

LA DISCIPLINA SUI LAVORI PUBBLICI NELL'AMBITO DEI SETTORI SPECIALI

di Dover Scalera

1. Il quadro normativo antecedente la "Merloni - ter"

Come è noto la previsione di un regime normativo per i settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e delle telecomunicazioni, distinto da quello generale in materia di appalti pubblici (di lavori, forniture e di servizi) costituisce una scelta operata a livello comunitario già dalla prima direttiva Cee sui lavori del 26 luglio 1971 n.305 (recepita dalla legge 08.08.1977 n.584).

Tale soluzione scaturiva dalla consapevolezza della diversa natura giuridica dei soggetti operanti come committenti nei predetti settori.

La regolamentazione normativa dell'attività contrattuale dei soggetti operanti nei settori cd. "ex esclusi", è stata giustificata dal fatto che "gli enti che gestiscono tali servizi sono in alcuni casi disciplinati dal diritto pubblico, mentre in altri sono disciplinati dal diritto privato"; si è voluto in sostanza evitare che ci fosse disparità di trattamento nell'accesso degli appalti indetti da questi soggetti fra imprese appartenenti a diversi Stati membri dell'Unione europea.

La tematica dei contratti dei settori esclusi si è poi allargata alla possibilità di estensione ad essi di tutta o parte della normativa pubblicistica sui lavori pubblici.

Dopo Tangentopoli, infatti, si era fatta strada l'esigenza politica del legislatore italiano di estendere l'applicazione delle regole generali della Merloni - più rigorose in termini di trasparenza della scelta dell'appaltatore, anche a quei servizi di pubblica utilità per cui l'Unione europea prevede molte deroghe e una più in generale flessibilità.

L'art.2, commi 2 e 3 della originaria formulazione della Legge Quadro in materia di lavori pubblici, aveva stabilito che le Amministrazioni e le imprese operanti nei settori dei trasporti delle telecomunicazioni, energia ed acqua, fossero sottoposte all'applicazione quasi integrale della legge stessa, fatte salve modifiche o integrazioni al momento dell'attuazione delle Direttive.

Tale disposizione, tuttavia, veniva sospesa, assieme a gran parte della Legge Quadro a partire dall'art.71 del decreto legge 09.04.1994 n.257.

Il decreto legge 03.04.1995 n.101 confermava nuovamente la sospensione dell'applicazione di gran parte della Legge 109/94, ma non della norma di cui all'art.2.

Neppure la legge di conversione di detto decreto conteneva disposizioni modificative dell'originario art.2 della Legge 109/94 per quel che riguarda l'ambito soggettivo di applicazione nei confronti dei settori esclusi.

In questo contesto, è intervenuto il decreto legislativo n.158 del 1995 (da ultimo modificato dal d.lgs.n.525/99) che ha recepito nell'ordinamento interno la Direttiva Cee 90/531: si tratta di un provvedimento che, seppure tardivamente, ha assicurato la trasposizione nell'ordinamento nazionale dei principi comunitari di apertura della concorrenza nell'ambito degli affidamenti di lavori, forniture e servizi nei settori dell'acqua, dell'energia dei trasporti e delle telecomunicazioni.

Per quanto riguarda i lavori appaltati dai soggetti operanti nei settori speciali, è lo stesso art.8 del decreto n.158 a prevedere due tipologie di lavori "civili" che, seppure appaltati nei settori esclusi, devono comunque andare in gara con la Legge 109:

- 1) gli "appalti di lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori";
- 2) i lavori che, pur essendo funzionali a questi scopi, sono di "contenuto specialistico e tecnico non direttamente condizionato dalle specificità tecniche" proprie dei settori esclusi".

Al contempo il d.lgs.158/95 demandava la compiuta definizione del quadro normativo che avrebbe dovuto disciplinare l'affidamento degli appalti di lavori in tali settori ad apposito D.P.C.M. per definire in dettaglio l'elenco dei lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori ovvero il cui contenuto non sia influenzato dalle specificità proprie dei settori speciali.

1.2 Il DPCM n.517 del 1997.

Dopo due anni di elaborazioni e mediazioni frutto delle trattative con i ministeri coinvolti (Lavori Pubblici, Industria e Trasporti) e gli stessi soggetti speciali che richiedevano una normativa più flessibile per sostenere la concorrenza del mercato comunitario, finalmente veniva emanato il DPCM del 05.08.1997 n.517 cui è stato affidato il compito di districare il complicato bandolo dei rapporti applicativi tra Legge Merloni e disciplina comunitaria speciale sui settori ex esclusi.

