

Il rischio di corruzione negli appalti pubblici dal punto di vista della magistratura contabile

di Francesco Lombardo Vice Procuratore Generale della Corte dei conti

1.Premessa

La collusione e la corruzione sono fenomeni strettamente legati ed aumentano proporzionalmente in relazione al grado di discrezionalità dell'amministrazione appaltante, e per essa del responsabile unico del procedimento e degli altri organi che a diverso titolo si interfacciano con l'operatore economico che gareggia per ottenere la commessa e successivamente esegue il contratto d'appalto aggiudicatogli, se detti organi mirano ad ottenere un illecito profitto dal contratto.

Se si escludono i reati di cui agli artt. 416 e 416-*bis* c.p., rilevano il reato di turbata libertà degli incanti *ex art.* 353 c.p. ed il reato di rivelazione del segreto d'ufficio *ex art.* 326 c.p. L'art. 13, comma 2, del Codice dei contratti pubblici prevede, oltre ad alcune ipotesi di differimento del diritto d'accesso agli atti, la sussistenza del reato di cui all'art. 326 c.p. in alcuni casi specifici (rivelazione dell'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte prima della scadenza del termine di presentazione, rivelazione dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito per procedure ristrette o negoziate, rivelazione delle offerte prima dell'approvazione dell'aggiudicazione, dei segreti tecnici o commerciali dichiarati dagli offerenti, dei pareri legali in merito alla soluzione di liti in corso o potenziali ricevuti dai concorrenti, del contenuto delle

relazioni del direttore dei lavori o dell'organo collaudatore su domande o riserve formulate dall'esecutore del contratto).

Il rischio aumenta esponenzialmente se i criteri di aggiudicazione sono sbilanciati a favore del prezzo più basso o eccessivamente restrittivi nel caso della realizzazione di opere pubbliche, se il responsabile conosce in anticipo il contenuto delle offerte e consente alle imprese concorrenti di modificarlo. Ai sensi del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, inoltre, la pubblica amministrazione non può chiedere ai concorrenti particolari qualificazioni con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli contenuti espressamente nel d.P.R. stesso. Spesso, questa disposizione viene disattesa con evidenti svantaggi per alcuni concorrenti. Se il bando di gara richiede, per l'ammissione ad una gara d'appalto, il possesso di requisiti eccessivamente onerosi che non trovano alcuna giustificazione nelle fonti normative, ciò rappresenta una indebita restrizione del mercato di cui è responsabile la stazione appaltante che ha predisposto il bando.

La collusione, inoltre, facilita le distorsioni delle gare d'appalto e le modalità con cui queste si realizzano sono molteplici: alcune attengono alla collusione tra imprese, intesa quale fattore facilitante della corruzione, altre, invece, riguardano specificamente ipotesi di corruzione dei funzionari.

Tra le prime, rientrano la presentazione di offerte plurime riconducibili ad un unico centro di interessi, la presenza di cartelli di imprese, di sistemi di turnazione (*bid rotation*) e di coordinamento delle offerte per gli appalti di rilevante importo, la presentazione di offerte caratterizzate da rialzi troppo elevati in modo da essere escluse a favore di un altro concorrente (*cover*

bidding), le cordate di imprese ed il coordinamento delle offerte al ribasso, il coordinamento al fine di predeterminare la partecipazione ad una gara, le condizioni di partecipazione o la spartizione dei lotti disponibili (*market allocation*), la presenza di subaffidamenti di varia natura contrattuale concessi ad imprese controllate, il ritiro delle offerte senza giustificato motivo (*bid suppression*).

Il novero delle seconde comprende la predisposizione di bandi di gara contenenti requisiti soggettivi od oggettivi pensati appositamente per escludere concorrenti non graditi, la violazione della segretezza delle offerte, il mancato controllo sui ribassi, sulla documentazione antimafia necessaria o sull'esecuzione dei lavori, la mancata autorizzazione di subappalti, l'ammissibilità di varianti in corso d'opera di valore superiore a quello di aggiudicazione, le pressioni indebite sul direttore dei lavori per gli appalti di minore entità, la predisposizione di bandi o capitolati "fotografia" o di "griglie di sbarramento tecnico" da parte dei pubblici funzionari responsabili.

