

**Poteri pubblici e attività d'impresa:
i fattori di blocco dell'economia italiana**

Intervento di Stefano Micossi

Convegno Banca d'Italia-Consiglio di Stato

“Giustizia amministrativa ed esigenze del sistema economico”

Roma, 6 giugno 2018

Il mio compito, in questa introduzione a due voci con Sabino Cassese su “Giustizia amministrativa ed esigenze del sistema economico”, è quello di offrire la visione di un economista sui fattori burocratici che bloccano l'economia italiana.

Ci troviamo in un momento particolare, che coincide con l'inizio della legislatura e l'avvio di un nuovo Governo. I programmi politici promettono un rilancio della crescita e degli investimenti che dovrebbe rendere meno stringenti i vincoli di finanza pubblica e assicurare la creazione di nuovi posti di lavoro; promettono inoltre la semplificazione amministrativa e un contesto più favorevole all'impresa, in particolare per le PMI.

Per raggiungere questi obiettivi un primo passo necessario è chiedersi per quali ragioni l'Italia, nonostante la ripresa degli ultimi anni, resti ingessata e continui a operare molto al di sotto delle sue potenzialità. Occorre analizzare le politiche intraprese sinora e quali risultati abbiano ottenuto, successi e insuccessi. E' essenziale comprendere cosa funziona, cosa non funzionava ma è già stato corretto e quali sono invece gli ambiti che ancora non sono soddisfacenti e occorre sistemare. Bisogna saper individuare strumenti efficaci dell'azione pubblica, intervenendo presto e bene dove serve.

La giustizia amministrativa fornisce un punto di vista di interesse perché, operando all'interfaccia tra il settore pubblico e l'attività economica, si confronta quotidianamente con molte delle principali criticità. Ma non è il solo aspetto rilevante.

Le aree da presidiare, su cui mi soffermerò brevemente, sono sei:

- a) la qualità della normativa;
- b) il funzionamento della pubblica amministrazione;
- c) il settore dei contratti pubblici e il relativo contenzioso;
- d) i procedimenti autorizzatori;
- e) il comportamento delle imprese;
- f) il sistema dei controlli.

1. La qualità della normativa

Un buon quadro di regole è essenziale per il funzionamento del mercato. Al contrario, regole frammentarie, instabili, ambigue o inutilmente complicate, disorientano gli operatori e rendono difficile la compliance, favorendo indirettamente il mancato rispetto della legalità.

Si è parlato di nuovi meccanismi taglia-leggi, ma il problema è più sostanziale di quello del numero delle disposizioni.

In Italia, nonostante la formale adozione di alcune metodologie di *better regulation*, non viene compiuta prima dell'introduzione di nuove disposizioni una seria analisi del modo in cui queste si coordinano con il complesso delle regole già esistenti e di quale è il loro impatto sull'economia e sulla società.

Le nuove norme vengono adottate senza valutare se l'obiettivo è già perseguito, magari in modo più efficace, da disposizioni esistenti, con inutili duplicazioni che generano incertezza. E' inoltre assai frequente la prassi di accettare in Parlamento, per raggiungere compromessi politici, emendamenti idiosincratici non soggetti ad alcun filtro tecnico. Queste

disposizioni, spesso aggiunte a valanga all'ultimo momento nel processo legislativo, sono quelle che sollevano maggiori problemi applicativi.

Soprattutto, come nota il Presidente Pajno nell'ultima relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario, troppo spesso nell'attività legislativa "la politica non riesce a compiere in modo autorevole e significativo quel bilanciamento di valori che costituisce la missione sua propria". Si assiste a un proliferare di disposizioni che si limitano a vaghe enunciazioni di principio e indirizzi generali con scarsa capacità precettiva, rinviando alla successiva fase dell'attuazione o dell'interpretazione le scelte che dovrebbero essere compiute dal legislatore.

Negli ultimi anni è stato compiuto lo sforzo, che va mantenuto, di limitare le disposizioni che richiedono successive misure attuative; è stata inoltre rivista a inizio anno la disciplina dell'analisi di impatto della regolazione. E' invece mancato un severo filtro tecnico sulle norme da parte della Presidenza del Consiglio, negli uffici legislativi dei ministeri e in Parlamento. Occorre un radicale rafforzamento della governance per la qualità della regolazione.

