loro attività “imprenditoriale” anche al di fuori dell’ambito territoriale di origine. Emblematico l’effetto dell’esplosione di Tangentopoli che comportò un sostanziale blocco degli appalti di lavori pubblici nelle zone a forte insediamento mafioso (Sicilia, Calabria, Campania, Puglia), ma nello stesso periodo fece registrare anche una crescita notevole degli appalti aggiudicati con ribassi a dir poco incredibili, in diverse regioni, e soprattutto nei settori a più forte presenza dei *clan* (trasporto, scavi, materiali inerti, smaltimento rifiuti), tanto che la Corte dei Conti – nella primavera del 1994 – denunciò questo fenomeno parlando esplicitamente di “rischio di presenze mafiose e di riciclaggio di denaro sporco”. Cfr. CNEL (2008).

¹²⁴ Cfr. l’art. 3 del disegno di legge S. 2156, comunicato alla Presidenza il 4 maggio 2010, attualmente ancora all’esame del Senato. V., anche, AVCP (2010).

¹²⁵ È, inoltre, espressamente prevista l’inclusione nel nuovo regime di trasparenza anche degli appalti legati alle situazioni di emergenza e gestiti dalla Protezione civile, finora esclusi da questo tipo di rilevazioni. Le concrete modalità di funzionamento e i contenuti della Banca dati nazionale dei contratti pubblici dovranno, poi, essere disciplinate all’interno del nuovo Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici.

¹²⁶ A mente dell’art. 93 del Codice dei contratti pubblici, *i*) il progetto preliminare definisce le caratteristiche qualitative e funzionali dei lavori, il quadro delle esigenze da soddisfare e delle specifiche prestazioni da fornire; *ii*) il progetto definitivo deve individuare compiutamente i lavori da realizzare, nel rispetto delle esigenze, dei criteri, dei vincoli, degli indirizzi e delle indicazioni stabiliti nel progetto preliminare e contiene tutti gli elementi necessari ai fini delle prescritte autorizzazioni o approvazioni; *iii*) il progetto esecutivo, redatto in conformità del progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare e il relativo costo previsto e deve essere sviluppato a un livello di definizione tale da consentire che ogni elemento sia identificabile in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. L’approvazione del progetto esecutivo è condizione indispensabile per la realizzazione dei lavori, salvo i casi di appalto concorso, di appalti integrati o concessioni in cui l’opera può essere aggiudicata sulla base del solo preliminare o del definitivo. Si precisa, infine, come il legislatore italiano, con l’art. 91, comma 4, dello stesso Codice abbia inteso accordare preferenza all’affidamento congiunto dell’attività di progettazione esecutiva e definitiva al medesimo soggetto: modalità

dalle scelte effettuate in altri ordinamenti europei più virtuosi (come Germania, Spagna e Regno Unito)¹²⁷, si registra nell'ordinamento italiano l'assenza di una disciplina compiuta degli aspetti tecnici. Tale disciplina potrebbe orientare gli operatori pubblici nella predisposizione degli atti di gara, consentirebbe ai soggetti privati di individuare più chiaramente i bisogni della PA, limitando i rischi di eventuali rinegoziazioni, e faciliterebbe la diffusione di *best practices* e di una maggiore standardizzazione progettuale¹²⁸.

In tal senso, alcuni miglioramenti dovrebbero essere recati dall'entrata in vigore del nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici, prevista – come già segnalato – per giugno 2011, che contiene – tra l'altro – significative modifiche in materia di progettazione¹²⁹, relative in particolare: *i*) a una definizione più analitica dei livelli di progettazione (specie la preliminare e la definitiva), con particolare riferimento alle relazioni tecniche e agli elaborati grafici; *ii*) alla regolamentazione della verifica del progetto da parte di strutture interne o esterne alla stazione appaltante, ma comunque accreditate, al fine di assicurare una migliore qualità progettuale¹³⁰.

c) migliore disciplina del dialogo competitivo. Per gli appalti di lavori caratterizzati da un maggiore grado di complessità, sarebbe opportuno il ricorso a modalità di selezione del contraente privato caratterizzate da un certo livello di flessibilità, che consentano la ricerca della soluzione più adeguata per il perseguimento dell'interesse pubblico, anche sul piano progettuale, attraverso una logica collaborativa e di interazione reciproca tra pubblico e privato. Proprio tale logica sembra governare l'istituto del dialogo competitivo, caratterizzato dalla costante interazione con gli offerenti e dal ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, già attuato in altri paesi europei (quali, Francia, Germania, Regno Unito e Spagna), caratterizzati da uno sviluppo infrastrutturale ben superiore a quello del nostro Paese¹³¹. Al contrario in Italia, nonostante le aperture del legislatore del d.lgs. 17 ottobre 2008, n. 152 (c.d. Terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici)¹³², l'approccio al dialogo competitivo resta ancora piuttosto cauto. Infatti, la disciplina di tale istituto, la cui concreta operatività è tuttora “bloccata” all'entrata in vigore del Regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici¹³³, risulta ancora piuttosto insoddisfacente. In particolare, nemmeno il legislatore

che deve essere seguita, salvo particolari ipotesi accertate e motivate dal responsabile del procedimento. Cfr. Sanino (2006).

¹²⁷ Cfr. OICE (2007); I-COM (2008); AVCP (2008a); Hermes e Michel (2006); Sforzi e Michel (2005).

