

La sperimentazione dell’AIR da parte dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Chiara Meoli

1. L’Analisi di Impatto della Regolamentazione (AIR), ormai introdotta normativamente in modo diffuso in Europa, è divenuta negli anni uno dei principali metodi decisionali a supporto delle scelte pubbliche e, come tale, rappresenta uno strumento chiave per garantire il miglioramento della qualità della regolazione e rendere più trasparenti e funzionali le politiche di regolazione adottate in vari settori di rilievo economico e sociale, pubblici e privati¹.

Un importante contributo alla sua diffusione è venuto dall’OCSE che, fin dall’inizio degli anni ‘90, ha costantemente ribadito l’importanza di questo tema, ricorrendo anche alla pubblicazione di linee guida e raccomandazioni.

Il principio alla base di questa procedura, di sostegno al *policy making*, è quello di valutare preventivamente le possibili conseguenze di una proposta legislativa in termini di vantaggi e svantaggi, opportunità e rischi, tenendo in considerazione anche opzioni regolatorie alternative, compresa l’ipotesi di non-intervento. Di norma, il risultato finale dell’AIR è una relazione che accompagna la proposta legislativa².

Tra i numerosi i soggetti chiamati a effettuare tale analisi *ex ante*, un ruolo significativo lo svolgono oggi le Autorità amministrative indipendenti, organismi autonomi a carattere collegiale, cui la legge attribuisce la tutela di interessi pubblici particolarmente rilevanti³. Tra queste, l’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (AVCP) non risulta aver ancora dato attuazione all’AIR, neanche in fase sperimentale⁴.

2. L’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavoro, servizi e forniture (AVCP) è un’ autorità amministrativa indipendente costituita da un organo collegiale che vigila sul rispetto delle regole che disciplinano la materia dei contratti pubblici in tutti i settori dell’ordinamento ed è dotata di indipendenza funzionale, di giudizio, di valutazione e di autonomia organizzativa. In particolare, l’AVCP garantisce il rispetto dei principi di trasparenza e correttezza delle gare di appalto, oltre che delle regole della concorrenza nelle procedure di gara.

La nascita dell’Autorità risale alla l. n. 109/1994, che istituì l’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici (AVLP) che però si occupava solo del settore dei lavori di opere e costruzioni. Con l’adozione del Codice dei contratti pubblici, approvato con il d.lgs. n. 163/2006, l’Autorità muta significativamente denominazione, unificando la

¹ Cfr. A. GRECO, *L’analisi di impatto della regolamentazione: origini e tendenze recenti*, in www.federalismi.it.

² Cfr. A. NATALINI, *La sperimentazione dell’Air a livello statale*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell’Amministrazione*, 4, 2000 e ID., *L’insostenibile leggerezza dell’Air*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2009.

³ Sulle Autorità amministrative indipendenti v., per tutti, M. MANETTI, *Le autorità indipendenti*, Bari-Roma, 2007. Con particolare riferimento al tema *de quo*, v. anche N. RANGONE, *Autorità indipendenti e AIR*, in M. D’ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l’economia*, Bologna, 2010; ID., *Impatto delle analisi delle regolazioni sul procedimento, l’organizzazione e l’indipendenza delle Autorità*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 2006; ID., *The quality of regulation: the myth and reality of good regulation tools*, in *Italian Journal of public law*, 1, 2012.

⁴ Cfr. F. CACCIATORE, *L’AIR nelle Autorità europee di Vigilanza*, in www.osservatorioair.it e A. FLORI, *L’AIR e gli strumenti di programmazione delle attività nelle Autorità indipendenti*, *ivi*.

disciplina di lavori, servizi e forniture, trasformandosi in “Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture”. Il Codice ne ha riorganizzato la struttura e ampliato le funzioni, non più limitate ai lavori, ma estese al campo delle forniture di beni e servizi, comprendendo qualunque tipo di appalto effettuato da parte della Pubblica Amministrazione.

