

La valutazione delle politiche pubbliche in materia di infrastrutture*

NOVE PROPOSTE EMERGENTI DALLA VALUTAZIONE DELLE POLITICHE PUBBLICHE IN MATERIA DI INFRASTRUTTURE

I) Proposte sul “metodo nel governare”

L'esercizio di valutazione svolto su due istituti del Codice dei contratti pubblici da un gruppo di ricerca appositamente costituito all'interno dell'Osservatorio “Infrastrutture e competitività 2013” ha consentito di sperimentare una metodologia applicata a livello europeo per la legislazione sul mercato interno e dimostrare che il “metodo nel governare” (Cassese, 2013) può e deve essere aggiornato. Prima di ogni nuova riforma del settore delle infrastrutture occorre svolgere una manutenzione della regolazione di settore, valutando l'impatto e le conseguenze delle riforme adottate nel corso degli ultimi anni. Ma per fare questo occorre investire sulla modifica di una serie di condizioni di contesto come quelle illustrate di seguito.

Proposta 1: *Valutare prima, regolare poi*

Occorre, in primo luogo, far uscire la Verifica di impatto della regolazione (VIR) dal cono d'ombra legislativo (anche se una novella legislativa del 2012 sembra andare nella giusta direzione) e culturale dell'Analisi di Impatto della Regolazione (AIR) e concentrare la valutazione sulle regolazioni più importanti per lo sviluppo e la crescita. Per far questo sarà necessario potenziare il Servizio analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per trasformarlo in una sorta di “cabina di regia” delle attività di comunicazione e valu-

* Relazione del gruppo di ricerca diretto da C. Iaione. Ricercatori: M. Di Giandomenico, G.F. Fidone, S. Gentiloni, C. Giorgiantonio e Z. Rinella. Il lavoro è frutto di una riflessione ed elaborazione comune, in particolare il paragrafo 4. C. Iaione ha redatto i paragrafi 1, 2 e 3. M. Di Giandomenico ha redatto il paragrafo 3.1.4. S. Gentiloni e G.F. Fidone hanno redatto il paragrafo 3.2.4; Z. Rinella ha redatto i paragrafi 3.1.1., 3.2.1. e 3.2.3.; C. Giorgiantonio ha redatto i paragrafi 3.1.2., 3.1.3., 3.2.2. C. Giorgiantonio fa parte della Banca d'Italia – Servizio Studi di struttura economica e finanziaria e Z. Rinella è consigliere parlamentare presso il Servizio Studi della Camera dei deputati. Le opinioni espresse rimangono, in ogni caso, di esclusiva responsabilità delle autrici e non impegnano in alcun modo le rispettive istituzioni di appartenenza. Il gruppo di ricerca si è avvalso della collaborazione e dei contributi di diversi interlocutori e ha elaborato una griglia di valutazione per avviare una procedura di consultazione fra diversi portatori di interesse. In particolare, hanno partecipato ai lavori del gruppo e prodotto contributi nell'ambito della consultazione: S. De Marinis (AGI), L.L. Conforti, F.M. Mattei, M. Persichetti, A. Stefanoni, D. Tornusciolo (ANAS), R. Bocognani, L. Gentili, F. Ottavi, (ANCE), M. Mingrone, D. Scalera (ANCPL-Legacoop), A. Gagliardi, M. Marchesini (Autostrade per l'Italia). Nell'ambito della procedura di consultazione S. De Marinis ha coordinato un gruppo di lavoro sull'offerta economicamente più vantaggiosa; F. Ottavi ha coordinato un gruppo di lavoro sull'accordo bonario. Hanno, inoltre, partecipato alle attività di ricerca C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik per l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, producendo un contributo che contiene opinioni espresse a titolo personale e non impegna in alcun modo l'amministrazione di appartenenza.

tazione, nonché delle politiche di trasparenza in materia di regolazione pubblica. In particolare, a tale struttura si dovrebbe pertanto assegnare il compito di formare, affiancare, assistere in maniera continua tutte le amministrazioni pubbliche obbligate o disponibili a svolgere attività di valutazione della regolazione. Occorre, infine, insistere e dedicare ancor maggiori energie a un'azione di comunicazione propriamente intesa in materia di valutazione. In altri termini, la predetta cabina di regia dovrebbe dedicare molta parte delle proprie energie alla diffusione della cultura empirica della valutazione tra le pubbliche amministrazioni mediante elaborazione di linee-guida, manuali d'istruzione, predisposizione di "cassette degli strumenti" di valutazione, standardizzazione di tecniche e metodologie di valutazione, scambio di buone prassi¹. Infine, occorre passare da un'impostazione generalista a un'ottica selettiva, che concentri gli sforzi di valutazione sui settori e le regolazioni maggiormente incidenti e funzionali ai fini della crescita e dello sviluppo.

Proposta 2: Disciplinare, organizzare e aprire una consultazione sulla smart regulation dei contratti pubblici

La materia dei contratti pubblici, come molti dei "settori ordinamentali strategici per politiche normative più marcatamente segnate da obiettivi di sviluppo e crescita"², è stata interessata, soprattutto negli ultimi due anni, da un consistente numero di modifiche che hanno inciso – in modo talvolta frammentario – sulla normativa vigente.

Prima di procedere a ulteriori modifiche di una disciplina già caratterizzata da una forte "instabilità" normativa, appare opportuno avviare una fase di consultazione sul Codice dei contratti pubblici – aperta a soggetti pubblici e privati operanti nel settore – al fine di acquisire elementi di informazione e di valutazione su una serie di questioni cruciali nella materia dei contratti pubblici, nonché sull'attuazione di alcune recenti innovazioni.

La consultazione appare tanto più opportuna in vista del futuro recepimento delle proposte di direttiva in materia di appalti pubblici e concessioni, all'esame delle Istituzioni europee. Le nuove direttive, infatti, sono volte a perseguire la maggiore efficienza della spesa pubblica e a rafforzare la concorrenza. La modernizzazione degli appalti pubblici, anche attraverso il loro utilizzo strategico in risposta agli obiettivi della Strategia Europa 2020, si basa sulla necessità di semplificazione della normativa europea e di flessibilità degli istituti in essa previsti.

Le finalità e il nuovo approccio alla base delle proposte di direttiva rappresentano, al di là del recepimento puntuale di alcune norme, un'occasione per semplificare la normativa italiana e per un suo riordino, anche al fine di risolvere alcune criticità che permangono a livello nazionale.

1 Sembra andare in questa direzione il "Progetto POAT-DAGL", diretto ad attivare un processo di *capacity building* e a diffondere competenze, conoscenze e prassi in materia di semplificazione e qualità della regolazione, anche attraverso la creazione di un *network* dei soggetti, laboratori di sperimentazione, attività di supporto specifico alle amministrazioni, scambio di buone pratiche, approfondimento congiunto di problematiche e prassi operative.

2 V. *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) – Anno 2011*, p. 42.

Dal punto di vista metodologico, la consultazione potrebbe svolgersi attraverso la raccolta di risposte a un questionario, analogamente a quanto avvenuto a livello europeo con il Libro verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici. Gli esiti della consultazione confluirebbero in una valutazione di impatto sulla disciplina italiana degli appalti e delle concessioni.

Proposta 3: Assicurare la trasparenza e l'accessibilità delle informazioni

È necessaria una maggiore trasparenza e accessibilità delle informazioni relative all'affidamento e all'esecuzione dei lavori pubblici. Infatti, le basi informative attualmente esistenti in Italia sono carenti e – in molti casi – limitatamente accessibili: ciò comporta gravi limiti nell'analisi della performance del sistema degli appalti pubblici, nonché nell'individuazione delle aree di maggiore inefficienza.

In primo luogo, sarebbe auspicabile intervenire sul processo di raccolta dei dati relativi agli appalti pubblici, introducendo: i) un sistema di incentivi e sanzioni più adeguato ed effettivo³ per le comunicazioni erranee o incomplete da parte delle stazioni appaltanti e degli Osservatori regionali; ii) l'obbligo per l'AVCP di rendere pubblici – con scadenza regolare – gli esiti del monitoraggio sulla completezza della BDNCP e delle sanzioni intraprese contro stazioni appaltanti e Osservatori regionali inadempienti. Come già segnalato, miglioramenti – in tal senso – dovrebbero essere recati dall'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 35, della legge anticorruzione, che – tra le altre cose – inasprisce le sanzioni in caso di inadempimento degli obblighi informativi da parte delle stazioni appaltanti e stabilisce che l'AVCP comunichi – entro il 30 aprile di ogni anno – alla Corte dei Conti la lista delle Amministrazioni che non si sono conformate a tali obblighi.

Sarebbe, altresì, importante – anche sulla scorta di alcune virtuose esperienze straniere⁴ – assicurare una maggiore accessibilità a tali informazioni: in questo modo, infatti, ogni cittadino potrebbe – almeno potenzialmente – monitorare l'operato della P.A. Un primo passo in questa direzione è stato realizzato con la creazione del già menzionato Portale Trasparenza, al fine di rendere pubbliche le informazioni comunicate dalle stazioni appaltanti all'AVCP ai sensi dell'art. 7, comma 8, lett. a) e b), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (tale Portale ha – però – ad oggetto le sole gare bandite a partire dal 1° gennaio 2011)⁵.

Nel contempo, sarebbe necessaria l'implementazione di misure relative ai costi standard (intesi come benchmark cui rapportare i costi sostenuti dalle singole amministrazioni), in modo da evitare o, almeno, circoscrivere fortemente il rischio che una P.A. virtuosa sia sanzionata laddove paghi prezzi più elevati della media, assicurando – però – contemporaneamente superiori livelli qualitativi, tali da giustificare l'aumento dei costi.

3 Si consideri, infatti, che l'art. 7 del Codice già contempla sanzioni pecuniarie per la mancata o incompleta trasmissione dei dati. Presumibilmente, pertanto, le maggiori difficoltà si riscontrano in merito al controllo e all'applicazione delle sanzioni.

4 In tal senso utili insegnamenti possono trarsi dalle esperienze degli Stati Uniti e del Regno Unito, dove sono state intraprese iniziative volte a rendere accessibili i dati sugli appalti pubblici. I siti web data.gov e data.gov.uk mettono ogni cittadino in grado di acquisire informazioni su ogni singolo appalto: ad esempio, la tipologia di stazione appaltante, il prezzo di aggiudicazione, l'identità dell'impresa aggiudicataria.

5 Anche sotto questo profilo, alcuni miglioramenti dovrebbero essere recati dal decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 35, della legge anticorruzione, che – fra le altre cose – impone obblighi di pubblicità direttamente in capo alle singole stazioni appaltanti.

II) Proposte sugli istituti oggetto di valutazione

L'esercizio di valutazione condotto da un gruppo di ricerca interno all'Osservatorio ha consentito di acquisire elementi di informazione e di valutazione in ordine all'attuazione degli istituti esaminati, che consentono di elaborare alcune proposte per modificare gli istituti medesimi al fine di migliorarne l'efficienza e l'efficacia.

Proposte sull'offerta economicamente più vantaggiosa

Proposta 4: Maggiore trasparenza sui criteri motivazionali

Per favorire maggiore trasparenza in fase di gara, sarebbe auspicabile un intervento legislativo teso a chiarire che, come già previsto (ex art. 83, comma 4, del Codice) per i “sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi”, anche i cosiddetti “criteri motivazionali” siano indicati in sede di bando. L'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria, oltre che della stessa AVCP, sembra convergere in questa direzione. Il legislatore potrebbe codificare tale orientamento, per garantire maggiore certezza del diritto.

Proposta 5: Semplificare lo strumento

Sul piano operativo si riscontra la necessità di semplificare l'applicazione dell'istituto, la cui complessità non è sempre proporzionata alle competenze delle singole amministrazioni e coerente con le finalità a esso sottese.

Infatti, l'analisi condotta ha mostrato come, tra i vari metodi di calcolo possibili per aggregare i punteggi, le amministrazioni usino – di preferenza – quello più semplice (c.d. aggregativo compensatore). Tale risultato, da un lato, può essere letto come segnale di un *gap* culturale delle stazioni appaltanti, che preferiscono non applicare gli altri metodi data la loro maggiore complessità; dall'altro, conduce – però – a effetti complessivamente positivi, considerato che tale metodo aumenta la trasparenza e permette che il prezzo entri linearmente nella formula. Si evitano così le distorsioni che sarebbero associate a criteri “endogeni”, nei quali il punteggio di un'offerta è definito in funzione di una qualche statistica (spesso la media) di tutte le offerte. In più, esso permette di contenere il lavoro – e quindi il costo – e la discrezionalità della commissione aggiudicatrice.

Alla luce di tali valutazioni, se resta in ogni caso fondamentale investire nella formazione e qualificazione dell'operatore pubblico, mettendolo nelle condizioni di utilizzare al meglio la pluralità di strumenti che l'ordinamento predispone, è altrettanto importante che il livello di complessità di tali strumenti sia proporzionato e coerente rispetto all'obiettivo di assicurare la selezione dell'offerta effettivamente più competitiva e – quindi – il migliore funzionamento del sistema degli appalti pubblici. Sempre nell'ottica di introdurre un criterio di proporzionalità, potrebbe valutarsi l'inserimento di una soglia minima per la facoltà di scelta di questo criterio di aggiudicazione in considerazione della complessità e onerosità che la sua applicazione comporta.

Proposta 6: *Orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa*

Altra criticità riscontrata risiede nell'uso non sempre adeguato della discrezionalità amministrativa propria dell'istituto. Relativamente all'eccesso di discrezionalità – che può caratterizzare tale modalità di aggiudicazione rispetto al criterio del prezzo più basso – una soluzione sembra essere quella di investire sull'adozione di “linee guida”, in maniera analoga a quanto è stato fatto in materia di c.d. Bandi Tipo o dichiarazioni sostitutive. Rispetto a tali esperienze occorre aggiungere la garanzia, anche attraverso idonea copertura normativa, di un'effettiva applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti di dette “linee”. La razionalizzazione delle funzioni di committenza e la riduzione del numero delle stazioni appaltanti potrebbe contribuire a dare uniformità a queste scelte e a questi comportamenti, oltre che reale efficacia all'istituto.

L'esito cui conduce l'applicazione dell'OEPV, poi, non appare sempre coerente con la sua vocazione tesa ad ampliare il ventaglio delle soluzioni tecniche a disposizione o per elevare la qualità tecnica delle soluzioni individuate, anche in funzione dei processi produttivi da adottarsi. Infatti, sembra emergere, soprattutto di recente, una prassi applicativa dell'OEPV non incline a valorizzare effettivamente l'apporto propositivo e di miglioramento tecnico-qualitativo del progetto, bensì suscettibile di privilegiare gli aspetti di natura economico-quantitativa. Un approfondimento dell'analisi volta ad acquisire una più robusta base di dati conoscitivi su questa tendenza potrebbe determinare la necessità di apportare una serie di correttivi anche sotto questo profilo.

III) Proposte sull'accordo bonario

Proposta 7: *Razionalizzare le tempistiche della procedura di accordo bonario*

All'esito della consultazione e dell'esercizio di valutazione, è emerso che un profilo di intervento potrebbe essere individuato nel trovare forme per garantire tempistiche certe per l'espletamento della procedura. In tale ambito, una linea di possibile intervento potrebbe essere rappresentata dall'armonizzazione delle tempistiche dettate dal legislatore per l'espletamento della procedura ex art. 240 con le attività delle Commissioni di Collaudo, le quali debbono esprimersi anche in merito alle riserve. Ciò al fine di agevolare un'ipotesi condivisa di definizione della procedura.

Proposta 8: *Supporto al RUP*

Al fine di dotare il RUP del necessario supporto qualificato per l'espletamento dell'incarico affidato, soprattutto per gli appalti di importo inferiore ai 10 milioni di euro per i quali la costituzione della commissione tecnica contemplata dall'art. 240 del Codice è facoltativa, e anche al fine di rispettare le predette tempistiche, un'ulteriore linea di intervento potrebbe essere quella di affiancare al RUP nell'analizzare le riserve e nel formulare la proposta finale di accordo strutture tecnicamente specializzate e attrezzate poste al servizio della funzione di committenza, appositamente

create nell'ambito di un più ampio processo di razionalizzazione della funzione di committenza e aggregazione delle stazioni appaltanti⁶.

Proposta 9: Ampliare l'uso dell'accordo bonario

Sulla base di quanto emerso in sede di valutazione, si potrebbero valutare misure volte a migliorarne l'efficacia e ad ampliarne l'utilizzo. Ad esempio, potrebbe essere oggetto di ulteriore approfondimento la possibilità di estendere l'obbligo di nomina della commissione tecnica agli appalti di importo inferiore a 10 milioni di euro, così come l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della procedura di accordo bonario. Per gli appalti di importo pari o superiore a alla soglia dei dieci milioni, occorrerebbe invece valutare la possibilità di rendere vincolanti le determinazioni assunte dalla predetta commissione. In alternativa, analogamente a quanto proposto per gli appalti di importo inferiore alla soglia predetta, potrebbe valutarsi la soluzione di accentrare sul RUP, adeguatamente supportato da una struttura tecnico-legale istituita all'interno di un soggetto deputato all'esercizio associato delle funzioni di committenza, il potere di definire in maniera vincolante la procedura in esame.

6 Sul tema della aggregazione delle stazioni appaltanti si rinvia, in questo Rapporto, al capitolo *Fase propedeutica all'affidamento ed esecuzione delle opere pubbliche* e al contributo di Paolo Urbani, *Proposte in materia di razionalizzazione ed economicità a livello regionale/locale nell'affidamento di lavori tramite evidenza pubblica*.

PREMESSA

Il legame Negli ultimi anni il dibattito sulle politiche pubbliche, e in particolare quello sulla regolazione dell'economia, si è progressivamente polarizzato. Ci si è concentrati per lo più su parole d'ordine, contrapposizioni ideologiche e affermazioni di principio. Si è gradualmente slegata la discussione da valutazioni oggettive, evidenze empiriche e misurazioni quantitative statisticamente attendibili. Questo atteggiamento ha impedito che le politiche e le regolazioni pubbliche fossero empiricamente fondate, che si riconoscesse l'incomprimibile margine di incertezza che si accompagna a qualunque opera di regolazione e ha ostacolato una ragionevole composizione dei diversi interessi in gioco.

Più o meno con queste parole, Cass Sunstein, studioso americano della regolazione e direttore dell'Office of Information and Regulatory Affairs (OIRA), istituito nell'ambito dell'Office of Management and Budget (OMB) posto alle dirette dipendenze del Presidente degli Stati Uniti di America, apre una nota dal titolo "*Regulation in an Uncertain World*"⁷. E nel farlo Sunstein decide di citare *Moneyball*. Il libro di Michael Lewis racconta la storia di un allenatore di *baseball* il quale, dopo aver deciso di lavorare alla composizione della squadra avvalendosi della collaborazione di un giovane statistico anziché della "saggezza convenzionale" di *talent scouts*, ha trasformato il modo di interpretare il gioco del *baseball* sostituendo statistiche e dati empirici a dogmi consolidati, intuizioni e giudizi basati su aneddoti dei singoli scopritori di talenti. Gli studiosi americani della regolazione, secondo Sunstein, si sono comportati finora come quei *talent scouts*. I sistemi regolatori hanno invece bisogno di "*game changers*" che valutino quali regole potrebbero funzionare prima di essere messe alla prova dei fatti e che testino quelle stesse regole dopo l'impatto con la realtà dei fatti.

