

**CONGRESSO
API 1999
Mestre, 17 novembre 1999**

**Legge-quadro sui lavori pubblici
Problemi applicativi**

**Relazione provvisoria
Avv. Federico Titomanlio
Direttore del mensile "Indue parole"
Segretario Generale IGI**

A più di cinque anni dall'approvazione della legge Merloni, il processo normativo avviato dalla legge-quadro non si è ancora Concluso, anche se sono alle viste i due regolamenti che dovrebbero dare un assetto sufficientemente compiuto alla riforma avviata nel 1994, con la legge 109.

Il Regolamento generale previsto dall'art. 3 è approdato in Parlamento e le competenti Commissioni della Camera e del Senato stanno esaminando il testo e proponendo emendamenti che verranno poi esaminati e confrontati con quelli formulati dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici e dal Consiglio di Stato, per essere tradotti in norme del Regolamento generale.

Occorreranno, quindi, ancora quattro-cinque mesi per l'entrata in vigore di questo Regolamento, che si preannuncia come un testo unico della materia.

Una prospettiva a termini più ravvicinati si profila invece per il Regolamento di qualificazione previsto dall'art. 8.

Come noto, con il 31 dicembre 1999, chiude la sua gloriosa o ingloriosa vita, a seconda dei punti di vista, l'Albo Nazionale Costruttori, che rinasce, sotto mentite spoglie, il 1° gennaio del 2000.

Il Regolamento di qualificazione è un'edizione riveduta e corretta dell'Albo.

Anch'esso, infatti, è articolato in categorie tipologiche e classifiche per importo.

L'accertamento dell'idoneità delle imprese è condizione necessaria e sufficiente, così come lo era il certificato dell'Albo, prima dell'avvento delle Direttive CEE.

L'unica differenza è che la qualificazione è affidata alle SOA, Società di attestazione, che, a loro volta, debbono essere qualificate e iscritte in un apposito Albo, tenuto dall'Autorità.

La singolarità del sistema – unico al mondo – è che l'accertamento dell'idoneità delle imprese venga affidato a Società private, legate con gli appaltatori da rapporto contrattuale, che ha come contenuto proprio quello di qualificare.

I requisiti di qualificazione sono quelli tradizionali: fatturato, lavori analoghi, dipendenti e attrezzature.

Come risulta dall'allegato confronto con il bando-tipo, i requisiti di qualificazione subiscono un drastico abbassamento.

Per l'importo illimitato, questo ridimensionamento è ancora più evidente se si considera che un appalto da 40 miliardi non si distingue da un appalto da 400 miliardi, quanto a livello dei requisiti.

Va, poi, sottolineata la "scomparsa" del bando-tipo, come emerge dal principio sancito nell'art. 1, ai sensi del quale è interdetto alle Amministrazioni qualsiasi iniziativa in ordine alla qualificazione delle imprese.

Il Ministero dei Lavori Pubblici sostiene che il bando-tipo è confluito nel regolamento, ma l'affermazione non è persuasiva.

Diversamente dal Regolamento, il bando-tipo è fondato su due pilastri:

- a) la qualificazione è affidata alle singole Stazioni appaltanti;
- b) i requisiti sono ragguagliati all'importo a base d'asta.

Tutto questo è assente nel Regolamento, ma, soprattutto, è destinato a riverberarsi negativamente sulle gare bandite dal 1° gennaio 2000, dal momento che le Amministrazioni si troveranno di fronte al bivio se prescindere oppure no

dalle prescrizioni del DPCM 55/1991, che, com'è noto, è disposizione che, grazie all'art. 3 della legge-quadro, ricopre un rango per così dire superiore, essendo emanazione della legge antimafia.

In funzione proprio di questo rapporto con il bando-tipo, il Regolamento presenta profili di illegittimità anche con riferimento allo stesso art. 8 della legge-quadro.

Tale disposizione, infatti, non autorizza assolutamente la soluzione delineata nel Regolamento.

Si vuol dire che nell'art. 8 non vi è alcuna previsione esplicita circa un rapporto tra SOA e imprese.

Il c. 3 dell'art. 8 stabilisce che il sistema di qualificazione è attuato da organismi di diritto privato, i quali attestano l'esistenza una serie di cose nei soggetti qualificati.

Nella lett. b) del c. 3, si fissa il divieto per lo stesso soggetto (certificatore e attestatore) di svolgere sia i compiti di certificazione sia di attestazione.

Nella lett. f), si parla di tariffe.

Sulla base di questi dati testuali, si potrebbe, con qualche sforzo, costruire un sistema come quello delineato nel Regolamento.

Senonché, il sistema non può essere avulso dai principi e dal contesto legislativo in cui si colloca.