Oltre a numerosi poteri sanzionatori e ispettivi⁵ e agli obblighi di vigilanza in materia di contratti pubblici, per garantire correttezza e trasparenza nella scelta del contraente ed economicità ed efficienza nell’esecuzione dei contratti, il Codice dei contratti pubblici demanda all’Autorità la vigilanza sull’osservanza della legislazione, per verificare la regolarità degli affidamenti ed evitare che dai contratti derivi un pregiudizio per il pubblico erario, e sul sistema di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici. Le attribuisce inoltre il compito di segnalare al Governo e al Parlamento gravi inosservanze o erronee applicazioni della normativa, nonché di presentare al Governo proposte di modifica della legislazione che disciplina i contratti pubblici e al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti proposte per la revisione del regolamento applicativo del Codice. Deve poi presentare al Governo e al Parlamento una relazione annuale in cui si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici e formulare pareri non vincolanti su questioni insorte durante le procedure di gara.

L’Autorità è dotata di un proprio regolamento interno di organizzazione, composto da quarantuno articoli e diviso in due parti: la prima parte indica gli organi dell’Autorità e ne delinea i rispettivi compiti; la seconda parte è dedicata all’articolazione delle direzioni generali per lo svolgimento dei compiti attribuiti all’Osservatorio dei contratti pubblici e dell’attività di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e sul sistema di qualificazione. In questa seconda parte si rinvencono anche le norme relative all’organizzazione delle risorse umane, alla contabilità e finanza.

L’Autorità, ai sensi dell’art. 6 d.lgs. n. 163/2006, come modificato dal d.lgs. n. 113/2007, si compone di un organo collegiale costituito da sette membri nominati d’intesa dal Presidente della Camera dei Deputati e dal Presidente del Senato della Repubblica, tra coloro che operano in settori tecnici, economici e giuridici con riconosciuta personalità, al fine di assicurare la pluralità delle esperienze e delle conoscenze. Inoltre il Presidente è scelto tra i componenti stessi dell’Autorità, che stabilisce anche le norme sul proprio funzionamento.

3. Nonostante la normativa comunitaria sugli appalti pubblici non fornisca chiare indicazioni circa l’Analisi di Impatto della Regolamentazione, l’Unione europea ha sicuramente influenzato il processo di introduzione dell’AIR e la diffusione di strumenti di consultazione pubblica preventiva all’interno dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici. Nelle relazioni annuali infatti sono spesso frequenti richiami ai

⁵ Tali poteri consistono nella possibilità di richiedere documenti, informazioni e chiarimenti alle stazioni appaltanti e agli operatori economici; di disporre ispezioni, perizie, analisi economiche e statistiche, nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini istruttori; di trasmettere gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e agli organi giurisdizionali competenti, in caso di irregolarità rilevanti; di irrogare sanzioni pecuniarie per sanzionare l’inottemperanza degli organi di collaborazione da parte dei soggetti pubblici e privati, la trasmissione di informazioni e di documentazione false, la mancata trasmissione dei requisiti di partecipazione alle gare da parte delle imprese alle stazioni appaltanti e le società di organismo di attestazione (SOA).

principi comunitari di *better regulation* e alle *best practices* raccomandate dalla Commissione europea ai fini di una legislazione di qualità⁶.

A livello sovranazionale l'AVCP partecipa a diversi *Twinning Project*, ossia progetti di gemellaggio con organismi di vigilanza di altri Stati, quali Lituania, Slovacchia, Turchia, che talvolta è chiamata a supportare nella redazione di manuali e nell'analisi di impatto.

L'Autorità partecipa inoltre allo *European Public Procurement Network (PPN)*, una rete di organismi interessati alla materia dei contratti pubblici che realizzano uno scambio reciproco di informazioni ed esperienze.

Anche per l'AVCP l'obbligo di realizzare l'AIR deriva *in primis*, come per le altre Autorità indipendenti, dall'art. 12 l. n. 229/2003 recante "Interventi in materia di qualità della regolazione, riassetto normativo e codificazione".

L'art. 25 l. n. 62/2005 dispone che l'Autorità, dotata di autonomia organizzativa e indipendenza funzionale, adotti "forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione". Con una formula pressoché identica, il Codice dei contratti pubblici ha ribadito che l'Analisi di Impatto rappresenta uno degli strumenti di intervento pubblico finalizzato a promuovere la qualità della regolazione e a tal fine ha altresì disposto l'uso di metodi di consultazione preventiva, "consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente"⁷. Tuttavia si tratta di disposizioni che ancora non sono state attuate all'interno dell'Autorità.