Può affermarsi, quindi, che lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi sistemici che le istituzioni e gli stessi organismi internazionali considerano basilari per prevenire e combattere la corruzione. La necessità di un ruolo rafforzato dei regolatori nazionali appare, in tale contesto, necessario.

La lotta alla corruzione deve essere di sistema: selezione qualitativa e di merito non solo degli operatori, ma anche e sopra

tutto delle stazioni appaltanti, sulle quali esercitare controllo e vigilanza e valutazione dei risultati.

Occorrono, inoltre, più efficaci strumenti di coordinamento a livello anche giudiziario tra tutte le giurisdizioni che si occupano, a diverso titolo, della materia.

Le norme finora intervenute hanno affrontato il tema della prevenzione della corruzione in maniera asistemica: anche se la logica di fondo è ispirata da alcune idee utili a prevenire il fenomeno corruttivo negli appalti pubblici (inasprimento delle sanzioni, maggiori controlli sui centri di spesa degli enti locali, modifiche ad alcune norme “sensibili” del Codice dei contratti pubblici).

Le norme preventive di lungo periodo, sono state contenute nella (ormai datata) legge anti-corruzione n. 190/2012.

In tale contesto, si esplicano i compiti affidati dall’ordinamento alla Corte dei conti per la tutela della legalità e delle pubbliche risorse, per mezzo delle due funzioni tipiche di garanzia del controllo e della giurisdizione. E’ per questo che vanno bandite le limitazioni ai controlli, al regime di pubblicità e di concorrenza, che costituiscono l’*humus* anticoncorrenziale tipico dei contratti pubblici segretati e del ricorso a procedure di emergenza, tipiche dei “grandi eventi” e delle ricostruzioni susseguenti ad eventi calamitosi.

Una forma di controllo imparziale, quale quello della Corte dei conti, è svincolata dalla politica e proprio la terzietà di detto controllo è alla base della sua efficacia, ma deve poter essere svolto con strumenti incisivi sui contratti di maggiore rilevanza

economica, spesso non esercitabili così come attualmente strutturati e nei tempi brevi previsti per l'esercizio del controllo preventivo.

Del resto, la *ratio* degli interventi legislativi succedutisi a breve distanza di tempo risulta quella di dare massima attuazione ai principi di concorrenza e di *par condicio* - divenuti sempre più principi ispiratori della disciplina comunitaria degli appalti pubblici - e quindi di rendere obbligatorio il ricorso alle procedure di evidenza pubblica ai fini della scelta del contraente, salvi i casi, eccezionali e dunque di stretta interpretazione, consentiti dal legislatore comunitario.

Significativo dello stretto collegamento del fenomeno della corruzione con il settore dei contratti pubblici è il comma 16 dell'art. 1 della citata legge n. 190 del 2012, per cui le pubbliche amministrazioni assicurano il livello essenziale della trasparenza dell'attività amministrativa con particolare riferimento, tra l'altro, ai procedimenti di evidenza pubblica per la scelta del contraente, ai sensi del codice dei contratti pubblici, alla medesima stregua di quanto richiesto per la concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati.

A questo riguardo, un ruolo non secondario per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità deve essere svolto dalla giurisdizione della Corte dei conti. Ciò con la valorizzazione del principio, che costituisce uno degli assi portanti della novella legislativa, che responsabilizza la stessa dirigenza pubblica, oltre che gli organi politici di vertice delle amministrazioni, ad

approntare, anche attraverso appositi piani, misure idonee a prevenire la commissione di reati contro la pubblica amministrazione, riguardanti l'organizzazione interna, il razionale utilizzo del personale e l'attuazione dei meccanismi previsti dalla legge per garantire la trasparenza dell'attività amministrativa.