Una seconda linea di azione, da sostenere per ridimensionare e migliorare lo stock normativo esistente, consiste in un nuovo impegno alla codificazione. Questo impegno, purtroppo, è stato spesso annunciato ma sempre disatteso. Come in altri ordinamenti, i codici o testi unici dovrebbero essere soggetti a revisione periodica, in modo da assicurare che il quadro resti aggiornato e vengano eliminate le disposizioni obsolete. E' già possibile, nel nostro ordinamento, chiedere l'ausilio tecnico del Consiglio di Stato, che può operare coinvolgendo anche esperti esterni. E' una strada da percorrere.

2. Il funzionamento della pubblica amministrazione

La seconda criticità che pregiudica la competitività del Paese riguarda il funzionamento della pubblica amministrazione. Vi sono tante esperienze

positive e best practices che è giusto valorizzare, ma nel complesso la nostra amministrazione appare sempre più incapace di decidere.

Ha pesato un errore di impostazione nell'azione per la prevenzione e il contrasto della corruzione: si è scelta la strada dei controlli preventivi e ci si è concentrati sulle procedure, senza considerare che questo approccio finisce per deresponsabilizzare le amministrazioni. Se la discrezionalità tecnica che è essenziale per governare viene percepita dall'Anac come un disvalore da comprimere, abbiamo un problema.

Occorre un'inversione di rotta, per superare la diffusa percezione di una pubblica amministrazione che frena invece di aiutare. All'Italia serve un'amministrazione che sappia e voglia esercitare la propria discrezionalità tecnica, nel rispetto della legge, in modo da operare al meglio al servizio della collettività.

Tutto questo non si potrà realizzare se non si avrà la forza di assicurare una più netta separazione tra la politica e l'amministrazione, che riduca le occasioni di impropria interferenza tra i due piani. Solo così si può restituire valore al ruolo dell'amministrazione al servizio del Paese.

3. Il settore dei contratti pubblici

Rispetto al settore dei contratti pubblici, le esigenze del sistema economico sono ben note, soprattutto nel comparto dei lavori pubblici. In seguito alla crisi in tutti i paesi avanzati si è avuta una riduzione della quota degli investimenti infrastrutturali rispetto al PIL. In Italia, l'impatto della crisi è risultato particolarmente accentuato: tra il 2007 e il 2016 il settore delle costruzioni ha subito una contrazione enorme, di circa il 37 per cento. Inoltre, a differenza degli altri paesi dell'area euro dove gli investimenti in costruzioni non residenziali e ingegneria civile da qualche anno sono tornati ai livelli di prima della crisi, noi non siamo ancora riusciti a risalire la china.

Spesso nella discussione pubblica il tema dei costi della mancata realizzazione delle infrastrutture per la collettività sembra sottovalutato.

Quando parliamo di infrastrutture, dobbiamo ricordare che sono coinvolti molti fronti: non solo le nuove opere, ma anche il mantenimento e rafforzamento del patrimonio infrastrutturale esistente; la mobilità e l'ambiente, il digitale e l'energia, la valorizzazione delle città e quella delle aree interne del territorio, l'edilizia scolastica, gli ospedali, l'edilizia sociale.

Sul Codice dei contratti pubblici e le sue criticità è stato detto molto. La nuova disciplina, soprattutto nella prima fase di applicazione, ha rallentato la ripresa del mercato degli appalti pubblici.

Lascio agli esperti di diritto amministrativo un'analisi più approfondita, ma osservo che non appare oggi desiderabile una nuova riforma complessiva del sistema. Senza una tregua sul piano normativo difficilmente il mercato dei lavori pubblici potrà recuperare vigore.

Possono invece essere utili aggiustamenti mirati, di singole disposizioni del Codice o di alcune interpretazioni dell'Anac che comportano complessità ingiustificate. Ad esempio in base al Codice è sufficiente la mancanza dei requisiti soggettivi di un subappaltatore (che potrebbe essere sostituito) per determinare la mancanza dei requisiti soggettivi del potenziale aggiudicatario. Questo vincolo stringente non è richiesto dalle direttive europee.