Anche in Italia la "saggezza convenzionale" si è del tutto affrancata da una verifica empirica e dall'analisi dei mutamenti in atto. Proprio per colmare il medesimo *gap*, Sunstein segnala che l'azione dell'OIRA si è mossa negli ultimi anni in due nuove direzioni.

La prima è quella che Sunstein definisce il "*regulatory lookback*" (i.e. la "retrospezione regolatoria") per promuovere l'analisi retrospettiva delle regole scritte, catalogare i loro effetti, snellirle o migliorarle ed eliminare quelle che non sono più giustificate. Un obiettivo importante di questa attività di retrospezione è quello di utilizzare l'analisi *ex post* per plasmare e migliorare l'analisi *ex ante*.

La seconda tendenza è rappresentata dalla fissazione di nuovi obblighi diretti a promuovere la partecipazione pubblica e l'opera di elaborazione di metodologie analitiche di tipo quantitativo, disegnati per valorizzare la conoscenza diffusa e specialistica presente nella società, utilizzando gli strumenti più raffinati per minimizzare i fattori di incertezza, promuovere misurazioni accurate e – per questa – via assicurare che la regolazione sia empiricamente giustificata alla luce di un'analisi dei costi e dei benefici da essa prodotti.

Le pagine che seguono mirano a segnalare l'esigenza che l'ordinamento italiano e, in particolare, il settore delle infrastrutture muovano esattamente in questa direzione, e quindi:

7 Cfr. C. SUNSTEIN, *Regulation in an uncertain world*, discorso pronunciato al National Academy of Sciences Government-University-Industry Roundtable Meeting del 20 giugno 2012, disponibile su <http://www.whitehouse.gov/sites/default/files/omb/inforeg/speeches/regulation-in-an-uncertain-world-06202012.pdf>

- si cominci a guardare alla legge o alle singole regolazioni come parti fondamentali, ma non esclusive, del ciclo di una (più ampia) politica pubblica, al cui interno un passaggio fondamentale è rappresentato dal momento della valutazione;
- si consideri prioritaria, rispetto all'elaborazione di qualsiasi nuova riforma legislativa e – in particolare – di quelle che incidono su settori nevralgici per il benessere dei cittadini, delle imprese e dei lavoratori, lo svolgimento di questa analisi retrospettiva;
- si inverta la logica che vede l'antioriorità temporale di analisi *ex ante* o prospettiche sull'impatto delle regolazioni rispetto ad analisi *ex post*, adottando il criterio della “*evaluate first policy*”⁸;
- si punti sulla partecipazione e sul coinvolgimento del pubblico (*i.e.* società civile, portatori di interessi, accademici, ecc.), attraverso lo svolgimento di consultazioni volte a sfruttare le conoscenze diffuse nella società;
- si dedichino maggiori energie a sviluppare conoscenza sulle tecniche e le metodologie più accurate di misurazione quantitativa dei costi e dei benefici prodotti da una determinata regolazione.

Per dimostrare tutto questo, senza cadere nelle medesime trappole ideologiche e nella mera petizione di principio, si muove qui dall'adozione di un approccio metodologico centrato su analisi e valutazione delle politiche pubbliche. Questo approccio è volto a inquadrare le singole regolazioni, e – nel caso di specie – quella sui contratti pubblici, all'interno del ciclo di una più ampia politica pubblica in materia di infrastrutture. Un passaggio fondamentale di questo ciclo, e forse anche quello principale, consiste nella valutazione *ex post* della *performance* del quadro normativo esistente. L'obiettivo ultimo di quest'approccio non è quello di giudicare la singola politica pubblica alla luce dei valori di cui chi valuta è portatore, bensì quello di fare emergere se e quanto una politica pubblica abbia raggiunto gli obiettivi dichiarati in partenza; se e quanto abbia prodotto effetti indesiderati o collaterali; se e quanto abbia comportato uno spreco di risorse; se e quanto abbia soddisfatto determinati bisogni socioeconomici piuttosto che altri; quale sia stato il grado di accettazione e – quindi – di effettività e conformità; quale sia il grado di coerenza con altre politiche pubbliche⁹.

Al fine di esemplificare le potenzialità innovative che tale approccio offre e – contemporaneamente – le criticità che esso incontra nel “metodo di governare” finora utilizzato in Italia¹⁰, si è provato a svolgere, in via sperimentale (e – quindi – necessariamente rudimentale), un concreto esercizio di valutazione.

8 Cfr. Commissione europea, Comunicazione su *EU Regulatory Fitness*, 12.12.2012, COM(2012) 746 final, p. 4.

9 Cfr. A. LA SPINA, E. ESPA, *Analisi e valutazione delle politiche pubbliche*, Bologna, 2011, p. 71.

10 Cfr. S. CASSESE, *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo nel governare*, lezione tenuta in occasione della presentazione del Rapporto 2012 – 2013 di Italiadecide, 11 gennaio 2013, p. 3, ha denunciato «primitivismo organizzativo, rudimentalità delle procedure, insufficienze del personale, scarso ricorso a tecnologie informatiche, arcaicità del disegno complessivo, suo anacronismo rispetto agli altri governi moderni».

1. Pensare, Disegnare e Valutare Politiche Pubbliche

In primo luogo, parlare di politiche pubbliche non equivale a parlare solo di leggi e regolazioni. Per converso, esse hanno sempre un fondamento giuridico e fanno leva sulla creazione di impalcature giuridiche. Ma il successo di una politica pubblica non si misura e non dipende esclusivamente dalla sua componente giuridica¹¹. Le regole prevedono condotte e queste potrebbero concretizzarsi in congegni difformi da quelli previsti o – addirittura – antitetici rispetto alle condotte prestabilite dalla prescrizione giuridica¹². La singola legge o regolazione è solo «un momento di una politica perseguita dai poteri pubblici, composta di molti atti collegati e concatenati»¹³.

Diviene, allora, importante inquadrare la regola giuridica nel ciclo di una politica pubblica intesa come insieme degli indirizzi politici calati all'interno di atti diversi (es. piani, programmi, leggi, regolazioni, direttive, progetti)¹⁴. Ora, il ciclo di *policy* si regge su un modello circolare, non rigido, in cui ogni fase conduce necessariamente alla successiva. Esso si dipana attraverso la formazione dell'agenda o *agenda setting* (di selezione delle questioni e dei problemi che richiedono un intervento pubblico), la formulazione della politica, la decisione, l'implementazione o attuazione, la valutazione *ex post* o apprendimento¹⁵. È cruciale, dunque, come per ogni politica pubblica, sottoporre le regole a processi di valutazione per apprezzarne la “qualità”, intesa come “utilità o efficacia di ciascun indirizzo politico rispetto ai bisogni e all'obiettivo”¹⁶. In altri termini, nelle democrazie moderne è ormai acquisita la consapevolezza che occorre apprestare un *management* della regolazione¹⁷. La valutazione è un'analisi *ex post* dello stato di cose susseguente all'adozione di una legge o regolazione «per verificare successivamente se e in che misura gli obiettivi voluti sono stati perseguiti e i risultati attesi sono stati raggiunti»¹⁸. Viene, a ragione, ritenuta anche una «parte importante della funzione parlamentare di controllo»¹⁹.

Infatti, le regole vengono scritte spesso per buoni motivi, poi si accumulano. E le previsioni e le motivazioni originarie che hanno condotto all'adozione di quelle regole, come di qualunque politica pubblica, potrebbero rivelarsi sbagliate. Un'analisi retrospettiva può rivelare opportunità per ridurne o, invece, espanderne la portata applicativa. La *ratio*

11 Cfr. A. LA SPINA, E. ESPA, *op. cit.*, p. 17.

12 Cfr. A. LA SPINA, E. ESPA, *op. loc. cit.*

13 Così B. DENTE, *Politiche pubbliche e pubblica amministrazione*, Rimini, 1989, che inquadra l'analisi *ex post* delle leggi nell'ambito dell'“analisi dell'attuazione delle politiche pubbliche”.

14 Cfr. S. CASSESE, *La qualità delle politiche pubbliche, ovvero del metodo nel governare*, cit., p. 2.

15 Cfr. A. LA SPINA, E. ESPA, *op. cit.*, p. 47.

16 Cfr. S. CASSESE, *op. cit.*, p. 1. In generale, di recente, sulla valutazione *ex ante* e sulla qualità delle regole v. A. NATALINI, F. SARPI, G. VESPERINI (a cura di), *L'analisi dell'impatto della regolazione. Il caso delle Autorità indipendenti*, Roma, 2012; M. DE BENEDETTO, M. MARTELLI, N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

17 Cfr. A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000, p. 103.

18 Cfr. G.U. RESCIGNO, *Tecnica legislativa*, in *Enc. giur., ad vocem*, p. 2.

19 Cfr. N. LUPO, *I profili istituzionali della valutazione delle politiche: i rapporti tra assemblea ed esecutivo*, in www.amministrazioneincammino.it, 10 gennaio 2005.

originaria potrebbe svanire, perché ciò che si giustificava un tempo, non si giustifica più anche a causa del progresso tecnologico o per i cambiamenti prodottisi in qualche altro settore dell'ordinamento. Inoltre, le regole possono produrre effetti negativi indesiderati. Esse possono dare luogo al cumulo di oneri, derivanti dalla sommatoria di regole che prese singolarmente non creano problemi, ma – considerate nel combinato disposto con altre – diventano difficili da giustificare.

Nel gennaio 2011 il governo americano con l'Executive Order 13563 "*Improving Regulation and Regulatory Review*" ha lanciato un'iniziativa che ha condotto alla raccolta di più di 500 proposte di semplificazione da parte delle diverse agenzie governative. Si stima che, da una parte soltanto di queste proposte, si possa ricavare un risparmio di almeno 10 miliardi di dollari²⁰. E, oltre al risparmio economico, si ambisce alla diffusione di un approccio culturale empirico alla regolazione, alla luce del quale le regole vengano valutate dopo che sono state scritte e la valutazione – intesa come analisi retrospettiva – discerna tra ciò che ha funzionato e ciò che non ha funzionato, anche e soprattutto al fine di migliorare l'analisi prospettica della regolazione condotta *ex ante*. Parallelamente, con l'Executive Order 13610 si è enfatizzata l'importanza di investire su processi di consultazione pubblica dei soggetti interessati e di attrezzare le amministrazioni con opportuni e sofisticati strumenti di analisi quantitativa.

Al momento in Italia sono state condotte poche valutazioni *ex post*²¹. Nel nostro ordinamento esse ricadono sotto la disciplina della "verifica di impatto della regolazione" (o "VIR") affidata alle cure del Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio (DAGL)²². La minima applicazione della valutazione *ex post* è probabilmente dovuta, tra l'altro, alle scarse risorse organizzative, economiche e umane assegnate a questa funzione, alla farraginosità della disciplina della VIR (peraltro, oggetto di una parziale modifica nel 2012 proprio per affrancarla dall'antecedenza logica e temporale della valutazione *ex ante*), oltre che al minimo supporto politico e coinvolgimento dei soggetti interessati²³. Ma è un fatto che l'anello più debole del ciclo delle politiche pubbliche italiane nel loro complesso è proprio quello della fase di valutazione *ex post*, e del ruolo che essa non gioca e dovrebbe giocare prima di ogni modifica di parti del sistema normativo particolarmente nevralgiche per lo sviluppo e la crescita²⁴.

20 Cfr. C. SUNSTEIN, *Regulation in an uncertain world*, cit., p. 3.

21 Cfr. la *Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) – Anno 2011*, presentata alla Camera dei deputati l'11 maggio 2012, p. 21, da cui risulta che finora sono state svolte quindici VIR in tutto, solo tre delle quali hanno riguardato il settore delle infrastrutture.

22 La VIR è contemplata dall'art. 14, comma 5, l. 28 novembre 2005, n. 246 (di recente modificato dall'art. 3, comma 2, del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5) e disciplinata dal d.P.C.M. 19 novembre 2009, n. 212. In dottrina il giudizio sull'efficacia di questa disciplina non è positivo: v. N. RANGONE, *La valutazione successiva delle regole*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 9, p. 916.

23 Cfr. N. RANGONE, *op. cit.*, p. 923.

24 Secondo S. CASSESE, *op. cit.*, 12-13, «quel che principalmente manca [...] è, però, il "feedback", la retroazione dell'analisi dell'attuazione sulla formulazione delle politiche. Molto numerose sono le cosiddette riforme che sono state a loro volta riformate senza una valutazione dei risultati, mentre occorrerebbe valutare una politica pubblica, prima di cambiarla. Questo manca perché non vi è dialogo tra chi amministra, chi redige le politiche e chi le sceglie e le annuncia, per un divorzio che dura da lungo tempo, in Italia, tra l'amministrare il fare politica».

2. La valutazione nel settore delle infrastrutture e la costruzione dell'esercizio di valutazione

È particolarmente importante valutare le politiche pubbliche nel settore delle infrastrutture, perché si tratta di un ambito nevralgico per la competitività economica del Paese²⁵. Ma è anche uno di quei settori per i quali, secondo il criterio suggerito dalla Comunicazione sull'*EU Regulatory fitness* del 12 dicembre 2012, esistono grandi potenzialità di semplificazione delle regole e riduzione del peso regolatorio, senza compromettere gli obiettivi di politica pubblica.

L'obiettivo dell'esercizio di valutazione condotto dal gruppo di ricerca, i cui risultati sono prodotti in queste pagine, è di natura esclusivamente metodologica. Esso è teso a far emergere alcune delle problematiche e linee di possibile sviluppo, già segnalate in premessa, che il quadro della valutazione in Italia propone, con particolare riferimento al settore delle infrastrutture. Non si intende con questo sostituirsi alle prerogative e alle competenze degli organi a ciò preposti.

Proprio per tale ragione, nella valutazione delle politiche pubbliche in materia di infrastrutture si è deciso di partire dalla valutazione della disciplina dei contratti pubblici condotta dalla Commissione europea sulle direttive del 2004. La Commissione ha, infatti, avviato un processo di riforma nel dicembre 2011, che è tuttora in corso, e in vista di ciò ha elaborato un rapporto di valutazione sulla normativa comunitaria vigente²⁶. Si è, così, deciso di ripercorrere le orme della Commissione, ispirando l'esercizio al manuale per la valutazione adottato dalla Direzione Generale Mercato Interno nel 2008²⁷. In virtù di questa scelta, si è giunti alla costruzione di una griglia di valutazione centrata su sette questioni chiave (rilevanza o attualità, efficacia, efficienza, effetti distributivi, accettabilità, coerenza con altre politiche pubbliche, valore aggiunto della scelta legislativa). La griglia è stata successivamente utilizzata per avviare una procedura di consultazione e per raccogliere dati da operatori del settore, interlocutori qualificati e autorità competenti.

Non rientrando nelle nostre competenze, e neppure tra i nostri obiettivi, l'intenzione di avviare una valutazione a tutto campo sulla legislazione in materia di opere pubbliche, si è deciso di concentrare l'attenzione su due istituti specifici. I criteri di scelta degli istituti stabiliti *ex ante* sono stati: *i*) decisività dell'istituto rispetto al settore; *ii*) connessione con il procedimento legislativo comunitario di riforma in atto²⁸; *iii*) neutralità rispetto agli interessi di parte; *iv*) reperibilità di dati credibili; *v*) maturità di applicazione. Inoltre, si sono adottati di due sub-criteri: *i*) in primo luogo, si è deciso di selezionare un istituto per la fase di evidenza pubblica e uno relativo alla fase di esecuzione; *ii*) in subordine, uno incidente sulla formulazione dell'offerta, uno connesso ai profili relativi al possibile contenzioso tra committente pubblico e appaltatore in merito all'oggetto della prestazione.

Gli istituti prescelti alla luce dei criteri appena indicati sono stati *i*) l'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) e *ii*) l'accordo bonario.

25 Cfr. Z. RINELLA, A. TONETTI, *La valutazione delle norme sui lavori pubblici*, in *ITALIADECIDE, Infrastrutture e competitività 2012. 10 opere per la ripresa*, Roma, 2012.

26 V. la *Sintesi della valutazione dell'impatto e dell'efficacia della legislazione UE in materia di appalti pubblici*, disponibile su http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_it.pdf.

27 V. *DG MARKT Guide to Evaluating legislation*, disponibile su http://ec.europa.eu/dgs/internal_market/docs/evaluation/evaluation_guide.pdf

28 Ciò vale, in particolare, per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per il quale un emendamento approvato dalla Commissione IMCO del Parlamento europeo prospetterebbe un ricorso in via esclusiva per l'aggiudicazione delle gare.

L'offerta economicamente più vantaggiosa

La disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel Codice dei contratti pubblici

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è uno dei due criteri di selezione dell'offerta migliore nei contratti pubblici, sulla base di quanto previsto dall'art. 81, comma 1, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, d'ora in avanti Codice)²⁹, che ha puntualmente recepito la normativa europea³⁰. La direttiva 2004/18/CE³¹ ha, infatti, ammesso in via esclusiva l'applicazione del criterio del prezzo più basso e di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come risulta chiaramente dal 46° considerando. Dal medesimo considerando è ravvisabile la finalità della norma, laddove si specifica che “le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto qualità/prezzo”.

La legislazione nazionale vigente disciplina il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sia nel Codice, sia nel relativo Regolamento di attuazione ed esecuzione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207); in particolare, nel Codice, gli articoli cui fare riferimento sono 81, 83, 84 e 86³². In questa sede si considererà solo l'art. 83, dato che si tratta della disposizione sulla quale si è concentrata l'attività di valutazione, mentre le altre disposizioni verranno citate solo in quanto in stretta connessione con tale norma.

Rileva, in primo luogo, la discrezionalità nella scelta delle stazioni appaltanti in ordine ai due criteri di aggiudicazione, di cui deve essere valutata l'adeguatezza in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto³³. Le stazioni appaltanti indicano, nel bando di gara, quale dei due criteri sarà applicato per selezionare la migliore offerta (art. 81, comma 2, del Codice).

29 Il disposto del comma 1 fa salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative alla remunerazione di servizi specifici. In alcuni casi, inoltre, il Codice impone l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa: ciò vale, ad esempio, per le concessioni di lavori pubblici (art. 144, comma 1) e per il dialogo competitivo (art. 58, comma 4).

30 Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è stato introdotto nell'ordinamento italiano con la l. 8 agosto 1977, n. 584, in recepimento della direttiva n. 71/305/CE.

31 Si tratta della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi. Si ricorda che il Codice dei contratti pubblici ha recepito la predetta direttiva e anche la direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali (cosiddetti settori speciali).