L'art. 1 comma 12, l. cit., ha previsto, infatti, che il dirigente responsabile della prevenzione della corruzione può essere chiamato a rispondere a titolo di responsabilità amministrativa (sia per danno patrimoniale che all'immagine della pubblica amministrazione) nel caso della commissione all'interno dell'Amministrazione di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, salvo che provi la predisposizione del piano anticorruzione, previsto dalla legge, e di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza dello stesso.

Una ulteriore e più specifica forma di garanzia che prevede la competenza delle Sezioni giurisdizionali della Corte dei conti è quella introdotta con la disposizione di cui all'art. 10 comma 7, del Regolamento di esecuzione ed attuazione Codice dei contratti pubblici.

Tale disposizione – peraltro finora disattesa – prevede l'obbligo, per il Responsabile Unico del Procedimento, di rendere il conto della gestione con conseguente applicazione, relativamente ai contratti di rilevanza comunitaria nei settori ordinari e a ogni altro contratto di appalto o di concessione che alla normativa propria di tali contratti faccia riferimento, delle disposizioni concernenti: i giudizi di conto e di responsabilità di cui al Titolo II, capo V, sez. I, r.d. n. 1214 del 1934, la forma delle istanze, dei ricorsi e dei

termini nei giudizi innanzi alla Corte dei Conti di cui al r.d. n. 1038 del 1933, l'art. 2, l. n. 20 del 1994.

2. L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici

La l. 23.06.2014, n. 89 di conversione, con modificazioni, del d.l. 24.04.2014, n. 66 si è occupata, tra l'altro, del risparmio e dell'efficientamento della spesa pubblica.

A detto fine, il Legislatore ha deciso di razionalizzare il sistema degli acquisti delle Amministrazioni aggiudicatrici, attraverso lo strumento dell'aggregazione delle loro domande. In altri termini, l'intervento legislativo si fonda sull'idea che, riducendo il numero di soggetti che possono bandire gare pubbliche e concentrando queste ultime in capo a pochi enti, si possa ottenere un miglioramento dell'efficienza degli stessi nello svolgimento di tali funzioni e una razionalizzazione della spesa pubblica.

Con tali obiettivi di risparmio, l'art. 9 della l. 89/2014, rubricato *“acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento”*, ha introdotto la figura dei *“soggetti aggregatori”*, disciplinando gli obblighi a questi connessi.

Come noto, le direttive comunitarie del 2004 in materia di contratti pubblici hanno avuto il merito di introdurre, in ambito europeo, la figura della centrale di committenza quale amministrazione aggiudicatrice che *“acquista forniture e/o servizi destinati ad altre amministrazioni aggiudicatrici”* o *“aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati ad amministrazioni aggiudicatrici”* (art. 1, paragrafo 10, della direttiva 2004/18/CE. Una definizione analoga

per i settori speciali è contenuta nell'art. 1, paragrafo 8, della direttiva 2004/17/CE).

Di conseguenza, il Legislatore europeo, pur lasciando liberi gli Stati membri di prevedere la possibilità per le proprie Amministrazioni aggiudicatrici di ricorrere alle centrali di committenza per l'acquisizione di lavori, forniture e servizi (art. 11, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE), ne dava una definizione e indicava la disciplina che le stesse erano tenute ad applicare (art. 11, paragrafo 2, della direttiva 2004/18/CE), nel rispetto della non discriminazione e della parità di trattamento (considerando n. 15, della direttiva 2004/18/CE).

L'atteggiamento dell'Unione è palesemente diverso nella direttiva 2014/24/UE (si tratta della c.d. direttiva appalti che ha abrogato la precedente direttiva 2004/18/CE ed è una delle tre nuove direttive europee sui contratti pubblici del 26.02.2014, insieme alla direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessioni e alla direttiva 2014/25/UE sui settori speciali, che abroga la precedente direttiva 2004/17/CE), in cui l'attenzione per le centrali di committenza è maggiore che in passato, pur sempre con significativi spazi di manovra per gli Stati membri.

