

Aggiudicazione

Cronaca di un fallimento annunciato: l'impiego dell'esclusione automatica negli appalti di lavori pubblici

di Francesco Decarolis

L'aggiudicazione di appalti attraverso "aste" con l'esclusione automatica delle offerte anomale, ripetutamente giudicata lesiva della concorrenza dalla Corte costituzionale (da ultimo nella sentenza 10 giugno 2011, n. 184), è stata nuovamente estesa dal "decreto sviluppo" (decreto legge 13 maggio 2011, n. 70) fino a ricoprire tutti gli appalti sotto la soglia comunitaria (circa 5 milioni di euro). In questo saggio gli strumenti dell'analisi economica sono impiegati per illustrare le gravi distorsioni della concorrenza generate dall'esclusione automatica e per quantificare i danni prodotti da più di un decennio di utilizzo di tale criterio negli appalti di lavori pubblici.

Il "decreto sviluppo" (decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 2011) e una sentenza della Corte costituzionale (n. 184, del 10 giugno 2011) offrono lo spunto per analizzare uno degli aspetti che ha maggiormente caratterizzato il mercato degli appalti pubblici italiani da oltre un decennio: il ricorso al metodo dell'esclusione automatica delle offerte anomale nelle procedure di aggiudicazione basate sul criterio del prezzo più basso. Esso consiste nell'aggiudicare la commessa pubblica non all'impresa che abbia offerto il prezzo più basso, ma a quella che abbia offerto il prezzo più basso tra quelli al di sopra di una soglia di anomalia determinata come funzione di tutti i prezzi offerti in gara. Come illustrato meglio di seguito, questo comporta che, a dispetto del fatto che formalmente si impieghi il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, l'aggiudicazione non avvenga mai al minor prezzo.

Con la sentenza 10 giugno 2011, n. 184 dichiarando incostituzionali alcune disposizioni della legge regionale sugli appalti della Sardegna (l. reg. 7 agosto 2007, n. 5), nella parte in cui avevano inteso estendere l'applicazione dell'esclusione automatica al di là di quanto previsto dall'ordinamento nazionale, la Corte costituzionale ha ribadito che l'esclusione automatica genera una limitazione della concorrenza e contrasta quindi con i principi internazionali,

le norme fondamentali delle riforme economico-sociali e i principi generali dell'ordinamento giuridico della Repubblica. Di segno opposto è invece la previsione del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. decreto sviluppo), che ha invertito la tendenza a limitare l'ammissibilità dell'esclusione automatica, iniziata con il d.lgs. n. 163/2006, elevando nuovamente il limite per la sua applicazione fino a ricomprendere tutti gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (circa 5.000.000 di euro) (1).

Tra il 1998 e oggi la possibilità di utilizzare l'esclusione automatica non è mai venuta meno per gli appalti di valore fino ad 1 milione di euro, i quali costituiscono la vasta maggioranza di tutti gli appalti aggiudicati (circa l'84% del totale delle gare, e il 29% in termini di valore totale dei contratti) (2). Con la

Note:

(1) Tuttavia, anche la Corte costituzionale nel 1998 (sentenza n. 40/1998) aveva riconosciuto legittima l'esclusione automatica prevista per i lavori sotto soglia comunitaria (art. 21, c. 1-bis, l. n. 109/94 e s.m.i.), affermando che rientra nella discrezionalità del legislatore la scelta dei mezzi con cui garantire la serietà e congruità delle offerte nei pubblici appalti, e ritenendo non arbitraria l'opzione scelta per gli appalti di minor valore.

(2) I dati citati provengono da Decarolis, Giorgiantonio e Giovanniello (2011), *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia*, in *Merito Concorrenza e Regole*, in corso di pubblicazione, e sono basati su elaborazioni del database dell'Osservatorio dei Lavori Pubblici presso l'AVCP.

rinnovata possibilità di applicare questa regola per tutti gli appalti sottosoglia, si ritorna alla situazione precedente all'entrata in vigore del terzo correttivo al d.lgs. n. 163/2006 (ottobre 2008), periodo in cui le gare aggiudicate con l'impiego dell'esclusione automatica rappresentavano il 77% del totale, corrispondenti in termini di valore dei contratti a circa il 49% di tutti i contratti di lavori pubblici banditi.