32 L'art. 81 elenca i due criteri di aggiudicazione, mentre gli artt. 84 e 86 recano rispettivamente la disciplina della commissione giudicatrice, cui è demandata la valutazione, quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e dei criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse.

33 La discrezionalità nella scelta delle amministrazioni aggiudicatrici quanto all'applicazione dei due criteri, deriva dalla necessità di un adeguamento della normativa nazionale alla sentenza della Corte di giustizia europea nella causa 7 ottobre 2004 C-247-02, che proprio su tale specifica questione aveva condannato l'Italia. La l. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), che – all'art. 25 – delegava il Governo all'attuazione delle direttive n. 17 e n. 18 del 2004, tra i criteri di delega prevedeva proprio l'adeguamento alla predetta sentenza (comma 1, lettera d).

Qualora si tratti di un contratto da affidare con il criterio dell'OEPV, il bando di gara stabilisce i parametri di valutazione³⁴ dell'offerta pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto, che vengono elencati – a titolo esemplificativo – nel comma 1 dell'art. 83, sulla scorta di quanto previsto nelle direttive europee³⁵. Il prezzo diventa uno degli elementi sui quali valutare l'offerta³⁶, nel rispetto di quanto specificato in proposito dalla direttiva, al fine di individuare l'offerta che presenta il migliore rapporto qualità/prezzo.

Tra i parametri di valutazione sono incluse anche le caratteristiche ambientali, che il d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 (cosiddetto secondo correttivo) ha integrato, facendo riferimento anche al contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto (comma 1, lettera e).

Il bando di gara³⁷ elenca i parametri di valutazione precisando la ponderazione attribuita a ciascuno di essi (comma 2); al fine di ottenere tale 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 (art. 83, comma 5)³⁸. Nel caso in cui le stazioni appaltanti ritengano impossibile la ponderazione per ragioni dimostrabili, indicano nel bando e nel capitolato d'oneri l'ordine decrescente di importanza dei criteri (comma 3).

Con l'art. 1, comma 1, lettera u), del d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152 (cosiddetto terzo correttivo) è stato soppresso il terzo periodo del comma 4 dell'art. 83, al fine – esplicitato nella relazione illustrativa dello schema di decreto trasmesso al Parlamento – di “risolvere la censura comunitaria relativa ai criteri motivazionali fissati dalla commissione giudicatrice”. In tale periodo veniva, infatti, disposto che la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissasse in via generale i criteri motivazionali cui attenersi per attribuire a ciascun criterio e sub-criterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando. La norma è stata censurata³⁹ in quanto, ad avviso della Commissione europea, recava problemi di compatibilità con le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE e non garantiva il rispetto del principio di parità di trattamento.

34 Ai sensi del comma 4 dell'art. 83, 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 ad essi l'incarico di redigere i criteri, i pesi, i punteggi e le relative specificazioni, che verranno indicati nel bando di gara.

35 E segnatamente negli artt. 53 della direttiva 2004/18/CE e 55 della direttiva 2004/17/CE.

36 In precedenza, il d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 aveva – invece – attribuito preminenza al criterio del prezzo, al fine di ridurre la discrezionalità dell'amministrazione.

37 Ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo.

38 Le metodologie sono stabilite dal regolamento, distintamente per lavori, servizi e forniture e, ove occorra, con modalità semplificate per servizi e forniture. Si vedano l'art. 120 e l'allegato G del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, relativamente agli appalti di lavori. Per quanto riguarda i servizi e le forniture, si veda l'art. 283 e gli allegati M (servizi di ingegneria) e P (forniture e servizi).

39 La Commissione europea ha formulato una serie di rilievi nei confronti dell'Italia per incompleta trasposizione della normativa europea nel Codice dei contratti pubblici, con la lettera di messa in mora n. 2007/2309 e con la conseguente decisione del 30 gennaio 2008.

I dati disponibili e la loro valutazione

A differenza di altri paesi (ad esempio, gli Stati Uniti o il Regno Unito), l'Italia si caratterizza per una limitata accessibilità delle informazioni relative all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti di lavori pubblici. Infatti, la principale base informativa – rappresentata dalla Banca dati nazionale sui contratti pubblici (BDNCP) istituita presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP), cui le stazioni appaltanti, per il tramite degli Osservatori regionali, comunicano le informazioni relative all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁴⁰ – non è pubblicamente accessibile e i dati in essa contenuti sono oggetto, a livello aggregato, di pubblicazione a cadenza annuale nella Relazione curata dall'AVCP medesima. Solo quest'anno è stato attivato – dalla stessa Autorità – il primo portale degli appalti pubblici in Italia (c.d. Portale Trasparenza), al fine di rendere pubbliche le informazioni comunicate dalle stazioni appaltanti. Tuttavia, tale pubblicità è relativa alle sole gare bandite a partire dal 1° gennaio 2011⁴¹. Miglioramenti ulteriori in punto di accessibilità delle informazioni dovrebbero essere recati dall'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 35, della l. 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), che – tra le altre cose – amplia gli obblighi informativi in capo alle singole stazioni appaltanti e inasprisce le sanzioni in caso di loro inadempimento⁴².

La presente analisi, volta a fornire prime valutazioni circa il ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici, ha – pertanto – un ambito parziale, dovuto ai limiti presenti nei dati disponibili. In particolare, ci si è basati sulle informazioni contenute nella Relazione Annuale per il 2011 dell'AVCP e su alcune ela-

40 Ai sensi dell'art. 7, comma 8, lett. a) e b), del Codice. Tale Banca dati, che – per i contratti di lavori pubblici raccoglie tali informazioni a partire dal 2000 (cfr. F. Decarolis e C. Giorgiantonio, Tutela della concorrenza e rispetto delle specificità territoriali: Stato, Regioni o Enti Locali?, Banca d'Italia, mimeo, 2013) – è stata di recente rafforzata. In primo luogo, si è previsto (cfr. l'art. 20 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito nella l. 4 aprile 2012, n. 35, disposizione cui è stata data attuazione con la deliberazione dell'AVCP 20 gennaio 2012, n. 111) che – a partire dal 1° gennaio 2013 – la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia acquisita presso la BDNCP. Salvo che si tratti di requisiti tecnico-organizzativi o economico-finanziari diversi da quelli per i quali è prevista l'inclusione nella Banca dati, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verificano il possesso dei requisiti esclusivamente tramite la BDNCP. Inoltre, è stato ampliato il novero delle gare censite, riducendo da 150.000 euro a 50.000 l'importo dei contratti a partire dal quale le stazioni appaltanti sono tenute a trasmettere le informazioni (cfr. l'art. 8, comma 2-bis, del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94, che ha modificato l'art. 7, comma 8, del Codice). Si segnala, infine, come sia stata anche prevista l'istituzione dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso la stessa AVCP (cfr. l'art. 33-ter del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

41 Si segnala che – oltre alla consultazione – gli utenti hanno la possibilità di inviare via e-mail all'Autorità segnalazioni di incongruenza nei dati pubblicati, per eventualmente attivare i necessari processi di verifica per migliorarne la qualità. Il Portale Trasparenza (<http://portaletrasparenza.avcp.it/microstrategy/html/index.htm>) ottempera a quanto disposto dall'art. 8 comma 1, del d.l. 7 maggio 2012, n. 52, convertito dalla l. 6 luglio 2012, n. 94.

42 Più in dettaglio, fermi gli obblighi di pubblicità legale, si prevede che: i) ciascuna Amministrazione renda pubbliche alcune informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di lavori pubblici, servizi e forniture (in particolare, il bando integrale, la determina di aggiudicazione definitiva, la base d'asta, le modalità di selezione del contraente, i tempi di completamento dell'opera, le somme liquidate, il processo verbale di consegna dei lavori, il certificato di ultimazione dei lavori e il conto finale dei lavori stessi); ii) tali informazioni siano trasmesse in via telematica all'AVCP per la pubblicazione (anche) sul proprio sito web; iii) l'AVCP comunichi – entro il 30 aprile di ogni anno – alla Corte dei Conti la lista delle Amministrazioni che non si sono conformate agli obblighi (in caso di mancato rispetto dei nuovi obblighi sono previste sanzioni fino a 51.545 euro).

borazioni – relative al medesimo anno – fornite dall’Autorità stessa sui dati contenuti nella BDNCP. Sono stati, inoltre, oggetto di studio due specifici campioni di gare, relativi rispettivamente: *i*) ai contratti di appalto di lavori aggiudicati dall’ANAS in via definitiva dal 2007 ad oggi, di importo superiore alla soglia comunitaria; *ii*) agli appalti OG3 (infrastrutture di trasporto) aggiudicati dal luglio 2006 al dicembre 2009.

a) La Banca dati dell’AVCP.

La Tabella che segue indica, distinguendo per tipologia di affidamento (lavori, servizi e forniture), il numero e l’importo (in termini assoluti e percentuali) dei contratti di appalto aggiudicati con il criterio del prezzo più basso e con quello dell’OEPV.

Tabella 1: Appalti aggiudicati per numero e per importo in base al criterio del prezzo più basso e dell’OEPV per tipologia di affidamento nel 2011 (valori assoluti e percentuali)

	<i>Lavori</i>			<i>Servizi</i>			<i>Forniture</i>		
	<i>Valori assoluti</i>								
	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>Importo medio</i>	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>Importo medio</i>	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>Importo medio</i>
<i>Prezzo</i>	9.273	5.896.758.650	635.906	3.802	4.120.453.724	1.083.760	3.594	4.462.135.163	1.241.551
<i>OEPV</i>	1.335	2.943.159.941	2.204.614	2.453	6.993.347.711	2.850.937	2.330	3.379.994.983	1.450.642
<i>Totale</i>	10.608	8.839.918.591	833.326	6.255	11.113.801.435	1.776.787	5.924	7.842.130.146	1.323.790
	<i>Valori percentuali</i>								
	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>% prezzo</i>	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>% prezzo</i>	<i>N.</i>	<i>Importo</i>	<i>% prezzo</i>
<i>Prezzo</i>	87,42	66,71	100,00	60,78	37,08	100,00	60,67	56,90	100,00
<i>OEPV</i>	12,58	33,29	346,69	39,22	62,92	263,06	39,33	43,10	116,84

Fonte: elaborazione su dati AVCP Relazione Annuale per il 2011 di cui al Documento Allegato sub III “C. Calpoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, Il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, AVCP, 2013”. Rispetto ai dati presentati sono stati esclusi quelli per cui non è indicato il criterio di aggiudicazione.

La maggioranza degli appalti sono ancora oggi aggiudicati con il criterio del prezzo più basso: per i lavori, oltre l’87% come numero; il 67% come valore. Tuttavia, gli importi medi di aggiudicazione sono più alti (di circa 2,5 volte) per i lavori aggiudicati secondo il criterio dell’OEPV rispetto a quelli affidati con il criterio del prezzo più basso. Il ribasso di aggiudicazione risulta, in generale, maggiore per gli appalti di lavori aggiudicati con il criterio del prezzo più basso rispetto a quelli aggiudicati con l’OEPV (21,6% contro il 16,8%: cfr. Tabella 2).

Tabella 2: Lavori – Valori medi dei ribassi per classe di importo (base d'asta) – Anno 2011

Classe d'importo (base d'asta)	Ribasso di aggiudicazione (%) Criterio del prezzo più basso	Ribasso di aggiudicazione (%) Criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa	Ribasso di aggiudicazione (%) Complessivo
> 150.000 ≠ <=500.000≠	20,6	15,9	20,2
> 500.000 ≠ <= 1.000.000 ≠	23,4	16,4	22,3
> 1.000.000 ≠ <= 5.000.000 ≠	27,4	17,6	24,4
> 5.000.000 ≠ <= 15.000.000 ≠	28,2	20,2	24,8
> 15.000.000 ≠	13,8	19,1	16,4
Totale	21,6	16,8	21,1

Fonte: AVCP Relazione Annuale per il 2011.

Il fatto che gli importi medi di aggiudicazione siano più alti negli appalti aggiudicati secondo il criterio dell'OEPV, rispetto a quelli aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, sembra testimoniare un uso appropriato di tale criterio, le cui caratteristiche – anche in termini di articolazione procedurale – si adattano maggiormente agli appalti più complessi e quindi, tendenzialmente, di importo più elevato.

Tuttavia, tale lettura sembra in parte contraddetta dai dati sul ribasso medio di aggiudicazione, la cui interpretazione appare particolarmente complessa. Infatti, se il dato globale e quello relativo alle classi di importo minore appare in linea con un uso virtuoso del criterio dell'OEPV, in considerazione del fatto che la competizione – basata non solo sul parametro economico, ma anche su altri di natura sia quantitativa, sia qualitativa – dovrebbe condurre, in linea generale, a un prezzo di aggiudicazione maggiore rispetto al criterio del prezzo più basso⁴³, analizzando i ribassi per classi di importo delle gare, si osserva come – per le gare di valore maggiore (superiore a 15 milioni di euro), proprio quelle per le quali il ricorso all'OEPV dovrebbe essere più appropriato – il ribasso di aggiudicazione sia addirittura superiore nei contratti affidati con il criterio dell'OEPV, piuttosto che con quello del prezzo più basso.

43 Sempre che nel capitolato della gara da aggiudicare con il prezzo più basso non si richieda una prestazione di qualità particolarmente elevata. Si tenga, inoltre, presente che un limite di tale interpretazione è rappresentato dal fatto che il ribasso costituisce la risposta del mercato a un prezzo che è fissato da un soggetto diverso, la stazione appaltante. I criteri con cui è fissato il valore a base di gara variano da stazione appaltante a stazione appaltante. Inoltre, la natura dell'affidamento presuppone modalità di calcolo del prezzo a base di gara distinte: supponiamo di dover fissare il prezzo a base di gara per due lavorazioni (servizi), uno con un'alta componente di lavoro e l'altra che richiede maggiori quote di capitale, materie prime, ecc. Se la quantità di lavoro è data e vi sono contratti collettivi di riferimento (inderogabili), il valore a base di gara per la prima lavorazione sarà assai prossimo al prezzo di aggiudicazione, indipendentemente dal criterio di aggiudicazione utilizzato. In questo caso è ipotizzabile che il ribasso di aggiudicazione sarà inferiore per la lavorazione *labour intensive*. Tutto ciò premesso, si ritiene comunque assai probabile che, per gruppi omogenei di gare, il ribasso di aggiudicazione sia minore per quelle condotte con l'OEPV. Cfr. Documento Allegato "C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, AVCP, 2013".

Tale risultato potrebbe anche dipendere dal livello eccessivamente aggregato dei dati presenti nella Relazione annuale per il 2011 dell'AVCP. Per questa ragione, al fine di trarre indicazioni più puntuali circa la possibilità di inferire con esattezza l'esistenza di un differenziale significativo nei ribassi tra i due criteri di aggiudicazione, è stata realizzata una disaggregazione per settori merceologici (cfr. Documento Allegato *sub* III, "C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, AVCP, 2013").

I dati così raccolti sembrano corroborare maggiormente l'ipotesi di partenza, osservandosi che, salvo alcune eccezioni, all'OEPV è associato un ribasso di aggiudicazione minore rispetto a quello relativo al prezzo più basso. Ciò risulta vero per le categorie caratterizzate da un numero maggiore di osservazioni, quali la OG1 – Edifici civili e industriali (22% contro 15,4% e oltre 1500 osservazioni), la OG3 – Strade, autostrade ecc. (21,5% contro 17,1% e oltre 1700 osservazioni) e la OG6 – Acquedotti, gasdotti ecc. (20% contro 15,7% e oltre 500 osservazioni), per le quali è – quindi – ipotizzabile che eventuali anomalie dei dati incidano meno⁴⁴. Tuttavia, vale la pena sottolineare come le eccezioni riguardino anche alcune categorie che presentano un numero non trascurabile di osservazioni: ad esempio, quella OS21 – Opere strutturali speciali (19,3% contro 20,8% e circa 150 osservazioni).

b) Il campione di gare bandite dall'ANAS.

Il campione oggetto di esame prende in considerazione tutte le gare aggiudicate dall'ANAS in via definitiva dal 2007 a oggi, di importo superiore alla soglia comunitaria per gli appalti di lavori. Si tratta di 107 procedure concorsuali, aggiudicate sia con il criterio del prezzo più basso, sia con il criterio dell'OEPV (cfr. Documento Allegato *sub* III, "C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa*, AVCP, 2013")⁴⁵.

Il ricorso a tale ultimo criterio è stato effettuato nel 58% dei casi (tutti appalti integrati), con un importo medio a base d'asta di 98 milioni di euro, contro i 25 milioni di importo medio delle gare aggiudicate con il criterio del prezzo più basso (tutti appalti di sola esecuzione). Si segnala, inoltre, come – per effetto dell'entrata in vigore dell'art. 120, comma 1, del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207 (avvenuta il 9 giugno 2011), che ha limitato a 35 su 100 il punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo negli appalti integrati – sia aumentata, seppure in misura limitata, l'incidenza dell'offerta tecnica nel determinare l'aggiudicazione del contratto⁴⁶. Quanto ai ribassi di aggiudicazione, si è registrato un progressivo aumento del ribasso percentuale dell'offerta economica (salito dal 23% del 2008 al 39% del 2012), quasi equivalente rispetto a quello nelle gare aggiudicate al prezzo più basso (passato dal 24% del 2008 al 42% del 2012).

Anche in questo caso, se il fatto che le gare aggiudicate secondo il criterio dell'OEPV abbiano a oggetto contratti più complessi (come gli appalti integrati) e che gli importi medi di aggiudicazione siano più alti rispetto alle gare aggiudicate con il criterio del prezzo più basso, sembra testimoniare un uso appropriato dell'istituto dell'OEPV, più complessa

⁴⁴ Quindi il dato dovrebbe essere più attendibile.

⁴⁵ I dati sui quali si basa la valutazione sono desunti dalle statistiche dell'Unità Gare e Contratti della Direzione Generale dell'ANAS.

⁴⁶ Prima dell'entrata in vigore del Regolamento, la gara veniva aggiudicata al concorrente che aveva avanzato la migliore offerta tecnica nel 63% dei casi; dopo, tale percentuale è salita al 64%. Prima dell'entrata in vigore del Regolamento, l'ANAS attribuiva all'elemento prezzo un punteggio variabile da 35 a 50, a seconda delle specificità del singolo appalto.

appare l'interpretazione del *trend* ascendente che ha interessato i ribassi medi di aggiudicazione. Tale progressivo aumento potrebbe essere, almeno in parte, ricollegabile alla contrazione del mercato delle opere pubbliche in Italia (solo l'ANAS è passata da 32 gare bandite nel 2008 a 11 nel 2012), che potrebbe aver stimolato una competizione più accesa sulla parte economica dell'offerta anche nelle gare aggiudicate con il criterio dell'OEPV⁴⁷. D'altro canto, il sostanziale allineamento tra i ribassi registrato nelle gare basate sul criterio dell'OEPV e in quelle al prezzo più basso (rispettivamente, 23% e 24% nel 2008; 39% e 42% nel 2012) potrebbe essere sintomatico del raggiungimento solo parziale dell'obiettivo, sotteso all'OEPV, di spostare la competizione dal solo prezzo agli aspetti tecnico-qualitativi dell'offerta.