Per il resto, ci si dovrebbe concentrare sul completamento dei provvedimenti attuativi. Tra questi, il grande assente è l'avvio del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dal Codice dei contratti pubblici ed affidato all'Anac. Ricordo che in Italia abbiamo oltre 30.000 stazioni appaltanti e tutti i tentativi di ridurre il numero sinora sono falliti. Questa frammentazione comporta che spesso le stazioni appaltanti non dispongono delle competenze tecniche ed economiche per gestire le procedure di gara di una qualche complessità. Ciò costituisce un elemento di debolezza del sistema, che si riflette sulla qualità delle procedure di aggiudicazione e sulla qualità dei progetti. La via indicata dal Codice per superare il problema è quella di istituire un sistema di verifica della qualificazione delle stazioni appaltanti, dal quale dipenderà la possibilità di

gestire direttamente le procedure di gara o la necessità di rivolgersi a un terzo. Per ora, su questo fronte che costituisce una colonna portante dell'intera costruzione non si sono registrati passi in avanti: è necessario accelerare.

Il contenzioso sui contratti pubblici, che è normalmente indicato tra i fattori che contribuiscono a rallentare la realizzazione delle opere, merita un'attenzione specifica.

Per le controversie relative all'aggiudicazione del contratto, di competenza del giudice amministrativo, i dati pubblicati recentemente dall'Ufficio studi della giustizia amministrativa per il periodo 2015-2016 mostrano risultati nel complesso soddisfacenti. Il tasso di litigiosità in media è contenuto (inferiore al 3%); la durata dei processi si è significativamente ridotta; i casi in cui il giudice blocca l'aggiudicazione adottando una sospensiva rappresentano solo lo 0,7% del totale.

Hanno contribuito a questi risultati varie disposizioni contenute nel Codice del processo amministrativo adottato nel 2010. Oltre alle previsioni di natura strettamente processuale, voglio sottolineare l'importanza di quelle disposizioni del Codice che chiedono al giudice di tenere conto, in sede cautelare, dell'interesse generale all'esecuzione del contratto (art. 120, comma 8 e art. 125).

Dietro questi dati confortanti, tuttavia, restano alcuni problemi ancora da gestire.

Anzitutto, il contenzioso rimane cospicuo per gli appalti di ammontare elevato: per i grandi appalti Consip, ad esempio, il tasso di litigiosità è intorno al 30%.

Inoltre, anche quando il giudice rigetta le richieste di sospensiva, normalmente le stazioni appaltanti bloccano l'aggiudicazione in attesa che si concludano tutte le fasi processuali (cosiddetta "autosospensione"). Anche se l'opera è importante per la collettività (si pensi al famoso caso dei lavori di messa in sicurezza del torrente Bisagno), l'amministrazione in

genere preferisce evitare il rischio di incorrere nella responsabilità per danno erariale qualora, al termine dell'iter giudiziale, l'aggiudicazione venga dichiarata illegittima.

Per superare il fenomeno delle autosospensioni e allineare meglio gli incentivi degli amministratori agli interessi della collettività, sarebbe opportuno un intervento normativo che escludesse l'azione per danno erariale quando l'amministrazione stipula un contratto di appalto in pendenza di contenzioso e sussiste un interesse generale all'esecuzione del contratto – soprattutto se i giudici amministrativi hanno già respinto l'istanza di sospensiva. L'amministrazione sarebbe così più libera di scegliere se procedere nell'affidamento del contratto in relazione ai benefici per la collettività. Se il giudizio si concluderà a favore del ricorrente, questi avrà diritto al risarcimento, in sostanza al pagamento dei mancati utili, ma i cittadini non verranno privati della fruizione dell'opera.

Dando uno sguardo al contenzioso relativo all'esecuzione del contratto, di competenza dei giudici ordinari, dai dati disponibili sembra che vi sia spazio per una accelerazione dei tempi, che sono di tre anni sia per il primo che per il secondo grado, a cui si aggiungono altri tre anni per l'eventuale pronuncia in Cassazione.

Le controversie relative alla fase di esecuzione riguardano tipicamente aspetti impreveduti che fanno lievitare i costi della realizzazione dell'opera e portano l'appaltatore a stanziare apposite somme in bilancio (cosiddetta "iscrizione di riserve"). Le imprese di costruzione sottolineano che questa non è una patologia, ma una necessità, soprattutto in presenza di una scarsa qualità dei progetti e di una cattiva gestione tecnico amministrativa da parte delle stazioni appaltanti.