Lo schema originario del Dpcm n.517, prevedeva all'art.2 l'elenco dei lavori sottratti all'applicazione della disciplina UE, senza distinguere tra le due tipologie dei lavori non correlati agli scopi istituzionali e dei lavori non condizionati da specificità tecniche.

Successivamente, anche in seguito alle osservazioni del Consiglio di Stato, il Dpcm 517 ha finito per individuare nel dettaglio solo i lavori "non condizionati da specificità tecniche del settore", ancorché correlati agli scopi istituzionali dei soggetti operanti nei settori speciali: si tratta di lavori "che non sono legati all'opera principale né da un vincolo di unitarietà funzionale né da un vincolo di unitarietà ed efficienza economica". Per quanto riguarda invece i "lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali" il Ministero tace quali debbano essere i criteri per individuare tale categoria di lavori, la quale, pertanto, assume nell'ottica del legislatore una importanza marginale.

Nessuna indicazione, dunque, per individuare questa categoria di lavorazioni al di fuori di qualche suggerimento contenuto nella relazione di accompagnamento al Dpcm n.517, nella quale il Ministero assume una posizione fortemente restrittiva, favorendo una limitata deroga alle norme comunitarie recepite nel D.lgs.158/95.

In questa direzione, ha assolto ad uno "scopo meramente indicativo, senza voler porre in essere una semplificazione amministrativa" il riferimento contenuto nella menzionata relazione di accompagnamento, ai lavori non strettamente correlati agli scopi istituzionali tra i quali rientrano ad es. " la realizzazione di fabbricati che per la loro posizione o per la loro destinazione d'uso non sono oggettivamente correlati all'attività svolta (edifici destinati all'accoglienza di personale, impianti di ricreazione, case di riposo) e opere richieste da altre amministrazioni per poter consentire la realizzazione di opere connesse allo svolgimento dell'attività istituzionale".

In conclusione, nella sua versione definitiva, il Dpcm n.517, accoglie l'orientamento ministeriale di assicurare una interpretazione estensiva al Dlgs.158, allo scopo di evitare discriminazioni ai danni delle imprese italiane altrimenti penalizzate da obblighi legislativi più stretti rispetto a quelli cui sono sottoposte le loro concorrenti europee.

Né pare che il Ministero o il Consiglio di Stato si siano preoccupati di dare parziale attuazione alle previsioni dell'art.8 del d.lgs.158/95 rispetto al quale la categoria dei lavori non correlati agli scopi istituzionali è rimasta priva della necessaria esplicitazione.

Questa considerazione, insieme con il fatto che, per quanto riguarda i lavori "specialistici", il Dpcm 517/97 ha introdotto un ulteriore parametro destinato ad integrare quello delineato nel d.lgs.158, contribuisce a lasciare ancora un certo margine di discrezionalità nella individuazione del regime normativo applicabile.

Infatti, richiede il Dpcm 517, quale ulteriore requisito affinché i lavori "non specialistici" siano sottoposti alla applicazione della normativa più rigorosa della Legge Quadro che gli stessi possano essere progettati e appaltati separatamente dalle opere cui sono eventualmente connessi, ricomprese, invece nell'ambito applicativo del decreto 158.

E' evidente come, anche sotto questo profilo la discrezionalità delle Amministrazioni aggiudicatrici è ancor più grande e si annida nella valutazione di una progettazione e di una conseguente aggiudicazione distinta da quella dell'opera principale.

2. Il quadro normativo successivo alla "Merloni ter"

Sull'assetto descritto, fondato su di un doppio regime, è intervenuta la Legge n. 415/98 (cd. Merloni ter) di riforma della Legge Quadro, che ha reso il sistema ancora più articolato.

Dal combinato disposto della disciplina di cui alla Legge Quadro come modificata dalla Merloni ter, risulta infatti, un complesso sistema dal quale emergono due categorie di lavori, ciascuna assoggettata ad un regime giuridico differente:

1) Ai sensi dell'art.2, comma 2 lett. b) della Legge Merloni, sono soggetti alle disposizioni di cui alla Legge Quadro, i lavori di qualsiasi importo individuati dal Dpcm 517/97 e i lavori riguardanti i rilevati aeroportuali e ferroviari (purché separabili dalle opere specialistiche incluse nell'ambito di operatività della disciplina sui settori speciali). Tale applicazione peraltro non è integrale, rimanendo esclusa l'applicazione sia degli art.7, 14, 18, 19 commi 2 e 2bis, 27 e 33 della Legge Quadro, la cui esenzione è disposta a favore di tutti i soggetti di cui alla lett. b) dell'art.2, comma 2 richiamato, sia delle disposizioni del Regolamento in materia di esecuzione dei lavori, contabilità e collaudo.

