

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DEL MOLISE
DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICO-SOCIALI E DELL'AMMINISTRAZIONE



**LEGGE QUADRO
IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI:
REALTÀ E PROSPETTIVE**

Atti del Convegno

Campobasso, 10 giugno 1994

Arti Grafiche La Regione snc - Tel. 0874/483224

LEGGE QUADRO IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI. REALTÀ E PROSPETTIVE
Atti del Convegno - Campobasso, 10 giugno 1994



INDICE

Elenco dei relatori	pag.	5
Apertura dei lavori <i>Lucio d'Alessandro</i>	"	7
PROFILI GENERALI		
Introduzione <i>Lucio Iannotta</i>	"	15
La Legge Quadro sui lavori pubblici: continuità e trasformazione nella società italiana <i>Orazio Abbamonte</i>	"	27
PROFILI PUBBLICISTICI		
Disposizioni a carattere fiscale: detassazione delle plusvalenze da conferimento (art. 35, ult. comma) <i>Livia Salvini</i>	"	41
La Legge Merloni nella prospettiva comunitaria <i>Bianca Maria Farina</i>	"	51
Note sulla scelta del contraente <i>Florenzo Liguori</i>	"	65
Il bando di gara <i>Vincenzo Umberto Colatillo</i>	"	73
La trattativa privata e l'esecuzione in economia nella legislazione vigente con riferimento all'art. 24 della legge 109/94 <i>Celeste Taranto</i>	"	93
I soggetti e l'autorità di vigilanza <i>Sergio Capozzi</i>	"	107
L'esecuzione del contratto <i>Andrea Rallo</i>	"	115
L'esecuzione attraverso terzi: il subappalto <i>Raffaele Titomanlio</i>	"	125

Introduzione

Lucio Iannotta

Il Dipartimento di Scienze Giuridico-Sociali e dell'Amministrazione della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università del Molise, con questo seminario, intendeva, tra l'altro, perseguire uno scopo pratico: offrire alle persone che operano nel campo dei lavori pubblici, in organismi pubblici e privati, una prima lettura interdisciplinare della legge 109 del 1994, la c.d. "Legge Merloni", legge quadro in materia di lavori pubblici, in vista della sua applicazione alla realtà imprenditoriale e amministrativa italiana.

Il fatto nuovo della quasi integrale sospensione della legge sino al 31/12/1994, ad opera del D.L. 31/05/1994 n. 331, ci induce però a ripensare alla funzione del seminario.

In effetti, già il governo Ciampi con D.L. 297 del 9/4/1994 aveva differito l'efficacia di alcune previsioni della legge 109 particolarmente importanti e significative, vale a dire quelle concernenti la progettazione e il (tendenzialmente obbligatorio) ricorso al contratto a corpo.

Ma l'intervento del governo Berlusconi è ben più radicale, proprio perché neutralizza gli effetti della legge nel suo complesso, facendone prevedere una sua globale revisione e rielaborazione, come emerge dalle dichiarazioni del Ministro Radice apparse sul "Sole 24 ore" del 26 maggio e del 1° giugno.

La sospensione della legge - come ho detto - ci costringe a chiederci se questo seminario sia ancora attuale, finendo esso per avere ad oggetto - contro ogni previsione - una normativa inefficace e destinata quasi sicuramente a

cambiare.

Ritengo però che il seminario non perda il suo interesse, venendo ad acquistare una particolare ancorché diversa attualità.

E ciò non solo e non tanto perché l'intervento governativo non ha cancellato definitivamente dall'ordinamento la "Legge Merloni", avendola sospesa; quanto e soprattutto perché le esigenze alle quali essa aveva inteso rispondere continuano a sussistere e impongono pertanto la individuazione di una disciplina adeguata.

Ciò è confermato anche dalle dichiarazioni del Ministro Radice che, pur contestando l'impostazione della legge Merloni, ha riconosciuto la validità dei suoi principi fondamentali, e cioè, appunto, delle esigenze e degli obiettivi sottostanti alla legge.