La nuova direttiva appalti si inserisce all'interno di una politica europea affermatasi negli ultimi anni e fondata sull'idea che il miglioramento del settore dei contratti pubblici necessita anzitutto della "professionalizzazione" degli organi delle stazioni appaltanti.

Nella nuova direttiva appalti, il Legislatore europeo specifica che le centrali di committenza sono solo uno degli strumenti con cui le Amministrazioni possono procedere ad aggiudicare

congiuntamente gli appalti. Ne esistono, infatti, altri di carattere “*occasionale*”, che utilizzano sistemi di acquisizione non istituzionalizzati (considerando n. 71 della direttiva 2014/24/UE). Gli appalti congiunti occasionali permettono alle Amministrazioni coinvolte di perseguire gli stessi obiettivi di economia ed efficienza delle centrali di committenza, ma, data la loro natura temporanea, possono rivelarsi meno rischiosi per la concorrenza. Ed è per questo che, al di là delle centrali di committenza, due o più Amministrazioni aggiudicatrici “*possono decidere di eseguire congiuntamente alcuni appalti specifici*” (art. 38, paragrafo 1, della direttiva 2014/24/UE).

In questo modo, se è vero che l’aggregazione della domanda permette di ottenere “*economie di scala*” e un miglioramento della “*professionalità nella gestione degli appalti*”, al tempo stesso merita di essere adeguatamente monitorata per evitare collusioni all’interno delle Amministrazioni e garantire “*la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI*” (considerando n. 59 della direttiva 2014/24/UE). In tal senso, è necessario assicurare che le centrali di committenza e le Amministrazioni che ad esse ricorrono siano effettivamente responsabili per il proprio operato, ciascuno secondo l’attività svolta (considerando n. 69, della direttiva 2014/24/UE). L’Amministrazione rimane, infatti, responsabile per le parti di gara che, eventualmente, continua a gestire, come può accadere nel caso di un accordo quadro e nell’ambito di un sistema dinamico di acquisizione (art. 37, paragrafo 2, direttiva 2014/24/UE). In questo modo, viene assicurato un sistema adeguato, che ricollega la responsabilità all’effettività dell’azione.

Le centrali di committenza sono definite come Amministrazioni aggiudicatrici che forniscono “*attività di centralizzazione delle committenze e, se del caso, attività di committenza ausiliarie*” (art. 2, paragrafo 1, n. 16, della direttiva 2014/24/UE).

La grande novità apportata dal Legislatore europeo del 2014 consiste nel fatto che all’attività di centrale di committenza tradizionale, a carattere permanente e finalizzata all’acquisizione di servizi e forniture destinati ad altre Amministrazioni, anche attraverso gli accordi quadro, si affianca quella di committenza ausiliaria, che consiste nel dare supporto alle Amministrazioni aggiudicatrici, fornendo loro gli elementi necessari per gestire autonomamente le proprie procedure più complesse.

La centralizzazione delle stazioni appaltanti è collegata tanto al tema dell’efficienza degli affidamenti, quanto a quello della lotta alla corruzione.

L’aggregazione mira, invero, a risolvere non solo un problema di riduzione di spesa, ma anche, e soprattutto, ad aumentare le competenze delle stazioni appaltanti per assicurare una maggiore efficienza delle stesse nella scelta del contratto e del contraente.

La disciplina dell’accorpamento dei soggetti aggiudicatori può essere meglio compresa se si considera che nella materia dei contratti pubblici vi sono due possibili patologie.

Da un lato, vi è il pericolo dell’inefficienza dell’Amministrazione che si traduce nell’affidamento di contratti inefficienti con, ad esempio, eccessi di spesa, qualità scadente, prestazioni rese inutilmente. La disciplina dei contratti pubblici dovrebbe, in primo

luogo, garantire l'efficienza, ovvero il buon risultato (*performance*) del contratto, in termini di spesa, qualità e tempestività. La disciplina comunitaria, da ultimo novellata dalle nuove direttive del 2014, si occupa essenzialmente di questo problema, in relazione alla fase dell'affidamento, unica fase di interesse del Legislatore comunitario in quanto rilevante per la concorrenza e l'apertura del mercato.