La grande rilevanza economica di queste gare si scontra con i dettami basilari della teoria economica delle aste (3), che individua nell'esclusione automatica una grave fonte di distorsione della concorrenza. In questo saggio, dopo aver presentato un *excursus* sulla normativa e una sintesi delle argomentazioni teoriche, si illustrano i risultati quantitativi di un'analisi empirica sugli effetti dell'esclusione automatica. Il quadro che emerge dimostra i forti aggravii di spesa per la pubblica amministrazione (in media rincari del prezzo di aggiudicazione superiori al 10% del valore dell'appalto) e la presenza sistematica di fenomeni di turbativa d'asta (più del 50% delle aste vede la presenza di cartelli). Le conclusioni discutono le criticità connesse a una possibile riforma del sistema.

L'origine dell'esclusione automatica: la normativa statale dal 1994 ad oggi (4)

La legge quadro in materia di lavori pubblici (l. n. 109/1994, c.d. "legge Merloni"), nel suo testo originario non prevedeva l'esclusione automatica delle offerte anomale, ma si limitava a disporre un aumento della garanzia fideiussoria per l'aggiudicatario la cui offerta fosse inferiore del 20% rispetto alla media aritmetica dei vari ribassi di tutte le offerte ammesse (art. 21). In seguito il d.l. n. 101/1995, (norme urgenti in materia di lavori pubblici), modificava l'art. 21 della legge Merloni, inserendo il c. 1-bis, che per gli appalti sotto soglia comunitaria prevedeva l'esclusione automatica (obbligatoria) delle offerte che presentassero un ribasso superiore di oltre il 20% rispetto alla media aritmetica dei ribassi, qualora il numero di offerte valide risultasse pari o superiore a cinque.

La legge n. 216/1995, di conversione di tale decreto legge, aveva ulteriormente esteso l'ambito di applicazione dell'esclusione automatica prevedendo in via transitoria (fino al gennaio 1997) anche per gli appalti sopra soglia l'esclusione automatica delle offerte con ribassi superiori di un quinto rispetto alla media semplice di tutti i ribassi presentati. Inoltre, veniva demandato a un decreto del Ministro dei lavori pubblici la fissazione della soglia di anomalia. L'introduzione della *media-mediata* come criterio di aggiudicazione risale al successivo decreto del Ministro dei lavori pubblici 28 aprile 1997, che fissava la

soglia di anomalia nella misura pari alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Tale percentuale veniva confermata per il 1998 (decreto del Ministro dei lavori pubblici 18 dicembre 1997).

L'attuale meccanismo (*media-mediata con taglio delle ali*) veniva introdotto dalla l. n. 415/1998 che, modificando nuovamente il citato art. 21 della legge quadro in materia di lavori pubblici (e sopprimendo il rinvio al decreto del Ministro dei lavori pubblici), fissava in via astratta la soglia di anomalia nella "media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10%, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media".

Una parziale inversione di marcia sull'utilizzo dell'aggiudicazione con esclusione automatica è iniziato con la l. n. 166/2002, che ha vietato per gli appalti sopra soglia l'impiego dell'esclusione automatica. Il passo successivo è stato fatto con il d.lgs. n. 163/2006 (c.d. "legge de Lise"), che ha confermato il divieto di esclusione automatica per gli appalti sopra soglia e ha reso non più obbligatoria, ma meramente facoltativa, l'esclusione automatica per gli appalti sotto soglia. La normativa disponeva che per le gare di lavori pubblici di importo inferiore a 5.278.000 euro, nelle quali il prezzo offerto fosse l'unico criterio di scelta del contraente, l'aggiudicazione dovesse avvenire al prezzo più basso (art. 86, c. 1). Tuttavia, alle amministrazioni veniva lasciato il diritto di procedere all'eliminazione automatica (attraverso la *media-mediata con taglio delle ali*), a condizione che tale scelta fosse riportata nel bando di gara e che almeno 5 offerte valide fossero state presentate (art. 122, c. 9). Tuttavia, nella quasi totalità delle gare le stazioni appaltanti non hanno usufruito della possibilità introdotta dalla legge de Lise e hanno continuato a impiegare l'esclusione automatica. Un'eccezione rilevante è costituita dal Comune di Torino, che ha proseguito con il divieto di ricorrere all'esclusione automatica, già stabilito a partire dal 2003 (5).