¹²⁸ L'introduzione di una normativa tecnica di maggior dettaglio potrebbe favorire anche l'acquisizione da parte della PA di più elevate competenze specialistiche.

¹²⁹ Cfr. il Titolo II della Parte II del nuovo Regolamento di esecuzione e di attuazione al Codice dei contratti pubblici.

¹³⁰ La verifica è finalizzata ad accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare alla progettazione ovvero negli elaborati progettuali già approvati. La verifica accerta in particolare: *i*) la completezza della progettazione; *ii*) la coerenza e la completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti; *iii*) l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta; *iv*) l'esistenza dei presupposti necessari affinché l'opera duri nel tempo; *v*) la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso; *vi*) la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti; *vii*) la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori. Le attività di verifica sono affidate a organismi di ispezione (di tipo A, B e C) che, per lavori di importo superiore a 20 milioni di euro, devono essere accreditati ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17020 (cfr. gli artt. 44-59 del nuovo Regolamento). Sul punto v. De Nictolis (2007).

¹³¹ Cfr. OICE (2007); I-COM (2008).

¹³² In particolare, il Terzo correttivo *i*) ha chiarito che il dialogo competitivo può concludersi con l'affidamento di una concessione (cfr. art. 58, comma 15, ultimo periodo, del Codice); *ii*) ha adeguato la disciplina dei criteri di aggiudicazione nel dialogo competitivo – e, in generale, in tutti i casi di applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – alle osservazioni della Commissione europea, eliminando la possibilità per la commissione di aggiudicazione di specificare dopo la pubblicazione del bando, e prima dell'apertura delle offerte, i criteri motivazionali da impiegare per l'attribuzione dei punteggi tra il minimo e il massimo previsti nel bando stesso (tali previsioni erano state oggetto di censura da parte della Commissione in quanto contrastanti con i principi di trasparenza, concorrenza e *par condicio* il cui rispetto richiede che tutti i criteri di aggiudicazione, i relativi pesi e l'ordine di importanza siano pubblicati e resi conoscibili dai concorrenti prima della presentazione delle offerte). Cfr. Raganelli (2009).

¹³³ Cfr. art. 253, comma 1-*quater*, del Codice dei contratti pubblici. Come già rilevato, l'entrata in vigore del nuovo Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici, recato dal d.P.R. 5 dicembre

del Terzo correttivo ha chiarito cosa debba intendersi per “appalti particolarmente complessi” (ai quali è riservata la procedura), né quali siano le modalità pratiche di conduzione del dialogo che assicurino il rispetto della parità di trattamento¹³⁴.

5.5. Assicurare il perseguimento di obiettivi multipli da parte della PA

Infine, in presenza di appalti di lavori caratterizzati da un certo grado di complessità, laddove le caratteristiche tecniche risultino *ab initio* differenziabili secondo una diversa scala qualitativa e graduabili secondo diversi livelli di desiderabilità in ragione degli obiettivi perseguiti dalla PA, al fine di assicurare in maniera più efficace un contenimento dei costi per l'amministrazione, che si associ ad adeguati livelli qualitativi dell'opera pubblica, sarebbe auspicabile la valorizzazione del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (aste SR). In particolare, si potrebbe:

a) *esplicitare adeguatamente i criteri selettivi e gli obiettivi perseguiti dall'amministrazione*. Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come già segnalato (cfr. paragrafi 2 e 4.5), si fonda su una pluralità di elementi di valutazione, concernenti la natura, l'oggetto e le caratteristiche del contratto¹³⁵. La stazione appaltante dispone di un ampio margine di discrezionalità tecnica nella scelta dei criteri in base ai quali valutare le offerte, in relazione ai molteplici interessi pubblici perseguiti¹³⁶.

Al fine di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento e scongiurare il rischio di abusi, nonché di orientare gli operatori nella presentazione di offerte concretamente volte alla soddisfazione dell'interesse pubblico, è cruciale che l'amministrazione espliciti adeguatamente gli obiettivi perseguiti. Pertanto, in recepimento di consolidati principi comunitari, la scelta dei criteri di valutazione diventa un'operazione che, seppur discrezionale nel fine, deve essere rigidamente disciplinata nel metodo, nel senso che la stazione appaltante deve dar conto con chiarezza delle proprie scelte nei documenti di gara, in tal modo, “auto-vincolandosi” alla valutazione delle future offerte sulla base di criteri oggettivi predeterminati e facilmente intelligibili per gli operatori¹³⁷.

b) *assicurare una maggiore centralizzazione nella valutazione delle offerte*. Si segnala, inoltre, come una valutazione delle offerte operata secondo parametri diversificati, basati su criteri qualitativi e quantitativi, presenti difficoltà tecniche e procedurali certamente non trascurabili.

Sarebbe, pertanto, opportuno – anche in considerazione dei *deficit* di competenza riscontrati specie a livello di enti locali – favorire un processo di accentramento delle valutazioni delle offerte (sulla falsariga di quanto avvenuto con le c.d. centrali di committenza), che offra superiori margini di garanzia circa una selezione delle stesse effettivamente rispondente all'interesse pubblico perseguito¹³⁸.