Quanto ai parametri qualitativi utilizzati per valutare l'offerta, variano a seconda del tipo gara⁴⁸. Il metodo adottato per aggregare i punteggi è quello più semplice, "aggregativo compensatore", con beneficio per la trasparenza, la celerità e il contenimento dei costi della procedura⁴⁹. Infine, nonostante i maggiori costi rispetto a una gara al massimo ribasso, le imprese partecipano alle gare affidate con il criterio dell'OEPV in numero del tutto equivalente: 17 concorrenti in media, rispetto ai 20 concorrenti delle gare al massimo ribasso.

c) Il campione di gare relative ad appalti OG3.

Si riportano, infine, i risultati di un'analisi condotta su un campione di gare composto dall'universo degli appalti OG3 (infrastrutture di trasporto) aggiudicati secondo il criterio dell'OEPV (con procedure aperte o ristrette) dal luglio 2006 al dicembre 2009, nell'ambito della quale sono state raccolte informazioni di maggior dettaglio circa: *i*) i parametri di valutazione delle offerte; *ii*) i pesi loro attribuiti; *iii*) il metodo utilizzato per aggregare i punteggi⁵⁰. La Tabella che segue riporta le statistiche descrittive di questo campione di 501 gare.

47 Di conseguenza, anche le valutazioni circa i ribassi a seconda dell'entrata in vigore o meno del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207 sono condizionate dalla sfavorevole congiuntura economica.

48 Tra quelli più ricorrenti si segnalano: i) caratteristiche funzionali e tipologia dei materiali; ii) sistemi e metodi costruttivi innovativi; iii) caratteristiche ambientali dell'infrastruttura e contenimento dei consumi energetici in fase di esercizio; iv) caratteristiche ambientali dell'infrastruttura e contenimento dei consumi energetici in fase di costruzione.

49 Si tenga, tuttavia, presente che – nella Determinazione 24 novembre 2011, n. 7 – l'AVCP ha mostrato come l'utilizzo del metodo aggregativo compensatore può attribuire un ruolo preponderante al prezzo, soprattutto nelle situazioni in cui a piccole differenze di prezzo sono associate elevate differenze nel punteggio. In tal senso, al fine di non alterare il rapporto prezzo/qualità, è auspicabile il ricorso alla c.d. riparametrazione (cfr. l'Allegato M del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207), che – in estrema sintesi – consente di attribuire ai punteggi relativi alla qualità lo stesso peso che viene dato al prezzo. L'ANAS ha fatto ricorso alla riparametrazione di regola dopo l'entrata in vigore del Regolamento.

50 Cfr. F. Decarolis, C. Giorgiantonio, V. Giovanniello, L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato, in *Mercato concorrenza e regole*, n. 2/2011, pp. 235-272.

Tabella 3: Parametri di valutazione 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 3 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: sostanzialmente in linea, quindi, con le previsioni successivamente recate dall'art. 120, comma 1, del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207. 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 significativa 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 nella selezione dei contraenti.

Quanto al metodo utilizzato per aggregare i punteggi, come già evidenziato per il campione di gare aggiudicate dall'ANAS, appare complessivamente positivo che le PA impieghino il metodo più semplice, “aggregativo compensatore”⁵¹, dato che questo aumenta la trasparenza, permette che il prezzo entri linearmente nella formula, 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 aggiudicatrice⁵².

Le opinioni e i dati emergenti dalla consultazione

Accanto alle informazioni “quantitative” sul ricorso al criterio dell'OEPV (illustrate nel precedente paragrafo), ne sono state raccolte anche altre di carattere “qualitativo”, interpellando alcuni soggetti operanti nel settore delle infrastrutture, dal lato sia delle stazioni appaltanti (grazie alla partecipazione e ai contributi di rappresentanti di ANAS S.p.A.

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

52 Si precisa, infine, come anche in merito alla valutazione dei criteri qualitativi le PA sembrano generalmente attenersi al criterio più semplice, quello del confronto a coppie e successiva riparametrazione, con beneficio per la semplicità e la trasparenza.

e Autostrade per l'Italia S.p.A.), sia delle imprese che realizzano le infrastrutture (grazie alla partecipazione e ai contributi di rappresentanti di AGI, ANCE e ANCP-Legacoop).

La consultazione si è svolta sia mediante riunioni plenarie e audizioni, impostate in maniera da permettere il confronto tra le diverse opinioni degli interlocutori, sia tramite la compilazione di un'apposita griglia di valutazione, attraverso la quale sono state acquisite le informazioni e i punti di vista dei predetti soggetti relativamente al funzionamento dell'istituto in oggetto. La valutazione è stata basata principalmente sui seguenti parametri: *i)* rilevanza; *ii)* efficacia; *iii)* efficienza; *iv)* effetti distributivi; *v)* accettabilità degli eventuali costi. Si riassumono di seguito i principali risultati.

a) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti dall'ANAS.

Secondo le valutazioni dell'ANAS, le finalità perseguite dall'istituto (vale a dire, consentire di individuare la migliore offerta non solo dal punto di vista meramente economico, ma anche sul piano tecnico-qualitativo) sono tutt'ora rilevanti⁵³ e risultano ancora validi i principi stabiliti dalla normativa di riferimento⁵⁴.

Sul piano dell'efficacia, si ritiene che – nel suo complesso – lo strumento dell'OEPV sia appropriato rispetto agli obiettivi. Ciò non è smentito dalla circostanza che, in alcune procedure, possa essere determinante l'offerta economica (cfr. paragrafo precedente). Diversamente, vale a dire se le procedure fossero sempre e automaticamente aggiudicate al concorrente che raggiunge il miglior punteggio tecnico, si potrebbe evidenziare una situazione di eccessiva discrezionalità da parte delle commissioni aggiudicatrici. Quanto agli aspetti problematici del ricorso a tale criterio, l'ANAS ravvisa una certa similitudine con quanto registrato nelle gare aggiudicate al prezzo più basso, vale a dire il progressivo aumento del ribasso percentuale dell'offerta economica, passato dal 23% del valore del contratto a base di gara nel 2008 al 39% nel 2012⁵⁵.

Quanto all'efficienza del sistema, nella tempistica di gara non si sono registrate differenze significative tra le procedure con l'OEPV e le procedure basate sul criterio del prezzo più basso⁵⁶.

Sul piano degli effetti distributivi, rispetto alle gare con il massimo ribasso, le procedure aggiudicate con l'OEPV comportano un impegno economico più rilevante, sia per il concorrente (per la predisposizione dell'offerta tecnica), sia per la stazione appaltante (per l'esame, la conservazione e la custodia della documentazione di gara)⁵⁷. Tali costi

53 Come segnalato (cfr. paragrafo 3.1.2), nelle gare aggiudicate dal 2007 a oggi l'ANAS ha fatto ricorso al criterio dell'OEPV nel 58% dei casi.

54 In particolare, artt. 81, 83, 84 e 86 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nonché art. 120 e Allegato G del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207.

55 Come già segnalato (cfr. paragrafo 3.1.2), tale progressivo aumento potrebbe essere, almeno in parte, ricollegabile alla contrazione registrata in Italia nel mercato delle opere pubbliche, a causa della sfavorevole congiuntura economica.

56 Si tenga, però, presente che – nel campione oggetto di esame – le gare aggiudicate al prezzo più basso hanno sempre comportato l'attivazione dell'articolata procedura di verifica in contraddittorio con gli interessati delle c.d. offerte anomale.

57 Tali costi possono essere contenuti consentendo la presentazione delle offerte in forma digitale. A tal proposito, l'ANAS sta valutando la possibilità di estendere progressivamente tale modalità di gara a tutte le procedure concorsuali (anche in linea con l'art. 6, comma 3, del Decreto sviluppo bis, d.l. 20 ottobre 2012, n. 179, convertito nella l. 17 dicembre 2012, n. 221, che – modificando l'art. 11, comma 13, del Codice – stabilisce che “Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica”).

sembrano, tuttavia, accettabili per gli offerenti, registrandosi una partecipazione equivalente rispetto alle procedure aggiudicate con il criterio del prezzo più basso (cfr. paragrafo precedente).

b) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti dall'ANCE.

Secondo le valutazioni fornite dall'ANCE, anche le imprese concordano sulla rilevanza e sull'attualità del criterio dell'OEPV e delle finalità a esso sottese. Tuttavia, sul piano dell'efficacia e dell'efficienza del sistema, la valutazione sull'operatività fin qui assicurata all'istituto registra una serie di riserve.

In primo luogo, una rilevante criticità è rappresentata dalla possibilità di ricorrere al criterio dell'OEPV anche per contratti di importo molto modesto.

Inoltre, in linea con quanto rilevato anche dall'ANAS, le imprese segnalano l'eccessiva entità dei ribassi nell'offerta economica da parte di alcuni concorrenti⁵⁸, anche a loro avviso imputabile – almeno in parte – alla forte contrazione che sta interessando il mercato delle commesse pubbliche⁵⁹. Ancora, un altro aspetto critico è rappresentato dal possibile eccesso di discrezionalità nella valutazione della componente tecnica dell'offerta, che può connotare tale modalità di aggiudicazione rispetto al massimo ribasso, a cui si associa spesso la mancanza di un'adeguata competenza tecnica della committenza pubblica, specie per quel che concerne la redazione dei bandi di gara.

Quanto agli effetti distributivi, anche le imprese concordano sul fatto che – rispetto alle gare basate sul prezzo più basso – le procedure aggiudicate con l'OEPV comportano un impegno economico più rilevante, sia per il concorrente (per la predisposizione dell'offerta tecnica)⁶⁰, sia per la stazione appaltante (per l'esame e la custodia della documentazione di gara). Tali maggiori costi possono essere accettabili solo in presenza di un uso appropriato dell'istituto da parte della committenza pubblica, che consenta di valorizzare adeguatamente – in punto di aggiudicazione della commessa – la componente tecnica dell'offerta.

c) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti dall'AGI.

Anche secondo l'AGI, le imprese continuano a ritenere attuale e rilevante l'istituto dell'OEPV e le finalità a esso sottese. Tuttavia, sul piano dell'efficacia e dell'efficienza del sistema, la valutazione sull'operatività fin qui assicurata all'istituto registra una serie di riserve dipendenti, in parte, dalla formulazione della normativa di riferimento; maggiormente dall'applicazione che di essa ne è stata data.

58 In proposito, l'AGI segnala l'impropria applicazione della verifica di anomalia che, a torto, si ritiene questione residuale rispetto al caso di specie, realmente pertinente solo l'affidamento al massimo ribasso.

59 Che sembra aver attenuato l'impatto dell'entrata in vigore dell'art. 120, comma 1, del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, che ha limitato a 35 su 100 il punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo negli appalti integrati (art. 53, comma 2, lett. c), del Codice). Cfr. paragrafo precedente.

60 In proposito l'ANCE rileva come si possa porre a carico dell'impresa un costo che può anche essere di notevole entità, con assunzione del rischio legato alla perdita delle somme anticipate in caso di mancata aggiudicazione della gara. In tal senso, l'istituto sembra gravare maggiormente sulle piccole-medie imprese.

Per quanto attiene alla normativa di riferimento, l'AGI ha evidenziato come solo in epoca relativamente recente, peraltro sulla base di un'analoga evoluzione della legislazione europea, siano state introdotte una serie di prescrizioni volte a stabilire – sin dalla pubblicazione del bando – l'indicazione dei termini entro i quali la committenza deve procedere alla valutazione dei singoli elementi (requisiti) di cui si compone l'offerta e all'assegnazione dei relativi punteggi. Resta, tuttora, un significativo equivoco sui cosiddetti “criteri motivazionali”, dato che il legislatore non ha voluto stabilire con chiarezza che anch'essi devono essere necessariamente indicati nel bando⁶¹.

È, peraltro, sul piano applicativo che gli operatori lamentano le maggiori difficoltà. In primo luogo, in linea con quanto rilevato anche dall'ANAS e dall'ANCE, l'AGI segnala l'eccessiva entità dei ribassi nell'offerta economica da parte di alcuni concorrenti⁶², imputabile – almeno in parte – alla forte contrazione che sta interessando il mercato delle commesse pubbliche⁶³. Inoltre, l'individuazione degli elementi dei quali deve comporsi l'offerta appare spesso non significativa in relazione alla capacità di qualificare l'operatore anche in funzione dei processi realizzativi da adottarsi⁶⁴. Infine, come osservato anche dall'ANCE, un altro aspetto critico è rappresentato dal possibile eccesso di discrezionalità nella valutazione della componente tecnica dell'offerta, che può connotare tale modalità di aggiudicazione rispetto al massimo ribasso.

Quanto agli effetti distributivi, anche l'AGI concorda sul fatto che – rispetto alle gare basate sul prezzo più basso – le procedure aggiudicate con l'OEPV comportano un impegno economico più rilevante, sia per il concorrente, sia per la stazione appaltante. Tali maggiori costi possono essere accettabili solo in presenza di un uso appropriato dell'istituto da parte della committenza pubblica, che consenta di valorizzare adeguatamente – in punto di aggiudicazione della commessa – la componente tecnica dell'offerta.

La valutazione dell'istituto alla luce della giurisprudenza e degli interventi dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici

In ordine all'interpretazione e applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, si registrano numerose pronunce giurisprudenziali e significativi interventi dell'Autorità di settore.

In linea generale, dall'esame della giurisprudenza e delle determinazioni dell'AVCP, emerge la “preoccupazione” che – in sede applicativa – non venga perseguito l'obiettivo primario della norma, individuato dalla Direttiva 2004/18/CE

61 Nel corpo dell'art. 83, comma 4, del Codice (che fa espresso riferimento solo ai sub-criteri, ai i sub-pesi e ai sub-punteggi): nonostante sia ormai chiaro in tal senso l'orientamento della giurisprudenza nazionale ed europea (cfr. paragrafo che segue), oltre che della stessa AVCP.

62 In proposito, l'AGI segnala l'impropria applicazione della verifica di anomalia che, a torto, si ritiene questione residuale rispetto al caso di specie, realmente pertinente solo l'affidamento al massimo ribasso.

63 Che sembra aver attenuato l'impatto dell'entrata in vigore dell'art. 120, comma 1, del d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207, che ha limitato a 35 su 100 il punteggio massimo attribuibile all'elemento prezzo negli appalti integrati (art. 53, comma 2, lett. c), del Codice). Cfr. paragrafo precedente.

64 Secondo l'AGI, spesso si assiste all'utilizzo dell'OEPV in modo indipendente dalla reale volontà di valorizzare effettivamente l'apporto propositivo del mercato.

(considerando 46) nella scelta dell'offerta che presenta “*il miglior rapporto qualità/prezzo*”. L'istituto, si afferma, deve tendere alla valorizzazione del profilo “*tecnico-qualitativo rispetto a quello economico*”⁶⁵.

Si rileva pertanto il rischio che la finalità dell'istituto – secondo la giurisprudenza e l'Autorità – venga “tradita”, laddove al prezzo si attribuisca – comunque – un peso maggiore, nell'ambito della valutazione, rispetto all'elemento della qualità, o risulti comunque decisivo per l'aggiudicazione della gara⁶⁶. Di qui gli interventi dell'AVCP⁶⁷ diretti ad arginare siffatti fenomeni sul presupposto che «la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non deve essere tradita, riconoscendosi al criterio prezzo un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri criteri da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore».

La stessa finalità correttiva è stata dalla giurisprudenza⁶⁸ attribuita «all'operazione di c.d. riparametrazione, attraverso cui “ i punteggi relativi alla qualità hanno lo stesso peso che viene dato al prezzo, mentre – senza la riparametrazione – per effetto delle formule matematiche previste dal d.P.R. 5 dicembre 2010, n. 207 (che correttamente attribuiscono sempre il massimo punteggio al ribasso più alto) il prezzo peserebbe, di fatto, relativamente di più della qualità»⁶⁹.

Sul piano dell'efficacia dell'istituto, la giurisprudenza amministrativa ha posto in evidenza un ulteriore aspetto critico legato alla ritenuta⁷⁰ maggiore discrezionalità che caratterizza questo criterio di valutazione rispetto a quello del prezzo più basso. Tuttavia, la dottrina⁷¹ sottolinea, oltre alla maggiore complessità della procedura di aggiudicazione, che la criticità maggiore non è nell'ampiezza del potere di scelta della p.a., ma nella circostanza che questo potere possa venire esercitato quando l'amministrazione abbia avuto conoscenza dei concorrenti e delle loro offerte.

Al riguardo, l'impossibilità del giudice amministrativo – avuto riguardo ai noti limiti del suo sindacato giurisdizionale di legittimità – di entrare nel merito delle valutazioni della commissione giudicatrice e della definizione e applicazione

65 Cfr. Cons. St., sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6835 secondo cui “*la S.A. non può essere tenuta ad aggiudicare l'appalto ad un'offerta che, ancorché conveniente sotto il profilo economico, non sia apprezzabile sotto il profilo tecnico e in tale logica, non si può escludere il potere della commissione di fissare una soglia di sbarramento, vale a dire un punteggio minimo che le offerte devono raggiungere per l'aspetto tecnico-qualitativo, al di sotto della quale le offerte non saranno valutate*”.

66 Ciò accade quando si riconosce l'insindacabilità dei punteggi attribuiti all'elemento prezzo e agli elementi relativi alla qualità. Cfr. ad esempio, Cons. St., sez. V, 28 maggio 2012, n. 3124 e Cons. St., sez. V, n. 224/11 con riferimento al settore del gas.

67 V. Det. n. 7 del 2011 e parere reso sulla normativa n. 8 del 2012.

68 Cfr. Cons. St., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5754, in Foro amm. – CDS, 2012, 11, p. 3004.

69 Si v., però, Cons. St., sez. V, 9 marzo 2009, n. 1368, secondo cui “*nell'offerta economicamente più vantaggiosa è illegittimo il criterio di attribuzione del punteggio al prezzo che abbia l'effetto di privare di sostanziale incidenza l'offerta economica assegnando preponderanza decisiva a quella tecnica. Deve essere adottata una formula che distribuisca il punteggio per l'offerta economica proporzionale alla differenza tra i ribassi; tale obiettivo può essere conseguito col sistema dell'interpolazione lineare*”.

70 In realtà, come si è osservato, anche per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa si possono prevedere criteri ad applicazione automatica (v. G. FONDERICO, in *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Torino, 2010 e ivi richiami alla dottrina più rilevante in materia).

71 V. *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, op. cit.

dei criteri di valutazione individuati nel bando, rende l'istituto passibile di applicazioni distorte e non rispondenti alle sue proprie finalità.

