Associazione
delle organizzazioni
di ingegneria,
di architettura
e di consulenza
tecnico-economica

ROMA settembre 2005

"LA LEGGE MERLONI E OLTRE"
LE PROPOSTE DELL'"INGEGNERIA ORGANIZZATA" PER IL QUADRO NORMATIVO DEI LAVORI PUBBLICI

UNO STUDIO DELL'OICE
A CURA DEL PROF. PAOLO STELLA RICHTER

CONFINDUSTRIA

1. La centralità del progetto

La direttiva 31 marzo 2004 n. 18, relativa al *"coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi"*, fissando il termine per il recepimento nazionale al 31 gennaio 2006, rende attualissimo il tema dell'aggiornamento della legge Merloni. D'altro canto, oltre dieci anni di esperienza sia in sede di prassi applicativa, che di interpretazione giurisprudenziale e di aggiustamenti legislativi, nonchè di completamento normativo con l'emanazione del D.P.R. 10 dicembre 1999 n. 554, regolamento di delegificazione e di attuazione generale della legge, del D.P.R. 25 febbraio 2000 n. 34, regolamento relativo alla qualificazione delle imprese partecipanti agli appalti di lavori, e del D.M. 2 aprile 2000 n. 145, nuovo capitolato generale, consentono una valutazione complessiva sufficientemente consapevole dei problemi e delle relative soluzioni ottimali; consentono soprattutto di stabilire con chiarezza ciò che deve essere tenuto fermo e ciò che invece può essere mutato e in quale direzione il mutamento deve avvenire.

Ai fini che qui interessano l'ambito delle invarianti deve comprendere così quelle formali, derivanti da inderogabili vincoli comunitari, come quelle sostanziali, derivanti da libere scelte del nostro ordinamento che hanno trovato un generale consenso e non v'è quindi ragione di mettere in discussione. Tra queste ultime rientrano, in particolare, la decisione italiana di dotarsi di una legislazione volta a regolamentare in modo compiuto la fase di aggiudicazione anche delle concessioni di lavori o di servizi nonchè quella di dettare una regolamentazione specifica della finanza di progetto, come è stato fatto con la c.d. Merloni ter del 1998. Trattasi invero di disposizioni introdotte nell'esercizio di una facoltà, non nell'adempimento di un obbligo comunitario, che però pongono l'Italia in una posizione di avanguardia rispetto alla maggior parte degli Stati membri, come risulta dagli auspici della Commissione delle Comunità Europee formulati nel Rapporto sulla consultazione pubblica sul libro verde relativo ai partenariati pubbico-privati e al diritto comunitario degli appalti pubblici e delle concessioni.

Sempre per quel che interessa in questa sede, occorre tenere ben distinti i fini, che non sono in alcun modo suscettibili di essere messi in discussione, dai mezzi predisposti per il loro conseguimento, cioè dagli istituti positivi ritenuti all'uopo necessari o anche solamente utili. I primi, com'è noto, consistono nella creazione di un effettivo mercato dell'acquisizione pubblica di beni e servizi e nel far sì che tale acquisizione avvenga al prezzo più conveniente, in tempi certi e con la massima rispondenza alle esigenze dell'Amministrazione (intesa in senso lato).

Prima di procedere alla individuazione degli istituti, cioè dei mezzi predisposti per il conseguimento dei fini come innanzi ricordati e, ovviamente, dichiarati perfettamente condivisibili, ci si deve chiedere se la situazione attuale sia, alla luce dell'esperienza dei dieci anni di applicazione della legge, pienamente soddisfacente.
In proposito peraltro la risposta non può essere che negativa, e ciò per più motivi, ma soprattutto perché lo sforzo, che pure il legislatore ha fatto, di valorizzare il progetto come elemento decisivo per la buona riuscita della riforma muove da una giusta concezione della centralità dello stesso ma questa è stata poi applicata nella prassi in maniera errata rendendo sostanzialmente il progetto oggetto del contendere piuttosto che risultato da realizzare. Che il progetto sia formalmente corretto e di buon livello qualitativo è indubbiamente importante, ma non è sufficiente se esso non è altresì condiviso da tutti e tre i protagonisti dell'appalto (committente, progettista e appaltatore) e se ciascuno di essi non conserva il proprio autonomo ruolo e in particolare il progettista.