2010, n. 207, con l'eccezione delle disposizioni di cui agli artt. 73 e 74, è prevista solo trascorsi sei mesi dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (art. 359, comma 1, del Regolamento), vale a dire per il 9 giugno 2011. La mancata operatività – salvo ipotesi del tutto residuali nell'affidamento di contratti di concessione di costruzione e gestione (cfr. *retro*, par. 2, nota 24) – dell'istituto in Italia sta determinando un notevole disallineamento rispetto all'esperienza degli altri paesi europei: cfr. Giorganio e Giovanniello (2009).

¹³⁴ Mentre il nuovo Regolamento attuativo (art. 113, comma 1) si limita a prevedere che le amministrazioni possano, nel bando, “indicare specifiche modalità operative con le quali l'amministrazione dialoga con ciascun candidato ammesso, nel rispetto dei principi di cui all'art. 58, commi 7 e 8, del Codice”.

¹³⁵ L'art. 83, comma 1, del Codice dei contratti pubblici ne fornisce un'elencazione meramente esemplificativa.

¹³⁶ A mero titolo esemplificativo, può privilegiare criteri di valutazione attinenti al pregio estetico dell'opera, piuttosto che all'economicità della manutenzione, o all'efficienza della gestione del servizio, o, ancora, all'utilizzo di tecnologie ecologicamente compatibili. Cfr. AVCP, determinazione 20 maggio 2009, n. 4. V., anche, AGCM (1992).

¹³⁷ La medesima libertà di cui gode la stazione appaltante nella scelta dei criteri, si riflette – poi – anche nella ponderazione (“peso” o “punteggio”) dei medesimi, ossia nell'importanza attribuita a ciascuno di essi, in relazione agli obiettivi perseguiti, che deve essere chiaramente stabilita nel bando di gara. Cfr. AVCP, determinazione 20 maggio 2009, n. 4. V., anche, AGCM (1992).

¹³⁸ Ancora una volta e anche sotto questo profilo un ruolo significativo potrebbe essere giocato dalle

6. Conclusioni

Nonostante le numerose riforme che hanno interessato il settore negli ultimi anni, il sistema italiano degli appalti pubblici risulta caratterizzato da un'elevata frammentazione ed esposto in misura considerevole ai rischi di collusione, corruzione e rinegoziazioni successive con gli aggiudicatari dei contratti. Carenze sono, inoltre, presenti sul piano della progettazione degli interventi.

I risultati dell'indagine portano a concludere che miglioramenti potrebbero discendere:

- i)* dall'eliminazione – per ridurre i rischi di collusione tra le imprese – del ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale (aste AB), purché unitamente al rafforzamento dei presidi contro i rischi di inadempimento dell'aggiudicatario, in particolare attraverso l'introduzione di forme di accentramento del processo di valutazione dell'anomalia delle offerte, l'innalzamento degli importi attualmente previsti per le polizze fideiussorie prestate dagli offerenti e la piena operatività della garanzia globale di esecuzione;
- ii)* da una maggiore attenzione per la progettazione degli interventi attraverso la centralizzazione di tale attività e l'adozione di normativa tecnica di dettaglio, per gli appalti più semplici;
- iii)* da una maggiore valorizzazione del criterio selettivo basato sull'offerta economicamente più vantaggiosa e da migliore disciplina del dialogo competitivo per gli appalti complessi, al fine di assicurare in maniera più efficace un contenimento dei costi per la PA che si associ ad adeguati livelli qualitativi dell'opera pubblica;
- iv)* per bilanciare la maggiore discrezionalità così attribuita alla PA, da un rafforzamento delle misure di contrasto ai fenomeni di corruzione, specie attraverso la riorganizzazione degli organismi di attestazione, un inasprimento dei controlli relativi alla *sub*-contrattazione e una maggiore trasparenza delle informazioni.

APPENDICE

Riquadro 1 – Appalti di lavori al di sotto della soglia di rilevanza comunitaria

Agli appalti sottosoglia, salvo deroghe espresse e salva l'applicazione delle regole peculiari dettate per le procedure specifiche di volta in volta utilizzabili, quali la ristretta semplificata, la negoziata senza bando e il cottimo, si applicano in generale le stesse regole dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria (compresi i criteri di aggiudicazione: art. 121 del Codice); le principali deroghe alla disciplina generale consistono:

- nella facoltà, da prevedere nel bando, per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro aggiudicati al prezzo più basso, di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, purché siano state ammesse almeno 10 offerte.
- nell'esclusione dagli obblighi di pubblicità sopranazionale (fermo restando gli obblighi di pubblicità nazionale e sul profilo di committente, sul sito del Ministero delle Infrastrutture e su quello dell'Osservatorio per i bandi di importo superiore a 500mila euro);
- nella previsione di termini procedurali più brevi;
- nella facoltà, da prevedere nel bando, per i lavori di importo inferiore a 1 milione di euro aggiudicati al prezzo più basso, di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, purché siano state ammesse almeno 10 offerte.

In ogni caso, tali appalti secondo la ormai consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia, pur non rientrando nell'oggetto specifico delle direttive sugli appalti, restano comunque soggetti ai generali principi di trasparenza, parità di trattamento, imparzialità e concorrenza desumibili dal Trattato, e applicabili a ogni attività economica che anche potenzialmente si presenti rilevante per il mercato interno: valutazione, questa, spettante alle amministrazioni (cfr. Comunicazione Interpretativa del 23 giugno 2006 della Commissione europea, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive «appalti pubblici»).