Dall'altro lato, vi è il rischio che si verifichino fenomeni corruttivi, problema di per sé molto grave, assai frequente nel nostro ordinamento.

Vale la pena rilevare che la preoccupazione principale del Legislatore comunitario è quella dell'efficienza delle scelte dell'Amministrazione, perseguita attraverso la grande flessibilità dell'aggiudicazione con ampi spazi per le modifiche dell'oggetto del contratto in corso di esecuzione. Il Legislatore europeo non rinuncia all'efficienza delle procedure e sposta la lotta alla corruzione su misure esogene, diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa (ad esempio, quelle finalizzate a prevenire i conflitti di interesse), senza però entrare nel merito delle stesse e lasciando gli Stati membri di adottare le opportune soluzioni.

In Italia, invece, per molto tempo, a partire dalla legge 109/1994 (c.d. Merloni), si è creduto che la corruzione potesse essere ostacolata attraverso l'irrigidimento di procedure amministrative e modelli contrattuali e con la creazione di automatismi tali da impedire l'esercizio della discrezionalità amministrativa. Tale atteggiamento è stato giustificato con la preoccupazione che le

procedure flessibili e le negoziazioni si possano prestare facilmente a fenomeni di corruzione e collusione.

Si è però visto che la limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento e modelli contrattuali esattamente calibrati sul contratto da aggiudicare e eseguire.

Solo negli ultimi tempi, sembra che il Legislatore abbia preso atto che la corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure esterne alle procedure di affidamento. La gara deve avere come unico obiettivo quello di selezionare la migliore offerta possibile. Fuori dalla gara, occorre individuare misure contro la corruzione.

Da ultimo, con d.l. 26.06.2014, n. 90, convertito in l. 11.08.2014, n. 114, il Governo ha emanato disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici introducendo, tra l'altro, misure di controllo preventivo (art. 29), misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture (artt. 30-35-37)) e, nell'ambito di queste, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese (art. 32), affidandone l'attuazione al Presidente dell'ANAC e al Prefetto competente. Da ultimo, in data 15.07.2014, è stato adottato di concerto tra l'ANAC (che ha assorbito la soppressa Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici) e il Ministro dell'Interno un Protocollo di intesa contenente Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC - Prefetture UTG - Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa.

Tutte le misure appena citate mostrano un apprezzabile cambio di strategia del Legislatore rispetto alla lotta alla corruzione.

3. Le varianti in corso d'opera

Nella fase di esecuzione del contratto di appalto rilevano due interessi potenzialmente confliggenti. Da un lato, vi è l'interesse del committente ad ottenere una prestazione conforme alle modalità pattuite e alle regole dell'arte, cui si aggiunge quello a non sopportare maggiori spese non volute o, addirittura, al di fuori delle sue possibilità economiche; dall'altro, va considerato l'interesse dell'appaltatore all'ottenimento di un corrispettivo proporzionato all'opera effettivamente realizzata e a non incorrere in sanzioni conseguenti alla violazione di regole professionali.

Per le varianti in corso di esecuzione vige il principio della tassatività: le stazioni appaltanti possono consentire varianti in corso d'opera unicamente se ricorre uno o più casi elencati nel Codice (art. 132, comma 1). Il rischio di corruzione è elevato, in relazione alle varianti, poiché il funzionario corrotto o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante non supportata da verificabili ragioni di fatto: la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto rappresenta un indice del rischio.

Per quanto concerne le varianti c.d. "migliorative", ossia quelle varianti in aumento o in diminuzione che hanno lo scopo di migliorare la funzionalità dell'opera, sono ammesse solo se ricorrono circostanze sopravvenute ed imprevedibili che le rendono obiettivamente necessarie. La loro disciplina è, perlopiù, demandata al regolamento attuativo del Codice. Sono queste varianti che, se approvate, consentono o un aumento del prezzo

della prestazione o un risparmio per l'appaltatore, il quale potrebbe accordarsi occultamente con il direttore dei lavori e con il responsabile unico del procedimento al fine di ottenere i vantaggi del caso.