Note:

(3) Cfr. Krishna (2010), *Auction Theory*, Academic Press.

(4) Basato in parte sulla memoria del 21 maggio 2004 presentata alla V Sezione del Consiglio di Stato dal Comune di Torino.

(5) Il Comune ha, infatti, stabilito con la deliberazione G.C. 28 gennaio 2003 (mecc. n. 2003-00530/003) che l'aggiudicazione avvenisse a norma dell'art. 21, c. 1 e 1-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109 al maggior ribasso, ma solo con verifica in contraddittorio delle offerte anomale, senza possibilità di una loro esclusione automatica. La scelta del Comune di Torino è stata (segue)

La drastica riforma attuata dal Comune di Torino nel 2003 è stata oggetto di contestazione da parte di alcune imprese di costruzione e soltanto nel 2008 la Corte di Giustizia europea (con la sentenza del 15 maggio 2008, cause C-147/06 e C-148/06) ha posto fine al contenzioso, dichiarando che una normativa nazionale che imponga tassativamente alle amministrazioni l'eliminazione automatica in base a un criterio matematico basato sulla media delle offerte non è compatibile né con le norme fondamentali del Trattato Ce relative alle libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, né con il principio generale di non discriminazione. Tuttavia, la sentenza ammette che - in presenza di un numero particolarmente elevato di offerte ricevute - l'amministrazione possa fissare una soglia ragionevolmente alta al di sopra della quale si applicherebbe l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse (6).

Il terzo correttivo al d.lgs. n. 163/2006, entrato in vigore il 17 ottobre 2008, ha accolto l'indicazione di questa sentenza vietando l'esclusione automatica per le gare di valore superiore a un milione di euro e per quelle di importo pari o inferiore a un milione di euro per cui siano state presentate meno di dieci offerte valide (7).

Tuttavia, di recente, con l'entrata in vigore del d.l. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. Decreto sviluppo), avvenuta il 14 maggio scorso, il limite di valore entro il quale tale esclusione automatica è ammissibile è stato nuovamente elevato - in via transitoria (vale a dire, fino al 31 dicembre 2013) - fino a ricomprendere tutti gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria (circa 5.000.000 di euro) (8).

L'analisi economica: considerazioni teoriche sugli appalti

La teoria economica ha a lungo sottolineato le ottime proprietà dell'asta al prezzo più basso come metodo di aggiudicazione delle gare, in quanto capace di assicurare trasparenza e di generare una competizione tra le imprese attraverso cui il prezzo per la stazione appaltante è minimizzato e la probabilità che l'affidamento vada all'impresa con i costi più bassi è massimizzato (9). Tuttavia, nella letteratura di ingegneria civile ha avuto vigore l'idea che per gli appalti di lavori, caratterizzati da incertezza nei costi al momento della gara e dalla possibilità di successive rinegoziazioni per l'aggiudicatario, fosse opportuno porre un freno alla concorrenza. L'esclusione automatica è lo strumento proposto da questi studi ingegneristici per ottenere tale risultato: escludendo il prezzo più basso si disincentivano le imprese a competere sui prezzi. Tale risultato sarebbe desi-

derabile per evitare aggravii di costo successivi all'aggiudicazione, dovuti al fatto che il prezzo più basso possa rivelarsi o il frutto della scelta consapevole di un'impresa spregiudicata alla caccia di un contratto da poter poi rinegoziare, o il risultato di un errore nella stima dei costi di un'impresa in buona fede.