Tale ultima esenzione ha suscitato qualche perplessità nella ratio che l'ha ispirata: è strano, infatti, che essa concerna soltanto i settori esclusi e non tutti i soggetti privati assoggettati alla Merloni come sarebbe stato più logico; in altri termini una deroga di questo tipo finisce per alimentare il paradosso per cui vengono esentati dal rispetto degli obblighi regolamentari di esecuzione, contabilità e collaudo tutti gli enti pubblici che operano nei settori esclusi, esenzione che, invece, non è consentita per i soggetti privati coinvolti nell'esecuzione di appalti pubblici al di fuori di tali settori.

Diverso problema quello relativo all'estensione agli appalti di qualsiasi importo concernenti i rilevati aeroportuali e ferroviari della disciplina dettata dalla legge Merloni.

Con riferimento a tale tipologia di lavori parte della dottrina ha dubitato sulla legittimità di una ulteriore deroga allo spettro di applicazione della normativa comunitaria ad opera di un atto legislativo interno (la legge 415/98), deroga ulteriore rispetto a quelle già contenute nel d.lgs.158/95 di recepimento della Direttiva Cee.

Sebbene il profilo dogmatico evidenziato sia senz'altro condivisibile, la scelta operata dal legislatore di assoggettare tali lavorazioni alla più rigorosa disciplina in materia di lavori pubblici, non trova ragione nelle caratteristiche tecnico - funzionali dei rilevati aeroportuali o ferroviari, ma piuttosto in una ragione di tipo politico.

Si è innanzi parlato dell'esigenza tipicamente italiana, perché successiva a tangentopoli, di estendere anche agli appalti di lavori dei settori speciali la disciplina più rigorosa dettata dalla Legge Merloni. In quest'ottica è stato emanato il Dpcm 517/97, che sebbene lasci ancora i dubbi interpretativi prospettati, ha incluso nel proprio elenco i lavori di terra, gli edifici civili, il restauro di edifici, le opere speciali in c.a. e l'impiantistica. Sono rimaste fuori, "le opere murarie relative ai complessi per la produzione e distribuzione di energia" che, grazie alle pressioni del Ministero dell'Industria sono state classificate come attività proprie dei settori esclusi.

E' evidente, allora, che la inclusione dei rilevati aeroportuali e ferroviari nella sfera di disciplina dell'art.2, comma 2 lett.b) della Legge 109/94, è da imputare alla intenzione di sfuggire alle pressioni dei soggetti operanti nei settori "ex esclusi" che chiedevano una normativa più flessibile per sostenere la concorrenza del mercato comunitario, piuttosto che alla volontà di creare una nicchia riservata sottratta alla disciplina dei settori speciali; in questa direzione l'art.2, comma 2 lett.b) della Legge 109/94, come modificato dalla "Merloni ter", ha rappresentato l'occasione per far valere tali istanze, creando una sorta di propaggine normativa al Dpcm 517/97.

In sostanza "si è voluto riattirare nell'ambito della normativa generale, indipendentemente dagli importi, il maggior numero di lavori, stabilendo come discrimine tra le due discipline (quella generale e quella specialistica) la specificità degli interventi da eseguire".

Ciò premesso se è vero che l'inclusione di tale ulteriore categoria di lavorazioni tra quelle assoggettate alla Legge Merloni segna un punto a favore del partito dei "rigoristi", non va trascurato

di considerare che sia i rilevati aeroportuali e ferroviari sia gli interventi elencati al Dpcm 517/97, rimangono disciplinati dalla normativa del 1995 ove non progettabili ed appaltabili separatamente da altre opere di per sé oggetto del decreto n.158.

Rispetto ai lavori di cui al Dpcm n.517 e ai rilevati aeroportuali va posta la dovuta attenzione all'inciso - inserito nel testo della Legge Quadro ad opera della Legge 415/98 - relativo all'aspetto propriamente soggettivo delle disposizioni concernenti i settori speciali contenute all'art.2, comma 2 della Legge Quadro, per cui esse riguardano esclusivamente soggetti "operanti in virtù di diritti speciali ed esclusivi".

