

**Programmazione dei lavori pubblici. Il programma triennale delle opere pubbliche, i suoi aggiornamenti annuali e l'elenco delle opere da eseguire nell'anno: profili generali ed aspetti processuali legati all'impugnabilità degli atti in questione. Modifiche introdotte dalla l. Merloni-quater.**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. La programmazione dei lavori pubblici. — 2. Il programma triennale, i suoi aggiornamenti annuali e l'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno: sintesi ricostruttiva del sistema delineato dall'art. 14, l. n. 109 del 1994 e dalle norme attuative. — 3. Modifiche introdotte dalla l. n. 166 del 2002 (c.d. legge Merloni-quater). — 4. Lesività e conseguente impugnabilità del programma triennale delle opere pubbliche e dell'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno: la recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.

1. *Premessa. La programmazione dei lavori pubblici.*

Prima dell'entrata in vigore della l. 11 febbraio 1994, n. 109, ed in particolare del suo art. 14, non esisteva nell'ordinamento alcuna norma che imponesse alle pubbliche amministrazioni, sia centrali che locali, la sistematica programmazione, sia temporale, che sotto il profilo finanziario, delle opere pubbliche che esse intendevano eseguire, ciò che determinava evidenti ripercussioni negative sotto il profilo della razionalità e del coordinamento degli interventi sul territorio per realizzazione di infrastrutture.

Peraltro, anche in assenza di espressi precetti normativi, l'esigenza che l'azione amministrativa si spieghi nell'ambito di indirizzi, obiettivi da perseguire, e mezzi per farvi fronte, elementi tutti predeterminati in una sede programmatica, la si può ritenere, anche per quanto attiene alla programmazione dei lavori pubblici, come imposta in via diretta dall'art. 97 Cost., oltre che dall'art. 2, della l. n. 241 del 1990 (1).

Non è questa la sede per richiamare le numerose esperienze, spesso infauste, che hanno caratterizzato l'attività di programmazione e di pianificazione nei cinquanta anni ed oltre di ordinamento repubblicano (2). Sarà sufficiente limitarsi a rilevare come la ragione dell'insuccesso di tali esperienze, sia nei molteplici settori in cui si trova ad operare la pubblica amministrazione, sia con riferimento al sistema economico in generale, vada forse ricercata in una sorta di congenita ritrosia del nostro paese per la riconduzione dell'agire amministrativo in vincoli, sia temporali che sostanziali, troppo stretti, essendo per converso un tratto saliente della nostra esperienza amministrativa il costante adattamento a situazioni contingenti.

Ciò detto in termini generali, si deve riscontrare in un contesto di tendenziale limitazione, per i motivi esposti, della previsione a livello legislativo di strumenti di pianificazione e programmazione, come il settore dei lavori pubblici registri invece una controtendenza, nel senso di accentuare l'importanza del momento programmatico.

Si tratta per certi versi di un effetto imposto da cogenti ragioni di natura economico-finanziaria, segnata dalla necessità di programmare, specie per gli enti territoriali, l'utilizzo di risorse (sempre più limitate) nel tempo, piuttosto che dall'intento di operare sistematici ed omogenei interventi sul territorio che rispondano alla domanda di infrastrutture proveniente dalle comunità di riferimento.

Si può trovare conferma dello strettissimo legame tra programmazione dei lavori pubblici e programmazione finanziaria delle Amministrazioni aggiudicatrici nelle numerose disposizioni le quali prevedono che i documenti di programmazione dei lavori pub-

(1) M. CARABBA, voce «Programmazione», in *Digesto Disc. Pubbl.*, Vol. XII, UTET, Torino, 1997, 36.

Sono a riguardo illuminanti le parole contenute nella recente Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 6917, in *www.giust.it*, 12-2002, secondo cui «la puntuale scansione procedimentale prevista dal legislatore ai fini dell'approvazione del programma triennale dei lavori pubblici e del relativo aggiornamento annuale, improntata evidentemente al rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa fissati dall'art. 97 Cost., risponde all'esigenza di assicurare l'effettivo perseguimento dell'interesse pubblico, attraverso la ponderata valutazione degli interventi pubblici da realizzare, sia in ragione dello sforzo finanziario che ognuno di essi impone in rapporto alle effettive disponibilità economiche dell'amministrazione, sia in ragione degli impellenti bisogni della collettività».

(2) Per un quadro sistematico M. STIPO, voce «Programmazione statale e programmazione regionale», in *Enc. Giur. Treccani*, Treccani, Roma, 1991, e la bibliografia ivi richiamata.

blici vengano approvati contestualmente al bilancio di previsione e al bilancio pluriennale delle stazioni appaltanti diverse dallo Stato, per farne parte integrante (art. 14, comma 9, l. n. 109 del 1994; art. 13, comma 1, d.p.r. n. 554 del 1999; art. 2, comma 3, d. min. 21 giugno 2000).

Sotto tale profilo, non è da sottovalutare l'intuizione del legislatore, non certo causale, di cogliere l'occasione fornita dallo strumento della programmazione dei lavori pubblici per far fronte alla crisi, ormai strutturale, delle finanze delle Amministrazioni locali, attraverso strumenti di ricerca di capitali privati, primo tra tutti i c.d. *project financing*, per finanziare progetti di opere pubbliche, ed addirittura le opere così finanziabili sono ritenute dall'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994, meritevoli di realizzazione con priorità rispetto alle altre.

2. *Il programma triennale delle opere pubbliche, i suoi aggiornamenti annuali e l'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno: sintesi ricostruttiva del sistema delineato dall'art. 14, l. n. 109 del 1994 e dalle norme attuative.*

Come detto, è stato l'art. 14, della l. n. 109 del 1994 ad introdurre nel nostro ordinamento il sistema di programmazione dei lavori pubblici, norma che ha costituito oggetto di profonda riforma da parte dell'art. 4, l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. l. Merloni-ter), ed è sul testo introdotto da tale ultima norma che occorrerà confrontarsi (3).