Tali timori riguardanti l'asta al prezzo più basso sono ampiamente condivisibili e la teoria economica non ha mancato di sottolinearli. Tuttavia, l'aspetto cruciale su cui le due letterature differiscono è quello delle soluzioni proposte. Infatti, mentre per la letteratura ingegneristica l'esclusione automatica può essere un sistema ottimale, per la letteratura economica si tratta di un sistema pessimo. Il motivo della differenza è di natura metodologica in quanto, mentre i modelli degli ingegneri prevedono un comportamento passivo delle imprese, che continuano a presentare gli stessi prezzi a fronte di un cambiamento del criterio di aggiudicazione, i modelli economici prevedono un comportamento strategico: ogni impresa cambierà il proprio comportamento per adattarsi non solo alle nuove regole, ma anche a come cambia il comportamento di tutte le altre imprese, stabilizzandosi in un nuovo "equilibrio". Un equilibrio, o meglio un equilibrio di Nash, è una situazione in

Note:

(segue nota 5)

ta in breve tempo seguita dalla Provincia di Torino, con la deliberazione della Giunta provinciale n. 243-71818 del 25 marzo 2003, e successivamente anche dal Comune di Casale Monferato, con la deliberazione della Giunta comunale n. 309 del 15 settembre 2005. Altre riforme del criterio di aggiudicazione sono state adottate dal Friuli, dalla Sicilia e dalla Valle d'Aosta ma queste non hanno costituito un abbandono dell'esclusione automatica ma solo modifiche al criterio della media-mediata con taglio delle ali. Cfr. F. Decarolis e C. Giorgiantonio (2011), *Appalti pubblici e federalismo: riparto di competenze e vincoli comunitari nell'affidamento dei lavori pubblici in Italia*, mimeo.

(6) Si noti che anche a livello europeo la direttiva del Consiglio 26 luglio 1971 n. 71/305/CEE, che ha avviato il coordinamento delle normative degli Stati membri in materia di appalti pubblici, contemplando già l'eventualità che fossero presentate offerte anormalmente basse, ha previsto la possibilità del loro rigetto (art. 29, n. 5), ma soltanto in seguito a un contraddittorio. Pertanto, la normativa comunitaria non prevede l'esclusione automatica.

(7) Per maggiori approfondimenti sull'articolo analizzato e sulle sue modifiche apportate dai vari correttivi al Codice si vedano Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2010, De Nictolis, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, 2010.

(8) Cfr. il nuovo comma 20-bis dell'art. 253 codice dei contratti pubblici CCP, introdotto dall'art. 4, Decreto sviluppo.

(9) Lo studio originale che ha introdotto questo risultato è Myerson, (1981). "Optimal Auction Design," *Mathematics of Operations Research*, 6, 58-73. Per le implicazioni di questo risultato in chiave giuseconomica si vedano tra gli altri Cafagno, *Lo Stato banditore. Gare e servizi locali*, Milano, 2001, Napolitano, e Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, e Nicita e Scoppa, *Economia dei contratti*, Roma, 2005.

cui, a fronte di quanto fatto dalle altre imprese, nessuna impresa può trarre vantaggio da un suo cambio unilaterale di comportamento. In particolare, mentre i modelli ingegneristici prevedono che l'impresa che offriva il prezzo più basso nelle gare al prezzo più basso puro, continui a fare ciò anche dopo l'introduzione dell'esclusione automatica, i modelli economici offrono una previsione opposta: ogni impresa cambierà la propria offerta nel tentativo di non essere quella che offre il prezzo più basso, prezzo che comporta l'esclusione certa dalla gara. Cosa esattamente avverrà dipende dai dettagli delle regole dell'asta: nel caso della regola italiana è possibile dimostrare che se tutte le imprese competessero, l'unico equilibrio esistente sarebbe quello in cui tutte le imprese, indipendentemente dai loro costi, offrono un ribasso sulla base d'asta pari a zero. Questo significa che tutte le imprese richiedono identicamente il prezzo maggiore che la stazione appaltante è disponibile a offrire e che l'individuazione del vincitore avviene con un'estrazione a sorte. Pertanto, il prezzo per la stazione appaltante è il peggiore possibile e la probabilità che il contratto vada all'impresa più efficiente è potenzialmente molto bassa.