Attraverso questo seminario speriamo di offrire elementi utili ai fini della elaborazione della nuova disciplina, che verrà a sostituire la legge Merloni: sia attraverso l'emersione di spunti critici e di proposte; sia attraverso l'analisi e quindi la conoscenza della legge sulla quale si va ad incidere. Tra gli elementi della realtà dei quali il nuovo legislatore dovrà tener conto non potrà ovviamente mancare la legge che si intende riformare.

2. Il legislatore del febbraio 1994 allo scopo di rafforzare e proteggere le previsioni contenute nella legge quadro, aveva stabilito (all'art. 1 co. 4°) che le sue prescrizioni non potessero essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni.

Non aveva previsto però quel legislatore che con norma espressa, contenuta in un decreto, la legge potesse essere "sospesa".

Agli eventuali dubbi di costituzionalità che dovessero -

in ipotesi - essere formulati avverso un siffatto intervento governativo si replicherebbe certamente che quella legge era stata approvata dall'ultimo squalificato parlamento della prima repubblica, su iniziativa di un governo buono sì, ma debole e transitorio, che sapeva di non doversi assumere la responsabilità della gestione della legge e che si era preoccupato più di moralizzare l'ambiente, che di contemperare l'interesse alla legalità con quello allo sviluppo.

La formulazione usata dal governo (sospensione della legge sino al 31.12.1994) e lo strumento utilizzato (decretazione d'urgenza) consentono di assimilare la vicenda legislativa in esame ad una vicenda processuale amministrativa, nella quale:

- il decreto legge tiene luogo di un'ordinanza di sospensione del provvedimento amministrativo (nel caso: della legge) da parte del TAR;
- i presupposti della decisione sembrano essere costituiti dal danno grave e irreparabile che si assume arrecato dalla legge all'economia italiana, nonchè da una presumibile illegittimità della legge vista come provvedimento. Illegittimità configurabile in termini di inadeguatezza della disciplina rispetto agli interessi coinvolti, alle esigenze da soddisfare, alla realtà che si è inteso normare, agli effetti che sulla medesima realtà derivano dalla sua applicazione;
- il provvedimento cautelare è destinato ad avere efficacia fino alla decisione di merito (come appunto la sospensiva del provvedimento amministrativo) e cioè fino a quando si pronuncerà nel merito il Parlamento, attraverso una nuova legge che definisca le sorti della precedente.

Quanto al danno per l'economia italiana, se questo - come si va affermando - si sostanzia, tra l'altro, nel blocco delle opere pubbliche e nella conseguente crisi delle aziende del settore, non si può non replicare che la legge Merloni non può aver bloccato le opere pubbliche, essen-

troppo recente e successiva ad una crisi già in atto che, tutt'al più, essa non ha contribuito a far venir meno.

Quanto all'inadeguatezza della legge, la sua verifica passa attraverso le varie relazioni e i vari interventi di questo seminario ed in particolare attraverso l'analisi delle sue disposizioni, lette singolarmente e nel loro complesso.

Un aspetto che colpisce nell'intervento del Governo è che dalla sospensione sono state eccettuate le disposizioni che attribuiscono poteri regolamentari al Governo e cioè poteri che presuppongono una legge vigente ed efficace.

Orbene, se il Governo ritiene di poter dettare la disciplina esecutiva (regolamentare appunto) di una legge che ancora non c'è e che esso stesso dovrà elaborare, ciò significa che quel Governo si ritiene in grado di ottenere dal Parlamento una legge conforme al regolamento, con una inversione dell'ordine logico e della tradizionale gerarchia delle fonti e con una implicita affermazione della prevalenza del Governo rispetto al Parlamento.

3. Nonostante il carattere introduttivo di questo mio intervento, ritengo opportuno illustrare, ancorchè brevemente e per sommi capi, i contenuti della legge.

Questa, nel fissare all'art. 1 *i principi generali* individua al tempo stesso le esigenze fondamentali alle quali ha ritenuto di dare risposta e gli obiettivi da perseguire.

