

APPALTI PUBBLICI E CORRUZIONE

Roma, Camera dei deputati, Sala della Regina

Lunedì 14 luglio 2014, ore 14.00 – 20.00

Prima sessione

Lo stato dell'arte: il codice degli appalti e le sue criticità

Ivan Cicconi

direttore ITACA - Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale - Organo tecnico della Conferenza dei Presidenti delle Regioni e Province Autonome

Lo stato dell'arte: dalla legge quadro sui Lavori Pubblici al Codice dei Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture

L'assetto complessivo del sistema dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, contenuto oggi nel Codice, deriva in buona sostanza dall'impianto della legge quadro sui lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994 n. 109, cosiddetta legge Merloni), con la quale il legislatore portava in un *testo unico* la regolamentazione di tutto il *ciclo del contratto pubblico* oltre che il *controllo* e la *governance* del sistema con la istituzione della *Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici*.

A distanza di 20 anni i principi che furono fissati da quella legge sono stati totalmente archiviati dalle numerose e profonde modifiche intervenute successivamente.

Quella legge, impropriamente definita “Merloni”, fu la sintesi di un ampio confronto, di approfondite indagini, di numerose audizioni e di diverse proposte di legge di iniziativa parlamentare.

Nella sua versione originaria, tradusse questo lavoro in ***tre vincoli*** fondamentali imposti alle amministrazioni aggiudicatrici per l'affidamento di un appalto: la ***programmazione*** dell'opera; la definizione di un ***progetto esecutivo***; la effettiva disponibilità delle ***risorse economiche*** necessarie per la sua realizzazione.

A queste tre condizioni si collegavano ***due corollari*** fondamentali: *la centralità del progetto e la netta separazione del ruolo e dei compiti del progettista da quelli della impresa; il divieto di esternalizzare le funzioni ed i compiti tipici del Committente, con la esplicita cancellazione della Concessione di committenza.*

I vincoli sanciti da quella legge, concepita e definita per contrastare *tangentopoli*, si sono allentati a partire dalla merloni ter (l. 415/98), sono di fatto scomparsi con la merloni quater (l. 216/02), mentre si sono reintrodotti istituti contrattuali atipici (tipo concessione di committenza) e definiti contratti e procedure speciali (l. 443/01, Dlgs 190/02) fino alla trasfusione del tutto nel Codice dei Contratti Pubblici (Dlgs. 163/06) e le ulteriori modifiche dello stesso.

Il quadro normativo, a partire dal 2002 ha consentito di praticare l'esatto opposto dei principi che ispirarono e furono fissati dal legislatore nel 1994.

Da un contesto normativo nel quale l'Amministrazione aggiudicatrice era di fatto vincolata all'affidamento di contratti di appalto di *sola esecuzione*, siamo passati ad un sistema di norme che consentono di ricorrere ad ***appalti atipici*** nei quali la privatizzazione della progettazione, della designazione dell'impresa, della direzione dei lavori sfuggono al controllo pubblico ed a ***concessioni atipiche*** nelle quali la copertura dei rischi di mercato e dei relativi costi rimangono quasi sempre e per intero in capo al soggetto pubblico.

La ***regolazione*** dei contratti pubblici è stata dunque ***totalmente stravolta*** e comunque modificata in modo radicale. Quella che invece è ***rimasta immutata***, anzi si è rafforzata ed estesa, è la ***governance*** del sistema, affidata all'Autorità per la Vigilanza dei Lavori Pubblici che, con il Dlgs 163/2006, ha esteso le proprie funzioni anche a tutti i contratti pubblici di Servizi e Forniture e rafforzato la propria autoreferenzialità con la attribuzione della autonomia organizzativa e

finanziaria. Autonomia che ha comportato la introduzione, unico paese in europa, della **tassa sugli appalti** sia per la indizione che per la partecipazione alle procedure di affidamento di tutti i contratti pubblici.