Tav. 1 – La procedura aperta

<p><i>Ambito di applicazione e presupposti</i></p>	<p>Applicabilità generale (artt. 3 e 55 Codice e art. 28 direttiva 18/04): le procedure aperte, insieme alle ristrette, sono una delle procedure “ordinarie” per l'affidamento degli appalti pubblici; esse presuppongono che l'amministrazione sia in grado di definire sin dall'inizio e in modo puntuale l'oggetto del contratto e le relative specifiche tecniche, in modo che le imprese siano poste in grado di formulare offerte scritte da subito definitive, in quanto non più rinegoziabili, quantomeno relativamente agli aspetti essenziali del contratto.</p>
<p><i>Prima fase: pubblicazione del bando</i></p>	<p>Pubblicazione del bando, nel quale le amministrazioni esplicitano l'oggetto dell'appalto e rendono noto il criterio di aggiudicazione prescelto (alternativamente, prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa); qualora il criterio prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il bando e la documentazione di gara devono esplicitare i criteri di valutazione e la ponderazione relativa, nonché, ove necessario, i <i>sub</i>-criteri, i <i>sub</i>-pesi e i <i>sub</i>-punteggi (art. 83 Codice e art. 53 direttiva).</p>
<p><i>Presentazione delle offerte e valutazione</i></p>	<p>“ogni operatore economico interessato può presentare un’offerta” (art. 3 Codice); l'amministrazione, previa verifica dei requisiti di ammissione previsti nel bando, valuta le offerte secondo il criterio stabilito nel bando. Le offerte presentate non sono rinegoziabili.</p>
<p><i>(eventuale) valutazione di anomalia delle offerte</i></p>	<p>Quando un’offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante, previo esame delle giustificazioni già presentate in sede di offerta, richiede all'offerente le ulteriori giustificazioni, eventualmente necessarie e relative agli elementi costitutivi dell'offerta medesima (art. 87 Codice e art. 55 direttiva). Fermo restando la discrezionalità dell'amministrazione nel valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, devono essere comunque assoggettate a valutazione di congruità le offerte:</p> <ul style="list-style-type: none"> - che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, nel caso di prezzo più basso; - per le quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa.
<p><i>Aggiudicazione</i></p>	<p>L'aggiudicazione è pronunciata a favore del concorrente che abbia presentato l’offerta economicamente più vantaggiosa o il prezzo più basso.</p>

Tav. 2 – La procedura ristretta “ordinaria”

<p><i>Ambito di applicazione e presupposti</i></p>	<p>Applicabilità generale (artt. 3 e 55 Codice e art. 28 direttiva 18/04): le procedure ristrette, insieme alle aperte, sono una delle procedure “ordinarie” per l'affidamento degli appalti pubblici; esse presuppongono che l'amministrazione sia in grado di definire sin dall'inizio e in modo puntuale l'oggetto del contratto e le relative specifiche tecniche, in modo che le imprese siano poste in grado di formulare offerte scritte da subito definitive, in quanto non più rinegoziabili, quantomeno relativamente agli aspetti essenziali del contratto. Ricomprendono, nella terminologia del Codice, la licitazione privata e l'appalto concorso di cui alla Merloni.</p> <p>Il codice sancisce un criterio di preferenza per le procedure ristrette, qualora il contratto <i>non</i> abbia a oggetto la sola esecuzione (quindi nei casi di cui all'art. 53, comma 2, lett. <i>b</i>) e <i>c</i>): progettazione esecutiva ed esecuzione, ovvero – previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta – progettazione esecutiva e esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare della PA), nonché quando il criterio di aggiudicazione prescelto sia quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 55, comma 2).</p>
<p><i>Pubblicazione del bando</i></p>	<p>Nel bando, nel quale le amministrazioni esplicitano, tra l'altro, i requisiti di partecipazione e i criteri di prequalifica degli operatori economici, i quali possono presentare domanda di partecipazione.</p>
<p><i>Presentazione delle domande e prequalifica</i></p>	<p>Prequalifica: l'amministrazione accerta il possesso dei requisiti fissati nel bando in capo ai soggetti che hanno presentato domanda di partecipazione; ciò consente, rispetto alla fase di valutazione delle offerte, la preventiva selezione della “tipologia” di potenziale controparte contrattuale.</p>
<p><i>Invito a presentare offerta</i></p>	<p>Le amministrazioni invitano simultaneamente e per iscritto gli operatori selezionati, sulla base di criteri oggettivi e non discriminatori fissati nel bando, in fase di prequalifica a presentare offerta; le lettere di invito devono contenere, tra l'altro, gli estremi del bando, il termine per la ricezione delle offerte, i criteri di selezione dell'offerta, se non figurano nel bando di gara e, in caso di offerta economicamente più vantaggiosa, la ponderazione relativa degli elementi oppure l'ordine decrescente di importanza, se non figurano già nel bando di gara, nel capitolato d'oneri o nel documento descrittivo (art. 67 Codice e art. 40 direttiva).</p> <p>Forcella: nelle procedure ristrette relative a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro, è possibile limitare il numero dei candidati in misura non inferiore a 20, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera; in tal caso, le amministrazioni devono indicare nel bando i criteri, oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo (art. 62 Codice).</p>
<p><i>Valutazione delle offerte e (eventuale) valutazione di anomalia delle offerte</i></p>	<p>L'amministrazione valuta le offerte pervenute secondo i criteri fissati nella lettera di invito. Le offerte presentate non sono rinegoziabili.</p> <p>Quando un'offerta appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante, previo esame delle giustificazioni già presentate in sede di offerta, richiede all'offerente le ulteriori giustificazioni, eventualmente necessarie e relative agli elementi costitutivi dell'offerta medesima (art. 87 Codice e art. 55 direttiva). Fermo restando la discrezionalità dell'amministrazione nel valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base a elementi specifici, appaia anormalmente bassa, devono essere comunque assoggettate a valutazione di congruità le offerte:</p> <p><i>i)</i> che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, nel caso di prezzo più basso;</p> <p><i>ii)</i> per le quali sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara, nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa.</p>
<p><i>Aggiudicazione</i></p>	<p>L'aggiudicazione è pronunciata a favore del concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa o il prezzo più basso.</p>