Esiste, inoltre, un ulteriore problema suggerito dalla teoria: se veramente tutte le imprese offrono lo stesso ribasso, allora è estremamente facile per una piccola coalizione di imprese deviare da questo equilibrio, accordandosi su come coordinare le proprie offerte per pilotare la soglia di anomalia e - quindi - l'aggiudicazione. Il risultato è che questa coalizione di imprese, per beneficiare della possibilità di incrementare la propria probabilità di vittoria oltre quanto sarebbe possibile in una lotteria casuale, deve spingere la soglia di anomalia dove non vi sono altre imprese rivali. In sostanza, il risultato - per certi versi sorprendente - è che la presenza di un cartello di imprese produce benefici per la stazione appaltante, abbassando il prezzo di aggiudicazione. Infatti, l'unica forma di competizione possibile in presenza dell'esclusione automatica è quella tra cordate di imprese e non tra imprese singole. Il risultato di tutto ciò è un sistema totalmente distorto, in cui i prezzi offerti dalle imprese non hanno più nessun legame con i costi di produzione, ma servono solo o a pilotare, o a indovinare la soglia di anomalia. Parimenti, gli investimenti delle imprese non sono più volti al miglioramento della produttività, ma piuttosto alla creazione di molteplici imprese "copie", che permettano all'impresa di avere un numero consistente di offerte da presentare per poter manipolare la soglia di anomalia. L'aggiudicazione favorirà le cordate più larghe e la possibilità di subappaltare il lavoro farà sì

che il vincitore possa guadagnare facendo lui ciò che l'asta pubblica non è stata in grado di fare: individuare l'impresa più efficiente sul mercato.

La teoria economica ha proposto soluzioni radicalmente diverse rispetto all'esclusione automatica per ovviare ai problemi dell'asta al prezzo più basso. Ad esempio, il *performance bond* statunitense, che costituisce una garanzia assicurativa sull'esecuzione dell'opera. In Italia, invece, quando il legislatore ha ridotto l'ambito di applicazione dell'esclusione automatica non ha parallelamente stimolato la nascita di un mercato assicurativo per i *performance bond*, né ha incrementato i requisiti minimi sulle garanzie fidejussorie. Piuttosto, il d.lgs. n. 163/2006 ha stabilito che quando l'aggiudicazione al prezzo più basso avviene senza il ricorso all'esclusione automatica, vi sia l'obbligo di una valutazione discrezionale, *ex post*, della reale affidabilità delle offerte presentate, da parte della stazione appaltante (c.d. verifica di congruità). Tale verifica è chiaramente onerosa, specialmente per le stazioni appaltanti di piccole dimensioni, prive delle competenze necessarie a gestire la complessità del processo di valutazione. Pertanto, sebbene questo metodo possa essere in grado di conciliare i benefici offerti da un sistema concorrenziale basato sull'asta al prezzo più basso puro e il contenimento dei rischi di inadempienza dell'aggiudicatario, la sua efficacia dipende in modo cruciale dal livello dei costi associati al processo di verifica in contraddittorio delle offerte.