Tuttavia, si registra un orientamento giurisprudenziale che «tende a superare le tradizionali formule, che limitavano il sindacato giurisdizionale di legittimità sugli atti discrezionali, all'esatta rappresentazione dei fatti e alla congruità dell'iter logico». Oggi il sindacato del giudice amministrativo fa riferimento a «parametri di attendibilità della valutazione, frutto di discrezionalità tecnica, e di non arbitrarietà della scelta». Con la conseguenza che risulta «pacificamente censurabile la valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di esattezza o attendibilità, quando non appaiano rispettati parametri tecnici di univoca lettura, ovvero orientamenti già oggetto di giurisprudenza consolidata, o di dottrina dominante in materia»⁷². Ciò consente di limitare gli spazi di discrezionalità propri dell'istituto o quantomeno di introdurre meccanismi di controllo più stringenti tali da consentire un'applicazione corretta dell'istituto medesimo.

Sia la giurisprudenza⁷³, sia l'AVCP⁷⁴ sono – inoltre – intervenute sulla definizione dei criteri di valutazione delle offerte, rilevando la necessità di una dettagliata definizione dei criteri medesimi, con i relativi punteggi, in sede di *lex specialis* di gara, come impone la norma. Ciò, anche in questo caso, al fine di restringere la discrezionalità della commissione di gara e garantire la possibilità di sindacare la congruità e logicità delle relative valutazioni, sulla base di criteri pre-determinati⁷⁵. In assenza di un siffatto dettaglio, l'attribuzione di un mero punteggio numerico non è sufficiente, ma occorre una puntuale motivazione⁷⁶.

Quanto al contenuto dei predetti criteri di valutazione, l'accento si pone sulla necessità di distinzione tra “requisiti di natura soggettiva”, richiesti ai fini della partecipazione alla gara, e “criteri oggettivi”, applicati per la valutazione e la selezione della migliore offerta. La corretta applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa “passa” attraverso la predetta distinzione, secondo l'AVCP⁷⁷.

La giurisprudenza sul punto riconosce l'importanza e la necessità che non vi sia commistione tra i suddetti requisiti, pur ammettendo che «non sempre è agevole tenere separati i criteri soggettivi di qualificazione e quelli oggettivi afferenti alla valutazione dell'offerta, poiché i profili di organizzazione soggettiva possono anche essere idonei a riflettersi sull'affidabilità e sull'efficienza dell'offerta e, quindi, della prestazione. Ne deriva che quando gli aspetti organizzativi

72 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2011, n. 2482; IV, 13 ottobre 2003, n. 6201; VI, 6 febbraio 2009, n. 694, e 27 ottobre 2009, n. 6559; Corte europea dei diritti dell'uomo, 10 febbraio 1983, *Albert et Le Compte c. Belgio*, par. 29; 28 giugno 1990, *Obermeier c. Austria*, par. 70.

73 Cfr. Cons. St., sez. III, 1 febbraio 2012, n. 514.

74 Cfr. Deliberazione AVCP n. 98 del 10 novembre 2011.

75 Cfr. Corte giust. UE, sez. I, 24 gennaio 2008, n. C-532/06 e Cons. St., sez. V, 1 ottobre 2010, n. 7256.

76 Cfr. Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 1332; nonché, ex plurimis, Cons. St., sez. V, 29 novembre 2005, n. 67591 e Cons. St., Sez. V, 12 giugno 2012, n. 3445; Sez. III, 11 marzo 2011, n. 1583; Sez. V, 17 gennaio 2011, n. 222; 3 dicembre 2010, n. 8410; 16 giugno 2010, n. 3806; 9 aprile 2010, n. 1999; 29 dicembre 2009, n. 8833; 11 maggio 2007, n. 23552.

77 Cfr. Determinazioni AVCP n. 30/2002, n. 1/2006, n. 4/2007 e, da ultimo, con la determinazione n. 5/2010; parere AVCP n. 127 del 7 luglio 2011.

non sono apprezzati in modo autonomo, avulso dal contesto dell'offerta, ma quale elemento idoneo ad incidere sulle modalità esecutive del servizio specifico e, quindi, quale parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta, il principio non risulta violato»⁷⁸.

Ed anche la Circolare della PCM del 1° marzo 2007 pone attenzione al tema, postulando la distinzione tra requisiti di natura soggettiva, richiesti ai concorrenti per partecipare alla gara, e criteri oggettivi, applicati per la valutazione e selezione dell'offerta.

Inoltre, il criterio di valutazione che viene individuato deve essere «oggettivamente idoneo a qualificare la convenienza della prestazione richiesta»⁷⁹ (non solo per l'amministrazione, ma anche per la collettività pubblica interessata).

Al riguardo, va segnalato che la giurisprudenza comunitaria ha avvallato nel tempo l'ingresso delle considerazioni a carattere non economico, quali quelle ambientali, nella scelta del contraente. L'ammissibilità di criteri ambientali nell'offerta economicamente più vantaggiosa è stata stabilita dalla pronuncia *Concordia Bus Finland*⁸⁰, in cui si è affermato in modo inequivocabile che considerazioni di tipo *non economico* possono concorrere a formare criteri di aggiudicazione di un contratto pubblico, poiché anche fattori non meramente economici possono incidere sul valore di un'offerta per l'amministrazione aggiudicatrice.

Quanto ai limiti di ammissibilità di criteri ecologici nell'offerta economicamente più vantaggiosa, la Corte ha ribadito che l'amministrazione aggiudicatrice possa ricorrervi ove ricorrano alcune condizioni quali: *i*) la sussistenza di un collegamento del criterio ambientale con l'oggetto dell'appalto; *ii*) l'assenza di un'incondizionata libertà di scelta per l'amministrazione; *iii*) l'espressa menzione del criterio ambientale nel bando di gara; *iv*) il rispetto di tutti i principi dell'ordinamento comunitario e, soprattutto, di quello di non discriminazione⁸¹. E quando il criterio ambientale risulti oggettivo e indistintamente applicabile a tutte le offerte, il rispetto del principio di non discriminazione è garantito anche laddove il criterio medesimo comporti una riduzione della platea di potenziali offerenti⁸².

Criteri non adeguati e pertinenti al contratto da affidare sono in ogni caso censurabili dinanzi al giudice amministrativo per illogicità, irragionevolezza e disparità di trattamento tra operatori⁸³.

78 Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 2010, n. 8933 e Cons. Stato, sez. III, 18 giugno 2012, n. 3550. Negli stessi termini, v. anche Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 266, che specifica: «va tenuto presente che spesso sussiste una commistione inestricabile tra il canone oggettivo di valutazione dell'offerta ed il requisito soggettivo del competitore; tale commistione inestricabile, che rende in concreto non pertinente il generale divieto, viene in rilievo quante volte la *lex specialis* valorizzi non già i requisiti soggettivi in sé intesi bensì quei profili soggettivi diretti a riverberarsi in modo specifico sull'espletamento dell'attività appaltata».

79 Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1079.

80 Cfr. Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, causa C-513/99.

81 Cfr. sentenza 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVG AG*. Si vedano anche le sentenze 24 gennaio 2008, causa C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE* e 24 novembre 2005, causa C-331/04, *ATI EAC s.r.l. e Viaggi di Maio s.n.c.*

82 Così afferma la Corte di Giustizia nella sentenza 17 settembre 2002, causa C-513/99, cit.

83 In dottrina v. sul punto, S. BACCARINI, G. CHINÉ, R. PROIETTI (a cura di), *Codice dell'appalto pubblico*, Milano, 2011, 948 ss. e ivi riferimenti alla dottrina più autorevole.

Per quanto attiene ai criteri motivazionali, cui attenersi per l'attribuzione dei punteggi tra il minimo e il massimo indicati nel bando, com'è già stato detto (v. par. 3.1.1.), a seguito delle modifiche introdotte con il terzo correttivo al Codice (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152, che modifica l'art. 83, comma 5), la Commissione aggiudicatrice non può fissarli prima dell'apertura delle offerte. La conseguenza che ne deriva è che questi criteri motivazionali, ove prefissabili, debbano essere inseriti negli atti di gara, con esclusione di qualsivoglia facoltà integrativa da parte della Commissione giudicatrice, ciò a garanzia dell'imparzialità della Commissione medesima⁸⁴.

Altro aspetto discusso dell'istituto, rilevante sul piano dell'efficacia e dell'efficienza della previsione normativa, riguarda la Commissione giudicatrice, prevista come obbligatoria dal Codice in caso di ricorso al criterio in esame.

Va premesso sul punto che il ricorso a una Commissione speciale non è imposto dalla Direttiva europea e potrebbe essere ripensato, visto che determina un aggravamento del procedimento e rende più complesso e suscettibile di "contestazioni", l'affidamento dei contratti pubblici. La giurisprudenza amministrativa ha, difatti, dichiarato più volte l'illegittimità di atti di procedure di aggiudicazione in ragione dell'illegittima composizione delle Commissioni giudicatrici⁸⁵.

L'accordo bonario

La disciplina dell'accordo bonario nel Codice dei contratti pubblici

L'accordo bonario era già previsto nella disciplina vigente prima del Codice dei contratti pubblici, e precisamente nell'art. 9 del d.l. 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella l. 2 giugno 1995, n. 216 (cosiddetta Merloni-bis), che aveva introdotto l'art. 31-bis nella l. 11 febbraio 1994, n. 109⁸⁶ (Legge quadro in materia di lavori pubblici), rubricato *norme acceleratorie in materia di contenzioso*, e si applicava solo agli appalti di lavori nei settori ordinari.

L'art. 240 del Codice, che detta la vigente disciplina dell'accordo bonario articolata in ventiquattro commi, ha ripreso la normativa previgente, innovandola in più punti. Ulteriori modifiche successive al Codice sono state apportate, tra

84 In dottrina v., sul punto, S. Baccarini, G. Chiné, R. Proietti, op. loc. cit.. Così anche la Determina dell'AVCP n. 4 del 2012.

85 La giurisprudenza è cospicua e variegata: v., ad es., Cons. St., sez. V, 25 maggio 2010, n. 3312; Cons. St., sez. V, 22 giugno 2012, n. 3682.

86 Tale articolo era stato novellato dall'art. 7, comma 1, della l. 1° agosto 2002, n. 166, che aveva sostituito il comma 1 dell'art. 31-bis della l. 11 febbraio 1994, n. 109 con i commi 1, 1-bis, 1-ter e 1-quater, ai quali non si era – però – adeguato il regolamento 21 dicembre 1999, n. 554.

l'altro, dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53⁸⁷ e dall'art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106. Nel prosieguo, si illustreranno – in sintesi – i presupposti e le principali caratteristiche dell'accordo bonario, nonché la *ratio* della norma e le sue recenti evoluzioni, nel quadro delle finalità del presente lavoro e dell'attività di valutazione che è stata svolta per indagarne l'efficacia e l'efficienza.

L'accordo bonario, dal punto di vista soggettivo, è applicabile alle amministrazioni aggiudicatrici, agli enti aggiudicatori e ai concessionari⁸⁸ (comma 1). Con riguardo all'ambito oggettivo, l'applicazione dell'istituto è stata estesa dal Codice, in quanto compatibile, ai servizi e alle forniture, nonché ai settori speciali (comma 22). Sull'ambito di applicazione della norma ha inciso, da ultimo, con una rilevante innovazione, l'art. 4 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che ha escluso i contratti di lavori – relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi⁸⁹ – affidati a contraente generale. La *ratio* di tale modifica non è stata esplicitata nel corso dell'esame parlamentare, come si evince da un'analisi dei lavori preparatori, ma la portata dell'esclusione si appunta su un profilo soggettivo, essendo riferita al contraente generale e non all'oggetto del contratto, che riguarda i lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi. In altre parole, non sembra essere precluso il ricorso all'accordo bonario nel caso di affidamento di lavori relativi a infrastrutture strategiche o insediamenti produttivi a concessionari.

L'istituto, come si evince anche dal titolo del previgente art. 31-*bis*, ha una funzione di accelerazione e di eventuale deflazione del contenzioso, in quanto interviene – prima della sua formalizzazione – attraverso uno strumento che, come specificato nella norma, ha “natura di transazione”. Il tentativo di accordo bonario, che può essere esperito non solo in fase di esecuzione del contratto, ma anche dopo la fine dei lavori⁹⁰, si configura come una condizione di procedibilità

87 L'art. 44 della l. 7 luglio 2009, n. 88 (legge comunitaria 2008), che aveva delegato il Governo ad attuare la direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici, aveva esplicitato, tra le sue finalità quella di incentivare il ricorso all'accordo bonario (comma 3, lettera m), numero 1). Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, in attuazione della citata delega, ha previsto: a) requisiti volti a garantire maggiore professionalità per il terzo componente della commissione, che assume le funzioni di presidente (comma 9-bis); b) la decorrenza dalla data di costituzione della commissione del termine di novanta giorni, di cui dispone la commissione per presentare la proposta motivata di accordo bonario (comma 5); c) la riduzione del compenso della commissione (comma 10, su cui ha inciso anche il d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106.); d) la possibilità di adire gli arbitri o il giudice ordinario in caso di fallimento del tentativo di accordo bonario, risultante dal rifiuto espresso della proposta da parte dei soggetti di cui al comma 12, ossia l'esecutore del contratto e la stazione appaltante (comma 16). Non è stata, invece, prevista l'istituzione del mediatore unico cui affidare la procedura di conciliazione, che pure era presente nel testo dello schema di decreto trasmesso alle competenti Commissioni parlamentari.

88 Il comma 1 si limita a disporre che la norma si applica ai lavori pubblici di cui alla parte II affidati da concessionari.

89 Si tratta dei lavori disciplinati dalla Parte II, titolo III, capo IV, del Codice, che regola – secondo quanto disposto dall'articolo 161, comma 1, primo periodo – la progettazione, l'approvazione dei progetti e la realizzazione delle infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale, nonché l'approvazione – secondo quanto previsto dall'art. 179 – dei progetti degli insediamenti produttivi strategici e delle infrastrutture strategiche private di preminente interesse nazionale, individuati a mezzo del programma di cui al comma 1 dell'art. 1 della l. 21 dicembre 2001, n. 443, ossia il Programma delle infrastrutture strategiche (cosiddetta “legge obiettivo”).

90 Il procedimento, infatti, deve essere attivato dal RUP al ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi (comma 6, per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro, e comma 14, per gli appalti e le concessioni di importo inferiore).

della domanda arbitrale e dell'azione giudiziaria, come affermato dalla giurisprudenza (v. *infra*) e come previsto dal comma 16 che, alle condizioni ivi indicate⁹¹, disciplina la facoltà di adire gli arbitri o i giudici.

A differenza della transazione disciplinata dall'art. 239 del Codice, l'accordo bonario deve rispettare un articolato procedimento, che può essere attivato solo in presenza di determinati presupposti.

In primo luogo, il presupposto per il ricorso all'accordo bonario è la formulazione di riserve iscritte nei documenti contabili, in misura predeterminata dalla legge, pari almeno al dieci per cento dell'importo del contratto aggiudicato (comma 1). Nel caso dei servizi e delle forniture nei settori ordinari, nonché nei contratti di lavori, servizi e forniture nei settori speciali, l'accordo bonario si applica, qualora a seguito di contestazioni dell'esecutore del contratto verbalizzate nei medesimi documenti contabili, l'importo economico controverso sia non inferiore al dieci per cento dell'importo originariamente stipulato (comma 22). Ciò significa che il valore economico della controversia deve essere significativo in rapporto all'entità dell'appalto, cioè tale da costituire un serio impedimento al regolare prosieguo dei lavori, come rilevato dalla determinazione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 30 maggio 2007, n. 5⁹². La medesima determinazione sottolinea il carattere eccezionale della procedura di accordo bonario rispetto all'ordinaria trattazione delle riserve.

Il procedimento, che riguarda tutte le riserve iscritte fino al momento del loro avvio, può essere reiterato una sola volta, in presenza di riserve iscritte "ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate", che raggiungano il 10 per cento dell'importo del contratto. Il limite posto alla possibilità di reiterare il procedimento è presumibilmente connesso all'opportunità di evitare un utilizzo strumentale dell'appalto bonario, anche in considerazione di quanto rilevato dall'Autorità di vigilanza nella determinazione n. 26 del 2002⁹³.

Nella procedura di accordo bonario sono coinvolti più soggetti tra i quali, *in primis*, il direttore dei lavori⁹⁴, che deve dare immediata comunicazione delle riserve al responsabile del procedimento trasmettendo in tempi rapidi una relazione che la norma qualifica come "riservata".

Il responsabile del procedimento (RUP) svolge una funzione centrale nella procedura, in quanto – al fine di verificare l'esistenza dei presupposti prescritti dalla norma – deve valutare l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento della percentuale del dieci per cento (comma 3). Al responsabile del procedimento,

91 Oltre alla modifica introdotta dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 (vedi nota 82), la facoltà di adire gli arbitri o il giudice ordinario è consentita in caso di inutile decorso dei termini di trenta giorni per accettare o rifiutare la proposta (comma 12) o di sessanta giorni per formulare la proposta di accordo da parte del RUP, nel caso in cui l'appaltatore non proceda alla nomina del componente di propria spettanza nella commissione (comma 13).

92 Cfr. Determinazione 30 maggio 2007, n. 5, *Contenzioso in fase di esecuzione: Accordo bonario* disponibile al link http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=2977.

93 http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/AttiDellAutorita/_Atto?ca=1217.

94 Le competenze del direttore dei lavori spettano al direttore dell'esecuzione del contratto nelle fattispecie disciplinate dal comma 22.

inoltre, spetta la formulazione di una proposta motivata di accordo bonario nel caso di appalti e concessioni di importo inferiore a 10 milioni di euro, in cui non venga promossa la costituzione della commissione (comma 15)⁹⁵. Al di sopra di tale soglia, infatti, il RUP è tenuto a promuovere la costituzione della commissione (comma 5).

Con la l. 24 dicembre 2007, n. 244 (legge finanziaria per il 2008)⁹⁶ è stato inserito un comma 15-*bis*, che definisce le responsabilità per i ritardi nel procedimento, imputabili al responsabile del procedimento o alla commissione⁹⁷.

Sulla proposta di accordo bonario decidono le parti a meno che le stesse non abbiano conferito alla commissione il potere di assumere decisioni vincolanti perfezionando, per conto delle stesse, l'accordo bonario (comma 11).

Per quanto riguarda le più recenti modificazioni della norma, l'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, oltre a disciplinare la citata esclusione dei contratti affidati a contraente generale dall'applicazione del procedimento di accordo bonario, ha stabilito alcuni termini per conferire tempi certi e celerità al procedimento (commi 5 e 6)⁹⁸. Ulteriori modifiche introdotte dal decreto n. 70 sono volte a un contenimento dei costi, nell'ottica di un risparmio della spesa pubblica; in tal senso deve leggersi l'introduzione di un limite massimo per i compensi della commissione, fissato nell'importo di 65.000 euro (comma 10, secondo periodo)⁹⁹. Da segnalare, infine, la modifica all'art. 240-*bis* del Codice, ad opera dell'art. 4, comma 2, lettera *hh*), del medesimo d.l. 13 maggio 2011, n. 70 che, riguardo alle riserve – che costituiscono il presupposto per l'attivazione del procedimento di accordo bonario – ha stabilito che “l'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale” e che “non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'art. 112 e del regolamento, sono stati oggetto di verifica”.