Tav. 3 – La procedura ristretta semplificata

<i>Ambito di applicazione</i>	Appalti di sola esecuzione, di importo inferiore a un milione di euro (art. 123 Codice).
<i>Fasi preliminari: preinformazione e formazione degli elenchi</i>	<p>1) Le amministrazioni, entro il 30 novembre di ogni anno, pubblicano un avviso di “preinformazione” per rendere noti i lavori da affidare con tale procedura;</p> <p>2) le imprese interessate presentano domanda di iscrizione negli elenchi (entro il 15 dicembre);</p> <p>3) gli elenchi sono formati entro il 30 dicembre, con iscrizione degli operatori che abbiano presentato regolare domanda, corredata dall'autocertificazione del possesso dei requisiti di qualificazione e dell'assenza di cause di esclusione.</p> <p>Non è possibile ottenere l'iscrizione in più di 180 elenchi, per consorzi e RTI, e in più di 30 per gli altri operatori; è attribuito in materia un potere di controllo all'Osservatorio, il quale, in caso di superamento del limite massimo, ne dà comunicazione alla Stazione appaltante, che è tenuta a cancellare gli operatori in parola entro venti giorni dalla comunicazione, previo avviso agli iscritti, che possono, entro cinque giorni, rinunciare a una o più iscrizioni, per rientrare nel numero massimo.</p>
<i>Lettera di invito e criteri di scelta dei concorrenti da invitare</i>	<p>Le amministrazioni invitano – senza previa pubblicazione di un bando – a presentare offerta almeno 20 concorrenti, sempre che sussista un tale numero di soggetti qualificati in relazione ai lavori oggetto dell'appalto, scelti tra quelli iscritti negli elenchi.</p> <p>Gli operatori sono invitati secondo l'ordine di iscrizione, stabilito mediante sorteggio pubblico, e sempre che siano in possesso dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'oggetto dell'appalto, e possono ricevere ulteriori inviti solo dopo che sono stati invitati tutti i soggetti inseriti nell'elenco, in possesso dei necessari requisiti di qualificazione.</p>
<i>Aggiudicazione</i>	L'amministrazione valuta le offerte ricevute; l'aggiudicazione è pronunciata a favore del concorrente che abbia presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa o il prezzo più basso, secondo quanto specificato nella lettera di invito.

Tav. 4 – Le procedure negoziate

<i>Definizione</i>	Sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto (art. 3 Codice)		
<i>Tipologie</i>	Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara (art. 56 Codice e art. 30 direttiva)	Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (art. 57 Codice e art. 31 direttiva)	Cottimo fiduciario (art. 125 Codice)
<i>Ambito di applicazione e presupposti</i>	<p>Solo in presenza di specifiche circostanze (art. 56, comma 1, Codice):</p> <p>1) per i lavori di importo inferiore a un milione di euro, quando tutte le offerte presentate in esito a una procedura aperta, ristretta o di un dialogo competitivo, sono irregolari ovvero inammissibili. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto;</p> <p>2) per lavori realizzati unicamente a scopo di ricerca, sperimentazione o messa a punto, e non per assicurare una redditività o il recupero dei costi di ricerca e sviluppo.</p>	<p>- Possibilità di ricorso generalizzato, e senza particolari vincoli procedurali, alla procedura negoziata in caso di appalti di lavori fino a 100.000 euro (art. 122, comma 7, Codice);</p> <p>- possibilità di ricorso generalizzato alla procedura di cui all'art. 57, comma 6, in caso di appalti di lavori fino a 500.000 euro, invitando almeno 5 operatori (art. 122, comma 7 bis, Codice);</p> <p>- oltre tali soglie, motivatamente e solo in presenza di specifiche circostanze (art. 57, comma 2, Codice):</p> <p>1) qualora, per lavori di importo inferiore a un milione di euro, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura;</p> <p>2) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente a un operatore economico determinato;</p> <p>3) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti;</p> <p>4) per l'affidamento di lavori complementari non compresi nel progetto e nel contratto iniziale, e sempre nel limite del 50% del valore dell'appalto iniziale, all'esecutore di un'opera, qualora tali lavori siano divenuti necessari all'esecuzione per una circostanza imprevista, sempre che tali lavori non siano separabili, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto iniziale senza recare gravi inconvenienti all'amministrazione aggiudicatrici ovvero, pur essendo separabili, siano strettamente necessari al perfezionamento dell'esecuzione.</p>	<p>Lavori di importo non superiore a 200.000 euro, e individuati dalle stazioni appaltanti nell'ambito di sei categorie generali: a) manutenzione o riparazione di opere o impianti in relazione a eventi imprevedibili e nell'impossibilità di realizzarle con le forme e le procedure ordinarie; b) manutenzione di opere o di impianti; c) interventi non programmabili in materia di sicurezza; d) lavori indifferibili, dopo l'infruttuoso esperimento di gare; e) lavori necessari per la compilazione di progetti; f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, se vi è necessità e urgenza di completare i lavori.</p>
<i>Pubblicazione e del bando</i>	<p>Le amministrazioni pubblicano un bando di gara, nel quale esplicitano i requisiti richiesti, l'oggetto del contratto e i criteri di aggiudicazione (prezzo più basso o offerta economicamente più vantaggiosa). Tutti gli operatori interessati possono presentare offerta, ma è possibile prevedere nel bando:</p> <p>- che la procedura si svolga in fasi successive, per ridurre il numero di offerte da negoziare, applicando i criteri di aggiudicazione indicati nel bando di gara o nel capitolato d'oneri;</p>		