Da ultimo, la l. 1 agosto 2002, n. 166 («*Disposizioni in materia di infrastrutture e trasporti*») (4) ha apportato ulteriori modifiche al testo dell'art. 14, l. n. 109 del 1994, modifiche che non incidono sul generale sistema di programmazione delineato dall'art. 14 medesimo, e che saranno comunque oggetto di specifica trattazione nel paragrafo che segue.

L'elemento caratterizzante il sistema di programmazione pensato dal legislatore del 1998 è la sua *sub* articolazione, prevista dal comma 1, dell'art. 14, in due atti fondamentali; il programma triennale quale documento programmatico principale e strettamente inteso, e l'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno quale strumento attuativo, il quale, seppur in un ambito temporale più ristretto, può a sua volta, comunque, considerarsi atto di programmazione.

Tale sistema non si discosta dal paradigma classico della programmazione: individuazione dei bisogni da soddisfare (nella fattispecie in termini di infrastrutture), individuazione degli strumenti finanziari per farvi fronte (derivandone la stretta correlazione del programma con i documenti contabili fondamentali, primo tra tutti il bilancio preventivo), individuazione della tempistica di attuazione.

Nell'analizzare più nello specifico, con l'ausilio del dato normativo, il programma triennale, ci si accorge che la fase di elaborazione del programma si articola a sua volta in tre distinti momenti.

Infatti, il programma triennale, per espressa disposizione normativa (art. 14, comma 2) rappresenta, per l'ente, il momento attuativo e di sintesi degli «*studi di fattibilità e di identificazione e quantificazione dei propri bisogni*» studi che debbono individuare «*i lavori strumentali al soddisfacimento dei predetti bisogni, indicando le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico-finanziarie degli stessi*».

A ben vedere, poi, l'art. 11, d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 (5), prevede un documento che si pone addirittura a monte rispetto agli studi di fattibilità, e cioè quello che viene chiamato «*studio per individuare il quadro dei bisogni e delle esigenze al fine di identificare gli interventi necessari al loro soddisfacimento*», documento sulla cui base lo stesso

(3) Per un articolato commento alla norma A. CRISAFULLI, in F. CARINGELLA (a cura di), *Commentario alla nuova legge quadro sui lavori pubblici*, Ispoa, Milano, 1999, 371 ss.

(4) In *Gazzetta Ufficiale* n. 181 del 3 agosto 2002, S.O. n. 173.

(5) La disciplina contenuta nell'art. 14, l. n. 109 del 1994 ha trovato esecuzione nel titolo III, capo I (artt. 11-14) del d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554 («*Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni*»), in *G.U.*, supplemento ordinario n. 98 del 28 aprile 2000. Ancor più nel dettaglio, è intervenuto il d. min. lavori pubblici 21 giugno 2000 («*Modalità e schemi-tipo per la redazione del programma triennale, dei suoi aggiornamenti annuali e dell'elenco annuale dei lavori, ai sensi dell'art. 14, comma 11, della l. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni*»), in *G.U.* del 27 giugno 2000, n. 148).

art. 11, comma 1, d.p.r. n. 554 del 1999 prevede che gli studi di fattibilità previsti dall'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994 vengano elaborati.

Quindi, ricapitolando, lo schema delineato comporta, secondo una scansione cronologica predefinita: a) lo studio che individui bisogni ed esigenze, previsto dall'art. 11, d.p.r. n. 554 del 1999; b) lo studio di fattibilità, con il contenuto previsto dall'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994; c) il programma triennale, vero e proprio, il cui contenuto è specificato nel dettaglio dall'art. 6, d. min. 21 giugno 2000.

Il programma triennale rappresenta un atto per così dire «*scorrevole*», nel senso che ogni anno è soggetto ad aggiornamento.

Quanto agli organi competenti ad approvare i documenti previsti dall'art. 14, comma 1, l. n. 109 del 1994 essi, naturalmente, debbono essere individuati sulla base delle norme vigenti per le varie Amministrazioni aggiudicatrici. Per quanto riguarda gli enti pubblici territoriali, da considerarsi soggetti significativamente interessati dalla tematica in commento, la competenza per l'approvazione del programma annuale e dell'elenco delle opere da realizzarsi nell'anno è espressamente attribuita, dall'art. 42, comma 2, lett. b), d. legisl. 18 agosto 2000, n. 267, ai consigli comunali e provinciali (6).

E poi prevista una griglia normativa assai stretta in ordine ai tempi di approvazione dei documenti programmatori.

La legge quadro prevede che l'elenco annuale sia approvato unitamente al bilancio preventivo per l'anno (art. 14, comma 9), mentre nulla si contemplava in ordine al programma triennale. Il vuoto normativo è stato colmato dall'art. 13 del regolamento attuativo che ha previsto l'approvazione del programma triennale «*contesualmente al bilancio di previsione e al bilancio pluriennale, ed è ad essi allegato per farne parte integrante*». Ne deriva che entrambi i documenti debbono essere approvati unitamente al bilancio di previsione per l'anno successivo a quello di approvazione.

La conseguenza più evidente è pertanto quella, già segnalata in precedenza, di uno strettissimo legame tra programmazione finanziaria e programmazione dei lavori pubblici, quasi che la seconda costituisca uno strumento, forse il principale, vista l'incidenza delle spese per la realizzazione delle opere pubbliche nei bilanci degli enti territoriali, a disposizione di questi ultimi per attuare razionalmente la prima, e comunque per garantire che nell'arco temporale sufficientemente ampio di un triennio siano già state previste ed individuate le risorse finanziarie, comprese quelle di provenienza privata, per far fronte agli interventi programmati.