Tali esigenze-obiettivi sono costituiti (quasi testualmente) dalla necessità di garantire la qualità delle opere e dei lavori pubblici; di ispirare l'azione amministrativa ai criteri di efficacia, tempestività delle procedure, trasparenza e correttezza, rispetto del diritto comunitario e della libera concorrenza tra gli operatori.

Detti principi vanno integrati con quelli regolanti i comportamenti dei soggetti pubblici e privati operanti nel vasto campo delle opere pubbliche (della cui individuazione trat-

terà Capozzi).

L'art. 8 aggiunge ai principi già enunciati quelli della professionalità e della correttezza.

Si intravede chiaramente, nell'affermazione di questi principi, la volontà di dare risposta ai gravi problemi emersi in modo violento negli ultimi anni (corruzione, realizzazione di opere inutili, non funzionali, troppo costose in assoluto, rispetto alle previsioni e rispetto al rendimento).

Della "genesì" per così dire penalistica della legge e del suo carattere di risposta ai problemi di corruzione si è tenuto ampiamente conto in questo seminario (come testimoniano la relazione di Lugnano e gli interventi di Forlenza e Barbieri).

La risposta data dalla L. 109 a tali esigenze è costituita:

- da un rafforzamento del momento progettuale e dall'affermazione della necessità di affidare i lavori solo dopo aver definito un progetto estremamente dettagliato (l'art. 16 individua tre livelli di progettazione: preliminare, definitiva ed esecutiva ed è quest'ultima il punto di riferimento del contratto);
- dalla tendenziale invariabilità del prezzo, con normale ricorso al sistema del prezzo chiuso (a corpo o a forfait);
- dall'opzione per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, all'interno di procedure di licitazione privata o di pubblico incanto, alle quali normalmente deve farsi ricorso.

La volontà del legislatore è quindi nel senso di limitare gli imprevisti, sia sul piano tecnico che su quello economico, rendendo l'attività costruttiva strettamente esecutiva di un progetto compiutamente definito e (tendenzialmente) insuscettibile di variazioni, se non per fatti ed esigenze imprevedibili con la normale diligenza, al momento dell'affidamento dei lavori.

La legge, ancora, ridimensiona fortemente uno dei sistemi di esecuzione al quale si era fatto largamente ricorso

nell'ultimo decennio per la realizzazione di grandi opere, vale a dire la "concessione", conservandola solo nella forma della concessione di costruzione e gestione e riducendo la controprestazione, a favore del concessionario, unicamente alla possibilità di gestire funzionalmente e di sfruttare economicamente le opere; salvi i casi di prezzi o tariffe amministrative o controllate, in presenza dei quali si è prevista l'erogazione di un prezzo, non superiore però al 50% dell'importo totale delle opere, liquidabile solo a lavori conclusi e a collaudo effettuato.

La legge ancora introduce un nuovo sistema di controlli, istituendo tra l'altro un'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici; e affida ad una figura unica la responsabilità dei procedimenti relativi alle opere pubbliche in tutte le fasi: dalla programmazione alla progettazione, all'affidamento, all'esecuzione.

4. Non spetta a me l'analisi dei vari istituti e dei vari momenti in cui si sviluppa la realizzazione dell'opera pubblica.

A tali profili sono dedicati oltre gli interventi già citati anche quelli di Italo Spagnuolo Vigorita, Liguori, Rallo, Tiotomano, Di Modugno, Colalillo, Maiello, Nuzzo, Taranto e D'Innocenzo nonché le relazioni tecniche di Sparacio e Fucci.

E nemmeno compete a me offrire una lettura globale della legge, in una prospettiva più o meno ampia (storico-sociale - Orazio Abbomonte; comunitaria - Farina; di diritto commerciale - Miola; tributaria - Salvini).

Non posso però fare a meno di sollevare alcuni problemi che, sebbene possano apparire come critica a talune disposizioni della legge, non pretendono tuttavia di proporre soluzioni obbligate bensì solo di offrire momenti di riflessione.