	- la limitazione del numero di candidati ammessi a negoziare (minimo sei), quando lo richieda la complessità dell'opera (forcella, art. 62).		
<i>Invito a offrire</i>		L'amministrazione individua autonomamente gli operatori con cui avviare le trattative, sulla base di proprie indagini di mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione (i requisiti di qualificazione devono essere gli stessi previsti per le procedure tradizionali di pari importo) e invita contemporaneamente tali operatori a presentare le offerte che saranno poi oggetto della fase di negoziazione vera e propria; la lettera di invito deve contenere gli elementi essenziali della prestazione richiesta, nonché del criterio di aggiudicazione prescelto (che può essere il prezzo più basso o l'offerta economicamente più vantaggiosa); è prevista la selezione di almeno 3 operatori, se sussistono in tale numero soggetti idonei. I requisiti di qualificazione sono quelli previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.	tra € 40.000 e 200.000: l'amministrazione consulta nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, almeno cinque operatori economici, ove possibile, individuati sulla base di indagini di mercato o mediante appositi elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante; <u>fino a € 40.000:</u> è ammesso l'affidamento diretto.
<i>Negoziazione e Aggiudicazione</i>	Le stazioni appaltanti negozano con gli offerenti le offerte presentate, che sono quindi migliorabili, per adeguarle alle esigenze indicate nel bando di gara, nel capitolato d'oneri e negli eventuali documenti complementari, e pronunciano l'aggiudicazione in favore del miglior offerente secondo i criteri prefissati.	Le stazioni appaltanti negozano con gli offerenti le offerte presentate e aggiudicano applicando i criteri prefissati.	Il cottimo è espressamente definito "procedura negoziata"; l'affidamento avviene in base ai criteri specificati nell'invito.