Sempre sul piano del coordinamento con altri momenti pianificatori, oltre a quello economico-finanziario, si pone il fondamentale rapporto tra programmazione dei lavori e pianificazione urbanistica. Il legislatore, conscio dell'estrema rilevanza della problematica, ha previsto che i progetti di lavori previsti nell'elenco annuale «*devono essere conformi agli strumenti urbanistici vigenti o adottati*» (art. 14, comma 8), mentre nulla si dice in ordine alla necessità della conformità urbanistica quale presupposto per l'inclusione nel programma triennale. Se ne deve necessariamente concludere che il progetto di un'opera pubblica può essere inserito nel programma triennale anche a prescindere dalla conformità urbanistica, che andrà ricercata, e creata, laddove si intenda poi inserire il progetto nell'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno successivo (7).

Occorrerà anche, per l'inserimento nell'elenco annuale, che sia stata redatta la progettazione preliminare (art. 14, comma 6) (8).

(6) Da non confondere, come giustamente osserva Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre 2002, n. 6917, *cit.* lo schema di programma triennale, dal programma triennale vero e proprio. Con riferimento agli enti comunali, la sentenza citata ha affermato che l'approvazione dello schema di programma triennale e dei suoi aggiornamenti annuali è di competenza della Giunta comunale, ai sensi dell'art. 48, d. legisl. n. 267 del 2000, in quanto atto di proposta e di impulso da sottoporre al Consiglio comunale, al quale compete, come detto, l'approvazione del programma definitivo.

(7) Per la verità, l'art. 14, comma 1, l. n. 109 del 1994 prevede che il programma triennale sia conforme alla «*normativa urbanistica*», ma la disposizione è da intendersi in senso lato, non certo di puntuale conformità urbanistica dell'opera prevista. Ne è conferma il fatto che per l'inclusione nel programma triennale non è necessario aver previamente redatto il progetto preliminare, per cui ben difficilmente può porsi, in assenza della specificazione delle caratteristiche dell'opera, un problema di conformità urbanistica. In questo senso A. CRISAFULLI, *op. cit.*, 380.

(8) T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 11 giugno 2002 n. 445, in T.A.R., 2002, I, 3106, nel commentare l'art. 14, comma 6, l. n. 109 del 1994 in relazione all'art. 3, d. min. 21 giugno 2000, precisa come la re-

Quindi, entro il termine previsto per la redazione del bilancio preventivo, le Amministrazioni — qualora intendano dare esecuzione alla singola opera nell'anno successivo — avranno l'onere sia di approvare quantomeno il progetto preliminare, sia di aver completato il procedimento di variante urbanistica, laddove necessario.

Sotto tale aspetto, l'ultima parte del comma 8, dell'art. 14 prevede che i procedimenti accelerati di variante allo strumento urbanistico previsti sia dall'art. 1, comma 4 e 5, l. n. 1 del 1978 (adozione di variante conseguente all'approvazione del progetto preliminare) che dall'art. 27, comma 5, l. n. 142 del 1990 (oggi art. 34, comma 5, d. legisl. n. 267 del 2000, e cioè l'adozione della variante per effetto dell'approvazione di accordo di programma), siano consentiti soltanto per «  *motivate ragioni di pubblico interesse*  » (9).

La previsione riduce quindi il ricorso a tali procedure accelerate di variante, che in precedenza erano invece di applicazione automatica e consequenziale rispetto all'approvazione rispettivamente del progetto preliminare e dell'accordo di programma.

Particolarmente significative sono poi le due forme di pubblicità previste per i documenti programmatori, una preventiva e l'altra successiva.

Quanto alla pubblicità preventiva, l'art. 14, comma 2, ultima parte, l. n. 109 del 1994 dispone che lo schema di programma triennale, e dei suoi aggiornamenti annuali, siano resi pubblici mediante affissione presso la sede della stazione appaltante per sessanta giorni consecutivi. La norma ha trovato attuazione nell'art. 10, del d. min. 21 giugno 2000, il quale precisa come le Amministrazioni interessate possano comunque prevedere ulteriori forme di pubblicità per raggiungere i soggetti coinvolti (comma 1), e che se il programma è redatto sulla base di proposte provenienti da Amministrazioni periferiche, la pubblicità va effettuata anche presso i loro uffici (comma 2).

Difficile stabilire se si tratti di una pubblicità preventiva che non vada oltre la mera funzione informativa, oppure se essa sia strumentale alla partecipazione dei privati interessati al relativo procedimento, con conseguente obbligo dell'Amministrazione di pronunciarsi sulle osservazioni presentate.

Per la prima delle due ipotesi prospettate, vale a dire quella della pubblicità meramente informativa, concorrono due considerazioni: innanzitutto, la partecipazione degli interessati, quantomeno nella forma delle osservazioni, sulla falsariga del procedimento di formazione degli strumenti urbanistici, non è prevista né dall'art. 14, l. n. 109 del 1994, né dalle norme attuative. In secondo luogo, è noto che l'art. 13, della l. n. 241 del 1990 sul procedimento amministrativo esclude l'applicabilità delle disposizioni contenute nel capo III, relativo agli istituti della partecipazione tra l'altro, ai procedimenti di formazione degli atti «  *di pianificazione e di programmazione*  » (10).

La giurisprudenza, tuttavia, apre significativi spiragli nel senso della valorizzazione della partecipazione degli interessati al procedimento di formazione dei documenti programmatori (11).

dazione del progetto preliminare non costituisca presupposto per l'inclusione dell'opera nel programma triennale, e che però, laddove tale progettazione sia stata eseguita, allora l'opera può essere inserita nel programma triennale a prescindere dall'esecuzione delle attività preliminari di cui all'art. 3, d. min. citato.