Prima di accettare l'opzione SOA-Impresa, occorre verificare se l'altra possibilità, cioè rapporto SOA-Stazioni appaltanti non sia più coerente con l'ordinamento.

Gli elementi da tenere presenti sono i seguenti.

In primo luogo, il fatto che la qualificazione delle imprese è un attributo del committente.

Non c'è Paese al mondo dove questo principio non sia attuato.

Le Direttive comunitarie si basano su questa regola.

E tutto questo si spiega con l'ovvia considerazione che "il mio contraente me lo scelgo io".

Questo principio in alcuni ordinamenti viene derogato, stabilendosi che la qualificazione è realizzata da un organismo centralizzato.

E' il caso del nostro Albo, di quello belga e di tutti gli altri albi esistenti in Europa.

La ragione di questa centralizzazione è quella di assicurare uniformità di comportamento.

Nei sistemi affidati alle singole stazioni appaltanti, può accadere che per lavori identici, la stessa impresa venga giudicata idonea da un committente e inidonea da un altro.

Quel che resta fermo, però, è che la centralizzazione è sempre affidata ad organismi pubblici.

E qui, alcune prime conclusioni si possono già formulare.

Il sistema SOA non ha né i pregi del sistema centralizzato, perché ogni SOA si comporterà diversamente dalle altre; ma non ha nemmeno

I vantaggi dei sistemi affidati alle singole stazioni appaltanti, perché manca il controllo dei concorrenti.

Il sistema SOA contrasta con diversi principi: quello dell'attribuzione della competenza ai singoli committenti o comunque a organismi pubblici;

l'uniformità di comportamento (cioè: come si verificano i requisiti fissati dal Regolamento); il controllo di concorrenti.

Ma, il sistema SOA contrasta anche con il contesto legislativo dei lavori pubblici.

Come si è detto, la qualificazione è attualmente basata sul binomio Albo-bando tipo.

L'Albo sarà stato abolito a far data dal 1° gennaio 2000.

Il bando-tipo è invece sopravvissuto, anche perché essendo emanazione della normativa antimafia è "norma regolatrice" di principio, come prescrive l'art. 3, c. 2.

Ebbene, il bando-tipo è basato sui due principi prima richiamati.

Tutto questo è andato perduto nello schema di regolamento, il quale, per ciò, si presenta difforme dal contesto legislativo in cui si colloca.

Non va poi dimenticato che, se il nuovo sistema dovesse entrare in vigore il 1° gennaio 2000, le imprese di nuova costituzione non potrebbero operare fino all'istituzione delle SOA, perché il Comitato centrale e quelli regionali chiudono i battenti il 31 dicembre 1999.

Inoltre, le imprese che volessero iscriversi in categorie e importi in cui hanno maturato esperienze, restano congelate allo status quo del 31 dicembre 1999.

Questo lungo preambolo è apparso necessario, considerato l'avvicinarsi della scadenza del 31 dicembre 1999.

La legge-quadro, tuttavia, continua a presentare zone d'ombra, che accentuano il rischio di contenzioso, per i problemi applicativi che ne derivano.

Senza voler affrontare tutte le questioni interpretative che malgrado sia trascorso un anno ancora residuano, una serie di problemi meritano di essere esaminati.

Nell'ordine degli articoli, il primo riguarda i contratti misti di lavori e forniture o di lavori e servizi.

Il tema si ricollega alle norme del T.U. 358/1992 e succ. modif., e al D. Lgs. 157/1995.

Com'è noto, l'art. 1 sulle forniture e l'art. 3, c. 3, sui servizi risolvono il problema dei contratti misti con un criterio per così dire qualitativo: tali appalti restano, cioè, di fornitura o di servizi anche se l'importo dell'installazione o dei lavori accessori dovesse superare l'ammontare di forniture e servizi.

La modifica introdotta dall'art. 2, comma 1, sovverte questo criterio, con la conseguenza che, se un appalto è di fornitura o di servizi, ricade nella legge-quadro per il solo fatto che l'incidenza dei lavori eccede il 50%.

Il rischio è che i relativi contratti vengano sottratti all'applicazione delle Direttive comunitarie, con riflessi evidenti sulle procedure di gara, che, tanto per citare soltanto due profili, non vengono pubblicizzate, a livello comunitario, quando l'importo supera i 200 mila ECU, e vengono aggiudicate con un meccanismo anti-comunitario qual'è l'esclusione automatica delle offerte anomale.

Un'altra norma che sta dando luogo ad un'applicazione problematica è l'art. 10, c. 1-quater, riguardante il controllo a campione.

Le questioni che sono insorte riguardano la possibilità di aprire le buste con le offerte prima di ricevere la prova delle dichiarazioni rese dai sorteggiati.