L'Autorità per la Vigilanza dei Contratti Pubblici (Avcp) è diventato così un Moloch che non trova riscontro nell'ordinamento di nessun Paese dell'Unione Europea.

Oltre ad un ampio potere sanzionatorio e di vigilanza su tutti gli operatori coinvolti nel ciclo dei contratti pubblici, sono attribuiti all'Avcp delicati compiti di gestione di attività che hanno straordinarie implicazioni economiche e di mercato nel sistema di relazioni fra gli operatori pubblici e privati. Compiti politici che sono tipici di un organo politico responsabile: la **gestione** dei “sistemi di qualificazione degli operatori economici”, la **gestione** operativa dei “sistemi informativi” sul ciclo degli appalti pubblici, la **gestione** della “qualificazione e accreditamento degli arbitri” per la risoluzione dei contenziosi nei contratti pubblici, la **gestione** di altre importanti attività e compiti quali quelli estemporanei, per un certo periodo, della “sicurezza ferroviaria”.

L'Autorità, in quanto concepita ed istituita come “parte terza indipendente”, è sottratta al controllo democratico esercitato sugli organi di governo da parte delle forze sociali, economiche e politiche per il tramite del parlamento e delle sue articolazioni.

Se l'indipendenza dal potere politico è più che giustificata per i compiti di controllo e vigilanza sulla applicazione delle norme, la stessa indipendenza, nella gestione di attività operative che interferiscono con consistenti interessi economici e di affari, appare assolutamente anomala e alquanto pericolosa.

La insindacabilità delle decisioni della Autorità in fatto di controllo e vigilanza, estesa anche ad **attività di gestione con forti implicazioni di mercato** sottrae queste stesse al controllo ed al confronto democratico che deve essere esercitato nei confronti di qualsiasi organo di governo responsabile.

L'articolo 19 del recente Decreto Legge 90, non risolve ma aggrava la situazione. Il decreto infatti non interviene in alcun modo sui compiti e le funzioni svolte dal Moloch.

La norma ne cambia semplicemente il comando attribuendolo all'ANAC, Autorità Nazionale Anti-Corruzione, che somma quei compiti e quelle funzioni a quelle proprie ed altre ancora contenute pure del D.L. 90 (aa.rr.tt. 30-37): un Moloch all'ennesima potenza che la nomina a Presidente di una persona autorevole, competente ed affidabile come **Raffaele Cantone** può solo momentaneamente mettere in secondo piano.

Prima criticità: Il recepimento delle direttive UE/2014 23, 24 e 25 o la riforma radicale del Codice

Le direttive europee hanno un impatto solo su di una parte dell'articolato del Codice, una parte minima se si considerano le novità delle nuove direttive rispetto a quelle già recepite nello stesso testo. Il Codice regola anche la fase interna e la fase esecutiva del contratto pubblico, oltre a definire i profili organizzativi e l'architettura della governance dell'intero sistema.

Il Codice comunque, detta regole che vanno decisamente al di là della regolamentazione della fase ad evidenza pubblica, ambito quasi esclusivo di intervento delle direttive da recepire entro il 17 aprile 2016.

Il Codice dei Contratti Pubblici si compone di 257 articoli. Le direttive si compongono complessivamente di 259 articoli (55 la n.23, 94 la n.24, 110 la n.25) che sono in relazione con meno della metà (100-120) degli articoli che compongono il Codice.

Se il legislatore ha come obiettivo quello del solo *recepimento delle direttive*, ciò comporterebbe la modifica di poco più di una decina e di non più di una trentina di articoli dell'attuale Codice, quelli da integrare o aggiungere per le poche novità o da modificare o cancellare per renderlo conforme alla legislazione europea.

Se l'obiettivo è quello della *riforma radicale* del Codice, come dai più viene detto, in primis dal governo e comunque da alcuni ministri, il solo recepimento delle Direttive inciderebbe in minima parte e comunque non consentirebbe alcuna radicale riforma.

Se la riforma radicale del Codice è l'obbiettivo, il percorso più auspicabile, efficace, corretto e democratico, è quello parlamentare e non certo quello della delega al Governo con lo strumento del Decreto Legislativo.