Il presente rapporto si propone di indicare le **possibili modalità di perseguimento di una centralità intesa come collaborazione e condivisione del progetto**, condizione indispensabile per superare l'attuale disagio, che deriva essenzialmente proprio dal fatto ch'esso, lungi dall'essere oggetto di condivisione, è oggetto di contesa, con il progettista che spesso vede disconosciuta la sua paternità e l'impresa che ne denuncia i (reali o immaginari) difetti per ottenerne vantaggi economici.
In particolare, i progettisti non sono sempre – come debbono invece essere – soggetti economici indipendenti a servizio in primo luogo della committenza e poi – ma solo in casi particolari - dell'impresa, mentre l'Amministrazione, che dovrebbe esplicitare le proprie esigenze progettando, spesso non progetta ma fa finta di progettare.
Ci troviamo quindi in presenza di un **sistema falsamente competitivo**, nel quale ciò che è in ogni caso determinante è il ribasso del prezzo offerto.
Ora è evidente da un lato che il prezzo più basso non premia la qualità e dall'altro che esso finisce per far vincere la gara non già all'impresa che ha presentato l'offerta complessivamente migliore, ma a quella che è in condizioni di esercitare un più forte potere sull'Amministrazione durante la fase esecutiva. Sebbene il presente rapporto sia indirizzato a persone che per la loro competenza ben conoscono questo stato di cose, sembra doveroso spendere qualche parola per giustificare le affermazioni appena fatte.

E' indubbio che, anche quando il criterio di aggiudicazione non è quello del prezzo più basso, bensì quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (fortunatamente oggi dichiarata sempre possibile dalla Corte di Giustizia), gli elementi che dovrebbero concorrere con il prezzo hanno tutti, per un verso o per l'altro, un ruolo necessariamente assai limitato. In particolare, è pacificamente sconsigliabile comprimere eccessivamente i tempi di esecuzione perché ciò mette in dubbio la qualità del risultato, e d'altro canto è un dato acquisito che il ritardo nella realizzazione delle opere pubbliche in Italia è da imputare alle procedure amministrative e non certo alla durata delle progettazioni.
Del pari, non può darsi rilevanza al cosiddetto merito tecnico organizzativo, perché fondato sui medesimi elementi che hanno determinato l'ammissione del concorrente alla gara. Infine, di regola – e sino ad oggi: su ciò si dovrà tornare diffusamente – è assai limitata la possibilità di indicare nell'offerta miglioramenti relativi alle caratteristiche estetiche e funzionali e quindi alla qualità dell'opera.
Dunque – ma ciò rappresenta esperienza quotidiana e non richiede proprio altra dimostrazione – l'impresa, se vuole avere una ragionevole speranza di risultare aggiudicataria, deve puntare soprattutto sul prezzo e quindi offrire un ribasso superiore a quello che presumibilmente potranno offrire i suoi concorrenti, indipendentemente della sua effettiva idoneità a remunerare il lavoro o il servizio. Ciò tanto più che, non essendo legittimamente comprimibili i costi dei professionisti e dei dipendenti (per i limiti rispettivamente di tariffa e di contratto collettivo), si finisce per eliminare ogni compenso per i costi ribassabili.
Nel fare ciò l'impresa, che non può – com'è ovvio – lavorare in perdita, opera necessariamente con la riserva mentale di recuperare nel corso della fase esecutiva i suoi margini di guadagno attraverso varianti, sospensioni dei lavori, riserve e altri accorgimenti che risultano incompatibili con la finalità di una realizzazione nei tempi e ai costi preventivati e che premiano capacità diverse da quelle che l'Amministrazione ha in precedenza valutato. È esperienza quotidiana che l'impresa durante l'esecuzione dei lavori cerchi di sfruttare ogni appiglio offerto dal progetto (che per quanto ben fatto non potrà mai, come tutte le cose umane, essere perfetto) per avviare un contenzioso alla ricerca di nuovi margini economici.

Come si cercherà di dimostrare, **un notevole avanzamento del sistema potrà essere attuato migliorando la qualità del progetto e soprattutto coinvolgendo l'impresa – ovviamente supportata da adeguate capacità professionali – sia nel perfezionamento dello stesso prima dell'aggiudicazione dell'appalto, sia nella elaborazione del prezzo da porre a base della gara**.

Venendo ora alle regole, o più precisamente a quelle regole sulla opportunità del cui mantenimento con il presente rapporto si intende aprire un dibattito, esse possono essere indicate nelle seguenti:
a) il principio secondo il quale tutte le prestazioni relative alla progettazione sono espletate di regola dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti, salvo casi rappresentanti eccezione "*che devono essere accertati e certificati dal responsabile del procedimento*";

b) il principio dell'assoluto divieto per il soggetto che ha progettato di intervenire nella fase della gara per migliorare ulteriormente il progetto e comunque di collaborare con l'impresa nella fase di realizzazione dell'opera (o del servizio);

c) la unilaterale predeterminazione, da parte dell'amministrazione, del costo (massimo) dell'opera.

