

3 GENNAIO 2018

Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici

di Antonio Barone

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Catania



Programmazione e progettazione nel codice dei contratti pubblici *

di Antonio Barone

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università di Catania

Sommario: 1. La programmazione dei lavori pubblici: una “specialità” italiana?; 2. Trasparenza e partecipazione: privato “forte” e privato “debole”; 3. I rapporti tra programmazioni; 4. Il dibattito pubblico; 5. Il favor per la progettazione.

1. La programmazione dei lavori pubblici: una “specialità” italiana?

Il presente studio intende sviluppare alcune riflessioni sui principali aspetti della disciplina in materia di programmazione e progettazione introdotta dal codice dei contratti pubblici. L’attenzione, in particolare, verrà rivolta alle sperequazioni partecipative tra privato “forte” e privato “debole” nell’ambito della programmazione, ai rapporti tra programmazioni, ai problemi di adeguatezza organizzativo-procedurale della disciplina sul dibattito pubblico, all’importante valorizzazione della fase di progettazione e di validazione pre-approvazione dei progetti di opera pubblica.

Contrariamente ad alcune letture riduttive della programmazione e riprendendo gli studi di Giannini, la dottrina ha dimostrato come nel nostro ordinamento oggi esistano una pluralità di programmazioni, al punto da poter enucleare un “principio di programmazione”¹, inteso anche come metodo democratico di svolgimento delle attività dei pubblici poteri². La programmazione dei lavori pubblici rientra in questa prospettiva ed è un fenomeno recente, introdotto solo a metà anni 90: è stata la legge n. 109/1994 a disciplinare organicamente per la prima volta il programma triennale dei lavori pubblici.

Peraltro, la programmazione dei lavori pubblici non è affatto ignota agli altri ordinamenti. Seppur ciascuno con le proprie peculiarità, tanto l’ordinamento francese, quanto quelli tedesco e britannico conoscono forme di programmazione dei lavori pubblici³. La “specialità” italiana è data dalla

* Riceviamo e volentieri pubblichiamo. Il presente studio deriva dalla relazione svolta al Convegno *L’amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia”*, Lecce 28-29 ottobre 2016.

¹ P.L. PORTALURI, *Il principio di pianificazione*, in M. RENNA, F. SAITTA, *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 453-476.

² I.M. MARINO, *La programmazione come “sistema giuridico”*, in *Dir. Soc.* 1990, p. 427 ss.

³ Con riferimento all’ordinamento francese si rinvia a

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032295952&categorieLien=id>.

Relativamente all’ordinamento tedesco v.

http://www.provinz.bz.it/aov/download/Vademecum_DE_230216.pdf.



tripartizione della progettazione, mentre, si ribadisce, la programmazione dei lavori pubblici è nota ad altri ordinamenti.

La disciplina della programmazione dei lavori pubblici da parte dei vari Stati membri richiamati è frutto di scelte autonome, cioè non deriva da un quadro regolatore europeo comune. Da quest'ultima considerazione deriva il problema del riparto delle competenze legislative sul fronte nazionale. In particolare, come già evidenziato in passato, sussistono molti dubbi sulla possibilità per il legislatore nazionale di disciplinare, anche in dettaglio, la programmazione dei lavori pubblici, come evidenziato priva di “copertura” euro-unitaria⁴. Tali dubbi si rafforzano tenendo conto delle previsioni dell'art. 21 del nuovo codice appalti, che rimanda larga parte della disciplina addirittura a un decreto del ministero dei lavori pubblici di concerto col ministero dell'economia. Ciò in una materia che si presta ampiamente all'intervento della legislazione regionale.

2. Trasparenza e partecipazione: privato “forte” e privato “debole”

Il modello della programmazione delineato dall'art. 128 del d.lgs. 163/2006 aveva una caratteristica: alla base della programmazione triennale si ponevano gli studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni che l'amministrazione predispondeva nell'esercizio delle proprie competenze. Questi studi individuavano i lavori strumentali al soddisfacimento delle esigenze della comunità. La programmazione costituiva quindi l'esito dello studio di fattibilità che l'amministrazione predisponeva. Lo schema di programma derivante dai richiamati studi, ancor prima della sua definitiva approvazione, veniva poi pubblicato. Al riguardo, è stato evidenziato come la pubblicazione dello schema di programma triennale (anziché del programma triennale già approvato) aprisse le porte all'apporto partecipativo dei cittadini interessati⁵. Questo è il modello di riferimento da cui occorre prender le mosse per analizzare le novità del codice del 2016.