Solo un percorso parlamentare che garantisca un ampio e articolato confronto e contributo di tutti, come fù per la legge quadro antitangentopoli, può creare le condizioni per una riforma efficace delle regole e della governance del complesso e articolato sistema dei contratti pubblici.

Seconda criticità: Istituti contrattuali atipici, debito pubblico occulto, tutela della piccola e media impresa e del lavoro nelle nuove direttive europee

Lo stravolgimento dei principi che erano stati fissati con la legge Merloni, ha portato alla introduzione di diversi istituti contrattuali che contrastano in modo evidente con l'ordinamento europeo e con quanto viene puntualmente ribadito dalle nuove direttive in riferimento al contratto di **appalto** e al contratto di **concessione**, i soli istituti contrattuali **definiti nelle direttive**.

E' il caso ad esempio dell'istituto dell'"affidamento a contraente generale" o del recente "contratto di disponibilità" e soprattutto della "concessione di lavori pubblici" a seguito della modifica apportata nel 2002 (legge 216) con la quale sono stati eliminati il limite del 50% del prezzo che poteva "accompagnare" il "diritto di gestire" come corrispettivo dato al concessionario, ed il limite dei 30 anni della durata della concessione, che la legge Merloni aveva fissato.

Proprio grazie a questa modifica sostanziale della definizione della concessione abbiamo assistito alla esplosione dei **cosiddetti project-financing**, di norma concessioni senza rischi per i concessionari, che si sommano alla esplosione delle **società di diritto privato** con proprietà pubblica dello Stato e degli Enti Locali, e quindi al fenomeno, tutto ancora da scoprire, del **debito pubblico occultato nella contabilità di società di diritto privato** di proprietà pubblica o privata.

Nel debito pubblico dell'Italia, pari ad oltre 130% del PIL, non sono considerati i debiti delle "società di diritto privato" con capitale pubblico e quelli delle società con capitale privato per i "project-financing" totalmente garantiti da soggetti pubblici. In entrambi i casi, si tratta di debiti pubblici a tutti gli effetti nascosti nella contabilità di società di diritto privato. La cifra esatta di tale debito non è calcolato da alcun organo dello Stato, ma può essere stimato in una cifra contenuta fra il 15 ed il 20% del PIL e la sua emersione porterebbe il debito effettivo del Paese fra il 145 ed il 150% del PIL.

Con la diffusione delle "concessioni senza limite di prezzo" e delle "società di diritto privato" controllate o partecipate, siamo allo stesso livello della ricontrattazione del debito con le operazioni dei "derivati" che scaricano sui debiti futuri gli oneri di convenienze virtuali immediate.

Qui però stiamo parlando non di qualche decina di miliardi di euro, bensì di centinaia di miliardi di debiti che si sono già accumulati e che emergeranno solo fra qualche anno nei bilanci correnti degli Enti che si sono avventurati in queste operazioni.

Per il momento l'unico **debito occulto** portato in chiaro (deficit 2006 e debito) nella contabilità dello Stato è quello che Tav spa e Infrastrutture spa avevano accumulato, fino al 31.12.2005, per la realizzazione della linea AV Torino-Napoli: esattamente **12,950 miliardi di euro** (comma 966, art.1, legge finanziaria per il 2007) millantati fino a quel momento come finanziamento privato.

Fra gli impegni che l'Italia sta assumendo in queste ore per fronteggiare la grave crisi dei conti pubblici, non figura alcun provvedimento né per rimuovere questa clamorosa omissione né, soprattutto, per rimuovere le cause che consentono di costruire questo debito occulto e che dunque è destinato ad aumentare. Al contrario, proprio queste modalità di investimento sono quelle che in questi ultimi anni (governo Monti e governo Letta in primis) sono state rafforzate, semplificate ed incentivate.