95 Al responsabile del procedimento compete – inoltre – la proposta di accordo bonario, anche nel caso in cui il soggetto che ha formulato le riserve non provveda alla nomina del componente di sua spettanza (comma 13).

96 E precisamente con l'art. 3, comma 23.

97 In particolare, nel caso in cui i termini relativi alla nomina della commissione e alla formulazione della proposta di accordo bonario non siano rispettati a causa di ritardi negli adempimenti del responsabile del procedimento ovvero della commissione, il primo risponde sia sul piano disciplinare, sia a titolo di danno erariale, e la seconda perde qualsiasi diritto al compenso definito dal comma 10.

98 In particolare, è stato introdotto, da parte della lettera *gg*), n. 1), che modifica il comma 5 dell'art. 240, un termine di trenta giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori sulle riserve entro il quale – per gli appalti e le concessioni di importo pari o superiore a dieci milioni di euro – il responsabile del procedimento promuove la costituzione di una commissione, affinché formuli, entro novanta giorni, una proposta motivata di accordo bonario; per i medesimi contratti, il responsabile del procedimento è chiamato a promuovere la costituzione della commissione, indipendentemente dall'importo economico delle riserve ancora da definirsi, entro trenta giorni dal ricevimento del certificato di collaudo o di regolare esecuzione. In tale ipotesi, la proposta motivata della commissione è formulata entro novanta giorni dalla sua costituzione (lettera *gg*), n. 2), che modifica il comma 6 dell'art. 240).

99 La disposizione, introdotta dall'art. 4, comma 2, lettera *gg*), n. 3, del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, dispone che tale importo è rivalutabile ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.

I dati disponibili e la loro valutazione

Il presente paragrafo si propone di fornire primi riscontri circa il ricorso all'istituto dell'accordo bonario negli appalti di lavori pubblici nel nostro Paese. Per la valutazione del ricorso a tale istituto valgono *a fortiori* i rilievi già formulati circa la limitata disponibilità di informazioni relative all'aggiudicazione e all'esecuzione degli appalti di lavori pubblici (cfr. paragrafo 3.1.2). Infatti, per la fase esecutiva, le criticità segnalate sono ancora maggiori: non solo sono presenti i già citati limiti circa l'accessibilità dei dati¹⁰⁰, ma – come dimostrato in alcuni studi recenti – tali informazioni sono estremamente lacunose¹⁰¹.

Non è stato, quindi, possibile condurre una vera e propria analisi empirica circa il ricorso all'accordo bonario, ma ci si è basati sui principali provvedimenti adottati dall'AVCP in materia. In particolare, si è fatto riferimento: *i*) alla ricognizione dei 649 accordi bonari acquisiti dall'AVCP nel periodo 1999-2004, i cui risultati sono contenuti nella Determinazione 30 maggio 2007, n. 5; *ii*) alle Deliberazioni emanate dall'AVCP dal 2010 a oggi, nelle quali sia stato affrontato l'istituto dell'accordo bonario.

a) La Determinazione dell'AVCP 5 del 2007.

Tale Determinazione, emanata nel periodo di transizione dalla legge Merloni (l. 11 febbraio 1994, n. 109) al Codice dei contratti pubblici, contiene un'analisi di 649 accordi bonari acquisiti dall'AVCP nel periodo 1999-2004¹⁰². La ricognizione ha evidenziato l'esistenza di un uso improprio dell'istituto, testimoniato dalla presenza di alcune circostanze ricorrenti: *i*) l'ammontare riconosciuto in sede di accordo bonario notevolmente inferiore alle pretese iscritte a riserva (e inferiore, altresì, alla soglia del 10% dell'importo contrattuale); *ii*) il ricorrere, da parte di alcune imprese, sistematicamente a tale procedura, avanzando sempre le medesime riserve (essenzialmente carenza progettuale, sorpresa geologica, andamento anomalo del cantiere); *iii*) l'elevata percentuale del ribasso generalmente offerto in sede di gara.

In particolare, quanto alla prima circostanza, l'importo degli accordi acquisiti dall'Autorità varia da un decimo a un terzo dell'iniziale richiesta formulata dall'impresa nella quasi totalità dei casi; solo un'esigua percentuale di accordi bonari (16 su 649) si è conclusa con il riconoscimento all'impresa di una somma prossima a quella inizialmente richiesta (80%-100% dell'importo richiesto)¹⁰³. Inoltre, con riferimento al terzo profilo, è emersa una stretta relazione tra il ricorso all'accordo bonario e il forte ribasso (in genere superiore al 20%) offerto in sede di gara. L'accordo bonario è

100 Come già segnalato (cfr. paragrafo 3.1.2), solo quest'anno è stato attivato il primo portale degli appalti pubblici in Italia (c.d. Portale Trasparenza), che rende pubbliche le informazioni comunicate dalle stazioni appaltanti all'AVCP ai sensi dell'art. 7, comma 8, lett. a) e b), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativamente – però – alle sole gare bandite a partire dal 1° gennaio 2011.

101 Cfr. F. DECAROLIS, C. GIORGIANTONIO e G. PALUMBO, *La realizzazione delle opere pubbliche*, in *Le infrastrutture in Italia: dotazione, programmazione, realizzazione*, Seminari e convegni n. 7, Banca d'Italia, 2012.

102 Naturalmente, dato l'ambito temporale di riferimento, la ricognizione condotta non può fornire indicazioni circa gli effetti e l'efficacia delle modifiche che hanno interessato, più di recente, l'istituto dell'accordo bonario, alcune delle quali introdotte anche in virtù dei rilievi mossi dall'AVCP con la Determinazione 30 maggio 2007, n. 5: in particolare, *i*) quelle di cui al d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53 e *ii*) quelle da ultimo recate dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106 (sulle quali si rimanda al precedente paragrafo).

103 In sostanza, si è registrata un'applicazione distorta dell'accordo bonario, che pur essendo, nelle previsioni del legislatore, istituto di carattere eccezionale destinato a risolvere situazioni di particolare criticità, è stato spesso strumentalmente utilizzato dalle imprese per pervenire, in tempi brevi, al riconoscimento di determinate richieste economiche.

apparso, pertanto, strumentalmente utilizzato dalle imprese per correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o, comunque, per recuperare parte del ribasso offerto.

b) I provvedimenti emanati dall'AVCP.

Per il periodo successivo all'adozione della Determinazione 5 del 2007, non essendo disponibili ricognizioni sistematiche di un numero significativo di accordi bonari, si è provveduto all'analisi dei provvedimenti – emanati dall'Autorità dall'anno 2010 ad oggi – nei quali sia stato affrontato l'istituto dell'accordo bonario, per un totale di 12 Deliberazioni (cfr. Documento Allegato *sub* III, C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, *L'accordo bonario*, AVCP, 2013)¹⁰⁴.

Tali provvedimenti riguardano, quasi esclusivamente, gli appalti di lavori (10 casi su 12), con l'esclusione della Deliberazione 8/2012 (concessione di costruzione e gestione) e la Deliberazione 70/2010 (appalto di servizi).

Per quanto concerne l'importo dei contratti oggetto delle Deliberazioni esaminate, si evidenzia la presenza di appalti le cui aggiudicazioni vanno da alcuni milioni di euro (3, per lo più per la realizzazione di opere pubbliche a carattere comunale) a diverse centinaia di milioni per importanti infrastrutture di viabilità (3 tratte stradali e 1 metropolitana) o di servizio (un ospedale, 2 centri congresso e 2 interventi di ristrutturazioni e valorizzazioni di edifici pubblici). Anche la tipologia e il numero delle riserve formulate – laddove evidenziate nel provvedimento assunto dall'Autorità – risultano proporzionate alle dimensioni del contratto e arrivano, nei casi in cui il monte riserve è più cospicuo, a sfiorare o superare i cento milioni di euro (cfr., rispettivamente, la Deliberazione 65/2011 e la Deliberazione 8/2012).

Con riferimento all'esito della procedura, accanto ai casi di accoglimento delle richieste formulate dall'appaltatore, seppure per importi molto più contenuti (dell'ordine di un decimo) rispetto a quelli originariamente richiesti (6 casi), sono riscontrabili: *i*) tre casi nei quali non è stato comunicato l'esito della procedura; *ii*) un caso nel quale la procedura, seppure iniziata, è stata interrotta per conclusione anticipata del contratto (in tali circostanze le doglianze sono divenute oggetto di ricorso giudiziario o arbitrale); *iii*) un caso nel quale la stazione appaltante, pur ricorrendo i presupposti previsti dalla norma, non ha dato seguito alle richieste dell'appaltatore, non attivando la procedura di accordo bonario; *iv*) un caso nel quale sono state rigettate (ai fini della procedura di accordo bonario) le riserve dell'appaltatore perché inammissibili e infondate, salvo proporre un atto transattivo avente ad oggetto le medesime questioni.

In 4 casi, all'esito dell'esame dei comportamenti tenuti nel corso dell'esecuzione del contratto, l'Autorità ha provveduto a segnalare le vicende sottese alle Deliberazioni alle competenti Procure regionali della Corte dei Conti.

Emerge quindi, almeno con riferimento alle situazioni che hanno visto il coinvolgimento dell'AVCP e che sono state oggetto di esame, la perdurante presenza di numerose criticità riguardanti, principalmente, il rispetto da parte delle stazioni appaltanti delle fasi in cui la procedura di accordo bonario viene, dal legislatore, ripartita (cfr. Documento Allegato *sub* III, "C. Callopoli, A. Cucchiarelli e S. Levstik, *L'accordo bonario*, AVCP, 2013"). In molti casi, infatti, si evi-

¹⁰⁴ Il campione, selezionato e fornito dalla stessa AVCP, ha – in particolare – a oggetto le seguenti deliberazioni: 23.09.2010, n. 52; 16.11.2010, n. 70; 01.12.2010, n. 74; 26.01.2011, n. 10; 23.02.2011, n. 23; 09.03.2011, n. 31; 04.05.2011, n. 48; 22.06.2011, n. 63; 06.07.2011, n. 65; 26.10.2011, n. 94; 25.01.2012, n. 8; 03.05.2012, n. 45. Si rileva, altresì, come tutti i casi affrontati siano soggetti alla disciplina previgente l'entrata in vigore delle modifiche recate dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella l. 12 luglio 2011, n. 106. Il campione ha un valore puramente indicativo e un ambito estremamente parziale, coprendo esclusivamente i casi di ricorso al procedimento di accordo bonario che abbiano visto il coinvolgimento dell'AVCP nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza.

denziano comportamenti delle amministrazioni che, nonostante il dettato normativo, procedono senza tenere conto dei tempi cui dovrebbero essere vincolate, né dei passaggi logico-formali necessari. Tali comportamenti sconfinano nell'arbitrarietà della stazione appaltante laddove, ad esempio, si procede alla definizione delle controversie in forma transattiva, di fatto "saltando" la procedura di accordo bonario o, nel caso più eclatante già citato, procedendo a rigettare (ai fini della procedura di accordo bonario) le riserve dell'appaltatore perché inammissibili e infondate, per poi proporre un atto transattivo avente ad oggetto le medesime questioni.

Le opinioni e i dati emergenti dalla consultazione

Oltre all'analisi dei dati e delle informazioni contenuti negli atti dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (illustrata nel precedente paragrafo), l'attività di valutazione dell'istituto dell'accordo bonario si è svolta attraverso la consultazione di alcuni soggetti operanti nel settore delle infrastrutture, dal lato sia delle stazioni appaltanti (grazie alla partecipazione e ai contributi di rappresentanti di ANAS S.p.A. e Autostrade per l'Italia S.p.A.), sia delle imprese che realizzano le infrastrutture (grazie alla partecipazione e ai contributi di rappresentanti di AGI, ANCE e ANCP-Legacoop).

La consultazione si è svolta sia mediante riunioni plenarie e audizioni, impostate in maniera da permettere il confronto tra le diverse opinioni degli interlocutori, sia tramite la compilazione di un'apposita griglia di valutazione, attraverso la quale sono state acquisite le informazioni e i punti di vista dei predetti soggetti relativamente al funzionamento dell'istituto in oggetto. La valutazione è stata basata principalmente sui seguenti parametri: *i)* rilevanza; *ii)* efficacia; *iii)* efficienza; *iv)* effetti distributivi; *v)* accettabilità degli eventuali costi. Si riassumono di seguito i principali risultati.

a) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti da ANAS.

La società ANAS ha compilato la griglia di valutazione anche con dati e informazioni basati sulla propria esperienza nella veste di stazione appaltante di cui si dà conto nel prosieguo.

L'ANAS reputa tuttora valide e di assoluta rilevanza le finalità alla base dell'accordo bonario, volte a deflazionare il contenzioso civile e a risparmiare i tempi e i costi di composizione delle controversie; tali finalità sono tanto più valide a fronte di un sistema ordinario di giurisdizione caratterizzato da tempi lunghi. Per tale ragione, ANAS rileva la necessità di adottare misure *ad hoc* per l'ulteriore implementazione dell'istituto.

Sotto il profilo dell'efficacia, ANAS ritiene che l'accordo bonario abbia rappresentato una misura adeguata al raggiungimento degli obiettivi deflattivi del contenzioso a essa sottostanti, in ragione della natura obbligatoria e pregiudiziale del tentativo di addivenire al medesimo accordo rispetto alla proposizione dell'azione giudiziaria o della domanda arbitrale, come peraltro affermato in maniera inequivoca anche dalla giurisprudenza (*v. infra*). Ciononostante, ad avviso di ANAS, permangono alcuni profili problematici che attengono all'applicazione dell'accordo bonario e che riguardano, per un verso, la "debolezza" della figura del responsabile del procedimento (R.U.P.) in rapporto alla deli-

catezza delle funzioni che è deputato a svolgere¹⁰⁵; e, per l'altro, il possibile uso distorto di tale istituto da parte delle imprese, che è stato evidenziato nell'analisi condotta dall'Autorità nella determinazione n. 5 del 2007¹⁰⁶.

Per quanto concerne la valutazione del parametro dell'efficienza della norma, ANAS rileva che i benefici conseguiti dall'applicazione della medesima, in termini di costi e di tempi di definizione delle controversie, appaiono di gran lunga superiori rispetto ai costi della sua attivazione. Nella sua esperienza interna, ANAS ha rilevato che la composizione di una controversia in fase esecutiva mediante il ricorso alla procedura di accordo bonario si conclude (di regola) entro il termine di un anno dall'attivazione della procedura medesima, anziché nell'arco di una pluralità di anni, come accade nel caso di ricorso ad arbitrato o all'autorità giudiziaria. Con riguardo agli importi riconosciuti in sede di composizione bonaria della controversia, è stata registrata spesso una significativa discrepanza tra gli importi iscritti a titolo di riserva e quelli riconosciuti in esito alla procedura (che si attestano su una percentuale media corrispondente al 15% della pretesa iniziale).

In considerazione della necessità di sostenere l'attività del RUP, ANAS – interpretando cautelativamente le norme regolatrici dell'accordo bonario – sottopone, in conformità a una propria articolata procedura interna, gli accordi alla verifica di un organo interno misto tecnico-legale, inserito all'interno dell'unità organizzativa preposta alla fase di realizzazione delle opere – la cd. Unità Riserve – che esprime il proprio parere tecnico-legale, non vincolante, nei termini prescritti dalle vigenti procedure.

In linea con quanto sperimentato al suo interno, pertanto, ANAS formula una proposta allo scopo di fronteggiare le problematiche insorte in sede di applicazione, che si traduce nella necessità di un supporto all'attività del RUP, sia in sede di valutazione in ordine all'ammissibilità e alla fondatezza delle riserve, sia in sede di predisposizione della proposta di accordo bonario (se di sua competenza), mediante l'acquisizione di pareri da parte di strutture tecniche a ciò preposte.

In ordine alla ripartizione dei costi e dei benefici derivanti dall'applicazione della norma, ANAS ritiene che siano equamente distribuiti tra i destinatari della norma medesima.

Quanto alle modifiche introdotte dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, che sono anche volte a un contenimento della spesa pubblica, non è ancora possibile valutarne l'effettiva portata. Con specifico riferimento all'introduzione di un limite massimo alle riserve (che non può in ogni caso superare il 20% dell'importo contrattuale) da parte del citato d.l. 13 maggio 2011, n. 70, ANAS suggerisce di valutare la possibilità di un chiarimento circa l'effettivo ambito di applicazione dell'articolo 240-bis del Codice, come novellato da tale decreto legge, circoscrivendo l'operatività della “soglia” ivi prevista al solo importo delle riserve per le quali l'appaltatore può ottenere un riconoscimento in sede di accordo bonario, non già al complessivo importo delle riserve che possono essere iscritte e per le quali resta possibile comunque agire davanti all'autorità giudiziaria, escludendo le riserve che risultino iscritte per eventi imprevisti e imprevedibili non riconducibili a fatto dell'impresa.

105 Si ricorda, infatti, che al RUP compete la delicata valutazione circa l'ammissibilità e la non manifesta infondatezza delle riserve, ai fini dell'effettivo raggiungimento del limite di valore necessario per accedere alla procedura accelerata di definizione bonaria delle controversie. Inoltre, nei casi in cui l'importo dell'appalto non sia superiore a 10 milioni di euro, spetta sempre al RUP la predisposizione della proposta di accordo bonario.

106 Si veda il paragrafo 3.2.1.

b) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti dall'ANCE.

Al fine di valutare l'attuazione e le eventuali criticità dell'istituto, l'ANCE ha predisposto un questionario – trasmesso alle imprese associate ai fini di una prima valutazione della norma – articolato in una serie di domande finalizzate ad acquisire informazioni relativamente al ricorso all'accordo bonario e alla tempistica di svolgimento della procedura a far data dalla richiesta, nonché alla convenienza dell'istituto per l'impresa e alle problematiche risolte con l'accordo bonario comparate con il ricorso al giudizio ordinario o arbitrale.

Anche sulla base dei dati e delle informazioni raccolte in risposta al predetto questionario, l'ANCE ha compilato la griglia di valutazione, di cui nel prosieguo si riferiscono gli elementi più importanti, con specifico riferimento ai parametri della rilevanza, dell'efficienza e dell'efficacia della norma.

L'ANCE ritiene ancora fortemente rilevanti le finalità dell'istituto dell'accordo bonario, anche in quanto applicabile alla maggior parte delle tipologie dei contratti, e validi i principi stabiliti nell'articolo 240 del Codice.