(9) L'art. 7, comma 3, l. n. 109 del 1994 ha riscritto il testo dei commi 4 e 5 dell'art. 1, l. n. 1 del 1978 nel senso che segue: «  *4. Nei casi in cui lo strumento urbanistico vigente contenga destinazioni specifiche di aree per la realizzazione di servizi pubblici, l'approvazione dei progetti preliminari di lavori pubblici da parte del consiglio comunale, anche se non conformi alle specifiche destinazioni di piano, non comporta necessità di varianti allo strumento urbanistico medesimo sempre che ciò non determini modifiche al dimensionamento o alla localizzazione delle aree per specifiche tipologie di servizi alla popolazione, regolamentate con standard urbanistici minimi da norme nazionali o regionali. 5. Nel caso in cui le opere ricadano su aree che negli strumenti urbanistici approvati non sono destinate a pubblici servizi oppure sono destinate a tipologie di servizi diverse da quelle cui si riferiscono le opere medesime e che sono regolamentate con standard minimi da norme nazionali o regionali, la deliberazione del consiglio comunale di approvazione del progetto preliminare e la deliberazione della giunta comunale di approvazione del progetto definitivo ed esecutivo costituiscono adozione di variante degli strumenti stessi, non necessitano di autorizzazione regionale preventiva e vengono approvate con le modalità previste dagli artt. 6 ss. della l. 18 aprile 1962, n. 167, e successive modificazioni.*  »

(10) La giurisprudenza non ha sul punto registrato oscillazioni: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 8 aprile 2002, n. 1898, in  *Cons. St.* , 2002, I, 756; T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 dicembre 2001, n. 1220, in  *Foro amm.* , 2001, I, 3231; Cons. Stato, Sez. IV, 1 aprile 1999 n. 496, in  *Foro amm.* , 1999, 645.

(11) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002 n. 5824 in commento, che si pronuncia a chiare lettere per «  *la necessità di risposte specifiche da parte degli organi del Comune alle eventuali osservazioni o proposte avanzate dai soggetti interessati alla programmazione comunale*  ». V. anche Cons. Stato, Sez. IV, 14 dicembre

Gli orientamenti giurisprudenziali da ultimo richiamati sono certamente da accogliere con favore, sia per la particolare importanza che assume l'elaborazione del programma triennale, dal quale consegue « a cascata » il successivo iter culminante con la realizzazione dell'opera in concreto (ciò che rende assai opportuno l'apporto partecipativo degli interessati, dai quali promana la domanda di opere pubbliche), sia perché altrimenti non sarebbe dato francamente cogliere il senso della previsione di una pubblicità preventiva che fosse fine a se stessa. Di certo, l'applicazione al programma triennale delle opere pubbliche degli istituti della partecipazione al procedimento amministrativo, con conseguenze, come vedremo, anche sul reggimento di impugnabilità di tale atto, debbono indurre a rivisitare lo strumento *de quo*, nel senso di porsi il problema se per esso possa continuare a parlarsi di documento programmatico a tutti gli effetti. Ma sul punto torneremo di seguito.

Quanto alla pubblicità successiva, l'art. 14, comma 1, l. n. 109 del 1994, prevede che i programmi triennali e gli aggiornamenti annuali siano trasmessi all'Osservatorio sui lavori pubblici, che ne cura la pubblicità (12). Le Amministrazioni diverse dagli enti locali, poi, sono tenute alla trasmissione al CIPE, per verifica di congruità con i documenti programmatici esistenti.

Così delineati i tratti essenziali degli atti programmatici previsti dall'art. 14 della legge Merloni, ed avendo per necessità di sintesi tralasciato gli aspetti più strettamente procedurali, la cui portata è peraltro agevolmente percepibile attraverso la mera lettura delle disposizioni fin qui richiamate, alla cui lettura non può pertanto che farsi rinvio, si tratta di verificare quali siano gli effetti dell'inclusione o meno di un'opera nel programma triennale e nell'elenco annuale.

Il programma triennale, i suoi aggiornamenti annuali e l'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno, costituiscono atti programmatici obbligatori, nel senso che ne è imposta l'adozione alle Amministrazioni aggiudicatrici di lavori individuate dall'art. 2, comma 2, lett. a), legge Merloni. È opportuno verificare se oltre ad essere obbligatori, tali atti siano anche vincolanti, e due appaiono, in tal senso, i quesiti da porsi.

Il primo è se, e come, possa essere realizzata un'opera pubblica non inserita nel programma triennale o nell'elenco annuale, oppure inserita soltanto in uno dei due documenti, ma non nell'altro.

Il secondo è se per le opere inserite nel programma triennale e nell'elenco annuale vi sia l'obbligo per l'Amministrazione di procedere alla loro esecuzione, o quantomeno ad iniziarne l'esecuzione, rispettivamente nel triennio e nell'anno.

In ordine al primo quesito, occorre distinguere tra l'inserimento nel programma triennale e l'inserimento nell'elenco annuale.

L'inserimento dell'opera nel programma triennale dei lavori è da ritenersi, pur nell'assenza di una espressa previsione normativa, condizione essenziale di legittimità per procedere alla realizzazione dell'opera medesima, cosicché, ad esempio, dovrebbe ritenersi illegittima la delibera che approvi il progetto di un'opera pubblica, non inserita nel programma (13).

2002, n. 6917, *cit.*, secondo la quale « L'approvazione definitiva del programma dei lavori, unitamente all'elenco annuale, non costituisce, d'altra parte, una mera presa d'atto dello schema originariamente proposto, ma implica da parte dell'organo competente la valutazione delle proposte risultanti dallo schema, previo confronto con le osservazioni eventualmente formulate dagli interessati grazie alla pubblicità dello schema, per giungere quindi alla "giusta" e legittima individuazione e determinazione delle opere da realizzare nell'anno ».

(12) L'art. 14, comma 1, d.p.r. n. 554 del 1999 ha aggiunto l'obbligo di trasmissione all'Osservatorio anche degli elenchi annuali, mentre invece la legge quadro non contemplava tale documento tra quelli da trasmettere.

Vi è da dire che la violazione dell'obbligo di trasmissione all'Osservatorio non è sanzionata. Rileva a riguardo T.A.R. Campania, Salerno, Sez. I, 11 giugno 2002, n. 445, in T.A.R., 2002, I, 3106, che « La previsione contenuta nell'art. 2, ultimo comma d. min. 21 giugno 2000, secondo la quale il programma triennale e l'elenco annuale dei lavori pubblici sono inviati dall'Amministrazione, dopo la loro approvazione, all'Osservatorio dei lavori pubblici, costituisce norma posta a presidio dell'attività dell'Osservatorio, sicché la sua inosservanza rileva nei rapporti tra i due soggetti pubblici interessati e non ridonda a vizio della procedura espropriativa ».