Oggi l'art. 21 del D.Lgs. n. 50/2016 non contiene alcun riferimento agli studi di fattibilità che dovrebbero mappare le esigenze dell'amministrazione (e della comunità), né si prevede la pubblicazione dello schema di programma triennale. Ne deriva, anzitutto, che viene meno qualunque possibilità, pur remota, di apporto collaborativo del privato, in tal senso definibile come “debole”. Esiste, infatti, un

Infine, riguardo all'esperienza britannica v. <https://infrastructure.planninginspectorate.gov.uk/application-process/the-process/>.

Per una lettura comparatistica d'insieme v. altresì <http://documenti.camera.it/leg16/dossier/testi/MLC16027.htm>.

⁴ V. sul punto E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici (art. 14)*, in R. VILLATA (a cura di), *L'appalto di opere pubbliche*, Padova, 2004, p. 259-298. Analogamente, anche prima della riforma costituzionale del 2001 v. G. MONTEDORO, *Art. 14. Programmazione dei lavori pubblici*, in A. CARULLO, A. CLARIZIA (a cura di), *La legge “quadro” in materia di lavori pubblici*, Padova, 2000, p. 661-677.

⁵ E. STICCHI DAMIANI, *La programmazione dei lavori pubblici cit.*

privato “forte” che interviene sui contenuti della programmazione; nell’ambito del programma triennale dei lavori pubblici le amministrazioni individuano in modo unilaterale i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico-privato (art. 21, comma 4).

Quindi da un lato si “spengono le luci” sulla formazione del programma triennale dei lavori pubblici e, dall’altro, il programma triennale si apre solo all’apporto del privato “forte”, pur sempre in un’ottica di sussidiarietà orizzontale. Questo apporto è molto importante perché si collega alla possibilità di derogare al divieto di appalto integrato con i contratti pubblico-privato. Si tratta, in particolare, di un’apertura che crea delle regole di favore per il privato “forte”; scelte importanti per la comunità quindi rischiano di essere fatte al buio.

Nell’aggiornamento del Piano Nazionale Anticorruzione, quello del 2015, l’ANAC ha segnalato nitidamente le criticità testè evidenziate, sottolineando il pericolo che in sede di programmazione dei lavori pubblici si aprano forme di coinvolgimento non regolamentato dei privati correlate alla contrattazione pubblico-privato⁶. E questo è un pericolo grave rispetto al quale non vi è risposta nel nuovo codice.

E’ proprio in un siffatto contesto che va affrontato criticamente il “nodo” della trasparenza, riassumibile con la seguente domanda retorica: è sufficiente, ai fini della trasparenza del processo di programmazione dei lavori pubblici, limitarsi alla pubblicazione di un programma triennale già definito nei suoi contenuti, ivi inclusi gli assetti dei rapporti pubblico-privato?

3. I rapporti tra programmazioni

Con riferimento ai rapporti con le altre forme di programmazione, l’art. 128 del d.lgs. 163/2006 era molto chiaro in quanto prevedeva un vincolo stretto tra programmazione di bilancio e programmazione dei lavori pubblici, da un lato, nonché tra programmazione urbanistica e programmazione dei lavori pubblici dall’altro. Questo vincolo stretto, col nuovo codice, sembra sciogliersi e le programmazioni tendono a presentarsi come monadi tra loro autonome.

Sul fronte della programmazione finanziaria, l’elenco annuale dei lavori pubblici doveva essere addirittura allegato al bilancio preventivo di ciascuna amministrazione in uno con l’elenco degli stanziamenti di bilancio all’uopo stabiliti. Rispetto a questa previsione molto chiara, l’originaria versione dell’art. 21 del codice appalti era quasi laconica: i programmi triennali dei lavori pubblici devono essere approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza col bilancio. La questione non era di mero stile perché, ad esempio, nel sistema degli enti locali è stata ormai introdotta la c.d. nuova

⁶ ANAC, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, www.anticorruzione.it, p. 27-29.