Con l'uso di questi nuovi istituti contrattuali, ed in un contesto nel quale il fattore finanziario pesa in modo decisivo, si determinano inoltre condizioni che offrono opportunità straordinarie proprio a quei soggetti che oltre a disporre di denaro a costo zero hanno l'esigenza di **riciclare capitali di provenienza illecita**. Se infatti già nel contratto di appalto è connaturata una fisiologica esposizione

finanziaria dell'appaltatore, sia per l'attività svolta, con la quale anticipa le risorse necessarie, sia per il patologico ritardo nei pagamenti della pubblica amministrazione, con i nuovi istituti contrattuali il valore finanziario si dilata enormemente fino a diventare il fattore determinante.

Questi contratti producono pure una ***filiera della sub contrattazione più lunga e più articolata*** che rende inutilizzabili o di difficile applicazione le norme di contrasto della mafia e della corruzione, concepite e codificate per procedure di affidamento tradizionali, per l'appalto tipico soprattutto. In questi casi infatti il contraente principale può sub affidare tutte le attività in un regime privatistico sottratto alle regole della gestione dei contratti pubblici.

L'allungamento e la privatizzazione della filiera produttiva del contratto pubblico, ha anche un impatto rilevante sulla PMI (piccola e media impresa) e sulla gestione del fattore lavoro.

In gran parte dei casi, e non solo per le grandi opere, l'aggiudicatario del contratto pubblico, scelto con procedura ad evidenza pubblica, non è tenuto al rispetto delle norme del Codice e le relazioni economiche della filiera dei subcontratti che coinvolgono la PMI si spostano nel diritto privato rendendo impossibile la applicazione delle norme di tutela del lavoro legate alle norme sui contratti pubblici e comunque più difficile e complicata la tutela del lavoro e il controllo di legalità.

Se una novità di rilievo può essere evidenziata nelle nuove direttive, questa è appunto quella della attenzione alla PMI.

Le direttive appalti e la stessa direttiva sulle concessioni lo dichiarano apertamente con i primi consideranda. L'obbiettivo sotteso è quello di contrastare la tendenza ai grandi appalti, frutto di una aggregazione forzata ed ingiustificata delle prestazioni richieste, che sono appannaggio di operatori economici strutturati solo per gestire la ragnatela dei subcontratti affidati alla PMI.

Gli "appalti per lotti", il "pagamento diretto dei subappaltatori" e la "trasparenza nei subappalti", per citare le novità più significative proposte dalle direttive, vanno appunto in questa direzione.

Quelli richiamati sono a nostro avviso i nodi sostanziali del recepimento delle direttive europee. ***In sintesi: la cancellazione di tutti gli istituti contrattuali atipici e comunque la riconduzione di questi alle definizioni non equivocabili date dalle direttive del contratto di appalto e del contratto di concessione; la assunzione del contratto pubblico come strumento di politica industriale che induca ad un rapporto diretto e trasparente con la PMI per garantire legalità e tutela del lavoro; la trasparenza nella fase esecutiva del contratto pubblico.***

Terza criticità: La trasparenza e la tracciabilità della fase esecutiva del contratto pubblico, ovvero le norme italiane trasfuse nelle nuove direttive europee

Il recente *Primo rapporto sull'anti-corruzione* (COM 2014/38), presentato al Consiglio e al Parlamento europeo il 3.02.2014, nella parte dedicata all'Italia e nel capitolo relativo agli *Appalti Pubblici*, ha messo in evidenza un nodo critico fondamentale: <<*Secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi. La Corte dei conti ha più volte constatato la correttezza della gara, il rispetto delle procedure e l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta più vantaggiosa, anche se in compenso la qualità dei lavori viene intenzionalmente compromessa nella fase di esecuzione. Più che rivelare la presenza di pratiche corruttive, queste irregolarità, come anche le indicazioni date da Eurobarometro, mettono a nudo i punti deboli dei dispositivi di controllo in vigore, in particolare nella fase di realizzazione dell'appalto pubblico*>>.