I tre punti ora indicati, e su cui ci si deve soffermare, hanno un comune presupposto, rappresentato dalla rinuncia dell'attuale sistema all'invece indispensabile apporto privato su quello che è l'elemento centrale di tutta la problematica: il progetto. L'importanza del progetto è infatti tale da condizionare la riuscita dell'intera operazione; il privarsi della collaborazione del privato nella elaborazione del progetto e nella determinazione del costo della sua realizzazione costituisce lacuna grave, da tempo evidenziata, alla quale solo in parte si è sin qui posto rimedio con parziali interventi legislativi.

2. La progettazione a chi sa progettare

a.a) Vediamo dunque in dettaglio i singoli istituti, cominciando dalla scelta precisa, effettuata con la legge quadro nel 1994, di riservare all'Amministrazione il compito della progettazione. La *ratio* principale di tale scelta aveva carattere contingente, essendo stata effettuata come reazione alla constatata decadenza della capacità tecnica (e non solo progettuale) delle Amministrazioni, nell'intento quindi di favorire un recupero graduale della capacità stessa, anche mediante specifici incentivi per la progettazione interna.
Il dato storico di partenza era indiscutibile: soprattutto attraverso il perverso sistema delle concessioni di committenza, l'Amministrazione aveva sostanzialmente delegato al privato, scelto per giunta discrezionalmente e quindi senza regole concorsuali, ogni sua funzione, con conseguenze gravissime e tristemente note in termini di aumento dei costi e di perdita di efficienza. Ma i fatti hanno dimostrato che l'intento era largamente velleitario, perché ovviamente l'efficienza non si ripristina per legge e perché in realtà altre erano le funzioni sul cui recupero occorreva puntare.

I compiti veramente essenziali e non delegabili da parte dell'Amministrazione sono infatti: per un verso la individuazione delle esigenze della collettività e quindi la scelta delle opere e dei servizi atti a soddisfare tali esigenze, ordinati secondo priorità e quindi programmati, **e per altro verso il controllo della corretta e tempestiva esecuzione di quanto stabilito.**
Il conseguimento di un'Amministrazione capace di stabilire e programmare ciò che occorre e di controllare l'attuazione del programma costituisce già un risultato ottimale e tutt'altro che facile (a favore del quale dovrebbero essere diretti gli incentivi, stanziati invece fin qui per premiare la progettazione), rispetto al quale l'ulteriore accollo del compito della progettazione finisce per costituire un aggravamento dell'onere e quindi un ostacolo.

Ma v'è di più: **la regola generalizzata delle progettazione diretta ingenera infatti una sicura diseconomia.**
In proposito è appena il caso di ricordare che il passaggio fondamentale che ha caratterizzato la civiltà moderna, così nel campo industriale come in quello professionale, è rappresentato dalla suddivisione e specializzazione del lavoro. Salvo in alcuni casi di amministrazioni aggiudicatrici di settore e limitatamente agli interventi di manutenzione delle opere esistenti, la progettazione al proprio interno rappresenta infatti sempre una diseconomia (quanto meno in termini di qualità del prodotto) rispetto all'affidamento a un organismo specializzato, che cioè fa solo progettazione.
Sotto questo profilo **l'incentivazione alla progettazione costituisce un elemento giuridico economicamente distorsivo**, del genere – tanto per intenderci – dell'imposta generale sull'entrata, che spingeva a verticalizzazioni diseconomiche e che soprattutto per questo è stata eliminata con l'introduzione dell'iva.
La cosa è particolarmente grave in una fase di espansione delle autonomie e quindi di moltiplicazione delle amministrazioni aggiudicatrici, per gran parte delle quali v'è il rischio di creare una struttura di progettazione destinata a rimanere per lunghi periodi improduttiva.

Occorre quindi incentivare e potenziare quelle che sono le funzioni essenziali e insopprimibili dell'Amministrazione, cioè **la programmazione e il controllo, piuttosto che** quelle che possono più utilmente essere esternalizzate, come **la progettazione**.
Conferma della velletarietà e della inopportunità della originaria scelta legislativa si è avuta, come già accennato, dall'esperienza successiva, che ha visto una progressiva disapplicazione del principio sia sotto il profilo legale che sotto quello fattuale.