contabilità col d.lgs. 118 del 2011. Il perno della “nuova” programmazione finanziaria locale si chiama documento unico di programmazione, il DUP, caratterizzato da una sezione strategica e da una sezione operativa. Nell’ambito della sezione operativa del DUP va inserito obbligatoriamente il programma triennale dei lavori pubblici, ma il D.Lgs. n. 50/2016 appalti non prevedeva originariamente alcun coordinamento con questa previsione del D.Lgs. n. 118/2011. I rischi di illegittimità correlati al mancato coordinamento tra le due programmazioni in esame sono stati in parte superati con la nuova formulazione dell’art. 21, comma 1, introdotta dal D.Lgs. n. 56/2017 (il c.d. “correttivo”), che ha adesso precisato la necessaria coerenza tra programma triennale dei lavori pubblici e programmazione economico-finanziaria degli enti locali.

Anche in relazione ai rapporti con la programmazione urbanistica il vecchio codice era molto chiaro: i progetti di lavori dovevano essere conformi agli strumenti urbanistici vigenti o adottati. Le deroghe alla regola generale erano possibili, ma l’indicazione di base non ammetteva dubbi. Una siffatta chiara indicazione viene oggi sostituita da quella disposizione laconica prima richiamata (art. 21 del D.Lgs. n. 50/2016 - i programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici): il piano urbanistico viene quindi relegato al ruolo di generico documento programmatico.

Orbene, possono comprendersi ed apprezzarsi l’esigenza di snellezza procedurale e quella di dare risposte celeri al mercato. Tali esigenze, tuttavia, non possono condurre ad una ingiustificabile sottovalutazione della necessaria compatibilità tra programmazione triennale dei lavori pubblici e piano urbanistico. Questa necessaria compatibilità assume oggi un significato più pregnante perché, come è noto, l’approvazione dei piani urbanistici richiede, a pena di illegittimità del piano, il preliminare espletamento della procedura di valutazione ambientale strategica (VAS). Di conseguenza, nel caso di approvazione di un progetto di opera in variante al piano urbanistico-territoriale vigente, la suddetta variante andrebbe comunque sottoposta a VAS. La laconicità dell’art. 21 non può in alcun modo determinare vantaggi in termini temporali e procedurali per le amministrazioni perché la VAS è assolutamente necessaria, a pena di illegittimità del piano territoriale.

4. Il dibattito pubblico

Il dibattito pubblico è un istituto diffuso in vari ordinamenti stranieri; la sua previsione nel D.Lgs. n. 50/2016 costituisce certamente una novità sul fronte della legislazione statale, mentre alcuni esempi possono rinvenirsi in sede di legislazione regionale. La scelta del legislatore delegante è stata chiara: prevedere e disciplinare forme di dibattito pubblico delle comunità locali dei territori interessati dalla realizzazione di grandi progetti infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale aventi impatto sull’ambiente, la città e sull’assetto del territorio.

In realtà, l'art. 22 del codice degli appalti è ancora un cantiere aperto. Il 90% della disciplina è rinviato a un apposito dpcm di prossima emanazione. Alcune riflessioni critiche sono comunque sin d'ora enucleabili.

Anzitutto, il dibattito pubblico, per come è “confezionato”, non sembra prevedere l'opzione zero, cioè quella consistente nella mancata realizzazione dell'opera. Il problema, semmai, sarebbe solo come fare l'opera.

Inoltre, la legge delega sembrava far riferimento a una obbligatorietà del dibattito, sempre e comunque. Invece il decreto, o meglio il codice, rinvia al dpcm per l'individuazione dei criteri per individuare i casi in cui il dibattito diventa obbligatorio.

Particolare attenzione meritano poi le modalità procedurali del dibattito pubblico.

L'art. 22 prevede l'obbligo di pubblicare (torna il tema della trasparenza) il progetto di fattibilità, gli esiti delle consultazioni pubbliche, i resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interessi. Permane quindi l'idea di fondo per cui la pubblicazione sia sufficiente da sola a inverare la trasparenza amministrativa⁷.

In realtà, gli studi sociologici hanno evidenziato come senza uno sforzo di decodificazione del messaggio tecnico la sindrome del NIMBY non si supera⁸. È necessario uno sforzo da parte di chi organizza il dibattito per decodificare il messaggio tecnico mentre la scelta del nuovo codice appalti è per un'informazione neutra, che si esaurisce attraverso la pubblicazione del progetto.