Evidenza empirica

Alcuni recenti studi hanno prodotto le prime analisi empiriche sugli effetti prodotti dall'esclusione automatica sul mercato degli appalti pubblici italiani. Il primo di questi studi (10) mostra le distorsioni prodotte sul comportamento delle imprese, raffrontando i prezzi offerti in aste identiche sotto ogni caratteristica, tranne che per il criterio di aggiudicazione. In primo luogo, si rileva che mentre

Nota:

(10) Decarolis (2010), *When the Highest Bidder Loses the Auction*, mimeo. I dati provengono in parte da un nuovo database assemblato dall'autore contenente gare per lavori stradali di valore inferiore ai 2,5 milioni euro, aggiudicate da amministrazioni locali nel periodo 2005-2010, e in parte dal database dell'Osservatorio dell'Autorità per i contratti pubblici, contenente informazioni sia sull'aggiudicazione, sia sull'andamento di tutti i contratti pubblici di lavori aggiudicati dopo il 1999. L'analisi condotta è focalizzata su Piemonte, Liguria, Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, sia perché in tali regioni le gare svolte con l'esclusione automatica avvengono in maniera sostanzialmente identica tra loro e conforme alla normativa nazionale (mentre in altre regioni, come la Valle d'Aosta, la normativa regionale ha significativamente modificato il metodo dell'esclusione automatica), sia perché la buona omogeneità dei prezziari utilizzati dalle amministrazioni per stimare il valore del contratto rende le basi d'asta sufficientemente comparabili.

nelle aste al prezzo più basso puro le misure del costo del lavoro (quali, ad esempio, la distanza tra l'impresa e il luogo di esecuzione) sono associate a un prezzo offerto maggiore, nelle aste con esclusione automatica vi è una totale sconnessione tra il prezzo offerto e il costo di realizzazione. I conseguenti aggravii di costo per le stazioni appaltanti sono stimati sfruttando i cambiamenti nella normativa che ha sostituito l'asta con esclusione automatica con quella al prezzo più basso puro prima a Torino e poi nel resto d'Italia. Sotto alcune condizioni (per i cui dettagli si rimanda allo studio) tali cambiamenti permettono di identificare che l'effetto causale dell'abbandono dell'esclusione automatica - relativamente alle gare per tutti i tipi di lavori pubblici di valore compreso tra 150 mila e 2,5 milioni di euro aggiudicati tra il 2000 e il 2007 - consiste in un risparmio di costo di circa il 10% del valore del contratto. Per le sole gare di lavori stradali svoltesi tra il 2005 e il 2010, l'effetto sale al 19%. Sebbene i dati sul costo finale degli appalti soffrano di una serie incompletezze, si stima che il passaggio da aste con l'eliminazione automatica ad aste al prezzo più basso comporti un incremento della quota rinegoziata del contratto di circa il 6% del valore dello stesso. Quindi, l'effetto complessivo sui costi di esecuzione si ottiene sottraendo l'incremento della quota rinegoziata dall'incremento del ribasso (11). Un secondo aspetto dove la distorsione prodotta dall'esclusione automatica sul comportamento delle imprese è evidente, riguarda la scelta di queste di partecipare alla gara. Sfruttando, come in precedenza, i cambiamenti nella legislazione, lo studio stima che l'effetto causale dell'abbandono dell'esclusione automatica a vantaggio del prezzo più basso puro sia una riduzione media del numero di partecipanti da circa 54 a circa 7 imprese per gara. È interessante notare come in appalti simili aggiudicati negli Usa il numero medio di partecipanti oscilla tra 5 e 8. Va sottolineato, invece, come nelle gare con esclusione automatica i picchi di partecipazione superino sovente le 100 imprese arrivando fino a 400 imprese per gara in Sicilia. Entrambi gli aspetti descritti precedentemente, elevatissima partecipazione e prezzi alti non giustificati dai costi, ben si conciliano con la previsione teorica secondo cui con l'esclusione automatica non si ha più una vera asta ma, piuttosto, una lotteria in cui le imprese cercano solo di indovinare (o pilotare) la soglia di anomalia. Un ulteriore risultato empirico a sostegno di questa interpretazione è legato ai subappalti: l'abbandono dell'esclusione automatica produce quasi un dimezzamento dei subappalti, sia in termini di numero di subappalti (passando da poco più di

due a poco più di uno per gara), che del loro valore rispetto al prezzo di aggiudicazione (che cala di circa 90.000 euro). Pertanto, mentre l'aggiudicazione al prezzo più basso puro fa sì che la stazione appaltante generalmente aggiudichi il lavoro all'impresa che, in quanto più efficiente, lo porterà a termine, l'esclusione automatica genera un trasferimento di rendite dalla stazione appaltante all'impresa che, indovinata la soglia di anomalia e aggiudicatasi il lavoro, lo rivenderà all'impresa più efficiente sul mercato.