Alcune tipologie di atto dell'Autorità sono divenute riferimenti a tal punto imprescindibili per il settore degli appalti pubblici che, quanto a effetti, possono essere accostati agli atti dotati di forza normativa. Questo apporto regolativo si è verificato per esempio in materia di interpretazione delle disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari, con l'emanazione di tre determinazioni – la n. 8 del 18 novembre 2010, la n. 10 del 22 dicembre 2010 e la n. 4 del 7 luglio 2011 – in merito alle criticità sorte circa le possibili interpretazioni delle disposizioni contenute nella l. n. 136/2010, come modificata dal d.l. n. 187/2010 convertito, con modificazioni, nella l. n. 217/2010. L'Autorità infatti esercita anche una funzione di regolazione interpretativa mediante l'emanazione di atti a valenza generale volti a fornire indicazioni agli operatori del settore e alle pubbliche amministrazioni in merito alla corretta applicazione della disciplina nel settore degli appalti. Questi atti, pur non essendo cogenti ai sensi di legge, grazie all'autorevolezza del soggetto da cui promanano, sono equiparabili a quelli di *soft law* e possono essere di quattro diverse forme, ossia determinazioni, bandi tipo, linee guida e costi standardizzati. Gli atti invece assunti dall'Autorità in tema di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, in particolare sulle Società Organismo Attestazione (SOA) hanno un'incidenza diretta su tutti i soggetti facenti parte del settore di riferimento e pertanto possono essere compresi nel novero dei provvedimenti a valenza normativa.

Già dalla relazione al Parlamento del 1999 l'Autorità ha inoltre espresso la sua intenzione di garantire la partecipazione dei soggetti interessati all'*iter* diretto all'adozione degli atti regolatori. La Relazione prevedeva infatti un processo articolato in più fasi, tra cui l'audizione dei soggetti interessati dalla deliberazione a contenuto generale, da effettuare in seguito alla predisposizione di un documento inviato ai

⁶ V. S. MORETTINI, *L'AIR nell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP)*, in web www.osservatorioair.it.

⁷ Cfr. art. 8, comma 1, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

soggetti coinvolti, privati e pubblici, espositivo delle questioni che hanno determinato l'attivazione del procedimento di regolazione sulla cui base le amministrazioni e le categorie interessate possono depositare memorie e atti pertinenti le stesse questioni trattate.

Il coinvolgimento degli operatori e delle amministrazioni interessate si è poi realizzato mediante tecniche alternative a quella esposta: nella Relazione annuale del 2001 è stato illustrato il Progetto forum, un sistema informativo che consente di trattare le questioni prospettate in via telematica, con l'istituzione di un'apposita area sul sito Internet dell'Autorità accessibile da parte dei firmatari dei protocolli, che consente loro di presentare le eventuali criticità delle procedure che ostacolano una gestione dei lavori pubblici efficiente e di qualità, nonché di venire a conoscenza delle questioni e delle valutazioni avanzate dagli altri firmatari. Questo sistema permette quindi di acquisire in tempo reale, mediante la compilazione di moduli *online*, la conoscenza delle problematiche segnalate dalle Associazioni e dagli Ordini, accorpate in base a schemi di classificazione predisposti dall'Autorità.

4. Prima delle modifiche apportate al Regolamento di organizzazione nell'aprile del 2011, l'Ufficio preposto all'AIR era quello per la Regolazione previsto dall'art. 20, alle dirette dipendenze del Segretario generale⁸.

Attualmente, all'interno dell'Autorità l'unico ufficio cui spetta il compito di approfondire e analizzare l'impatto della regolazione nei settori di competenza dell'AVCP è l'Ufficio studi, legislazione e regolazione del mercato, alle dirette dipendenze del Presidente⁹.