Al riguardo, attenta dottrina ha evidenziato la differenza tra informazione pubblica e comunicazione pubblica⁹. L'informazione pubblica si inverte attraverso un rapporto unilaterale e unidirezionale tra fonte dell'informazione e destinatario della medesima; diversamente, la comunicazione pubblica richiede un rapporto bilaterale e biunivoco che passa attraverso la spiegazione del problema amministrativo da affrontare. Una distinzione che, peraltro, ha una base legislativa: la legge n. 150 del 2000. Del resto, proprio con riferimento ai procedimenti di pianificazione territoriale, autorevole dottrina ha evidenziato come sia necessario un supporto organizzativo, uno sforzo organizzativo¹⁰.

Nel dibattito pubblico italiano l'istruttoria è curata dalla stessa amministrazione che propone l'opera, quindi dalla stessa amministrazione aggiudicatrice (peraltro esclusivamente sulla base delle regole che

⁷ Idea che pare essere confermata anche con il correttivo al codice che, al comma 2 dell'art. 22, ha previsto un ampliamento degli oneri di pubblicazione, istituendo presso il Ministero dei lavori pubblici, una commissione avente il compito di raccogliere e pubblicare informazioni relative a dibattiti pubblici in itinere o già conclusi.

⁸ Per tutti, v. A. IRWIN, *Citizen Science. A Study of People, Expertise and Sustainable Development*, London 1995. In proposito, la giurista S. JASANOFF, *Designs on Nature: Science and democracy in Europe and the United States*, Princeton NJ 2005, fa riferimento al concetto di “epistemologia civica”.

⁹ Cfr. G. ARENA, *La funzione pubblica di comunicazione*, in G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2001, p. 46-54.

¹⁰ F.G. SCOCA, *Il coordinamento e la comparazione degli interessi nel procedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli 1999, p. 1274 ss.

verranno dettate con dpcm). Gli esiti del dibattito verranno poi valutati in sede di predisposizione del progetto definitivo e verranno discussi nella conferenza di servizi nella quale si deciderà sull'opera. Ne deriva che il dibattito pubblico verrà condotto dalla stessa amministrazione che propone l'opera, la quale dovrà in sede di conferenza prospettare le tesi che magari non condivide.

Sotto questo profilo, il modello di dibattito pubblico disciplinato dal nuovo codice appalti presenta profonde differenze con i principali modelli stranieri. Mi riferisco soprattutto al modello francese della *loi Barnier*, in cui la Commissione nazionale per il dibattito pubblico sceglie caso per caso quale progetto sottoporre a dibattito pubblico e, una volta avviato il dibattito, nomina una commissione particolare, indipendente e terza, che conduce l'istruttoria¹¹.

Anche l'istruttoria dei piani urbanistici britannici prevede figure terze e indipendenti. A condurre le istruttorie pubbliche, infatti, sono i *planning inspectors*, soggetti terzi rispetto all'ente pianificatore che dipendono direttamente dal *planning inspectorate*¹².

Questa soluzione della terzietà, in fondo, non è ignota al nuovo codice appalti, che, ad esempio, in tema di validazione dei progetti opta per la terzietà della validazione medesima. La medesima opzione, tuttavia, non viene presa in considerazione con riferimento al dibattito pubblico e ciò pone profili di forte criticità.

5. Il favor per la progettazione

Con riferimento alla progettazione, il ragionamento finora svolto si capovolge perché se da un lato si registra il sostanziale impoverimento della fase programmatica (nonostante la novità del dibattito pubblico, con tutte le connesse criticità), dall'altro il nuovo codice appalti dedica grande attenzione alla fase della progettazione, che viene fortemente valorizzata. Basta confrontare il vecchio art 43 del d.lgs. 163 con l'odierno art. 23 del D.Lgs. n. 50/2016. Si è voluto attribuire al progettista di opera pubblica una serie di obiettivi che travalicano il tradizionale ambito delle attività di natura tecnico-architettonica, per arrivare a includere la valutazione di aspetti di rilevanza economica, sociologica, urbanistica, nonché aspetti legati al consumo di suolo, al risparmio energetico e più in generale al fabbisogno della collettività. Pertanto, ad una sostanziale dequotazione della programmazione corrisponde invece un manifesto *favor* per la progettazione.