Riguardo i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, una prima definizione è quella contenuta nell'art.2, punto 3 della Direttiva 90 /531, la quale afferma che tali diritti "sono quelli che risultano da un'autorizzazione conferita da un'autorità competente dello stato membro interessato mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa avente l'effetto di riservare a uno più enti l'esercizio di un'attività definita al paragrafo 2" (e cioè un'attività rientrante nei settori esclusi); e precisa che tali diritti vanno ritenuti tipicamente esistenti quando l'ente aggiudicatore pur non essendo un soggetto a rilievo pubblico:

- abbia il diritto di avvalersi di una procedura espropriativa o di imporre una servitù o di utilizzare spazi pubblici;
- approvvigionamenti di acqua potabile elettricità, gas, energia termica una rete a sua volta gestita da un ente che fruisce a sua volta di diritti speciali o esclusivi.

Rispetto a tale definizione va chiarito in primo luogo che il termine autorizzazioni è usato in senso atecnico, comprensivo non solo delle autorizzazioni vere e proprie ma anche delle concessioni sia di costruzione e gestione sia di sola gestione.

In secondo luogo, il riferimento al conferimento mediante qualsiasi disposizione legislativa, regolamentare o amministrativa e cioè con atti autoritativi di diritto pubblico, sembrerebbe escludere atti di diritto privato, oggi perfettamente possibile vista l'utilizzazione di più forme contrattuali sancite dall'art.11 della Legge n.241/90 sul procedimento amministrativo. In terzo luogo, la sottoposizione alla disciplina comunitaria indotta dalla circostanza occasionale di approvvigionare un ente che fruisce a sua volta di diritti speciali o esclusivi è ulteriore prova dell'intenzione della Comunità di disciplinare un settore in senso oggettivo e non determinati soggetti .

Ciò premesso, il riferimento legislativo assume spiccata valenza operativa, finendo per ridimensionare in modo consistente l'ambito di applicabilità della Legge Quadro: infatti sebbene in presenza di lavori previsti dal Dpcm n.517, ovvero di lavori riguardanti rilevati aeroportuali e ferroviari, separabili dalle opere specialistiche ricomprese nell'ambito di operatività del d.lgs.n.158/97, non potrà trovare applicazione la legge Quadro allorché la stazione appaltante difetti di diritti speciali ed esclusivi.

Tale previsione finisce per ridimensionare notevolmente la deroga al d.lgs.

158/95 in ragione del crescente clima di disfavore mostrato a livello comunitario per la formazione di situazioni di monopolio naturale conseguenti all'attribuzione di diritti speciali ed esclusivi a tutto vantaggio della liberalizzazione dei servizi.

2) Per i lavori che non rientrano tra quelli indicati dal richiamato Dpcm e che non riguardano rilevati aeroportuali e ferroviari - ovvero quando tali rilevati non siano separabili dalle opere specialistiche, oppure, pur essendo tali non sono stati appaltati da soggetti titolari di diritto speciali ed esclusivi - soccorre il comma 5 dell'art.2 della legge 109/94, il quale distingue due ulteriori fattispecie diversificate per disciplina e fascia di importo:

- i lavori di importo pari o superiore a 5 milioni di Ecu sono sottoposti integralmente alla disciplina del D.lgs.158/95 (a meno che non si tratti di lavori compresi nella lett. b) comma 2, art.2).

- i lavori di importo ricompreso tra i 5 milioni di Ecu e 200 mila Ecu sono sottoposti alla parziale applicazione del d.lgs.158/95 (è esclusa l'applicazione delle norme relative all'obbligo della pubblicità comunitaria - art.11, commi 2 e 4 - alle prescrizioni tecniche - art.19 - alla certificazione di qualità - art.22, commi 4 e 5 - all'esclusione delle offerte anomale - art.25, comma 2 - alle offerte per prodotti originari di Paesi terzi - art.26 - alle Comunicazioni alla Commissione Ue - art.28 - alle rilevazioni statistiche art.29 - all'adeguamento delle leggi regionali- art.30).
- i lavori di importo inferiore a 200mila Ecu sono sottoposti al regime proprio dei diversi soggetti, cioè alla disciplina cui sono tenuti in base alla loro natura giuridica (normalmente la disciplina del codice civile).