Tav. 5 – Il Dialogo competitivo

<i>Ambito di applicazione</i>	Appalti particolarmente complessi: si tratta di quelle fattispecie in cui l'amministrazione aggiudicatrice non è "oggettivamente" in grado di definire i mezzi tecnici necessari per la realizzazione dell'opera oppure di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto (artt. 58, commi 1 e 2, e 3, comma 39, Codice; artt. 29, comma 1, e 1, comma 11, lett. c), direttiva 18/04). È previsto il parere obbligatorio del Consiglio superiore dei lavori pubblici e, per le infrastrutture strategiche, anche del Consiglio Superiore dei beni culturali; tuttavia se tali pareri non pervengono entro 30 gg. l'amministrazione può comunque procedere.
<i>Prima fase: pubblicazione del bando</i>	Pubblicazione del bando, nel quale le amministrazioni rendono noti obiettivi e necessità, definiti nel bando stesso e/o in un documento descrittivo che ne costituisce parte integrante; nel bando sono altresì indicati i requisiti di ammissione al dialogo e i criteri di valutazione delle offerte (art. 58, comma 5, Codice e art. 29, comma 2, direttiva 18/04)
<i>Presentazione delle offerte e prima valutazione</i>	Individuazione delle imprese da ammettere alla successiva fase del dialogo <i>stricto sensu</i> , sulla base dei requisiti e dei criteri di cui al bando; è prevista la possibilità di limitare il numero dei concorrenti (c.d."forcella"); il numero minimo di almeno 3 imprese previsto dal diritto comunitario (art. 44, comma 3, direttiva 18/04), è elevato dal Codice dei contratti pubblici ad almeno 6 imprese (art. 62), sempre che sussista sul mercato un tale numero di operatori idonei.
<i>Seconda fase: dialogo in senso stretto</i>	Individuazione della soluzione migliore: in tale fase si instaura quel rapporto dialettico tra amministrazione e imprese che caratterizza la procedura del dialogo competitivo e che è finalizzato a individuare le soluzioni più idonee a soddisfare le esigenze espresse nel bando. Le amministrazioni possono discutere con i candidati tutti gli aspetti dell'appalto; il nuovo Regolamento attuativo del Codice ha specificato che le imprese ammesse al dialogo possono presentare una o più proposte, corredate da uno studio di fattibilità con relativa previsione di costo; l'amministrazione può inoltre chiedere la presentazione di soluzioni migliorative rispetto a tali proposte (art. 113, commi 2 e 3, Codice). Nella fase del dialogo il <i>modus operandi</i> della PA deve ispirarsi alla ricerca di un giusto equilibrio tra tutela e stimolo della concorrenza e salvaguardia della segretezza delle offerte: le amministrazioni, pertanto, da un lato, devono garantire la parità di trattamento , fornendo le informazioni in modo non discriminatorio, e – dall'altro – non possono rivelare ad altri concorrenti le soluzioni proposte e le informazioni comunicate dal partecipante, senza il consenso di quest'ultimo (art. 58, commi 6, 7 e 8, Codice e art. 29, comma 3, direttiva 18/04). È, inoltre, possibile prevedere la riduzione progressiva del numero di soluzioni da discutere (art. 58, comma 8, Codice e art. 29, comma 4, direttiva 18/04). Tale fase culmina nell'individuazione della soluzione o delle soluzioni prescelte, da porre a base della gara vera e propria.
<i>Terza fase: offerte finali</i>	Invito a presentare l'offerta finale: i concorrenti rimasti sono invitati a presentare la loro offerta finale relativa alla soluzione definita in esito al dialogo. Tali offerte devono contenere tutti gli elementi necessari per la realizzazione del progetto (art. 58, comma 12, Codice e art. 29, comma 6, direttiva 18/04).); in particolare, esse devono essere corredate dal progetto preliminare dell'opera e dal capitolato speciale prestazionale (art. 113, comma 4, nuovo Regolamento attuativo).
<i>(Eventuale) precisazione delle offerte</i>	Chiarimento, precisazione e perfezionamento , su richiesta della stazione appaltante, delle offerte finali; è – tuttavia – esclusa la possibilità di modifica degli elementi essenziali dell'offerta o del progetto in gara, a tutela della <i>par condicio</i> (art. 58, comma 14, Codice e art. 29, comma 6, della direttiva).
<i>Aggiudicazione</i>	L'unico criterio di aggiudicazione utilizzabile nel dialogo competitivo è quello dell' offerta economicamente più vantaggiosa ; l'offerente può peraltro – anche in tale fase – essere invitato a precisare l'offerta e confermare gli impegni in essa assunti, purché nel rispetto della <i>par condicio</i> e senza modifiche degli elementi sostanziali. Con l'abrogazione del terzo comma dell'art. 58 da parte del Terzo correttivo, è venuta meno la possibilità di "specificare" – prima della presentazione delle offerte – i criteri di valutazione, che pertanto dovranno essere fissati esaustivamente nel bando e nel documento descrittivo. Il soggetto affidatario provvede alla predisposizione della progettazione definitiva ed esecutiva e all'esecuzione dell'opera (art. 113, comma 5, del nuovo Regolamento).

BIBLIOGRAFIA

Alto Commissario Anticorruzione (2006), *I pericoli di condizionamento della pubblica amministrazione da parte della criminalità organizzata*, Intervento al CNEL dell'Alto Commissario, novembre.

Asker, J., E. Cantillon (2010), *Procurement when Both Price and Quality Matter*, in *RAND Journal of Economics*, 41(1) pp 1-34.

AGCM – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (1992), *Appalti pubblici e concorrenza*, Rapporto.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2003), *Metodo e strumenti per la determinazione dei costi standardizzati delle opere pubbliche in rapporto ai tipi di lavoro e alle specifiche aree territoriali*, maggio, consultabile su <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2007a), *Una nuova politica per le opere pubbliche in Italia: le difficoltà di una iper-regolamentazione*, intervento del presidente L. Giampaolino al Forum nazionale OICE.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2007b), *Relazione annuale per il 2006*, consultabile su <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2008a), *Analisi comparata (Regno Unito, Francia, Germania e Spagna) del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, mimeo.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2008b), *Relazione annuale per il 2007*, consultabile su <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2009), *Relazione annuale per il 2008*, consultabile su <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

AVCP – Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (2010), *Relazione annuale per il 2009*, consultabile su <http://www.autoritalavoripubblici.it>.

Bajari, P., G. Lewis (2008). *Procurement Contracting with Time Incentives: Theory and Evidence*, NBER Working Paper.

Bajari, P., S. Tadelis, (2001), *Incentives Versus Transaction Costs: A Theory of Procurement Contracts*, in *The Rand Journal of Economics*, 32(3), pp. 287-307.

Banca d'Italia (2010), *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione – Disegno di legge 2156. Audizione presso il Senato della Repubblica*, luglio.

Bentivogli, C., P. Casadio, R. Cullino (2009), *I problemi nella realizzazione delle opere pubbliche: le differenze territoriali*, in *Questioni di economia e finanza*, Banca d'Italia.

Board, S. (2008), *Bidding into the Red: A Model of Post-Auction Bankruptcy*, in *Journal of Finance*, 62, 6, 2695-2723.

Burguet, R., Y. K. Che (2004), *Competitive procurement with corruption*, in *RAND Journal of Economics*, 35(1).

Calveras, A., J. Ganuza, E. Hauk (2004), *Wild Bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts*, in *Journal of Regulatory Economics*, 26, 1, 41-68.

Carpinetti, L., G. Piga, M. Zanza (2006), *The Variety of Procurement Practice: Evidence from Public Procurement*, in *Handbook of Procurement*, N. Dimitri, G. Piga, G. Spagnolo editori. Cambridge University Press.