Si possono individuare due possibili linee di azione, tra loro complementari, per contrastare i ritardi dovuti a questo tipo di contenzioso.

La prima linea di azione è quella di migliorare la qualità dei progetti. Possono essere utili, a questo fine, sia appositi fondi pubblici per la progettualità (come quelli recentemente istituiti presso il Ministero delle Infrastrutture per le opere prioritarie e per la progettazione degli enti locali), sia attività di assistenza alle amministrazioni da parte delle banche nazionali di sviluppo o di altri organismi di consulenza, pubblici o privati.

La seconda linea di azione consiste nel prevenire per quanto possibile il contenzioso mediante meccanismi rapidi di mediazione tra la stazione appaltante e l'appaltatore su questioni tecniche e, più in generale, mediante sistemi alternativi di risoluzione delle controversie, in modo che l'azione in giudizio sia intrapresa solo laddove effettivamente necessario.

Attraverso l'impegno alla qualità dei progetti e il ricorso a meccanismi rapidi di prevenzione/risoluzione dei conflitti, le amministrazioni e le imprese possono minimizzare, *by design*, i rischi di contenzioso.

4. I procedimenti autorizzatori

I procedimenti autorizzatori in Italia restano lunghi e complessi, anche a causa dell'elevato numero delle amministrazioni coinvolte. Nell'ultima legislatura è stata riformata la disciplina della conferenza di servizi per renderla più efficace nel superare, attraverso appropriati bilanciamenti, le posizioni di blocco. I risultati, tuttavia, non sono ancora evidenti.

Il tasso di litigiosità resta elevatissimo. Preoccupa soprattutto l'atteggiamento ostile e conflittuale ancora diffuso rispetto alla realizzazione di opere già approvate, con interventi spesso pretestuosi. I noti episodi di investimenti avviati e poi bloccati per anni, sia per grandi progetti che per piccole iniziative, sono tra i principali fattori che scoraggiano l'iniziativa economica in Italia.

Per prevenire i problemi è certamente utile coinvolgere tempestivamente gli stakeholder interessati dalla realizzazione dell'opera, attraverso forme

di dibattito pubblico che in Italia, pur essendo ormai previste a livello normativo, vanno ancora sperimentate nel concreto.

Per quanto riguarda le amministrazioni pubbliche, è importante introdurre disincentivi rispetto alle scelte che bloccano ingiustificatamente l'attività economica e pregiudicano il legittimo affidamento di chi investe. In questa prospettiva, sono importanti gli orientamenti espressi di recente dal Consiglio di Stato che sottolineano come il principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione debba essere inteso non solo in senso legalistico ma anche come funzionale alla creazione di un contesto favorevole all'iniziativa privata (cfr. ad esempio la sentenza n. 1457/2018 e la pronuncia dell'adunanza plenaria n. 5/2018). Laddove sussistano i presupposti, il privato di cui è stata ingiustificatamente compressa la libertà di iniziativa economica ha diritto al risarcimento del danno.

La giustizia amministrativa, attraverso queste pronunce, sta chiedendo alle amministrazioni un atteggiamento più attento alle esigenze dell'economia: anche per le scelte amministrative, così come per l'adozione della normativa, sarebbe buona prassi effettuare un'analisi preventiva dell'impatto economico delle decisioni.

5. Il comportamento delle imprese

Nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario il Presidente Pajno ha richiamato le imprese alle loro responsabilità rispetto alla piena accettazione del principio di concorrenza e a un eccessivo ricorso al contenzioso. Questo richiamo va ascoltato con attenzione.

Anzitutto, le imprese devono impegnarsi a evitare comportamenti collusivi volti a ridurre artificialmente la concorrenza nelle gare. Queste condotte, che tra l'altro hanno un impatto negativo sulle finanze pubbliche, sono giustamente contrastate dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato in modo sempre più incisivo.

Per quanto riguarda gli eccessi del contenzioso relativo alle aggiudicazioni, dopo l'adozione del Codice del processo amministrativo il problema resta fondamentalmente solo per i grandi appalti. Per questi, il tasso di litigiosità è rimasto elevato perché il contributo unificato e le spese legali non costituiscono un deterrente rispetto alle poste in gioco. Si potrebbe quindi pensare a un innalzamento del massimale del contributo unificato per disincentivare anche per questo tipo di controversie la presentazione dei ricorsi.