Dal punto di vista formale, alle originarie deroghe della concessione di costruzione e gestione, di appalto concorso e di appalto integrato (artt. 19, c. 1, e 20, c. 2, L. 109/1994) ha invero fatto seguito l'allargamento delle ipotesi che giustificano quest'ultimo, disposto dalla L. 166/2002, art. 7, comma 1, lett. l), numero 1, che ha sostanzialmente contraddetto la regola, e l'adozione del sistema del contraente generale per le opere di cui alla c.d. legge obiettivo. Dal punto di vista della prassi, la regola stessa è frequentemente elusa a causa della scarsa capacità progettuale della Amministrazione pubblica e ciò sotto molteplici forme (ad esempio, facendo figurare come effettuata dal dipendente una progettazione fatta invece dal professionista esterno con la promessa dell'affidamento dei successivi approfondimenti).
La diffusa elusione di fatto è particolarmente grave sia per le collusioni che l'accompagnano che per la perdita di chiarezza nell'imputazione delle responsabilità che comporta.

Rinviando al successivo svolgimento la formulazione propositiva, **può quindi sin d'ora ipotizzarsi una regola opposta a quella della originaria legge quadro, che stabilisca che la progettazione interna è possibile solo nelle ipotesi di comprovata disponibilità di personale tecnico dell'Amministrazione, accertatamente idoneo in relazione al tipo e alla complessità del progetto da elaborare.**

Se poi non si vuole giungere al capovolgimento dell'attuale principio, come qui si propone, **potrebbe almeno stabilirsi che il progettista interno possa farsi supportare adeguatamente**, come è previsto dall'art. 7, comma 5, della legge quadro per quanto riguarda il responsabile del procedimento; **tale possibilità potrebbe anzi diventare un obbligo per gli appalti di rilevante ammontare, sempre però garantendo al professionista il rispetto delle regole per quanto riguarda paternità dell'opera e tariffa professionale, mantenendogli quindi la qualifica di progettista piuttosto che di semplice consulente tecnico**.
L'introduzione della esternalizzazione (totale o parziale) della progettazione come regola, qui sostenuta, renderebbe il sistema coerente anche con la recente giurisprudenza che ha vietato alle società miste costituite dagli enti locali di svolgere attività di progettazione.
De iure condendo, infine, non si comprende per quali ragioni il cosiddetto in-house vietato per i lavori pubblici, debba invece ancora essere consentito nella particolare situazione italiana per il settore dei servizi, ancorché lo consentano le norme comunitarie.

3. La collaborazione di tutti al miglioramento del progetto

b.b) La legge quadro, nella sua formulazione originaria, stabiliva, per scelta libera da condizionamenti comunitari, che per regola l'appalto di lavori dovesse essere messo a gara sulla base di un progetto esecutivo (e su ciò si deve, almeno di regola, convenire) e che l'affidatario della progettazione non potesse essere in alcun modo coinvolto nella fase della gara e poi della esecuzione dell'opera.

Anche per tale principio conviene anzitutto individuarne la *ratio* e verificarne la condivisibilità e quindi accertare in che misura esso sia stato effettivamente seguito nell'esperienza pregressa.

Per quel che riguarda la *ratio*, essa viene generalmente individuata per un verso nella convinzione che, progettando in collegamento con il concorrente e poi assistendo professionalmente l'esecutore, si possa essere indotti a privilegiare l'economicità a scapito della qualità e per altro verso nell'idea che in tanto si possono escludere varianti in corso d'opera, causa prima dell'aumento dei costi che aveva caratterizzato la fase storica che si intendeva archiviare, in quanto il progetto non solo sia definito in ogni dettaglio prima dell'avvio della gara di appalto, ma sia altresì esclusa qualsiasi variazione dopo l'avvio stesso.

Tali argomentazioni non appaiono del tutto convincenti, mentre sussistono altri e più validi motivi per affiancare l'appalto integrato con altri più moderni istituti.

La prima diffusa convinzione è in realtà un ingiustificato pregiudizio, in quanto il timore che un rapporto professionale tra il progettista e chi eseguirà l'opera porti a un progetto qualitativamente inferiore non ha alcun fondamento razionale. Il compito del progettista deve infatti, proprio al contrario, essere sempre quello di scegliere la soluzione più economica tra quelle ipotizzabili per conseguire il risultato voluto e il suo coinvolgimento

in ogni fase della vicenda è anzi garanzia di qualità e di coerenza e dovrebbe essere imposto come obbligatorio, salve le ipotesi di imprese particolarmente qualificate sotto il profilo appunto della capacità progettuale.
Il problema si sposta allora sulla ulteriore idea del legislatore del 1994, secondo cui non vi possano essere eccezioni al principio, per sé indiscutibile, che solo mediante il progetto esecutivo sia possibile definire con certezza le caratteristiche dell'opera. Al riguardo sembra però evidente che tale convincimento costituisce la generalizzazione di una esigenza che è in realtà tipica delle opere civili, caratterizzate cioè da profili architettonici, ambientali o storico-artistici; negli altri casi la individuazione del risultato atteso non è necessariamente legata alla elaborazione di un progetto esecutivo. Se la finalità è quella (e non può essere che quella) di garantire che siano previamente individuate tutte le caratteristiche richieste, il grado di definizione del progetto per mettere a gara l'appalto potrebbe ben essere quello volta a volta necessario per pervenire a tale individuazione, variabile a seconda del tipo di risultato da acquisire.
Una regola uniforme per tutti gli appalti, quale che ne sia l'oggetto, non ha per questo riguardo alcuna ragionevole giustificazione e va mantenuta solo per le incertezze cui si andrebbe altrimenti incontro.