(13) Si segnala in tal senso l'unica pronuncia rinvenuta nei repertori: T.A.R. Lazio, Sez. II-bis, 8 ottobre 2001, n. 8271, in *Foro amm.*, 2001, 2975.

È fatta salva l'ipotesi di lavori imposti da eventi imprevedibili e calamitosi, come previsto dall'art. 14, comma 5, l. n. 109 del 1994. Si deve peraltro segnalare come i provvedimenti, generalmente provve-

Nel caso di opera inserita nel programma triennale, ma non in quello annuale, non si deve a priori escluderne la realizzabilità nell'anno di riferimento. Tale conclusione la si deve ricavare, *a contrario*, dal testo dell'art. 14, comma 9, ultima parte, l. n. 109 del 1994, da leggersi in combinato disposto con il successivo comma 10, in base al quale «un lavoro non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'Amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economia». Se si considera il testo del comma 10 («I lavori non ricompresi nell'elenco annuale o non ricadenti nelle ipotesi di cui al comma 5, secondo periodo (eventi imprevedibili o calamitosi, n.d.r.), non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni»), si ha che le Amministrazioni aggiudicatrici sono libere di procedere alla realizzazione di opere non previste dall'elenco annuale, purché ciò avvenga senza distrarre a favore di tali opere risorse destinate alla realizzazione delle opere inserite nell'elenco (comma 9), a condizione di non essere finanziate da altre pubbliche amministrazioni. In sostanza, saranno realizzabili o attraverso un autonomo piano finanziario fondato sul ricorso al credito, o attraverso forme di finanziamento o co-finanziamento, private, come ad es. il *project financing*.

Quanto al secondo quesito che si è prospettato, e cioè se per le opere inserite nei documenti programmatori l'Amministrazione sia tenuta a procedere alla loro realizzazione nell'arco di tempo considerato da tali documenti, appare arduo configurare un obbligo giuridico perfetto e quindi sanzionabile in caso di inosservanza. Anche la giurisprudenza che ha inteso valorizzare al massimo la cogenza del programma triennale dei lavori, per concluderne, come vedremo, in ordine alla sua immediata impugnabilità (14), non può distogliere l'attenzione dal fatto che il programma rappresenta l'individuazione degli obiettivi che si pone l'ente, con la conseguenza che l'unica sanzione per l'inosservanza del programma, o dell'elenco annuale, nel senso della mancata realizzazione di opere, può essere soltanto di natura politica.

### 3. Modifiche introdotte dalla l. n. 166 del 2002.

La recente l. 1 agosto 2002, n. 166, ribattezzata *Merloni-quater*, nell'introdurre, con la tecnica della novellazione, alcune modifiche alla l. n. 109 del 1994, non ha mancato di interessare anche l'art. 14 relativo alla programmazione dei lavori pubblici.

Le novità sono quattro e si riferiscono al comma 1, 3, 6, e 7, dell'art. 14 (15).

La modifica apportata al comma 1 si rivela di significativa importanza, nell'ottica di operare un'attenuazione della rigidità del sistema, esigenza particolarmente avvertita dagli amministratori pubblici specie in relazione a lavori di modesta entità.

Per effetto della novità introdotta dalla l. n. 166 del 2002, si prevede che il sistema della programmazione trovi applicazione limitatamente ai lavori di singolo importo superiore a € 100.000.

Ne consegue che i lavori di importo inferiore alla soglia prevista diventano svincolati da tale sistema e come tali rispondono a meccanismi di realizzazione assai più elastici.

È indubbio che la non elevata soglia di 100.000 euro difficilmente sarà in grado di determinare sostanziali ripercussioni nel quadro previgente (16). Essa è purtuttavia in grado di apportare benefici in termini di semplificazione procedimentale, sì da garantire

nienti dal dipartimento della Protezione Civile presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, adottati per fronteggiare eventi di tale natura, contengano l'espressa deroga all'art. 14 suddetto, e quindi consentano la realizzazione degli interventi pur in assenza del loro inserimento nei documenti programmatori.

(14) Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824, in commento.

(15) Per un primo commento alla l. 1 agosto 2002, n. 166, v. A. TABARRINI, L. TABARRINI, *Merloni-quater. Le nuove norme in materia di lavori pubblici*, Maggioli, Rimini, 2002.

(16) Si segnala che la medesima soglia è stata introdotta, sempre dalla l. n. 166 del 2002, mediante l'aggiunta all'art. 24, comma 1, l. n. 109 del 1994, della lett. d), quale limite al di sotto del quale è consentita l'aggiudicazione di un appalto di lavori a trattativa privata. Le due disposizioni vanno lette congiuntamente, nel senso di individuarvi una sorta di regime bipartito tra i lavori di importo superiore a 100.000 euro, e quelli di importo inferiore, questi ultimi non soggetti né all'inserimento nei documenti programmatori, né alle procedure aperte di affidamento.

alle pubbliche amministrazioni di rispondere con celerità alle esigenze cogenti relative alla realizzazione di interventi di modesta entità.

L'unico problema interpretativo che può porre la novità legislativa si riferisce, in caso di lavori realizzabili in lotti distinti, all'inciso «di singolo importo». Ci si domanda cioè se la soglia di esclusione di 100.000 euro si riferisca all'intero lavoro, oppure al singolo lotto. Nel primo caso, anche lotti di importo inferiore sono da ritenersi soggetti al regime della programmazione, laddove l'importo complessivo del lavoro sia superiore alla soglia prevista. Nel secondo caso, evidentemente no. La prima soluzione interpretativa è senz'altro da accogliere, pena la facile elusione, attraverso la scomposizione dei lavori in singoli lotti di importo inferiore a € 100.000, degli obblighi imposti dall'art. 14 e dalle norme attuative di tale disposizione.