Sotto il profilo dell'efficacia, l'accordo bonario è considerato dagli operatori un utile e conveniente strumento, se tempestivo, per risolvere le controversie sia economiche, sia tecniche. Il principale problema segnalato, in alcuni casi, dagli operatori è quello dei tempi necessari per concludere l'accordo bonario, che si attestano su una media i cui valori sono compresi tra dodici e diciotto mesi. Le prime rilevazioni elaborate sulla base delle risposte delle imprese mostrano che la percentuale di problematiche risolte con accordo bonario, rispetto a quelle risolte con giudizio ordinario o arbitrale, oscilla tra il 20 e il 50%. In proposito, l'ANCE reputa opportuno prevedere una riduzione dei tempi a disposizione dei soggetti, che sono i principali attori della procedura (RUP, direttore dei lavori) e un sistema sanzionatorio più efficace in caso di mancato rispetto dei tempi previsti, che si tradurrebbe in un aumento dei costi a carico delle amministrazioni, il cui risarcimento finale dovrebbe essere posto a carico dei funzionari.

Ulteriori profili problematici attengono al ruolo del RUP nella valutazione della non manifesta infondatezza delle riserve e alla non accessibilità della relazione del direttore dei lavori.

Con riguardo all'efficienza dell'istituto, anche sulla base delle risposte delle imprese associate, l'ANCE rileva che l'accordo bonario non è sempre più semplice e veloce rispetto ad altri tipi di procedure, atteso che – nel 30% delle procedure di accordo bonario avviate – si è comunque giunti a una risoluzione arbitrale. Dalle rilevazioni emerge, inoltre, che l'importo riconosciuto nell'accordo è spesso inferiore a quello che si potrebbe ottenere con un giudizio ordinario: in particolare, la percentuale di accoglimento della richiesta presentata dall'impresa è compresa tra il 10 ed il 30%.

L'ANCE, infine, ritiene equamente distribuiti i costi e i benefici tra i diversi destinatari della norma, anche se alcune lentezze riscontrate nella fase attuativa, a suo avviso, sbilanciano gli effetti a favore della stazione appaltante. Quanto al ricorso all'accordo bonario, viene segnalato uno scarso interesse per tale istituto da parte di alcune stazioni appaltanti.

c) Gli elementi di informazione e di valutazione forniti dall'AGI.

L'AGI ha compilato la griglia di valutazione che, anche sulla base di un'interlocuzione con le imprese associate, fa riferimento ad appalti di elevato importo e impegno realizzativo.

In primo luogo, l'AGI ritiene che il problema iniziale, affrontato con l'introduzione dell'accordo bonario, ha registrato una positiva evoluzione dopo alcune questioni insorte nella prima fase applicativa e reputa, pertanto, tuttora rilevanti le finalità della norma e validi i principi ad essa sottostanti.

L'AGI ritiene, inoltre, che la norma abbia perseguito i suoi obiettivi specialmente a partire dall'entrata in vigore delle successive modificazioni relative, per un verso, al supporto al RUP da parte della Commissione che esprime parere sulle riserve; e, per l'altro, all'introduzione di tempistiche certe e vincolanti per l'avvio della procedura. Nel rilevare che i profili problematici ancora esistenti dipendono, tra l'altro, dall'applicazione dell'istituto da parte di alcune committenze, l'AGI esprime perplessità circa l'esclusione dell'applicazione della norma al contraente generale¹⁰⁷, che – a suo avviso – andrebbe rimossa.

L'AGI reputa, infatti, l'istituto dell'accordo bonario lo strumento più efficace per deflazionare il contenzioso e, per tale ragione, esprime analoghe perplessità con riguardo alle modifiche normative connesse alla fissazione di un tetto alle riserve, di cui all'art. 240-*bis* del Codice, in quanto – a suo avviso – appaiono suscettibili di incrementare il contenzioso ordinario, specie con le controversie non risolvibili attraverso le riserve e l'accordo bonario, e i relativi tempi e costi.

Ad avviso dell'AGI, un ulteriore miglioramento sul piano procedurale potrebbe essere perseguito con l'eliminazione del preventivo giudizio di ammissibilità e non manifesta infondatezza delle riserve, ai fini dell'effettivo raggiungimento del richiesto limite di valore (10% dell'importo contrattuale), in considerazione del fatto che – rileva l'AGI – nel caso in cui il giudizio di inammissibilità dovesse riguardare una parte soltanto delle riserve iscritte, non è chiara quale possa essere la sorte di quelle restanti, considerato anche che il procedimento può essere riproposto per una sola volta e – comunque – quando le riserve iscritte, ulteriori e diverse rispetto a quelle già esaminate, raggiungano nuovamente l'importo del 10%.

Una valutazione positiva viene, infine, espressa in ordine all'impatto economico dell'istituto dell'accordo bonario, per gli effetti sugli investimenti conseguenti a un approccio al contenzioso prima della sua formalizzazione. Una massimizzazione degli effetti della norma è attesa dall'implementazione di procedure di controllo interno da parte della committenza e dall'applicazione della norma che limita i compensi dei componenti delle commissioni¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Introdotta dall'art. 4, comma 2, lettera gg) del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 al comma 1 dell'art. 240.

¹⁰⁸ Che non possono superare l'importo di 65.000 euro.

La valutazione dell'istituto alla luce della giurisprudenza e degli interventi dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici

L'accordo bonario è uno strumento stragiudiziale di definizione delle liti, volto a comporre, in corso d'opera, conflitti originati da riserve proposte dall'appaltatore nei confronti della stazione appaltante.

La norma in tema di accordo bonario assume una notevole importanza, collocandosi in apertura della parte V del Codice, dedicata al contenzioso, a seguito di quella sulla transazione¹⁰⁹ ed è stata oggetto di valutazione da parte di alcune pronunce giurisprudenziali e dell'Autorità di settore (AVCP).

La previsione normativa ha superato il vaglio di Corte Cost. 23 novembre 2007, n. 401, che ha ritenuto legittima la norma perché rientrante nella materia "giurisdizione (...) e giustizia amministrativa", che l'art.117 Cost. attribuisce alla competenza legislativa statale esclusiva¹¹⁰.

Successivamente, tuttavia, la Consulta ha ritenuto che l'istituto dell'accordo bonario per la risoluzione delle riserve «non rientra nella materia della giustizia amministrativa, attenendo alla fase dell'organizzazione amministrativa dell'ente provinciale¹¹¹».

L'istituto ha finalità di accelerazione e di eventuale deflazione del contenzioso attraverso un meccanismo di conciliazione avente natura negoziale, che si contrappone alla risoluzione in via amministrativa; pertanto, ove le parti non raggiungano l'accordo, anche se a causa del silenzio e dell'inerzia serbati dall'amministrazione sul punto, decorsi i termini previsti, l'appaltatore ha la potestà/diritto di adire – ove previsto – la giustizia arbitrale¹¹².

109 Il Consiglio di Stato ha segnalato che «l'istituto della transazione nell'ampia possibilità di utilizzo prevista dalla norma (cfr. comma 1: "... le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del Codice civile") appare destinato ad erodere spazi di utilizzazione all'istituto dell'accordo bonario che, però, è munito di ben più ampie garanzie procedurali» (Cons. St., sez. consultiva atti normativi, parere 6 febbraio 2006, n. 355). Pertanto, lo strumento dell'accordo bonario, applicabile alle sole contestazioni di natura contabile derivanti dalle riserve, finisce per conferire carattere residuale, in tali casi, alla transazione (Cfr. L. D'Ottavi, A. Iacoangeli, L'accordo bonario, in I contratti pubblici. Nuovo commentario alla disciplina degli appalti, a cura di F. Nardocci, L. D'Ottavi, Rimini, 2012, pag.1237).

110 Più in particolare, la regione Veneto impugnava i commi 9 e 10 dell'art. 240, sostenendo che «le norme denunciate disciplinerebbero «in modo eccessivamente analitico aspetti prettamente organizzativi dell'istituto dell'accordo bonario, precludendo alle Regioni qualsiasi possibilità di dettare sul punto una propria autonoma disciplina». Questione ritenuta inammissibile dalla Corte in quanto «le norme specificamente censurate riguardano, da un lato, le modalità di nomina del terzo componente dell'apposita commissione avente il compito di effettuare una proposta motivata di accordo in relazione alle riserve iscritte (comma 9); dall'altro, la disciplina dei compensi spettanti ai commissari. Tali norme disciplinano, in via prevalente, aspetti riconducibili al sistema del contenzioso rientrante nell'ambito della competenza legislativa esclusiva statale» (cfr. Corte Cost., 23 novembre 2007, n. 401).

111 Nel caso di specie, veniva impugnato l'art. 90 della l. prov. di Trento 24 luglio 2008, n. 10, che introduce l'art. 58.12 nella l. prov. 10 settembre 1993, n. 26, relativo alle riserve dell'appaltatore e alle contestazioni tra quest'ultimo e l'amministrazione aggiudicatrice, nella misura in cui disciplina l'accordo bonario e il ricorso amministrativo alla Giunta provinciale, entrambi strumenti alternativi di risoluzione delle liti, sul presupposto che invaderebbe la materia «giustizia amministrativa» che rientra nella legislazione statale esclusiva. Tale previsione è stata invece considerata costituzionalmente legittima (cfr. Corte Cost., 12 febbraio 2010, n. 45).

112 Cfr. Lodo Roma 24 luglio 2008 n. 105; lodo Roma 2 novembre 2005, n. 60; lodo Roma 8 novembre 2006, n. 96; lodo Roma 22 dicembre 2005, n. 80.

L'AVCP ha chiarito che la peculiarità dell'istituto è quella di risolvere in maniera celere il contenzioso insorto tra le parti a seguito di apposizione di riserve su registro di contabilità¹¹³. Nel contempo, come già segnalato (cfr. il precedente paragrafo 3.2.2), ha denunciato un'applicazione distorta dell'istituto, essendo spesso utilizzato strumentalmente dall'appaltatore, per ottenere, in tempi brevi, il riconoscimento di richieste economiche e/o correggere la formulazione di offerte non pienamente ponderate in sede di appalto o recuperare parte del ribasso offerto¹¹⁴.

L'AVCP ha, anche, precisato le condizioni di ammissibilità per il ricorso all'istituto, già individuate dalla normativa in materia.

In primo luogo, come si è già anticipato, il ricorso a questa procedura accelerata di componimento bonario del contenzioso, che presuppone l'iscrizione di riserve¹¹⁵ sui documenti contabili¹¹⁶, è ammesso solo «quando l'ammontare delle riserve superi in percentuale il 10% dell'importo contrattuale»¹¹⁷. Pertanto, il responsabile del procedimento deve valutare attentamente la fondatezza e ammissibilità delle riserve, anche attraverso l'ausilio di professionisti, quando si tratta di riserve ad alta specificità tecnica o giuridica. Non deve quindi procedere con lo strumento dell'accordo bonario, ma richiedere al progettista o al direttore dei lavori una perizia di variante, quando le riserve attengono a circostanze imprevedibili o ad errori o omissioni nella redazione del progetto.

In giurisprudenza, è parso necessario precisare che, nel caso di presentazione di riserve, la stazione appaltante può disattendere il parere del responsabile del procedimento e chiederne uno suppletivo a un soggetto esterno alla PA. La necessità del “parere esterno” non è, infatti, circoscritta – secondo quanto ritenuto dalla Corte dei Conti – a casi particolari, nei quali nessun soggetto interno sarebbe in grado di fornire il parere¹¹⁸.

In secondo luogo, non è ammesso – da parte delle stazioni appaltanti – il ricorso a un “accordo bonario parziale” ovvero limitato alla risoluzione di alcune delle riserve iscritte, rinviando alla fase conclusiva dell'appalto una valutazione complessiva delle altre¹¹⁹, dal momento che il procedimento deve riguardare tutte le riserve iscritte fino al momento del suo avvio.

Una volta verificata la sussistenza dei presupposti per il ricorso all'istituto, il tentativo di accordo bonario costituisce una procedura che l'amministrazione ha il dovere di attivare e si configura come una condizione di procedibilità della

113 Cfr. AVCP deliberazione 17 settembre 2003, n. 249.

114 Cfr. AVCP determinazione 30 maggio 2007, n. 5. Vd., anche, l'intervento del Presidente Giampaolino all'audizione presso le commissioni II e VII della Camera dei Deputati sull'attuazione della Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio sulle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti dell'11 febbraio 2010.

115 Sulla natura contestativa delle riserve vd. A. CIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano 2004; M. MAZZONE, C. LORIA, *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Milano, 2011. Sul procedimento di accordo bonario R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, 2012.

116 V., anche, TAR Bari, sez. I, 23 gennaio 2002, n. 467.

117 Cfr. AVCP determinazione 30 maggio 2007, n. 5.

118 Cfr. Corte dei Conti, Lombardia, sezione giurisdizionale, 13 maggio 2008, n. 283.

119 Cfr. AVCP, determinazione 5 dicembre 2001, n. 22.

domanda giudiziale. Pertanto, rappresenta un passaggio che deve precedere il ricorso al procedimento arbitrale¹²⁰.

Più in particolare, il suo mancato esperimento determina un'improcedibilità solo temporanea della domanda e – dunque – non ostacola lo svolgimento del procedimento arbitrale e l'emissione del lodo quando, pur dopo la notifica della domanda di arbitrato, sia decorso il termine di novanta giorni entro il quale l'Amministrazione è tenuta a formulare la proposta di accordo bonario¹²¹.

Infatti, l'infruttuoso decorso del termine per esperire la procedura di accordo bonario fa sì che l'appaltatore sia abilitato a promuovere un eventuale giudizio, non potendo il suo diritto di difesa essere condizionato a un adempimento meramente potestativo riferibile all'altro contraente¹²².

L'AVCP ha fornito indicazioni anche con riguardo alla natura dei termini previsti dalla procedura di accordo bonario. Da una parte, l'Autorità ne ha riconosciuto la natura ordinatoria, con conseguente impossibilità per l'appaltatore di attivare innanzi all'organo giurisdizionale amministrativo la procedura del silenzio inadempiuto; dall'altra, ha sottolineato la non conformità alla norma sull'accordo bonario di una procedura conclusa dalla stazione appaltante con consistente ritardo, essendo ciò contrario alla *ratio* della norma stessa¹²³.

La giurisprudenza amministrativa in materia di accordo bonario si è espressa limitatamente sulla natura giuridica delle relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore, nonché in materia di accesso a tali atti. È stata più volte chiarita dal Consiglio di Stato la natura riservata di queste relazioni ed è stato considerato legittimo il diniego di accesso alle stesse¹²⁴.

La *ratio* di questo diniego si rinviene nella funzione delle relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore quali strumenti di tutela degli interessi della stazione appaltante, utilizzabili nel caso venga poi instaurata la procedura contenziosa. Perciò, essendo atti strumentali a un'eventuale difesa successiva, devono – in questa fase – rimanere segreti. Si ritiene, poi, che la conoscenza indiretta che l'appaltatore possa eventualmente acquisire del contenuto delle relazioni tramite il proprio rappresentante in seno alla Commissione per l'accordo bonario, non equivale alla disponibilità materiale dei relativi documenti, che caratterizza e qualifica il diritto di accesso¹²⁵.

Come ribadito dall'Adunanza plenaria 13 settembre 2007, n. 11, nel vietare l'accesso e ogni altra forma di divulgazione, l'art. 13 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 equipara le relazioni del direttore dei lavori e del collaudatore ai "*pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente Codice*". Pertanto, anch'essi non sono ostensibili, perché riferiti a un contenzioso potenziale o attuale con l'appaltatore e investiti dalle stesse esigenze di riservatezza che tutelano le ragioni di ordine patrimoniale della stazione appaltante.

120 Cfr. Cass.civ., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5274.

121 Cfr. Cass.civ., sez. I, 7 marzo 2007, n. 5274; Cass.civ., sez. I, 2 luglio 2007, n. 14971.

122 Cfr. Lodo Roma 30 marzo 2009 n. 45.

123 Cfr. AVCP determinazione 5 dicembre 2001, n. 22.

124 Cfr. Cons. St., Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11; Cons. St., sez. consultiva atti normativi, parere, 6 febbraio 2006, n. 355; Cons. St., 26 aprile 2005, n. 1916; Cons. St., sez. V, 15 aprile 2004, n. 2163, nonché da ultimo TAR Lazio, sez. I, 18 ottobre 2011, n. 8013.

125 Cfr. Cons. St., Ad. plen., 13 settembre 2007, n. 11.

In sintesi, la finalità delle relazioni del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve dell'impresa, è quella di offrire alla stazione appaltante il resoconto delle vicende relative all'esecuzione dei lavori appaltati, e – pertanto – si deve escludere che esse rispondano all'interesse di ambedue le parti contrattuali. Tali documenti sono prodotti a sostegno dell'amministrazione che si opponga alle richieste dell'appaltatore; si inseriscono in una controversia in atto o potenziale tra l'amministrazione e l'appaltatore concernente l'esecuzione del contratto, nella quale si fronteggiano anche interessi di natura patrimoniale e che solo indirettamente, per le possibili conseguenze sulla finanza pubblica, presentano riflessi di ordine pubblicistico.

La Plenaria, più in particolare, evidenzia poi che – seppure l'accesso sia ritenuto esercitabile anche nei confronti dell'attività di diritto privato della pubblica amministrazione, attraverso la quale essa persegua le proprie finalità istituzionali (come da sentenza del 22 aprile 1999 n. 4) – le esigenze di trasparenza, che agevolano il concreto perseguimento dei valori costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità, fondanti l'art. 22 della l. 7 agosto 1990, n. 241, hanno trovato l'espresso limite nelle eccezioni tassativamente previste dalla legge.

Diverso discorso, però andrebbe fatto per la relazione del responsabile del procedimento che, anche quando fornisca un parere sulla fondatezza delle riserve, si colloca nel contesto di un procedimento amministrativo ed è supporto istruttorio alla determinazione definitiva sulle domande dell'appaltatore. In tal senso, non costituisce un parere rilasciato da un soggetto terzo, provenendo da un ufficio della stessa amministrazione e, non rientrando tra le eccezioni tassativamente indicate dalla legge, deve ritenersi atto accessibile¹²⁶.

Alla luce delle considerazioni su esposte, occorre – infine – chiedersi se si debba riconoscere in capo all'appaltatore una posizione di interesse legittimo o di diritto soggettivo, a fronte dell'osservanza – da parte dell'Amministrazione – delle norme procedurali che regolano la definizione bonaria delle controversie in materia di riserve.

Per una parte della dottrina, in caso di inerzia dell'amministrazione o di rifiuto di avviare il procedimento, l'appaltatore potrebbe adire il giudice amministrativo, al fine di far dichiarare l'obbligo dell'Amministrazione di attivare il relativo procedimento (azione avverso il silenzio)¹²⁷. Sebbene l'accordo abbia natura privatistica, la sua funzionalizzazione al perseguimento di interessi pubblici conferirebbe al procedimento natura pubblicistica e alla posizione giuridica dell'appaltatore la consistenza di interesse legittimo pretensivo¹²⁸.