La assolutezza del principio è poi smentita dallo stesso legislatore, come risulta dalla evoluzione normativa successiva al 1994.
Alle originarie eccezioni alla regola, secondo la quale l'appalto deve avere per oggetto la sola esecuzione dei lavori (componente impiantistica o tecnologica prevalente; manutenzione, restauro e scavi archeologici; concessione di costruzione e gestione), se ne sono infatti aggiunte altre (lavori di importo inferiore a 200.000 euro o viceversa pari o superiore a 10 milioni di euro) che, se pure non hanno invertito la regola, certo ne hanno reso l'applicazione residuale e sempre più difficilmente giustificabile.

Com'è evidente, l'attuale disciplina dell'istituto risulta contraddittoria e sostanzialmente irragionevole, dal momento che, se fosse vero che l'appalto integrato è utilmente applicabile sia ai piccoli che ai grandi appalti, non si comprende perché sarebbe inopportuno per quelli intermedi; essa quindi va ripensata su nuove basi, tenendo conto di quanto sopra esposto.

A tal fine va ricordato che **l'appalto integrato** nasce da una esigenza effettiva, rappresentata dalla necessità di dare risposta a quelle situazioni nelle quali l'Amministrazione non è obiettivamente in grado di determinare con esattezza tutte le caratteristiche dell'opera o del servizio da acquisire.

Si tratta allora:
a) di **ricondurre l'applicazione dell'istituto ai casi in cui è effettivamente giustificato**;

b) di **chiarire quali ne sono le controindicazioni**;

c) di **vedere se vi siano altri istituti alternativi, che non presentino i medesimi inconvenienti**.

Relativamente al punto sub **a)** sembra da raccomandare un **ritorno alle sole ipotesi originariamente previste, integrate al più dagli appalti di modesto importo**; la sola grande dimensione dell'opera non appare infatti per sé incompatibile con la possibilità di stabilirne direttamente tutte le caratteristiche.

Relativamente al punto sub **b) va osservato che ogni gara che non si svolga sulla base di un progetto esecutivo comporta sempre una qualche limitazione all'attuazione piena del principio di concorrenza**. Poiché invero il progetto esecutivo è tutt'altro che un semplice ingrandimento di scala rispetto al progetto definitivo, dovendo esso determinare "*in ogni dettaglio i lavori da realizzare*" sulla base "*degli eventuali ulteriori studi ed indagini di dettaglio o di verifica delle ipotesi progettuali, che risultino necessari*" , esso si discosta necessariamente (ancorché in misura variabile da caso a caso) dal progetto definitivo. Di guisa che con l'appalto integrato la gara si svolge per definizione in relazione a un lavoro non ancora in tutto e per tutto definito, con la necessaria conseguenza che sul lavoro che poi verrà effettivamente realizzato non viene svolta gara; il che significa che la concorrenza non si attua su quelle parti del progetto esecutivo che risulteranno diverse rispetto alle previsioni del progetto definitivo.

Venendo al punto sub **c)**, **vi sono invece altri istituti (in particolare il dialogo competitivo e le varianti in corso di gara) che consentono egualmente di superare, con la collaborazione dei progettisti delle imprese (o ad esse associati o individuati), le difficoltà in cui può trovarsi l'Amministrazione nell'esatta individuazione dell'oggetto da appaltare, senza però incorrere nell'inconveniente di utilizzare la collaborazione del progettista di una sola impresa e soprattutto facendo partecipare tutti i concorrenti alla gara per l'aggiudicazione del lavoro solo dopo la sua esatta, completa e non più modificabile definizione**. L'introduzione di tali altri istituti, sulle cui caratteristiche si tornerà nell'ultima parte del presente rapporto, consentirà quindi di riportare l'appalto integrato in un ambito fisiologico.