La finalità di questo modo di procedere è di evitare accuse di manomissioni delle buste durante i dieci giorni assegnati.

Senonché, così operando il rischio è di indurre i concorrenti ad alterare l'esito della gara.

Il secondo problema è se sia possibile incamerare la cauzione provvisoria ove dovesse risultare una inadempienza in materia dei contributi sociali o di imposte e tasse.

Senonché, li comma 1-quater si riferisce esclusivamente ai requisiti di qualificazione, ed è quindi interdetto estendere la norma oltre i casi previsti, trattandosi di disposizione sanzionatoria ed eccezionale, vista la funzione della cauzione provvisoria, che è quella di garantire la P. A. contro l'aggiudicatario renitente alla stipulazione del contratto.

E' poi chiaro che, se i concorrenti sono soltanto due, la procedura può essere spostata alla fase successiva all'aggiudicazione, perché in tal modo si riducono i tempi procedurali senza intaccare le garanzie della P. A..

A proposito dei raggruppamenti di imprese, è da segnalare l'importante innovazione, che ha allineato la disciplina dei lavori pubblici a quella delle forniture e dei servizi, nei quali già non era necessario in sede di gara formalizzare la delega al mandatario.

Quanto al comma 5bis, che sembra vietare le modificazioni soltanto con riferimento alle associazioni temporanee e ai consorzi, e non anche alle imprese singole, si tratta di un lapsus legislativo, che non significa abrogazione della norma antimafia contenuta nell'art. 19 della legge 55/1990. Così come deve ritenersi riferito a tale comma 5-bis, la sanzione prevista nell'art. 13, comma 6, come si ricava proprio dal suddetto art. 19.

A proposito della progettazione, va ricordata la soluzione data alla scelta del progettista dall'art. 17 della legge-quadro.

Il carattere fiduciario che in precedenza improntava il rapporto P. A. – progettista è sopravvissuto soltanto per gli incarichi di importo inferiore a 40 mila ECU.

Per quelli di ammontare superiore il sistema di scelta è concorsuale.

A questo proposito, è da ricordare che la Direttiva 50, trasposta nel D.Lgs. 157/1995, sembra indicare, per questo tipo di servizi, una procedura che non è quella tradizionale: il concorso di progettazione.

La scelta comunitaria ha una sua ragion d'essere nella difficoltà di utilizzare i sistemi di contrattazione dei pubblici incanti o della licitazione privata.

Questi sono caratterizzati dal fatto che l'offerta economica è possibile in quanto esiste la descrizione del bene da costruire (lavori) o da fornire (forniture) o da compiere (servizi).

Ma, quando il bene da produrre non è predeterminato perché è proprio quello che dovrebbe fungere da termine di paragone dell'offerta, allora i sistemi di contrattazione tradizionali non sono utilizzabili.

L'aggiudicazione avverrebbe infatti al buio, essendo indeterminato l'oggetto del contratto. Il rischio sarebbe quello di ricevere dal contraente un bene (il progetto) che non risponde alle esigenze del committente e che tuttavia questo non può rifiutare non potendo eccepirne la diversità da un termine di confronto definito, che manca.

Per motivi analoghi, anche l'appalto-concorso si presentava di difficile utilizzabilità, visto che all'esito della gara o la P. A. accetta il progetto e non v'è luogo a contratto o lo rifiuta, con motivazione tanto più discrezionali quanto meno era determinata l'indicazione del bene richiesto.

Per questi motivi, la Comunità aveva concepito un sistema di contrattazione a formazione progressiva.

Il concorso di progettazione è infatti una procedura non già di aggiudicazione, ma di individuazione delle idee più interessanti, con le quali aprire una successiva trattativa privata.

Tutto questo è parzialmente scomparso nell'art. 17, che circoscrive il ricorso del sistema previsto dall'art. 25 del D.Lgs. 157/1995 ad ipotesi particolari.

Lo stesso appalto integrato è utilizzabile soltanto in casi limitati, mentre nel diritto comunitario è un sistema adottabile in maniera generalizzata.

Si tratta di un importante sistema di politica amministrativa, perché previene le contestazioni con le imprese, responsabili in prima persona del progetto, senza incontrare i costi dell'appalto-concorso.

Sulla trattativa privata, i profili problematici riguardano la let. c) dell'art. 24 e l'ultimo comma.

A proposito dei lavori di restauro e manutenzione di beni mobili e di superfici architettoniche decorate, va rilevata la liberalizzazione attuata dal legislatore.

Per queste tipologie di lavori, non è previsto alcun limite per l'adozione della trattativa privata.

I presupposti tradizionali (urgenza, gare deserte, speciali ed eccezionali circostanze, lavori simili, opere complementari) non valgono per questo tipo di lavori.