- CNEL – Consiglio Nazionale dell’Economia e del Lavoro (2008), Osservatorio socio-economico sulla criminalità, *Il contrasto dei fenomeni di illegalità e della penetrazione mafiosa nel ciclo del contratto pubblico*, Rapporto, Assemblea 26 giugno.
- Confindustria (2009), *La Riforma infrastrutturale – le criticità del sistema infrastrutturale e le esigenze di miglioramento della sua efficienza*, Roma, 30 settembre.
- Conley, T. G., F. Decarolis (2010). *Collusion in Average Bid Auctions*, mimeo.
- De Nictolis, R. (2007), *Lo schema di Regolamento di esecuzione e attuazione del Codice dei contratti pubblici*, in R. De Nictolis (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Esecuzione e contenzioso*, vol. III, Milano, 2007, 827-848.
- Decarolis, F. (2009), *When the highest bidder loses the auction: theory and evidence from public procurement*, in *Temi di Discussione*, Banca d’Italia, 2009.
- Decarolis, F., G. Palumbo (2010), *Scostamenti dei costi e dei tempi negli appalti di lavori pubblici*, mimeo.
- Dimitri, N., G. Piga, G. Spagnolo (2006), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press.
- Dini, F., R. Pacini, T. Valletti (2006). *Scoring Rules*, in N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo (eds.) *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press.
- Engel, A., J.J. Guanza, E. Hauk, A. Wambach (2006), *Managing Risky Bids*, in *Handbook of Procurement*, N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo editori. NY: Cambridge University Press.
- Giorgiantonio, C., V. Giovanniello (2009), *Infrastrutture e project financing in Italia: il ruolo (possibile) della regolamentazione*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 56, Banca d’Italia.
- Giovannelli, M., F. Bevilacqua (2009), *Ammissibilità della procedura negoziata per i contratti fino a 500.000 euro*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 4.
- Heimler, A. (2007), *Servizi pubblici locali: concorrenza, regolazione, gare*, in *Economia italiana*, n. 3, pp. 669-689.
- Hermes, G., J. Michel (2006), *Il project financing come modello di collaborazione pubblico-privato per la realizzazione di opere pubbliche e di pubblica utilità in Germania*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 1819.
- I-COM, Istituto per la competitività (2008), *Documento I-COM Partenariato Pubblico Privato ed opere pubbliche in Europa: la ricerca di un equilibrio tra regole e flessibilità – Roma, 29 Ottobre*.
- Iossa, E. (2009), [Potenzialità e Criticità del Partenariato Pubblico Private in Italia](#), in *Rivista di Politica Economica*, May, pp.125-158.
- Iossa, E., D. Martimort (2008), [The Simple Micro-Economics of Public-Private Partnerships](#), Working papers, IDEI, Toulouse School of Economics.
- Italiadecide (2009), *Le politiche per le infrastrutture di interesse nazionale – Rapporto Intermedio*, aprile.
- Kovacic, R., R. Marshall, L. Marx, M. Raiff (2006), *Bidding Rings and the Design of Anti-Collusion Measures for Auctions and Procurements*, in *Handbook of Procurement*, N. Dimitri, G. Piga and G. Spagnolo editori. NY: Cambridge University Press.
- Laffont, J. J., J. Tirole (1993), *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge (MA), MIT Press.
- Lengwiler, Y., E. Wolfstetter (2006), *Corruption in Procurement Auctions*, in *Discussion Papers* n. 90, SFB/TR 15 Governance and the Efficiency of Economic Systems.
- Levin, J., S. Tadelis (2009), [Contracting for Government Services: Theory and Evidence from U.S. Cities](#), in *Journal of Industrial Economics*, forthcoming.

- Maggiore, C. (1987), *I “bonds” nel settore degli appalti: riflessioni e insegnamenti ricavabili dall’esperienza statunitense*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 771-784.
- Myerson, R. B. (1981), *Optimal Auction Design*, *Mathematics of Operations Research*, 6, 58-73.
- OICE (2007), *Procedure e tempi di esecuzione delle grandi opere nei paesi industrializzati*, Collana OICE Studi e Convegni, n. 69, Roma, dicembre, consultabile su www.oice.it.
- Raganelli, B. (2009), *Il Dialogo competitivo dalla direttiva 2004/18/CE al codice dei contratti: verso una maggiore flessibilità dei rapporti tra pubblico e privato*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*.
- Rangone, C. (2010), *La selezione delle imprese in Europa tra discrezionalità, responsabilità e politiche di qualificazione della spesa*, mimeo, consultabile su www.igi.it.
- Robinson, M. S., (1985). *Collusion and the Choice of Auction*. *Rand Journal of Economics*, 16, 141-45.
- Rossetti, L. (2007), *Il performance bond*, in C. Franchini (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, t. II, Torino, 1173 e ss.
- Sanino, M. (a cura di) (2006), *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*, Milano.
- Sforzi, D., J. Michel (2005), *Il project financing in Germania*, in *Rivista di diritto pubblico comunitario*, 1893.
- Tran, A. (2009), *Can Procurement Auctions Reduce Corruption? Evidence from the Internal Records of a Bribe-Paying Firm*, mimeo Harvard University.
- Zheng, C. (2001), *High Bids and Broke Winners*, in *Journal of Economic Theory*, 100, 129-171.