4. Chiedere il prezzo prima di decidere

c.c) Nell'attuale ordinamento di contabilità e di **programmazione delle opere pubbliche** l'Amministrazione deve previamente stabilire – per dirla in parole semplici – quanto è disposta a (e ha la possibilità di) spendere; con tale suo *budget* si rivolge al mercato da cui, attraverso il gioco dei ribassi e degli imprevisti in sede di esecuzione, scaturirà il costo finale effettivo del bene o del servizio.
La *ratio* – ovviamente non suscettibile di essere messa in discussione – di tale disciplina è quella di garantire la disponibilità finanziaria occorrente e di rispettare le regole di bilancio dell'ente.

Tuttavia il sistema, così come attualmente delineato dalla legge, presenta inconvenienti piuttosto gravi.

Anzitutto l'Amministrazione non dispone, di norma, di tutti gli elementi occorrenti per la determinazione dei costi effettivi che dovrà sostenere l'appaltatore; di conseguenza il suo preventivo di spesa risulterà sempre molto approssimativo e quindi suscettibile di dar luogo tanto a gare destinate a rimanere deserte quanto, nella prassi assai più frequentemente, a ribassi di abnorme entità percentuale.
In secondo luogo, l'esperienza insegna che l'imprenditore è indotto a elaborare la sua offerta di prezzo sulla base non già di un'analitica ricostruzione dei costi e degli altri oneri che dovrà sostenere se risulterà aggiudicatario, quanto piuttosto in relazione a quello che presume possa essere il ribasso proposto dal concorrente; in altri termini, l'offerta risulta generalmente più il frutto dell'intuizione e della propensione al rischio che non di una seria e razionale valutazione. Il risultato è che nella maggior parte dei casi il prezzo effettivo è per un verso scarsamente prevedibile e quindi fortemente aleatorio per l'Amministrazione e per altro verso spesso anormalmente basso, con tutto ciò che il problema dell'anomalia delle offerte comporta.

Per superare questo insoddisfacente stato di cose **occorre attuare una piena responsabilizzazione delle imprese nella elaborazione del costo del lavoro, che richieda alle stesse un'approfondita conoscenza del progetto (e quindi uno studio qualificato dello stesso) e un'analisi completa dei vari costi da sostenere**.
Occorre cioè invertire il rapporto tra Amministrazione e imprese, mettendo la prima in condizione di assumere le necessarie decisioni conoscendo già le reali disponibilità del mercato e quindi la effettiva possibilità di acquisire beni e servizi a prezzi determinati, sempre naturalmente nel rispetto delle regole che presiedono alla redazione dei bilanci pubblici e delle esigenze della programmazione.

L'ipotesi che si ritiene di potere al riguardo proporre è la seguente.

L'Amministrazione identifica i propri bisogni e conseguentemente i lavori (e i servizi) strumentali al loro soddisfacimento per un arco di tre (o eventualmente anche più) anni.
A seguito di una adeguata preinformazione, cioè di un'appropriata, effettiva pubblicità di tale identificazione, **le imprese vengono invitate a presentare offerte in relazione a qualsiasi lavoro previsto dall'Amministrazione**; sulla base di tali offerte, che discendono anche dallo sviluppo, sia pure parziale, della progettazione da parte delle imprese, **l'Amministrazione potrà compiere consapevolmente le proprie scelte elaborando il vero e proprio programma triennale e il relativo elenco annuale.**
Le migliori offerte presentate dalle imprese costituirebbero, nel caso di messa a bando di quella determinata opera o di quel determinato servizio, la base di gara.

La riforma proposta fa dunque intieramente salvo il principio cardine della legge quadro, costituito dall'obbligo di pianificazione delle fonti di finanziamento a piena copertura dei costi di realizzazione di ciascun intervento, il quale viene assicurato in un atto (l'elenco annuale) che del bilancio preventivo costituisce parte integrante. Presenta però due grandi vantaggi.

Anzitutto, come si è detto, costringe le imprese a far studiare il progetto da realizzare, sviluppandone i contenuti anche soltanto a livello preliminare, e a determinare i costi effettivi dei lavori e quindi a presentare offerte pienamente consapevoli e non sostanzialmente casuali. In secondo luogo consente all'Amministrazione di decidere quali lavori realizzare tenendo conto anche del costo effettivo, piuttosto che in base a una previsione destinata il più delle volte a non trovare alcun riscontro nella realtà.

5. Le possibilità offerte dalla direttiva 2004/18/CE

Le considerazioni che precedono hanno un comune filo conduttore, rappresentato da alcuni presupposti tra loro strettamente connessi che per chiarezza conviene riassumere:

1. La regola che riserva prioritariamente la progettazione agli uffici tecnici delle stazioni appaltanti è una regola antieconomica, che ostacola la piena realizzazione del mercato di tale servizio.