La semplice circostanza che si tratti di quelle attività consente la negoziazione diretta.

L'altro aspetto da mettere in evidenza riguarda l'ultimo comma: il caso, cioè dell'"altro lotto" che non può essere affidato a trattativa privata se il primo lotto funzionale sia stato attribuito con questo sistema.

La questione che si è posta è se sia possibile affidare l'"altro lotto" allorché, invece, il primo lavoro sia stato aggiudicato attraverso gara.

La risposta implica un esame del rapporto fra il settimo e il primo comma.

Non v'è dubbio che le due norme non combacino perfettamente. Non si capisce se il divieto abbia voluto colpire il sistema di contrattazione o l'impresa esecutrice del primo lotto funzionale. Nel primo caso, si arriva alla conclusione paradossale, che se un primo lotto funzionale sia stato affidato a trattativa privata, per diserzione della gara, non si può procedere per trattativa se sopraggiungono motivi di calamità naturale.

In ogni caso, il comma 7 non riguarda la lett. c) del comma 1.

Di fronte a queste discrepanze, la conclusione che se ne può trarre è nel senso dell'autonomia dell'ultimo comma, il quale va inteso anche come autorizzatorio a proseguire il rapporto se il primo lotto funzionale sia stato affidato attraverso gara.

Altro argomento di grande rilevanza pratica, disciplinato dalla legge-quadro in maniera assolutamente innovativa è quello delle varianti (art. 25).

Diversamente dalla precedente normativa, la legge 109 ha fissato i presupposti in presenza dei quali è possibile ricorrere alle varianti. Se, per ciò, mancano le condizioni elencate nell'art. 25, non è consentito variare i progetti.

Non è questa la sede per affrontare nel dettaglio tutti i problemi applicativi suscitati dalla disposizione.

E' sufficiente sottolineare che la norma contempla due tipi di varianti: quelle del comma 1 e quelle del comma 3.

La differenza tra i due paragrafi è quantitativa, nel senso che le varianti dei comma 3 debbono essere contenute entro limiti predeterminati (variazioni "interne" nell'ambito del 10% e del 5%, ma senza aumento di importo; varianti che possono eccedere l'ammontare del contratto, ma non oltre il 5%); mentre per quelle del comma 1 non sembra esservi più alcun tetto.

L'altra differenza è che quelle del comma 3, prima parte, non sono condizionate dalla presenza di particolari presupposti; a differenza di quelle del comma 1.

Ancora: per quelle del comma 3, seconda parte, le circostanze sopravvenute permettono varianti nell'esclusivo interesse della P. A.; mentre quelle della lett. a) del comma 1, sono nell'interesse dell'esecuzione a regola d'arte dei lavori.

L'altra sottolineatura concerne l'introduzione di presupposti che adombrano, come nel caso appena visto, varianti necessarie, analogamente all'art. 1660 del Codice civile. Varianti, cioè, che lo stesso appaltatore è autorizzato a chiedere di introdurre.

Infine, a proposito della risoluzione del contratto ex comma 5, bisogna valutare se la norma si applichi anche nel caso di difetti progettuali (lett. d) del comma 1), considerata l'eventualità di progetti predisposti dalla stessa impresa, a seguito di appalto-concorso o di appalto integrato.

L'ultima notazione non può non riguardare il subappalto. L'art. 34 (rectius, l'art. 18 della legge antimafia) ha subito un'ennesima modifica che, mentre ha alleggerito l'impostazione della Merloni-bis, ha creato un problema applicativo con cui molte P. A. già stanno facendo i conti.

Si fa riferimento ai comma 12 dell'art. 18.

Questo stabilisce che "Ai fini del presente articolo è considerato subappalto qualsiasi contratto in cui ricorrano due condizioni: 1) importo superiore al 2% o comunque a 100 mila ECU, 2) incidenza della mano d'opera superiore al 50%.

Questo vuol dire che, se un subcontratto con tutte le caratteristiche del subappalto, abbia un'incidenza di mano d'opera inferiore ai 50%, non si è più in presenza di subappalto "ai fini del presente articolo", cioè ai fini della categoria prevalente, dell'autorizzazione, etc.

Si tratta di una conclusione paradossale, a cui, però, non si può sfuggire, dato il tenore del comma 12.

In conclusione, con l'applicazione pratica sfumano i primi problemi applicativi, come quello della determinazione delle "ali" nelle offerte anomale; mentre si presentano nuove questioni che il Regolamento Generale potrebbe risolvere normativamente.

Ma, il problema dei problemi resta quello della qualificazione anche perché le P. A. lanciano in questi giorni gare che saranno celebrate nei 2000.