La seconda novità apportata dalla l. n. 166 del 2002 si riferisce al comma 3, dell'art. 14, in ordine al contenuto del programma triennale sotto lo specifico aspetto degli ordini di priorità da rispettare.

Nel nuovo testo del comma 3, fermo restando l'obbligo di prevedere un ordine di priorità generale tra le varie categorie di lavori inseriti nel programma triennale, scompare l'obbligo di prevedere un ordine di priorità ulteriore all'interno di ogni categoria. Anche in questo caso è da ritenersi che il legislatore abbia inteso venire incontro ad un'esigenza di semplificazione, eliminando un adempimento che di fatto si poneva come superfluo, visto che sarà poi l'inclusione nell'elenco annuale delle opere da eseguirsi nell'anno, a manifestare annualmente la volontà della stazione appaltante in ordine alla priorità da seguire.

Restano poi invariate le tipologie di lavori da ritenersi comunque prioritari, vale a dire quelli di manutenzione, di recupero del patrimonio edilizio esistente, di completamento di lavori già iniziati. Viene soltanto aggiunta l'ipotesi, tra quelle comunque prioritarie da attuare, dei lavori i cui progetti esecutivi siano già stati approvati, anche in questo caso rispondendo ad un'esigenza di razionalizzazione dell'azione amministrativa, essendo assai preferibile, anche sotto il profilo dell'impiego delle risorse finanziarie ormai impegnate, che si proceda ad attuare lavori la cui progettazione è già stata completata in ogni sua fase, piuttosto che dare impulso ad altri lavori.

La terza modifica introdotta dalla l. n. 166 del 2003 è d'interesse, e si riferisce al comma 6, dell'art. 14, il cui testo previgente stabiliva, *sic et simpliciter*, che l'inclusione di un lavoro nell'elenco annuale fosse subordinata all'approvazione quantomeno del progetto preliminare.

Con il nuovo testo del comma 6, si prevede che tale obbligo sussiste unicamente per i lavori di importo superiore ad 1.000.000 di euro, mentre per quelli di importo inferiore è sufficiente, ai fini dell'inclusione nell'elenco annuale, la realizzazione di uno «studio di fattibilità». Difficile cogliere la portata di quest'ultimo adempimento richiesto. Infatti, la redazione di uno studio di fattibilità è già condizione essenziale per l'inserimento del progetto nel programma triennale, in base a quanto previsto dall'art. 13, comma 1, d.p.r. n. 554 del 1994, per cui, al momento di decidere l'inserimento di un progetto di lavori nell'elenco annuale, tale studio dovrebbe essere già stato redatto. Ne deriva che se lo studio di fattibilità cui si riferisce il nuovo testo dell'art. 14, comma 6, è il medesimo studio già redatto in vista dalla redazione del programma triennale, la novità legislativa è da ritenersi priva di significato pratico. Sarebbe stato sufficiente dire che per i progetti di importo inferiore ad 1.000.000 di euro non è necessaria la previa redazione del progetto preliminare, senza aggiungere che per essi è necessario uno studio di fattibilità, poiché è scontato che detto studio è già stato redatto, visto che il progetto è inserito nel programma triennale.

Difficile nella fattispecie interpretare la volontà del legislatore, potendo all'uopo soccorrere la verifica dell'applicazione pratica della nuova norma, o un auspicabile intervento chiarificatore del Ministero.

L'ultima modifica apportata all'art. 14, l. n. 109 del 1994 dalla legge Merloni-*quater* è di modesta rilevanza e si riferisce al comma 7, laddove è stata soppressa l'ipotesi di «tronco di lavoro a rete» quale lavoro da poter inserire nell'elenco annuale suddiviso in lotti.

La conclusione che si può trarre dal quadro complessivo risultante dalle modifiche apportate dalla l. n. 166 del 2002 all'art. 14, l. n. 109 del 1994, è che esse, pur non comportando, per la loro limitatezza, sostanziali stravolgimenti del sistema delineato dal legi-

slatore nel 1998, si muovano nel senso di una apprezzabile e tendenziale semplificazione, recependo gli impulsi in tal senso provenienti da oltre quattro anni di applicazione dell'attività di programmazione.

4. *Leattività e conseguente impugnabilità del programma triennale delle opere pubbliche e dell'elenco delle opere da eseguirsi nell'anno: la recente sentenza Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2002, n. 5824.*

L'introduzione nell'ordinamento dei documenti programmatori dei lavori pubblici, in particolar modo del programma triennale, e soprattutto la loro crescente valorizzazione a seguito della riforma dell'art. 14, l. n. 109 del 1994 operata dal legislatore nel 1998, hanno imposto sia agli amministratori che agli operatori privati la familiarizzazione con tali documenti. L'inserimento di un'opera pubblica nel programma triennale costituisce infatti da un lato, e come abbiamo visto, il primo ed imprescindibile passaggio affinché tale opera possa nel concreto realizzarsi nell'arco del triennio successivo, e, dall'altro, tale inserimento impone all'Amministrazione, seppur sotto il limitato profilo della responsabilità politica, la sua realizzazione nel segmento temporale considerato. Ciò premesso, è evidente come fin dall'approvazione del programma diviene attuale il problema dell'individuazione degli strumenti a disposizione degli interessati per reagire alle scelte dell'Amministrazione, laddove esse siano meritevoli di censura di legittimità.

Rispetto all'approvazione del programma triennale, ma lo scenario può tranquillamente riprodursi per l'approvazione dell'elenco annuale, sono prospettabili due tipologie di interessi coinvolti. Da un lato gli interessi di natura pretensiva di coloro che auspicano l'inserimento di una determinata opera nei due documenti programmatori, dall'altro quelli di natura oppositiva, di coloro cioè che lamentano l'inserimento di una specifica opera, evidentemente deducendone l'insussistenza dei presupposti di legge.