2. Il mancato coinvolgimento delle imprese nel miglioramento e comunque nella messa a punto del progetto da realizzare comporta inevitabilmente la rinuncia all'arricchimento della conoscenza e delle tecniche che possono portare a un miglioramento del prodotto finale e che derivano alle imprese dalle pregresse esperienze e dalla possibilità di ricorrere liberamente ai migliori e più idonei professionisti.
Molti perfezionamenti progettuali possono essere suggeriti solo da chi intende realizzare il lavoro; inoltre un progetto condiviso, oltre che migliore, sarà altresì meglio eseguito. Occorre quindi fare in modo che tutti i possibili suggerimenti siano acquisiti dall'Amministrazione prima della definitiva aggiudicazione.

3. Se è inopportuno rinunciare *a priori* e in ogni caso all'apporto collaborativo delle imprese concorrenti nella messa a punto del progetto, è altrettanto inopportuno rinunciare alle conoscenze delle stesse e a una loro piena responsabilizzazione per quanto riguarda la determinazione del prezzo da porre a base della gara di appalto.

Tali principi trovano nella direttiva 2004/18/CE una opportunissima occasione di parziale, ma tutt'altro che secondaria, introduzione. Ci si riferisce in particolare a due disposizioni (gli artt. 24 e 29), che offrono ai singoli Stati membri facoltà che appaiono particolarmente interessanti e che, proprio perché si tratta di semplici facoltà e non di obblighi, richiedono un espresso recepimento per divenire operanti nel nostro ordinamento.

I due articoli citati, rubricati rispettivamente "***varianti***" e "***dialogo competitivo***", sono invero puntuale applicazione dei principi secondo i quali: il progetto deve essere, per quanto è possibile, condiviso da tutti i protagonisti e quindi anche da chi deve realizzarlo;

nella messa a punto dello stesso è opportuno utilizzare l'esperienza degli operatori economici, almeno nelle ipotesi di maggiore complessità; è però indispensabile che le caratteristiche del risultato atteso siano tutte definite prima dell'inizio della fase esecutiva.

6. Le varianti ante-aggiudicazione

In particolare l'art. 24 prevede la possibilità per gli offerenti di proporre varianti in sede di gara bandita con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.
La norma circonda tale possibilità di due specifiche cautele (la necessità di una espressa previsione della stessa nel bando di gara e l'indicazione dei relativi requisiti minimi da rispettare a pena di inammissibilità), ma appare pur sempre molto interessante sia perchè applicabile anche agli appalti di lavori e sia perchè non contiene alcuna limitazione in relazione alla particolare complessità dell'appalto.

L'istituto si presenta come nettamente diverso rispetto all'appalto-concorso, ammesso nel nostro ordinamento solo per opere di importo molto rilevante e di difficile progettazione e finalizzato a sollevare le amministrazioni da situazioni nelle quali esse hanno difficoltà nell'effettuare direttamente scelte ulteriori rispetto al semplice progetto preliminare; nel caso delle varianti in sede di offerta si disporrà invece già di un progetto esecutivo, ma si ipotizza ancora una possibilità di migliorarlo.

In sede di recepimento occorrerà decidere se stabilire limiti percentuali del punteggio da riservare alle eventuali varianti o se invece non convenga rinviarne la determinazione alla discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici in sede di approvazione del bando. Certo è che, valorizzando il punteggio riservato alle varianti migliorative, si riduce l'importanza del criterio di aggiudicazione costituito dal prezzo offerto.

La predeterminazione delle varianti ammesse consente di limitarne la rilevanza al solo punteggio da assegnare alla singola offerta, anche se in tal modo può accadere che l'aggiudicazione venga poi effettuata in favore di altro concorrente e che il pur buono suggerimento vada così perduto; forse si potrebbe recuperarlo attraverso la previsione di una parziale rinegoziabilità , su quel solo punto, con l'aggiudicatario.

In ogni caso, **l'istituto presuppone una Amministrazione ben attrezzata per valutare le varie proposte, o, in mancanza, obbligatoriamente supportata da competenze professionali esterne; appropriate misure di protezione dei professionisti coinvolti in questo nuovo delicatissimo compito; imprese veramente qualificate, che cioè dispongano di professionisti idonei per lo specifico lavoro e non solamente della attestazione SOA**.