Yves Meny, nel corso dell'ultimo convegno AIPDA, ci ha ricordato la peculiarità italiana della tripartizione della progettazione, che viene mantenuta dal nuovo codice appalti¹³. Il progetto

¹¹ *Ex multis* cfr. L. BOBBIO, *Il dibattito pubblico sulle grandi opere. Il caso dell'autostrada di Genova*, in Riv. It. Pol. Pubbl., 2010, p. 119-146.

¹² Sulla figura dei *Planning Inspectors* cfr. M. GRANT, *Environmental Court Project. Final Report*, Cambridge 2000, capitoli 9 e 10, www.law.du.edu. V. altresì AA.VV., *The Efficiency and Effectiveness of Local Plan Inquiries*, London, 1999.

preliminare, ora ridenominato progetto di fattibilità economica, si caratterizza nei contenuti perché deve indicare anche quale soluzione sarà adatta per la comunità in termini di rapporto costi-benefici. Vi è il progetto definitivo, che ha sostanzialmente gli stessi contenuti del passato, pur dovendo indicare anche la quantificazione definitiva del limite di spesa per la realizzazione dell'opera e i tempi di realizzazione dell'opera medesima. Ed infine il progetto esecutivo, dai contenuti sostanzialmente invariati rispetto alla previgente disciplina.

Una delle principali novità in materia di progettazione è costituita dall'opzione di preferenza per l'affidamento al medesimo soggetto della progettazione definitiva ed esecutiva. L'affidamento disgiunto rimane possibile, ma è un caso eccezionale che va motivato ed il nuovo progettista dovrà comunque accettare l'attività precedente. Una siffatta previsione va collegata anche con il divieto di appalto integrato introdotto dal nuovo codice appalti, a fronte della precedente liberalizzazione di fatto realizzata dal D.Lgs. n. 163/2006. Tuttavia, come prima accennato, l'appalto integrato rimane ammissibile all'interno della cornice dei contratti pubblico-privato in sede di partenariato.

Altra importante novità in materia di progettazione è costituita dall'equipollenza tra progettazione interna ed esterna. Viene quindi meno la vecchia previsione dell'art. 90 del D.Lgs. n. 163/2006, che imponeva o che dava la possibilità di affidare all'esterno la progettazione solo in caso di accertata carenza di personale tecnico o di difficoltà di rispettare i tempi della programmazione. Al riguardo occorrerà verificare la tenuta della giurisprudenza della Corte dei Conti su questo punto, posto che non si pare rinvenirsi nel nuovo codice alcuna disposizione di limite o vincolo al ricorso alla progettazione esterna.

Sempre sul fronte delle novità, viene valorizzata la fase di validazione, di verifica preventiva della progettazione. Al riguardo, quelle scelte organizzative in termini di terzietà nella conduzione della procedura, che non sono state fatte per il dibattito pubblico, vengono invece attuate con riferimento alla tematica della validazione dei progetti pre-approvazione. In base all'art. 26 del D.Lgs. n. 50/2016, infatti, il responsabile unico del procedimento può procedere alla validazione del progetto solo se di valore inferiore al milione di euro. Per il resto, il nuovo codice afferma il principio di terzietà nella validazione dei progetti. Saranno quindi tendenzialmente soggetti diversi dal RUP (indicati espressamente al comma 6 dell'art. 26) a validare il progetto.

Relativamente all'approvazione del progetto, occorre altresì segnalare la novità della regolamentazione del tema delle interferenze. E' noto che il tema dello sviluppo delle reti dei sottoservizi sia di grande rilevanza, tant'è che l'art. 27 del nuovo codice degli appalti, nell'ambito di un rinvio quasi generalizzato alla disciplina della conferenza di servizi, prevede l'obbligo per i gestori di servizi a rete, per i quali

¹³ Y. MENIS, *La riforma amministrativa in Europa: possiamo ancora crederci?*, Congresso annuale AIPDA, Roma , 7-8 ottobre 2016.



possono riscontrarsi interferenze col progetto, di collaborare in sede di conferenza di servizi e di sviluppare eventuali modifiche progettuali per risolvere i problemi di tracciato. Peraltro, quest'obbligo di collaborazione viene supportato da una previsione sanzionatoria abbastanza forte, rispetto alla quale in sede di parere lo stesso Consiglio di Stato ha evidenziato qualche dubbio.