È evidente che, a prescindere dalla questione della immediata impugnabilità o meno del programma triennale (e dell'elenco annuale), questione che come vedremo è stata risolta in senso positivo dalla sentenza in commento, appare arduo configurare nella fattispecie una forma di tutela penetrante agli interessi pretensivi (17).

La redazione dei documenti programmatori risponde infatti alle strategie di fondo dell'Amministrazione, e come tale è attività caratterizzata da amplissima discrezionalità, le cui scelte appaiono difficilmente censurabili di fronte al Giudice amministrativo.

In maniera leggermente diversa, sempre con riferimento all'omesso inserimento di un'opera pubblica, può porsi la questione rispetto all'elenco annuale, ancor più a seguito della modifica apportata all'art. 14, comma 6, dalla l. Merloni-*quater*. L'elenco deve essere redatto sulla base delle priorità individuate nel programma triennale, per cui non è irragionevole ipotizzare l'illegittimità di un elenco annuale laddove non abbia inserito, per esempio, un progetto per il quale sia già stato approvato il progetto esecutivo, e sia invece stato inserito un altro progetto per il quale la fase di progettazione non sia stata completata; anche in questo caso, tuttavia, la protezione dell'interesse pretensivo (per il mancato inserimento) si coniuga con quella dell'interesse oppositivo (per l'inclusione di progetto diverso rispetto a quello auspicato).

La questione dell'impugnabilità del programma triennale e dell'elenco annuale si pone pertanto per lo più rispetto all'ipotesi di inserimento di un progetto di opera ritenuto illegittimo.

La sentenza in commento giunge alla innovativa e coraggiosa conclusione della autonomia ed immediata impugnabilità del programma triennale, con ciò apportando un fondamentale contributo per l'individuazione della reale natura dell'atto in questione, che di fatto va oltre la denominazione formale di «programma». Al riguardo, il Consiglio di Stato prende le mosse, in aperto e dichiarato contrasto con la sentenza del T.A.R. Umbria posta al suo vaglio, dall'esame della intrinseca natura del programma triennale, per affermare, con riguardo a tale documento: «Non si tratta di un'attività meramente interna degli organi comunali di programmazione finanziaria e di razionalizzazione della spesa, ma invece, e ciò non solo sotto il profilo della impugnabilità, di un atto fondamentale di individuazione

(17) Prospetta invece interessi pretensivi meritevoli di tutela, a fronte della mancata inclusione di un'opera nel programma triennale, proprio la sentenza riformata dal Consiglio di Stato con la pronuncia in commento: T.A.R. Umbria, 1 ottobre 2001, n. 169, in *Urbanistica Appalti*, 2001, 1379.



*degli obiettivi concreti da raggiungere da parte degli organi di governo dell'Ente, cui corrisponde la facoltà di verifica dei cittadini, singoli o associati, sulla congruità delle scelte effettuate».*

Ed in particolare i giudici di Palazzo Spada pongono l'accento sul fatto che, con l'inserimento di un'opera nel programma triennale, una determinata quantità di risorse finanziarie, personali ed organizzative dell'ente sono destinate alle opere elencate, secondo l'ordine di priorità prestabilito. Ne deriva che, fin dalla redazione del programma, si determina una concreta e tangibile incisione dell'interesse dei soggetti coinvolti, ai quali deve essere consentita la reazione di fronte all'autorità giurisdizionale in caso di scelte illegittime dell'ente.

Per rafforzare ulteriormente la propria tesi, in ordine alla potenziale lesività del programma triennale, la sentenza in commento offre quale controprova il fatto che il legislatore ha previsto strumenti di pubblicità del programma, cui devono fare da corollario, benché non espressamente previste, la facoltà di accesso ai relativi documenti e la possibilità di presentare osservazioni.

Come si è in precedenza osservato, la denominazione formale di «programma», ciò che avrebbe dovuto far escludere, in forza dell'art. 13, l. n. 241 del 1990, l'applicazione degli istituti della partecipazione al relativo procedimento, non è stata di ostacolo alla giurisprudenza formatasi sul punto per ritenere invece operanti tali istituti. A questo punto, riconosciuta la potenziale portata lesiva del programma, con ogni conseguenza in punto di impugnabilità, nonché l'applicabilità degli istituti della partecipazione al procedimento, seri dubbi deve porsi l'interprete circa l'effettiva natura del programma triennale, se cioè esso rappresenti davvero atto di programmazione nel senso classico del termine, o non sia invece un atto a contenuto provvedimentale.

Per cogliere l'essenza della questione, e per certi versi il carattere innovativo della sentenza in commento, è sufficiente richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale in materia di non impugnabilità degli atti programmatori (18).

Tale orientamento, ha trovato applicazione anche in punto di programmazione di opere pubbliche. La non impugnabilità del programma triennale, pur non essendo stata a chiare lettere sancita, la si desuneva *a fortiori* da altre pronunce che avevano ritenuto addirittura non immediatamente impugnabile la delibera di approvazione del progetto preliminare, in quanto non idonea a produrre una lesione concreta dell'interesse dei privati (19).

In un tale panorama giurisprudenziale, che di fatto, attraverso l'applicazione formalistica dei principi sopra richiamati, sacrificava ingiustamente l'esigenza di tutela dei soggetti in vario modo interessati dalla realizzazione di progetti di opere pubbliche, è agevole cogliere la portata innovativa della decisione in commento, decisione da salutare con favore perché ispirata da una lettura sostanziale corretta del documento programmatico fondamentale disciplinato dall'art. 14, l. n. 109 del 1994 e degli effetti che esso è in grado di produrre.

(18) «Gli atti meramente programmatori, al pari di quelli regolamentari, non possono di regola essere autonomamente impugnati, in quanto non ledono direttamente l'interesse legittimo dei singoli, ma sono impugnabili solo nel momento in cui trovano concreta attuazione con autonomo provvedimento, che faccia applicazione degli asseriti principi in essi contenuti» T.A.R. Campania, 28 maggio 1999, n. 648, in T.A.R., 1999, I, 2668. Tale atto autonomo, applicativo del programma è da ritenersi nel nostro caso l'atto approvativo del singolo progetto, il singolo progetto.