Anche per i lavori strettamente correlati agli scopi istituzionali e alle specificità tecniche dei settori speciali è sostanzialmente uniformata la disciplina dei settori sopra soglia e sotto soglia. L'unica fascia esente resta quindi quella relativa ai lavori di importo inferiore ai 200 mila Ecu.

3. Aspetti peculiari legati alla gestione del servizio pubblico e agli appalti della società mista nei settori speciali

Rispetto al quadro normativo illustrato, è opportuno fare alcune considerazioni legate ai settori caratterizzati dalla maggiore incertezza interpretativa, per la contemporanea presenza della normativa nazionale e comunitaria.

Si tratta dei problemi legati alla natura giuridica della società cui è affidata la gestione del servizio pubblico in relazione alla quale sia la normativa comunitaria sia la normativa nazionale qualificano la società a prevalente partecipazione pubblica cui sia stata affidata direttamente la gestione del servizio pubblico alla stregua di un "organismo di diritto pubblico" che in quanto tale va considerato "soggetto aggiudicatore" per gli appalti di lavori, servizi e forniture; diverso il discorso per le società a prevalente partecipazione privata, le quali, alla luce di quanto detto in precedenza circa la titolarità di "diritti speciali ed esclusivi", sono da considerarsi soggetti aggiudicatori solamente nei settori speciali.

Ciò significa che, stante il principio comunitario per cui l'affidamento diretto è consentito esclusivamente a favore di un soggetto "aggiudicatore" (Dd.lgsl.158/95 e 157/95), nell'ambito dei settori speciali, nei quali l'impresa a prevalente capitale privato è soggetto aggiudicatore, l'affidamento ad essa del servizio pubblico è sottratto a regole concorsuali.

Tuttavia quando nella gestione del servizio pubblico vi sia prevalenza di lavori, la materia viene attratta dalla disciplina sui lavori pubblici e l'affidamento è equivalente ad una concessione di costruzione e gestione, salvo che per i settori speciali, per i quali non è prevista la figura delle concessione e, per i quali, di conseguenza, si applicano per l'affidamento, le regole concorsuali dettate dalla normativa sull'appalto di lavori.

Quanto alla gestione del servizio pubblico, quando la società mista è un soggetto aggiudicatore e intenda svolgere le attività non direttamente, ma avvalendosi dei propri soci o di imprese terze, nei settori speciali, si applica la normativa propria del tipo di affidamento secondo la regola della relativa prevalenza; ne consegue che ai sensi dell'art. 8, comma 3 del ad.lgsl.158/95 restano escluse dalla procedure concorsuali gli appalti di servizi alle imprese collegate e dunque anche ai soci delle società.

4. Conclusioni

Dal combinato disposto del d.lgsl. 158/97 (come modificato dal d.lgs.525/99), del Dpcm 517/97 e della Legge Merloni, come modificata dalla 415/98, sono scaturiti diversi regimi ciascuno dei quali è soggetto ad una diversa disciplina normativa. Tra questi va segnalato che solo per i lavori individuati nel Dpcm n.517 e per i rilevati aeroportuali e ferroviari (purché separabili dalle opere specialistiche e affidate da soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi), e per i "lavori non

strettamente correlati" (seppur con le incertezze interpretative evidenziate) il legislatore ha previsto l'applicazione della normativa in materia di lavori pubblici, tra l'altro in maniera non integrale, in quanto viene espressamente esclusa l'applicazione degli art.7, 14, 18, 19, commi 2 e 2 bis, 27 e 33, nonché le norme del Regolamento (DRP 21.12.1999 n.554) concernenti l'esecuzione dei lavori, la contabilità ed il collaudo amministrativo (disposizioni quindi che tali soggetti sono liberi di adottare o meno).

Ne consegue che i lavori diversi da quelli di cui al Dpcm n.517 e dai rilevati aeroportuali e ferroviari, a prescindere dal loro importo (superiore a 5 milioni di Ecu o tra i 5 milioni e i 200 mila Ecu secondo le classificazioni viste), sono esclusi dall'applicazione dalle disposizioni sostanziali e processuali dettate dalla normativa in materia di lavori pubblici, ivi compreso il sistema di definizione delle controversie di cui all'art.32 della Legge Merloni come modificato dalla Legge 415/98, che ha completamente innovato il regime precedente, stabilendo l'istituzione della Camera arbitrale presso l'Autorità dei Lavori Pubblici e sostituendo al Collegio arbitrale costituito da 5 membri di cui al DPR 1063/1962 un collegio costituito da 3 membri, come disposto dal codice di rito.