126 Cfr. TAR Lombardia, Milano, 24 ottobre 2011, n. 2530.

127 V., anche, giurisprudenza isolata del TAR Sicilia, Catania, sez. I, 17 aprile 2003, n. 661.

128 Per la dottrina orientata in tal senso cfr. R. DE NICCOLIS, *Il nuovo contenzioso in materia di appalti pubblici*, Milano, 2007; F. ASTONE, *Strumenti di tutela e forme di risoluzione bonaria del contenzioso nel codice dei contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2007; M. G. AMORIZZO, *L'accordo bonario*, in AA.VV., *La tutela in tema di appalti pubblici*, Napoli, 2007.

Per altra parte della dottrina, dal momento che l'accordo bonario si inserisce in sede di esecuzione del contratto e costituisce una decisione negoziale, non sarebbe ipotizzabile la sussistenza di interessi legittimi in assenza di poteri autoritativi della stazione appaltante. Se l'amministrazione omette il tentativo di accordo bonario, come nel caso in cui il tentativo fallisca, l'appaltatore potrà – comunque – ricorrere all'azione giudiziaria o all'arbitrato¹²⁹.

Tale ultima tesi sembra preferibile per almeno tre ordini di ragioni. In primo luogo, questa impostazione sarebbe più conforme alla natura prettamente privatistica dell'accordo bonario, nonché al riconoscimento della posizione equioridinata della stazione appaltante a quella dell'appaltatore. In secondo luogo, diversamente argomentando si finirebbe per creare una disparità di trattamento in termini di tutela tra i contraenti privati dell'amministrazione. Infatti, l'appaltatore (che non sia un contraente generale) potrebbe usufruire di un'azione nei confronti dell'amministrazione volta all'attivazione del tentativo di accordo bonario (attivazione che invece, dalla legge, è lasciata in capo al direttore dei lavori), mentre all'appaltatore-contraente generale non sarebbe riconosciuta la stessa tutela, dal momento che la procedura non si applica ai contratti affidati a contraente generale. In terzo luogo, la prima delle tesi esposte contrasterebbe con quanto ritenuto dall'AVCP con riguardo ai termini, per l'appunto a carattere ordinatorio, della procedura.

3. Conclusioni

Conclusioni sull'esercizio di valutazione

L'attività di valutazione svolta ha consentito di acquisire alcuni rilevanti elementi di informazione e di valutazione in ordine all'attuazione degli istituti esaminati, che consentono di elaborare alcune proposte per modificare gli istituti medesimi al fine di migliorarne l'efficienza e l'efficacia.

Sull'offerta economicamente più vantaggiosa

Trasparenza sui criteri motivazionali

Per favorire maggiore trasparenza in fase di gara, sarebbe auspicabile un intervento legislativo teso a chiarire che, come già previsto (ex art. 83, comma 4, del Codice) per i “sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi”, anche i cosiddetti “criteri motivazionali” siano indicati in sede di bando. L'orientamento della giurisprudenza nazionale e comunitaria, oltre che della stessa AVCP, sembra convergere in questa direzione. Il legislatore potrebbe codificare tale orientamento, per garantire maggiore certezza del diritto.

129 In tal senso, cfr. P. DE LISE, *Commento all'art. 31bis l. Merloni*, in AA.VV., *Commento alla legge quadro sui lavori pubblici fino alla Merloni ter*, a cura di L. GIAMPAOLINO, M.A. SANDULLI, G. STANCANELLI, Milano 1999; L. D'OTTAVI, A. IACOANGELI, *L'accordo bonario*, in *I contratti pubblici. Nuovo commentario alla disciplina degli appalti*, a cura di F. NARDOCCI, L. D'OTTAVI, Rimini, 2012; E. BARBIERI, *Considerazione sull'accordo bonario in materia di appalto di lavori pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2007, p. 601.

In giurisprudenza v. TAR Calabria, Reggio Calabria, 12 novembre 2008, n. 1211, che ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo per l'annullamento del silenzio-rifiuto formatosi su un'istanza del privato, che ha intimato all'amministrazione l'avvio del procedimento di accordo bonario, non essendo configurabili posizioni di interesse legittimo, ma solo di diritto soggettivo, per le quali il giudice amministrativo è privo di giurisdizione.

Semplificare lo strumento

Sul piano operativo si riscontra la necessità di semplificare l'applicazione dell'istituto, la cui complessità non è sempre proporzionata alle competenze delle singole amministrazioni e coerente con le finalità a esso sottese.

Infatti, l'analisi condotta ha mostrato come, tra i vari metodi di calcolo possibili per aggregare i punteggi, le amministrazioni usino – di preferenza – quello più semplice (c.d. aggregativo compensatore). Tale risultato, da un lato, può essere letto come segnale di un *gap* culturale delle stazioni appaltanti, che preferiscono non applicare gli altri metodi data la loro maggiore complessità; dall'altro, conduce – però – a effetti complessivamente positivi, considerato che tale metodo aumenta la trasparenza e permette che il prezzo entri linearmente nella formula. Si evitano così le distorsioni che sarebbero associate a criteri “endogeni”, nei quali il punteggio di un'offerta è definito in funzione di una qualche statistica (spesso la media) di tutte le offerte. In più, esso permette di contenere il lavoro – e quindi il costo – e la discrezionalità della commissione aggiudicatrice.

Alla luce di tali valutazioni, se resta in ogni caso fondamentale investire nella formazione e qualificazione dell'operatore pubblico, mettendolo nelle condizioni di utilizzare al meglio la pluralità di strumenti che l'ordinamento predispone, è altrettanto importante che il livello di complessità di tali strumenti sia proporzionato e coerente rispetto all'obiettivo di assicurare la selezione dell'offerta effettivamente più competitiva e – quindi – il migliore funzionamento del sistema degli appalti pubblici. Sempre nell'ottica di introdurre un criterio di proporzionalità, potrebbe valutarsi l'inserimento di una soglia minima per la facoltà di scelta di questo criterio di aggiudicazione in considerazione della complessità e onerosità che la sua applicazione comporta.

Orientare l'esercizio della discrezionalità amministrativa

Altra criticità riscontrata risiede nell'uso non sempre adeguato della discrezionalità amministrativa propria dell'istituto. Relativamente all'eccesso di discrezionalità – che può caratterizzare tale modalità di aggiudicazione rispetto al criterio del prezzo più basso – una soluzione sembra essere quella di investire sull'adozione di “linee guida”, in maniera analoga a quanto è stato fatto in materia di c.d. Bandi Tipo o dichiarazioni sostitutive. Rispetto a tali esperienze occorre aggiungere la garanzia, anche attraverso idonea copertura normativa, di un'effettiva applicazione da parte di tutte le stazioni appaltanti di dette “linee”. La razionalizzazione delle funzioni di committenza e la riduzione del numero delle stazioni appaltanti potrebbe contribuire a dare uniformità a queste scelte e a questi comportamenti, oltre che reale efficacia all'istituto.

L'esito cui conduce l'applicazione dell'OEPV, poi, non appare sempre coerente con la sua vocazione tesa ad ampliare il ventaglio delle soluzioni tecniche a disposizione o per elevare la qualità tecnica delle soluzioni individuate, anche in funzione dei processi produttivi da adottarsi. Infatti, sembra emergere, soprattutto di recente, una prassi applicativa dell'OEPV non incline a valorizzare effettivamente l'apporto propositivo e di miglioramento tecnico-qualitativo del progetto, bensì suscettibile di privilegiare gli aspetti di natura economico-quantitativa. Un approfondimento dell'analisi volta ad acquisire una più robusta base di dati conoscitivi su questa tendenza potrebbe determinare la necessità di apportare una serie di correttivi anche sotto questo profilo.

Sull'accordo bonario

Razionalizzare le tempistiche

All'esito della consultazione e dell'esercizio di valutazione, è emerso che un profilo di intervento potrebbe essere individuato nel trovare forme per garantire tempistiche certe per l'espletamento della procedura. In tale ambito, una linea di possibile intervento potrebbe essere rappresentata dall'armonizzazione delle tempistiche dettate dal legislatore per l'espletamento della procedura *ex art. 240* con le attività delle Commissioni di Collaudo, le quali debbono esprimersi anche in merito alle riserve. Ciò al fine di agevolare un'ipotesi condivisa di definizione della procedura.

3.1.2.2. Supporto al RUP

Al fine di dotare il RUP del necessario supporto qualificato per l'espletamento dell'incarico affidato, soprattutto per gli appalti di importo inferiore ai 10 milioni di euro per i quali la costituzione della commissione tecnica contemplata dall'art. 240 del Codice è facoltativa, e anche al fine di rispettare le predette tempistiche, un'ulteriore linea di intervento potrebbe essere quella di affiancare al RUP nell'analizzare le riserve e nel formulare la proposta finale di accordo strutture tecnicamente specializzate e attrezzate poste al servizio della funzione di committenza, appositamente create nell'ambito di un più ampio processo di razionalizzazione della funzione di committenza e aggregazione delle stazioni appaltanti¹³⁰.

Ampliare l'uso dell'accordo bonario

Sulla base di quanto emerso in sede di valutazione, si potrebbero valutare misure volte a migliorarne l'efficacia e ad ampliarne l'utilizzo. Ad esempio, potrebbe essere oggetto di ulteriore approfondimento la possibilità di estendere l'obbligo di nomina della commissione tecnica agli appalti di importo inferiore a 10 milioni di euro, così come l'estensione dell'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della procedura di accordo bonario. Per gli appalti di importo pari o superiore a alla soglia dei dieci milioni, occorrerebbe invece valutare la possibilità di rendere vincolanti le determinazioni assunte dalla predetta commissione. In alternativa, analogamente a quanto proposto per gli appalti di importo inferiore alla soglia predetta, potrebbe valutarsi la soluzione di accentrare sul RUP, adeguatamente supportato da una struttura tecnico-legale istituita all'interno di un soggetto deputato all'esercizio associato delle funzioni di committenza, il potere di definire in maniera vincolante la procedura in esame.

130 Sul tema della aggregazione delle stazioni appaltanti si rinvia, in questo Rapporto, al capitolo Fase propedeutica all'affidamento ed esecuzione delle opere pubbliche e al contributo di Paolo Urbani, Proposte in materia di razionalizzazione ed economicità a livello regionale/locale nell'affidamento di lavori tramite evidenza pubblica.

Conclusioni sul “metodo nel governare”

Più in generale, l'esercizio svolto ha consentito di sperimentare una metodologia applicata a livello europeo per la legislazione sul mercato interno e dimostrare che il metodo di governo può e deve essere aggiornato. Prima di ogni nuova riforma del settore delle infrastrutture occorre svolgere una manutenzione della regolazione di settore, valutando l'impatto e le conseguenze delle riforme adottate nel corso degli ultimi anni. Ma per fare questo occorre investire sulla modifica di una serie di condizioni di contesto come quelle illustrate di seguito.

Valutare prima, regolare poi

Occorre, in primo luogo, far uscire la Verifica di impatto della regolazione (VIR) dal cono d'ombra legislativo (anche se una novella legislativa del 2012 sembra andare nella giusta direzione) e culturale dell'Analisi di impatto della Regolazione (AIR) e concentrare la valutazione sulle regolazioni più importanti per lo sviluppo e la crescita. Per far questo sarà necessario potenziare il Servizio analisi e verifica dell'impatto della regolamentazione della Presidenza del Consiglio dei Ministri, per trasformarlo in una sorta di “cabina di regia” delle attività di comunicazione e valutazione, nonché delle politiche di trasparenza in materia di regolazione pubblica. In particolare, a tale struttura si dovrebbe pertanto assegnare il compito di formare, affiancare, assistere in maniera continua tutte le amministrazioni pubbliche obbligate o disponibili a svolgere attività di valutazione della regolazione. Occorre, infine, insistere e dedicare ancor maggiori energie a un'azione di comunicazione propriamente intesa in materia di valutazione. In altri termini, la predetta cabina di regia dovrebbe dedicare molta parte delle proprie energie alla diffusione della cultura empirica della valutazione tra le pubbliche amministrazioni mediante elaborazione di linee-guida, manuali d'istruzione, predisposizione di “cassette degli strumenti” di valutazione, standardizzazione di tecniche e metodologie di valutazione, scambio di buone prassi¹³¹. Infine, occorre passare da un'impostazione generalista a un'ottica selettiva, che concentri gli sforzi di valutazione sui settori e le regolazioni maggiormente incidenti e funzionali ai fini della crescita e dello sviluppo.

Disciplinare, organizzare e aprire una consultazione sulla smart regulation dei contratti pubblici

La materia dei contratti pubblici, come molti dei “settori ordinamentali strategici per politiche normative più marcatamente segnate da obiettivi di sviluppo e crescita”¹³², è stata interessata, soprattutto negli ultimi due anni, da un consistente numero di modifiche che hanno inciso – in modo talvolta frammentario – sulla normativa vigente.

Prima di procedere a ulteriori modifiche di una disciplina già caratterizzata da una forte “instabilità” normativa, appare opportuno avviare una fase di consultazione sul Codice dei contratti pubblici – aperta a soggetti pubblici e privati operanti nel settore – al fine di acquisire elementi di informazione e di valutazione su una serie di questioni cruciali

131 Sembra andare in questa direzione il “Progetto POAT-DAGL”, diretto ad attivare un processo di capacity building e a diffondere competenze, conoscenze e prassi in materia di semplificazione e qualità della regolazione, anche attraverso la creazione di un network dei soggetti, laboratori di sperimentazione, attività di supporto specifico alle amministrazioni, scambio di buone pratiche, approfondimento congiunto di problematiche e prassi operative.

132 V. Relazione sullo stato di applicazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) – Anno 2011, cit., p. 42.

nella materia dei contratti pubblici, nonché sull'attuazione di alcune recenti innovazioni.

La consultazione appare tanto più opportuna in vista del futuro recepimento delle proposte di direttiva in materia di appalti pubblici e concessioni, all'esame delle Istituzioni europee. Le nuove direttive, infatti, sono volte a perseguire la maggiore efficienza della spesa pubblica e a rafforzare la concorrenza. La modernizzazione degli appalti pubblici, anche attraverso il loro utilizzo strategico in risposta agli obiettivi della Strategia Europa 2020, si basa sulla necessità di semplificazione della normativa europea e di flessibilità degli istituti in essa previsti.

Le finalità e il nuovo approccio alla base delle proposte di direttiva rappresentano, al di là del recepimento puntuale di alcune norme, un'occasione per semplificare la normativa italiana e per un suo riordino, anche al fine di risolvere alcune criticità che permangono a livello nazionale.

Dal punto di vista metodologico, la consultazione potrebbe svolgersi attraverso la raccolta di risposte a un questionario, analogamente a quanto avvenuto a livello europeo con il Libro verde sulla modernizzazione degli appalti pubblici. Gli esiti della consultazione confluirebbero in una valutazione di impatto sulla disciplina italiana degli appalti e delle concessioni.

Assicurare la trasparenza e l'accessibilità delle informazioni

È necessaria una maggiore trasparenza e accessibilità delle informazioni relative all'affidamento e all'esecuzione dei lavori pubblici. Infatti, le basi informative attualmente esistenti in Italia sono carenti e – in molti casi – limitatamente accessibili: ciò comporta gravi limiti nell'analisi della *performance* del sistema degli appalti pubblici, nonché nell'individuazione delle aree di maggiore inefficienza.

In primo luogo, sarebbe auspicabile intervenire sul processo di raccolta dei dati relativi agli appalti pubblici, introducendo: *i*) un sistema di incentivi e sanzioni più adeguato ed effettivo¹³³ per le comunicazioni erronee o incomplete da parte delle stazioni appaltanti e degli Osservatori regionali; *ii*) l'obbligo per l'AVCP di rendere pubblici – con scadenza regolare – gli esiti del monitoraggio sulla completezza della BDNCP e delle sanzioni intraprese contro stazioni appaltanti e Osservatori regionali inadempienti. Come già segnalato, miglioramenti – in tal senso – dovrebbero essere recati dall'entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione dell'art. 1, comma 35, della legge anticorruzione, che – tra le altre cose – inasprisce le sanzioni in caso di inadempimento degli obblighi informativi da parte delle stazioni appaltanti e stabilisce che l'AVCP comunichi – entro il 30 aprile di ogni anno – alla Corte dei Conti la lista delle Amministrazioni che non si sono conformate a tali obblighi.

133 Si consideri, infatti, che l'art. 7 del Codice già contempla sanzioni pecuniarie per la mancata o incompleta trasmissione dei dati. Presumibilmente, pertanto, le maggiori difficoltà si riscontrano in merito al controllo e all'applicazione delle sanzioni.

Sarebbe, altresì, importante – anche sulla scorta di alcune virtuose esperienze straniere¹³⁴ – assicurare una maggiore accessibilità a tali informazioni: in questo modo, infatti, ogni cittadino potrebbe – almeno potenzialmente – monitorare l’operato della P.A. Un primo passo in questa direzione è stato realizzato con la creazione del già menzionato Portale Trasparenza, al fine di rendere pubbliche le informazioni comunicate dalle stazioni appaltanti all’AVCP ai sensi dell’art. 7, comma 8, lett. *a*) e *b*), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (tale Portale ha – però – ad oggetto le sole gare bandite a partire dal 1° gennaio 2011)¹³⁵.

Nel contempo, sarebbe necessaria l’implementazione di misure relative ai costi standard (intesi come *benchmark* cui rapportare i costi sostenuti dalle singole amministrazioni), in modo da evitare o, almeno, circoscrivere fortemente il rischio che una P.A. virtuosa sia sanzionata laddove paghi prezzi più elevati della media, assicurando – però – contemporaneamente superiori livelli qualitativi, tali da giustificare l’aumento dei costi¹³⁶.

Allegato I

Decalogo delle proposte per i decisori pubblici

Allegato II

Materiali prodotti nell’ambito della consultazione

Allegato III

Documenti prodotti dall’AVCP

Allegato IV

Elenco degli istituti e/o disposizioni del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici) per i quali si propone di svolgere una valutazione/consultazione

134 In tal senso utili insegnamenti possono trarsi dalle esperienze degli Stati Uniti e del Regno Unito, dove sono state intraprese iniziative volte a rendere accessibili i dati sugli appalti pubblici. I siti web data.gov e data.gov.uk mettono ogni cittadino in grado di acquisire informazioni su ogni singolo appalto: ad esempio, la tipologia di stazione appaltante, il prezzo di aggiudicazione, l’identità dell’impresa aggiudicataria. Cfr. F. Decarolis, C. Giorgiantonio, Tutela della concorrenza e rispetto delle specificità territoriali: Stato, Regioni o Enti Locali?, cit.

135 Anche sotto questo profilo, alcuni miglioramenti dovrebbero essere recati dal decreto legislativo di attuazione dell’art. 1, comma 35, della legge anticorruzione, che – fra le altre cose – impone obblighi di pubblicità direttamente in capo alle singole stazioni appaltanti.

136 Cfr. F. Decarolis, C. Giorgiantonio, V. Giovanniello, *L’affidamento dei lavori pubblici in Italia: un’analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, cit.