In termini T.A.R. Lazio, Sez. I, 24 marzo 1995, n. 512, in T.A.R., 1995, I, 1483; T.A.R. Lazio, Latina, 10 marzo 1992, n. 177, *ivi*, 1992, I, 177.

(19) T.A.R. Liguria, Sez. I, 27 maggio 1999, n. 238, in T.A.R., 1999, I, 2553; T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 27 marzo 2002, n. 149, *ivi*, 2002, I, 1985, sulla base della considerazione per cui soltanto con l'approvazione del progetto definitivo, comportante dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza ai sensi dell'art. 13, comma 14, l. n. 109 del 1994, si determinerebbe l'effetto lesivo per gli interessati. Il Consiglio di Stato, con la decisione in commento, supera tale impostazione, in quanto la lesività degli atti del complesso procedimento che porta alla realizzazione di un'opera pubblica, non va necessariamente ricondotta alla dichiarazione di pubblica utilità (quale primo atto del procedimento espropriativo), dovendosi tale effetto rinvenirsi fin dall'approvazione del programma triennale delle opere, in quanto suscettivo di percepibili effetti in termini di destinazione di risorse dell'ente alla realizzazione delle opere ivi previste. Nel senso dell'impugnabilità del progetto preliminare v. T.A.R. Marche, 7 aprile 2000, n. 525, in T.A.R., 2000, I, 2643.

Una volta riconosciuta la portata potenzialmente lesiva del programma triennale delle opere pubbliche, il Consiglio di Stato, nell'affrontare il merito della questione sottoposta al suo vaglio, ha fatto rigorosa applicazione delle norme che si sono fin qui esaminate, per quanto riguarda l'attività preparatoria alla redazione del programma stesso.

Come già illustrato, l'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994 prevede l'istituto dello «studio di fattibilità» dell'opera quale presupposto per l'inclusione nel programma triennale, disponendo che tale studio individui sia le caratteristiche funzionali, tecniche, gestionali ed economico finanziarie dell'opera, sia i consequenziali riflessi sotto il punto di vista paesaggistico, ambientale, storico-artistico e architettonico.

Nel dare attuazione a tale disposizione, l'art. 3 («attività preliminari alla redazione del programma»), d. min. 21 giugno 2000 ha previsto da un lato (comma 1) la redazione di schede di sintesi che individuino gli interventi necessari al soddisfacimento dei bisogni dell'ente, specificando per ogni opera il fabbisogno finanziario, e dall'altro (comma 3), quanto agli «studi di fattibilità», ha operato una sorta di bipartizione. Si è previsto cioè che per le opere di importo inferiore a 20 miliardi delle vecchie lire la funzione degli studi di fattibilità sia assolta attraverso la redazione di «sintetici studi», richiamando peraltro il contenuto previsto dall'art. 14, comma 2, l. n. 109 del 1994 (quindi valutazione delle componenti storico-artistiche, paesaggistiche, ecc.) e si è invece riservato la redazione degli studi di fattibilità di cui all'art. 4, l. 17 maggio 1999, n. 144, aventi contenuto più analitico, alle opere di importo superiore alla detta soglia.

Nella fattispecie concreta giunta all'esame del Consiglio di Stato, e risolta con la sentenza in commento, accadeva che un'Amministrazione comunale aveva ritenuto, per un'opera di importo inferiore ai 20 miliardi delle vecchie lire, di inserire un'opera, consistente in un parcheggio interrato, nel programma triennale in difetto dello studio di fattibilità, che non era presente neppure nella forma semplificata di cui all'art. 3, comma 2, d. min. 21 giugno 2000. Aveva per contro ritenute sufficienti le schede di sintesi di cui al precedente comma 1.

Il T.A.R. Umbria si era pronunciato per la legittimità di tale *modus operandi*, sul presupposto della valenza ritenuta meramente orientativa del programma triennale, aggiungendo che non sarebbe quella la sede per procedere a valutazioni di compatibilità storico-artistica, paesaggistica ed ambientale.

Il Consiglio di Stato, muovendo invece da una lettura del programma triennale assai diversa, nel senso di valorizzare, come si è ampiamente visto in precedenza, la natura per certi versi provvedimentale, ha invece statuito che le schede di sintesi previste dal d. min. 21 giugno 2000 non possono in alcun modo surrogare gli studi di fattibilità, i quali, sebbene possano essere redatti, per le opere di importo inferiore a lire 20 miliardi, nella forma semplificata di cui al comma 3 del medesimo d. min., non è consentito che siano del tutto omessi. Lo studio di fattibilità, quindi, proprio perché fin dal programma triennale debbono essere considerati ed attentamente valutati tutti gli aspetti rilevanti conseguenti alla realizzazione di una determinata opera pubblica, costituisce atto necessario ed imprescindibile per l'inserimento di un'opera nel programma medesimo, pena la sua irrimediabile illegittimità.

Le conclusioni cui perviene il Consiglio di Stato sono assolutamente coerenti con le premesse elaborate dalla sentenza. Il programma triennale rappresenta atto fondamentale di ogni Amministrazione aggiudicatrice, e dalla sua redazione conseguono effetti irreversibili in ordine agli interventi che saranno realizzati nel triennio successivo. Come tale, le norme che disciplinano il suo contenuto, ed in particolare l'attività preparatoria e preliminare di studio, devono ritenersi aventi natura cogente e non derogabile.

In conclusione, la decisione in commento, di per sé apprezzabile per lo sforzo ricostruttivo circa la natura e la portata del programma triennale delle opere pubbliche, è da salutarsi con favore anche per aver elevato la soglia di attenzione, specie degli amministratori preposti alla sua redazione, circa l'assoluto e metodico rispetto delle norme, anche quelle attuative, che ne disciplinano il contenuto.

LEONARDO MASI