7. Il dialogo competitivo

All'appalto-concorso si avvicina invece – ma solo per quel che riguarda la finalità e la complessità dell'intervento, non per quel che riguarda il meccanismo operativo – l'istituto del dialogo competitivo.
L'art. 29 della direttiva 2004/18 prevede infatti una **procedura volta a coinvolgere le imprese interessate e quindi i loro progettisti (impresa e progettista dovranno costituire un solo gruppo integrato)** nella stesura del capitolato tecnico di gara, in ipotesi in cui le amministrazioni aggiudicatrici non siano in grado di stabilire con precisione i termini dell'appalto né di conoscere le soluzioni tecnico-finanziarie che il mercato è potenzialmente in grado di offrire in settori caratterizzati da una particolare complessità.
Secondo la direttiva, a conclusione della fase di dialogo l'amministrazione determina la o le soluzioni prescelte e apre la gara vera e propria sulle stesse, di modo che qui è assicurata la effettiva utilizzazione dei suggerimenti migliori.
V'è per converso la possibilità di remore a presentare in fase di dialogo elementi relativi a originali procedimenti di costruzione, processi di fabbricazione, metodi di prestazione di servizi e in genere soluzioni tecniche, senza la certezza di risultare poi aggiudicatari dell'appalto.
Vero è che l'Amministrazione non può rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte né le altre informazioni riservate comunicate dal candidato senza l'accordo dello stesso, ma ciò vale solamente per la fase del dialogo e non quindi per i dati che risulteranno desumibili dal capitolato definitivo di gara; né tali remore potranno essere sempre superate dalla disposizione secondo la quale <<*le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere premi o pagamenti ai partecipanti al dialogo*>>.
Il problema del contemperamento dell'interesse degli offerenti a che le imprese concorrenti non possano appropriarsi delle loro soluzioni originali (che è anche interesse dell'Amministrazione, nel senso di eliminare ogni remora alla formulazione delle migliori proposte progettuali) con l'esigenza di mettere in gara per tutti la o le soluzioni che appaiono migliori si presenta particolarmente delicato.
Nella ricerca del punto di equilibrio si potrà forse fare utile riferimento all'esperienza anche legislativa maturata nel nostro ordinamento in relazione alla finanza di progetto, attribuendo un **diritto di prelazione a chi ha proposto la soluzione scelta dall'Amministrazione**.

Altri profili dell'istituto che richiederebbero una maggiore specificazione in sede di recepimento riguardano sia le **ipotesi in cui il dialogo competitivo può essere esperito, sia il livello progettuale che deve essere posto a base della gara finale**.

Sul primo punto la direttiva si limita a stabilire che il dialogo competitivo è ammesso: "*nel caso di appalti particolarmente complessi*". Ora la complessità può essere sia funzionale, sia realizzativa, sia dimensionale.

Quella di **stabilire una soglia di valore** è evidentemente la soluzione più semplice e inequivoca, ma certamente, da sola, non del tutto soddisfacente perchè vi possono essere appalti rilevanti, ma non complessi, e appalti di non grande valore, ma di notevole complessità.
E' pertanto necessario **definire con chiarezza la nozione di "particolare complessità dell'opera" affinché la scelta dell'Amministrazione che deve bandire la singola gara avvenga correttamente.**

Sul secondo punto non può invece non prendersi posizione.
L'**esperienza internazionale** conosce infatti due tipi di dialogo competitivo sostanzialmente diversi:

a) in alcuni casi si espleta una gara per l'affidamento del compito di sviluppare il progetto; il vincitore provvede in stretta collaborazione con l'Amministrazione, quindi stipula a trattativa privata il contratto per l'esecuzione; a una seconda gara si passa solo se nella trattativa non si raggiunge l'accordo sul prezzo;

b) in altri casi i vari **concorrenti propongono le modifiche progettuali in alternativa a quanto previsto nel progetto iniziale; l'Amministrazione chiude la fase del dialogo indentificando la o le soluzioni preferite, quindi fa luogo alla gara per l'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione dell'opera.**

In linea con quanto sin qui sostenuto, che cioè la concorrenza va attuata sempre e comunque nei modi più completi, si ritiene senz'altro preferibile il secondo degli indicati procedimenti, con l'ulteriore specificazione che **è bene che l'Amministrazione concluda scegliendo una sola soluzione**, perché una gara con più soluzioni alternative crea difficoltà nella comparazione delle varie offerte e quindi finisce ancora una volta per incidere negativamente sulla attuazione compiuta del principio di concorrenza.

Anche relativamente al dialogo competitivo va ribadita l'esigenza fondamentale:
- **di rafforzare la capacità tecnica delle Amministrazioni, obbligandola, in mancanza delle adeguate competenze valutative, ad acquisirle esternamente;**
- **di garantire la tutela dei diritti e l'autonomia dei progettisti;**
- **di richiedere una specifica qualificazione delle imprese**.

Le considerazioni esposte non pretendono evidentemente di esaurire gli argomenti relativi a una materia di così grande importanza e, anche per quel che riguarda i punti trattati, essi vanno intesi come semplici spunti per una riflessione, che è però urgente venga effettuata con il necessario approfondimento.