Naturalmente, misure di questo tipo non possono spingersi al punto da pregiudicare il diritto costituzionale dei soggetti di ricorrere a un giudice per la difesa dei propri diritti e dei propri interessi. Per scoraggiare le liti temerarie, esistono già disposizioni applicabili, non appare necessario un ulteriore intervento normativo.

Passando dalla prospettiva giuridica a una prospettiva più economica, va segnalato che le nuove tecnologie permettono alle imprese di utilizzare modalità di progettazione avanzate, che possono simulare i vari scenari e quindi ridurre la necessità di successivi aggiustamenti per tutto il ciclo di vita dell'opera. Tra l'altro, questo tipo di modelli (cosiddetto Building Information Modeling – BIM) possono tornare utili anche per comunicare alle popolazioni coinvolte dalla realizzazione dell'opera le caratteristiche del progetto e mettere a punto soluzioni che minimizzino il rischio di dissensi successivi.

6. Il sistema dei controlli

L'ultimo elemento da rivedere è il sistema dei controlli, da cui dipendono strettamente gli incentivi delle imprese e delle pubbliche amministrazioni. Vengono qui in gioco sia la Corte dei conti sia il Consiglio di Stato.

Per quanto riguarda la Corte dei conti, il sistema basato su controlli ex ante di tipo formale e sulla possibilità di azioni per responsabilità erariale presenta evidenti criticità per l'impatto sugli incentivi a decidere. Gli

amministratori, per evitare di dover rispondere per danno erariale, possono essere indotti ad astenersi dal compiere scelte che sarebbero giustificate dal punto di vista della buona gestione, ma comportano un qualche margine di rischio. L'inerzia che ne risulta danneggia la capacità di soddisfare i bisogni della collettività.

Come minimo, per migliorare il sistema il requisito della colpa grave da cui può derivare la responsabilità per danno erariale andrebbe più puntualmente circoscritto. In prospettiva, andrebbe considerata l'opzione più ambiziosa di una modernizzazione complessiva dei controlli della Corte dei conti, tentata in passato ma con scarso successo. La riforma dovrebbe mirare a un sistema capace non solo di verificare il rispetto delle procedure, ma anche di valutare come le risorse pubbliche sono utilizzate nell'ottica sostanziale del risultato per la collettività. Come in altri ordinamenti, per svolgere questo tipo di controlli alle competenze giuridiche andrebbero affiancate anche competenze di tipo economico e gestionale.

Al Consiglio di Stato va riconosciuto l'impegno profuso negli ultimi anni a un profondo ripensamento del proprio ruolo per rispondere alle esigenze della società. Guardando al modo in cui vengono oggi svolti sia i compiti di tipo consultivo sugli atti normativi, sia i compiti giurisdizionali sugli atti amministrativi, emerge una crescente attenzione all'analisi dell'impatto esterno delle regole e delle decisioni. Questa sensibilità maturata da alcuni dei nostri giuristi di più ampia visione potrebbe portare anche a un'apertura della composizione del Consiglio di Stato a competenze complementari, di natura economica.

7. In conclusione

Negli ultimi dieci anni sono state intraprese numerose riforme dell'amministrazione per migliorare l'ambiente per fare impresa. Ciononostante, si è rafforzata la percezione di un Paese ingessato, che opera molto al di sotto delle sue potenzialità.

Dove le precedenti legislature, pur partite con l'annuncio di grandi cambiamenti, hanno mancato è nell'aver presto perso la rotta. Si è preferito concentrarsi su facili bersagli (i burocrati, i fannulloni) e facili soluzioni (i tornelli), piuttosto che sui veri nodi.

Nella nostra pubblica amministrazione vi sono risorse umane di valore che vanno messe in condizione di lavorare e che bisogna coinvolgere nel processo di rinnovamento, invece che indicare al pubblico ludibrio per guadagnare facile popolarità.

Per affrontare le maggiori sfide, che sono quelle del miglioramento della qualità della normativa, della valorizzazione del ruolo della pubblica amministrazione al servizio della collettività, della modernizzazione del sistema dei controlli, serve un'azione coerente e continua, anche lontano dai riflettori. I risultati richiedono tempo, ma le nuove generazioni ne saranno grate.