I risultati empirici, sebbene evidenzino distorsioni simili a quelle previste dalla teoria, si discostano da questa riguardo a un aspetto fondamentale: le imprese offrono generalmente prezzi più bassi di quelli che vorrebbe la teoria, secondo cui con l'esclusione automatica i prezzi dovrebbero essere tutti identici tra loro e uguali alla base d'asta. Un secondo recente studio (12) offre una risposta inattesa a questo interrogativo: gli accordi tra imprese per manipolare la soglia di anomalia attraverso la presentazione di più offerte coordinate tra loro possono portare a situazioni di equilibrio, in cui i prezzi si attestano su valori più bassi di quelli che si realizzerebbero se tutte le imprese competessero. In sostanza, nelle aste con esclusione automatica, se vi sono più cordate di imprese, è possibile che prenda corpo una competizione sui ribassi che sarebbe impossibile tra imprese singole. Detto altrimenti, sebbene nelle aste con esclusione automatica vi sia un forte incentivo a tenere comportamenti che integrano gli estremi del reato di turbativa d'asta, coordinando più offerte, tale coordinamento, a meno che non coinvolga tutti i partecipanti, induce competizione e - quindi - un risparmio di costo per la pubblica amministrazione. Dal momento che il tipo di comportamento (in termini di offerte e di partecipazione) di imprese coordinate differisce sostanzialmente da quello delle imprese al di fuori del gruppo, lo studio di Conley e Decarolis (2011) disegna due test statistici che catturando tali differenze identificano le cordate di imprese. Tali test riescono a replicare quasi alla perfezione la struttura dei cartelli del torinese identificata dal Tribunale di Torino nel 2008, che ha comportato la condanna di numerose imprese - attive nel settore degli appalti di la-

Note:

(11) In un'ottica più generale, l'analisi del costo complessivo per la p.a. dovrebbe tenere conto anche di due costi non osservabili nei dati: *i*) i costi di transazione associati alla rinegoziazione e *ii*) i costi di espletamento della procedura di gara. Inoltre, la stessa tempistica dei costi potrebbe non essere irrilevante.

(12) Conley e Decarolis (2011), *Detecting Bidders' Groups in Collusive Auctions*, mimeo.

vori pubblici attraverso 8 cartelli tra il 1998 e il 2003 - per il reato di turbativa d'asta (13). Applicati al resto delle aste con esclusione automatica svoltesi nel nord Italia tra il 2005 e il 2010, i test riescono ad identificare un gran numero di potenziali cartelli, tanto che una stima conservativa della loro penetrazione è che almeno il 50% delle gare di lavori stradali sia interessato da comportamenti sussu-mibili nel reato di turbativa d'asta.

Inoltre, un secondo risultato di interesse prodotto da questo studio riguarda la qualificazione del risultato presentato precedentemente relativa al drastico calo della partecipazione (in media da 50 a 7 imprese per gara), conseguente all'abbandono dell'esclusione automatica. Infatti, i cartelli si compongono spesso sia di imprese reali, che di imprese "copia", create solo per pilotare la soglia di anomalia. Pertanto, l'individuazione dei cartelli permette di isolare quella parte di imprese non colluse, la cui uscita dal mercato a seguito dell'abbandono dell'esclusione automatica è più probabilmente da iscriversi all'inefficienza di tali imprese, incapaci di generare profitti in un ambiente competitivo quale quello indotto dalle aste al prezzo più basso puro.