Un primo gruppo di problemi è di natura tecnica e si sostanzia in quesiti che rivolgo agli ingegneri e cioè a Sparacio e Fucci.

Il progetto esecutivo previo all'inizio dei lavori costituisce effettivamente la scelta tecnica più adeguata ed idonea ad assicurare il contenimento della spesa e la migliore realizzazione dell'opera? Il ricorso a un progetto esecutivo così dettagliato è ugualmente possibile per tutti i tipi di opere e cioè sia per le nuove costruzioni che per gli interventi su fabbricati preesistenti? Ed ancora: è ugualmente possibile sia per opere edili, sia per opere fognarie, idrauliche, stradali? In collegamento con queste domande chiedo ancora se il prezzo chiuso sia egualmente praticabile in tutti i tipi di opere o se ve ne siano alcune per le quali il prezzo a misura appare preferibile o addirittura si imponga?

La legge, nell'esaltare il momento progettuale finisce oggettivamente per favorire i soggetti che progettano, ed in particolare le società di ingegneria.

Queste vengono innanzitutto legittimate sul piano giuridico. Erano stati sollevati vari problemi in ordine alla liceità delle società di ingegneria, per contrasto con le norme sul divieto di esercizio della professione in forma societaria; e si erano prospettati dubbi di costituzionalità delle norme di legittimazione già vigenti, in relazione alla dimensione personalistica della professione, che emerge dalla Costituzione, nella parte in cui prevede come obbligatorio il superamento di un esame di idoneità professionale (art. 33, co. 5°) che la società di ingegneria non può sicuramente sostenere.

Tutti questi problemi sono stati superati dal legislatore, che ha valorizzato queste strutture anche sul piano economico, individuale come le "prime" beneficiarie della realizzazione di opere, essendo l'intervento progettuale essenziale, come si è detto, e non potendo le Amministrazioni far normalmente fronte con i propri uffici e le proprie

strutture soprattutto alle progettazioni più complesse, articolate e delicate.

Per limitare il "privilegio", il legislatore stabilisce che le società che abbiano redatto il progetto non possano partecipare ai conseguenti appalti e concessioni nè direttamente nè attraverso società ad esse collegate, disciplinando rigorosamente il collegamento, in relazione ai profili economici e organizzatori.

Ma mi chiedo e rivolgo la domanda ai tecnici: è possibile progettare senza aver presente *il modo in cui si andrà ad eseguire?* o meglio, il modo in cui si va ad eseguire è indifferente rispetto al tipo di progettazione prescelto? Ovvero, impostata in un certo modo la progettazione, i soggetti in grado di eseguirla sono tutti o solo alcuni e non altri? Se il modo in cui si è progettato non fosse indifferente rispetto all'individuazione dei possibili esecutori, il collegamento, pur non essendovi sul piano economico e organizzatorio, potrebbe verificarsi sul piano sostanziale. In altri termini: potrebbero validamente realizzare l'opera (e comunque realizzarla al meglio) solo i soggetti in possesso del medesimo "sapere" tecnologico delle società di progettazione: soggetti che avrebbero la possibilità di offrire prezzi migliori, in ragione del possesso della tecnologia adeguata a quel tipo di progettazione. In quest'ottica, la legge potrebbe apparire come tendente al potenziamento degli interessi facenti capo alle società di ingegneria e a favorire la concentrazione delle società di costruzione e il loro collegamento con le emergenti società di servizi. E, sempre in questa prospettiva, l'intervento del governo Berlusconi sarebbe sintomatico della volontà di riequilibrare il rapporto tra i due tipi di interessi, quello delle imprese di costruzione e quello delle società di ingegneria.

Del resto le dichiarazioni del Ministro Radice offrono qualche conferma a questa lettura, laddove egli afferma che il governo Ciampi si era troppo spostato a favore delle

società di ingegneria (v. il già citato articolo del Sole 24 ore).