Fino a oggi l'Autorità non si è ancora dotata di una vera e propria analisi di impatto né risulta in corso alcuna fase di applicazione sperimentale, né tantomeno è stato adottato alcun regolamento o manuale in materia. Tuttavia, a partire dalla sua costituzione, sono state poste in essere audizioni e procedure di consultazione preventiva rese obbligatorie dall'art. 8, comma 1 del Codice dei Contratti pubblici.

Per quanto riguarda le audizioni, solitamente sono disposte dall'Autorità in vista dell'emanazione di un atto a valenza generale¹⁰. In seguito a segnalazioni degli Uffici competenti e su disposizione del Consiglio, l'Ufficio per la Regolazione¹¹ predispone un documento relativo all'analisi dei punti problematici che ritiene sia necessario approfondire e l'Autorità convoca, anche mediante mezzi di comunicazione a distanza, i soggetti portatori di interessi, collettivi e diffusi, pubblici e privati, che ritiene opportuno consultare. Prima di ottobre 2009, il documento di consultazione veniva inviato in formato cartaceo solamente ai principali *stakeholders*, individuati sulla base di una valutazione condotta dall'Autorità per non divulgare all'esterno le informazioni in esso contenute. Il Consiglio, in sede di approvazione del documento di consultazione, fissa la data per l'audizione preventiva, cui possono chiedere di essere invitati anche altri soggetti eventualmente interessati. Coloro che partecipano all'audizione possono presentare contributi e osservazioni entro il termine previsto dalla lettera di convocazione¹², il che generalmente avviene per via telematica. La possibilità di

⁸ Il Regolamento è stato adottato dal Consiglio il 20 dicembre 2007 ed è stato aggiornato con le modifiche approvate dal Consiglio dell'Autorità nella seduta del 6/7 ottobre 2010.

⁹ Cfr. art. 14 Regolamento di organizzazione.

¹⁰ Cfr. A. LA SPINA, S. CAVATORTO (a cura di), *La consultazione nell'analisi di impatto della regolamentazione*, Soveria Mannelli, 2001.

¹¹ Talvolta anche la Direzione di Vigilanza e l'Ufficio Affari giuridici possono intraprendere autonome iniziative.

¹² Tale termine, salvo i casi di urgenza, non può essere inferiore a trenta giorni.

esprimere le proprie posizioni mediante un confronto diretto con l’Autorità e con gli altri soggetti interessati ha comportato un crescente consenso nei confronti di questo strumento di consultazione. Il rispetto del principio di trasparenza è garantito dalla pubblicazione, obbligatoria a partire da ottobre del 2009, sul sito ufficiale dell’AVCP del documento di consultazione e dei contributi prodotti dagli operatori economici del settore e dalle amministrazioni interessate, salvo diverso avviso del Consiglio o motivata richiesta di riservatezza da parte dei soggetti interessati¹³.

Le audizioni periodiche vengono convocate con cadenza generalmente annuale, con un preavviso di trenta giorni pubblicato sul sito istituzionale dell’Autorità, al fine di discutere e acquisire informazioni su questioni e proposte particolarmente rilevanti concernenti la disciplina e il mercato dei contratti pubblici¹⁴.

A partire dal mese di ottobre 2009 è inoltre prevista una forma di consultazione preventiva aperta a tutti i soggetti interessati svolta esclusivamente per via telematica, mediante la compilazione di appositi moduli, disponibili sul sito dell’Autorità. Particolarmente rilevante per lo sviluppo di questa procedura, il parere del Consiglio di Stato del 6 febbraio 2006 ha imposto all’Autorità di prevedere idonee garanzie partecipative in sede di approvazione dei propri regolamenti e di dotarsi di sistemi di consultazione preventiva al fine di ottenere il contributo informativo e valutativo dei soggetti vigilati.

Il regolamento interno n. 243 del 18 ottobre del 2011 è intervenuto sulla disciplina della procedura, prevedendo la pubblicazione *online* di un documento di consultazione con l’indicazione delle eventuali questioni problematiche, l’invio delle osservazioni mediante i moduli elettronici, la pubblicazione di tutte le osservazioni ricevute, salvo contestuale motivata richiesta di riservatezza di dati e informazioni, poste in apposite appendici separate¹⁵. Sicuramente tale sistema ha avuto il merito di permettere il coinvolgimento al dibattito di ogni persona, fisica o giuridica, che ritenga di offrire un contributo alla materia di discussione e di conferire massima trasparenza al processo di adozione delle determinazioni. In altri termini, ha comportato l’avvio di un meccanismo di *notice and comment* aperto a tutti gli *stakeholders*.