Rispetto a questo dato di fatto, si può anche pensare di affidare la gestione delle gare a 35 centrali di aggregazione, questo però non scalfisce la corruzione, e la penetrazione mafiosa, che si annida nella fase esecutiva del contratto. A gestire le gare possono (?) anche essere 35 soggetti certificati, ma a gestire il contratto restano comunque le migliaia di stazioni appaltanti.

Non a caso nelle nuove direttive europee per la prima volta si raccomanda la introduzione di norme che attengono proprio alla fase esecutiva del contratto. Sia nella direttiva appalti (2014/24/UE, consideranda n.105) che in quella relativa ai settori speciali (2015/25/UE, consideranda n.110) ed

anche in quella delle concessioni (2014/23/UE, consideranda n.75) si raccomanda agli Stati membri la introduzione di specifiche norme in termini espliciti e puntuali: <<È inoltre necessario garantire una certa trasparenza nella catena dei subappalti, in quanto ciò fornisce alle amministrazioni aggiudicatrici informazioni su chi è presente nei cantieri edili nei quali si stanno eseguendo i lavori per loro conto o su quali imprese forniscono servizi (...). Dovrebbe essere chiarito che l'obbligo di fornire le necessarie informazioni grava in ogni caso sul contraente principale, in virtù di clausole specifiche che l'amministrazione aggiudicatrice dovrà inserire in tutte le procedure di appalto, o in virtù di obblighi che gli Stati membri imporranno al contraente principale mediante disposizioni di applicazione generale>>.

Il legislatore italiano ha già introdotto da anni, norme che recepiscono in modo pieno quanto oggi ci viene raccomandato dall'UE. Già oggi le Amministrazioni aggiudicatrici potrebbero, dovrebbero, rendere totalmente tracciata e trasparente la fase esecutiva del contratto. Le norme ci sono, ma sono totalmente disattese.

Ci riferiamo al **Comma 1, ultimo periodo, art. 118, Dlgs 163/2006**: <<è fatto obbligo all'affidatario di comunicare alla stazione appaltante, per tutti i sub-contratti stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati>>; ed al **Comma 1, art.3, l. 136/2010**: <<Per assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali, gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici devono utilizzare uno o più conti correnti bancari o postali, accesi presso banche o presso la società Poste Italiane Spa, dedicati, anche non in via esclusiva, (...)>>.

Sempre le norme in vigore impongono all'amministrazione aggiudicatrice di controllare i flussi finanziari del contratto pubblico come sancito dal **Comma 9, art.3, l. 136/2010**: <<<La stazione appaltante verifica che nei contratti sottoscritti con i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese a qualsiasi titolo interessate ai lavori, ai servizi e alle forniture di cui al comma 1 sia inserita, a pena di nullità assoluta, un'apposita clausola con la quale ciascuno di essi assume gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla presente legge.>>

Nelle norme vigenti è contenuto non solo l'obbligo della raccolta e verifica delle informazioni, ma in modo esplicito è anche sancito l'obbligo della loro accessibilità. Il principio fissato con il **comma 1 dell'articolo 1 del Dlgs 33/2013** (Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni) in merito al significato della Trasparenza nella pubblica amministrazione, legittima in modo pieno la pubblicazione e l'accesso a queste informazioni: <<La trasparenza è intesa come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche>>.

Se la trasparenza nella gestione della fase esecutiva del contratto pubblico è non una ma la condizione essenziale per contrastare la corruzione, le norme per realizzarla, da subito ed in modo pieno ed efficace, nel nostro ordinamento ci sono già. Basta solo applicarle e farle applicare.

La presente comunicazione integra:

@ **Il contributo di ITACA fornito alla Commissione VIII della Camera dei Deputati nella audizione del 16.06.2014.**

@ **Le "Linee guida per la trasparenza e la tracciabilità della fase esecutiva del contratto pubblica", all'odg del Consiglio direttivo di Itaca il 16.07.2014.**

Disponibili e scaricabili, insieme a questa comunicazione, sul sito www.itaca.org