Un'ulteriore domanda: l'amministrazione italiana è in grado di rispondere alle esigenze poste dalla legge ed è in grado in particolare di organizzarsi, oltretutto in tempi rapidi, per farvi fronte? È immaginabile che una sola persona (il responsabile unico del procedimento) racchiuda in sé tutte le competenze in materie di opere pubbliche? Esiste all'interno dell'amministrazione italiana una figura professionale di questo tipo? O si dovrà far ricorso necessariamente a personale esterno all'amministrazione? E questo personale che provenienza avrà e dove si sarà formato?

5. Dalle domande che sto ponendo sembra emergere un giudizio non positivo sulla legge. Ed in effetti è forte il dubbio che ci si trovi in presenza di un "modello" costruito guardando ad altre esperienze e tenendo presenti essenzialmente le esigenze di moralizzazione; senza però valutare l'adeguatezza della disciplina alla realtà italiana nè le profonde differenze esistenti tra i soggetti affidatari, tra le organizzazioni amministrative, tra le varie aree geografiche ecc.

Ritengo tuttavia che la legge conservi una sua validità se, all'interno di un modello pur tendenzialmente unitario, lasci spazio ad una pluralità di variabili, corrispondenti alla pluralità di situazioni tecniche e sostanziali che l'esperienza offre all'osservatore. Un modello ovviamente può essere perfettamente adeguato (come l'abito alla persona) ad una situazione e ad un tipo d'opera e altrettanto totalmente inadeguato ad un'altra situazione e ad un altro tipo d'opera. Ciò che mi sembra manchi nella legge (e del resto, si comprende) è proprio il momento dell'elasticità corrispondente alla necessità di tener conto delle diverse esigenze esistenti oggettivamente e che non si possono cancellare.

Certo, quando vi è elasticità, si pongono immediatamente problemi di "responsabilità", perchè entra in gioco la facoltà di scelta, tra le possibili variabili, di quella più adeguata e corrispondente all'esigenza concreta. E la responsabilità non è solo penale, civile o amministrativa. Ancor prima che penale, civile o amministrativa essa è personale. L'esigenza fondamentale di qualsiasi riforma, ma si potrebbe dire l'esigenza fondamentale di qualsiasi intervento sociale, passa attraverso le persone chiamate ad attuarlo, che vanno quindi adeguatamente formate.

Formazione tecnica, innanzitutto, perchè senza competenza non si possono raggiungere risultati validi. Ma anche e soprattutto formazione umana, quella formazione delle qualità umane alle quali la Comunità Europea ci va richiamando fin dal 1976 e di cui mi faccio da tempo, in vari modi, portavoce.

Formazione all'autonomia, per esempio, favorita dalla competenza e dalla consapevolezza che ci sono limiti e regole tecniche insuperabili, che vanno difesi in una al decoro della propria professione.

Formazione al coraggio, per riuscire a dire no a soluzioni inammissibili, per rifiutare il ruolo di esecutore passivo (starei per dire di servo; e però servo è parola nobile ancor di più in un contesto nel quale l'amministrazione soprattutto locale - dai suoi statuti emerge con assoluta chiarezza - si va trasformando in servizio alla persona e ai suoi diritti concreti, effettivi, materiali, reali; persona con nome e cognome, diritti su cose molto concrete e specifiche).

Una ritrovata formazione al bene comune, del quale tutti gli operatori dovrebbero tener conto, non essendo in contrasto con l'interesse personale; formazione, ancora, della capacità di guardare i fatti senza pregiudizi, di tener conto degli interessi altrui, concorrendo alle decisioni in modo trasparente, senza la preconcepita difesa di interessi più o meno occulti ai quali si possa essere collegati (tra-

sparenza significa anche questo: anzi, forse proprio questo).

L'esigenza della formazione, quale corollario della esigenza della responsabilità, che emerge in modo prepotente dalla realtà sociale, trova riscontri legislativi.

Le recenti norme di riforma del pubblico impiego, nel privatizzare i rapporti con le pubbliche amministrazioni, hanno previsto la sottoposizione dei dipendenti ad un codice di comportamento.