Fino al 2012 si sono svolte tredici consultazioni *online* che hanno visto la partecipazione di numerosi soggetti, tra associazioni di imprese, associazioni di stazioni appaltanti, operatori qualificati¹⁶, organizzazioni sindacali e i vari Ministeri interessati dai singoli interventi.

Il Regolamento inoltre prevede un ulteriore strumento di dialogo e confronto interno all’AVCP, costituito dai tavoli tecnici, al fine di approfondire con esperti e rappresentanti di categorie professionali taluni aspetti della normativa sui contratti pubblici, connotati da particolare complessità per la loro natura tecnica o per difficoltà interpretative. Generalmente si tratta di questioni di elevato livello specialistico, l’esame delle quali non sarebbe esaustivo senza l’intervento di esperti esterni all’Autorità e delle categorie interessate. Ai sensi dell’art. 5 del citato regolamento, il Consiglio, anche su proposta dell’Ufficio competente, può deliberare la costituzione e la composizione dei tavoli tecnici di consultazione, privi di carattere stabile e la cui durata viene

¹³ Cfr. art. 3 Regolamento n. 243 del 18 ottobre 2011 recante “Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”.

¹⁴ Cfr. art. 6 Regolamento n. 243 del 18 ottobre 2011.

¹⁵ V.C. RAIOLA, *Le consultazioni telematiche delle Autorità indipendenti. Gli effetti dell’AIR su tecniche e caratteristiche*, in www.osservatorioair.it.

¹⁶ Tra gli altri, vi hanno preso parte la Confindustria, la Confservizi, la Confcommercio, l’ANAS SpA.

determinata dal Consiglio stesso nell'atto di costituzione. La convocazione avviene su impulso del Consigliere relatore, ovvero da parte del responsabile dell'ufficio competente dal primo delegato. Non sono più previsti tavoli tecnici permanenti.

L'importanza di questo strumento è riscontrabile per esempio grazie al contributo da essi offerto in sede di elaborazione delle linee guida per il terremoto in Abruzzo e per gli interventi da realizzarsi nell'ambito dell'EXPO di Milano, previsto per il 2015. Tuttavia occorre procedere con cautela alla costituzione dei tavoli tecnici, a causa del pericolo che portatori di interessi forti possano condizionare gli orientamenti da assumere da parte dell'AVCP, provocando una sorta di regolazione negoziata, ossia quel fenomeno generalmente indicato come "cattura del regolatore".

5. Da quanto esposto, risulta evidente che l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici si è principalmente dedicata ad attività di partecipazione e consultazione degli operatori economici del settore e delle amministrazioni interessate all'attività di regolazione.

L'adozione del Regolamento n. 243 del 18 ottobre 2011 sulla partecipazione ai procedimenti di regolazione rappresenta un passo importante ai fini di un miglioramento della qualità della regolazione e della preventiva valutazione del suo impatto sul mercato, pur non prevedendo ancora una valutazione motivata delle osservazioni richieste, in contrasto con quanto invece disposto dall'art. 8 comma 1 del Codice dei contratti pubblici.

Oltre all'auspicio di colmare nel breve termine suddetta lacuna sarebbe opportuno costituire un gruppo di lavoro eterogeneo, composto da soggetti dotati di diverse capacità e competenze, al fine di dare impulso all'elaborazione di un regolamento volto a disciplinare l'AIR (e la VIR) all'interno dell'Autorità. Tale regolamento dovrebbe indicare i criteri in base ai quali selezionare i provvedimenti da sottoporre ad analisi e individuare i soggetti ammessi alla partecipazione all'*iter* di adozione degli stessi, nonché predisporre una procedura articolata in diverse fasi. Al fine di eliminarne le eventuali criticità, riscontrabili dalla sua concreta attuazione, è auspicabile che la sua attuazione sia preceduta da un congruo periodo di sperimentazione.

(14 ottobre 2013)