Conclusioni

Sebbene l'analisi presentata metta chiaramente in luce i problemi dovuti all'esclusione automatica, il numero di enti locali che ha volontariamente rinunciato alla sua applicazione in favore delle aste al prezzo più basso puro è estremamente esiguo. Al momento della stesura di questo saggio, la situazione sembra essere tornata quella del 2003, in cui solo il Comune di Torino aggiudica le sue gare al prezzo più basso puro. Anche le altre amministrazioni che negli anni avevano seguito Torino su questa strada hanno cambiato indirizzo, o ritornando all'esclusione automatica, o impiegando metodi di aggiudicazione più discrezionali (procedure negoziate per gli appalti di piccole dimensioni e, per gli altri, aste con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in cui non solo il prezzo ma anche altri elementi, quali, ad esempio, il tempo di esecuzione, sono valutati) (14). Per le amministrazioni ritornate ad applicare l'esclusione automatica, i dati mostrano l'immediato ripresentarsi dei problemi discussi in precedenza. Per quelle passate a procedure discrezionali, l'ovvio problema è che tali meccanismi sono particolarmente vulnerabili a gravi rischi di corruzione e, almeno per gli appalti più semplici e standardizzati, non presentano alcun beneficio rispetto all'aggiudicazione al prezzo più basso puro.

È, pertanto, opportuno concludere domandandosi

cosa non abbia funzionato nel tentativo del d.lgs. n. 163/2006 di sostituire l'esclusione automatica con aggiudicazioni al prezzo più basso puro. La risposta più plausibile è che il sistema di verifica dell'anomalia, messo in piedi per tutelare le stazioni appaltanti, si sia rivelato troppo oneroso da gestire sia per le stazioni appaltanti, che per le imprese. Ciò è ben visibile nei dati, che indicano un sistematico allungamento dei tempi di aggiudicazione che, nel caso di verifica in contraddittorio dell'anomalia, avviene in media a più di due mesi dall'apertura delle buste, a fronte di circa una settimana nel caso di esclusione automatica, e porta - nel 15% dei casi - all'esclusione di almeno un'offerta (generalmente con conseguente impugnazione in giudizio dell'aggiudicazione da parte dell'impresa esclusa).

Tuttavia, data la problematicità sia del ritorno all'esclusione automatica, che del ricorso a procedure discrezionali, è ragionevole ritenere che in futuro vi saranno altri tentativi di reintrodurre le aste al prezzo più basso puro. Ciò appare estremamente auspicabile, ma deve necessariamente accompagnarsi a un cambiamento del sistema a tutela dei rischi di mancato completamento delle opere: la valutazione in contraddittorio dell'anomalia può funzionare solo se centralizzata, in modo da ammortizzarne l'elevato costo fisso (15). Alternativamente, una riforma potrebbe prevedere, in isolamento o congiuntamente, più stringenti criteri di qualificazione, l'impiego di un sistema reputazionale che punisca severamente nelle gare future le imprese che non abbiano rispettato contratti passati, l'innalzamento delle polizze fidejussorie o, alternativamente, l'introduzione di un sistema di garanzie assicurative sul modello dei *performance bonds* statunitensi. Tali misure sono necessarie perché l'asta al prezzo più basso puro possa funzionare e l'utilizzo di questo criterio è a sua volta essenziale perché si ripristini un mercato dei lavori pubblici efficiente e trasparente.

Note:

(13) Cfr. Trib. Torino, I sez. pen., 28 aprile 2008.

(14) Ad esempio, all'esclusione automatica sono tornati la Provincia di Torino e il Comune di Casale Monferrato, mentre verso le procedure discrezionali si sono mossi la Provincia e il Comune di Padova.

(15) La legge regionale del Veneto sugli appalti del 20 luglio 2007 andava esattamente in questa direzione introducendo le centrali provinciali per la valutazione dell'anomalia. Tuttavia tale previsione non è mai stata applicata anche in seguito alla bocciatura della legge regionale da parte della Corte costituzionale (sentenza 23 novembre 2007, n. 401).