I tradizionali principi dell'azione e dell'organizzazione amministrativa si personalizzano e si rivolgono direttamente alle persone degli operatori, con nome e cognome.

Non è solo l'"anonima" Amministrazione che deve essere efficiente, imparziale; sono le persone che compongono l'Amministrazione che devono garantire - con propria responsabilità - l'attuazione dell'imparzialità, dell'efficacia, dell'adeguatezza e della responsabilità.

Manifestazione di un processo di personalizzazione e concretizzazione che va sempre più permeando l'intero ordinamento.

Ancora una volta è estremamente importante la lettura degli statuti comunali, nei quali c'è molto più di quanto gli stessi redattori e gli stessi soggetti che li hanno approvati pensino di avere messo dentro.

C'è innanzitutto un fine preciso: quello di realizzare un bene comune che trascende le parti, sottoponendo "tutti a regole nuove e valide per tutti".

Il decreto legge 331, nel sospendere la l. 109 ha formalmente sospeso anche gli artt. 1 e 8, nei quali si riaffermano le esigenze di qualità, efficacia, correttezza, trasparenza, professionalità ecc. Ciò significa forse che in questo periodo intermedio gli operatori sono legittimati a non essere professionali, corretti, trasparenti, efficienti, imparziali? La risposta è ovvia... e non solo per ragioni di ordine penale!

Questi principi e questi valori sono vigenti anche se

non sono scritti. Di essi e della loro valenza personale ci si era dimenticati.

Per una serie di ragioni, tra le quali l'intervento della magistratura, sono ritornate attuali.

La loro concretizzazione non ritengo però che possa passare attraverso un modello unico; penso anzi che imponga di aprirsi alla multiforme varietà dell'esperienza.

La necessità di predeterminare tutto, di fare dell'attività attuativa una semplice esecuzione di ciò che è stato predeterminato, le sanzioni che colpiscono i comportamenti che contrastano con le "previsioni": tutto ciò si collega ad una sicura mancanza di fiducia nelle persone e alla grave preoccupazione che, lasciando alla libertà le decisioni, si finisca per avere decisioni ingiuste, immorali, disoneste, ecc.. Non è un modello incoraggiante, nonostante il suo realismo. A questo modello se ne può contrapporre un altro, aperto all'esperienza, solo se il profilo della libertà si accompagna a quello della responsabilità (che non è bene di facile conquista e per realizzare il quale vanno mobilitate molte energie) e si diffonda la consapevolezza che non è più possibile riprodurre, in forme nuove, vecchie logiche.

Il cambiamento delle forme deve scaturire da una profonda trasformazione sostanziale, alla quale sembra spingerci (anche se con forti contraddizioni) l'attuale fase storica.

La legge quadro sui lavori pubblici: continuità e trasformazione nella società italiana

Orazio Abbamonte

1. Una breve proposizione

Una lettura anche disattenta della legge 109/1994 rende immediatamente percepibile almeno un dato: che il Legislatore - in questo caso, però, la tradizionale personificazione dell'autore della legge appare più che in altri inadeguata - ha avuto fermo il convincimento di trovarsi a regolare un settore economico, trovandosi dinanzi due nemici: da un lato il mondo delle imprese, dall'altro il personale amministrativo impegnato negli appalti di opere pubbliche. Due temibili nemici, a giudicare dall'impegno profuso nell'adottare le misure necessarie a difendersi.

Questo dato di prima rilevazione sembra un buon punto di partenza per una rapida analisi che ha come scopo di cogliere le motivazioni politico-sociali che hanno guidato le recenti scelte legislative. La prospettiva da cui ci si pone, pur non potendo prescindere dal dato tecnico della normativa all'esame, ha l'ambizione di svolgere un'indagine con metodo sociologico-giuridico per tentare di compiere una verifica della legge ad un livello, per così dire, più 'elevato': quello degli interessi politici cui attraverso la legge Merloni si è inteso dare una risposta per quanto possibile appagante.