Si può facilmente immaginare come le varianti, comportando l'aumento dell'importo da corrispondere all'appaltatore mediante l'utilizzo di somme già accantonate per imprevisti o generate dai ribassi ottenuti in sede di gara, possano prestarsi ad utilizzi occulti e al pagamento di tangenti. Per l'appunto, si può ritenere, quale dato pacifico e incontrovertibile, che l'uso improprio delle varianti copra parte della corruzione nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno lievitare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici.

Orbene, quantunque sia da valutare con favore l'introduzione nell'ordinamento di settore dell'art. 37 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114 – secondo cui *“le varianti in corso d'opera di cui al comma 1, lettere b), c) e d) dell'articolo 132 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 sono trasmesse...all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza”* – desta forti perplessità la vaghezza contenutistica della disposizione in merito all'esito di un tale procedimento, fino ad adombrarne un inutile “aggravamento”, a fronte di altra disposizione contenuta nell'ordinamento stesso fin dal regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. Quest'ultima, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 10 del DPR n. 207/2010 (di cui s'è detto al par. 1), è rimasta fino ad ora

inspiegabilmente inattuata, nonostante la sua portata, ben più ampia della disposizione in argomento e come tale comprensiva di quest'ultima, avallando il sospetto che il nostro ordinamento sia sempre più conforme alla logica gattopardesca, secondo la quale *“è necessario che tutto cambi, acciocché tutto rimanga com'è”*.

4. Le procedure concorsuali di scelta dei contraenti della P.A. quale affermazione del diritto comunitario della concorrenza e limite naturale dei fenomeni di corruzione

La disciplina degli appalti costituisce sempre di più uno strumento fondamentale di crescita per le pubbliche amministrazioni teso a coniugare i profili economici dell'agire pubblico e i fattori sociali coinvolgenti l'esercizio del potere. Ma un tale strumento per essere davvero funzionale all'interesse pubblico deve garantire la competitività attraverso l'impiego di trasparenti procedure concorsuali di scelta degli affidatari delle commesse pubbliche. Il principio di concorrenza che da esse promana deve quindi indurre ad un ripensamento del rapporto tra istituzioni pubbliche in un costante processo di europeizzazione delle regole atto ad inverare il principio di buon andamento espresso dall'art. 97 Cost.: troppo spesso proclamato e non sempre conseguito.

In Italia gli appalti, strumentali all'esecuzione di opere ed al reperimento di beni e servizi da parte delle singole amministrazioni, sono progressivamente divenuti, grazie al diritto comunitario della concorrenza, un mezzo di concreta attuazione degli obiettivi e dei principi dell'UE, fatti propri dal nostro ordinamento con il D.Lgs. n. 163 del 12 aprile 2006 (Codice dei contratti pubblici); di talché, i fenomeni di crescente corruzione, ai

quali assistiamo da tempo, rappresentano una vera regressione alle origini della contrattualistica pubblica nazionale, risalenti alla legge di contabilità dello Stato (R.D. n. 2440/1923 e relativo regolamento di attuazione, R.D. n. 827/1924), con la quale le modalità di acquisto di beni e servizi erano unicamente intese a tutelare dal malaffare le amministrazioni pubbliche, esclusivamente sotto il profilo economico e finanziario.

Ciò costituisce un evidente *vulnus* ai principi di buon andamento ed imparzialità declinati dall'art. 97 Cost. ed una ancor più evidente trasgressione della disciplina comunitaria degli appalti, basata sulla concorrenza (nella più ampia declinazione della libertà di prestazione di servizi, di stabilimento delle imprese, del divieto di discriminazione e di restrizione nelle procedure ad evidenza pubblica), la cui tutela è stata più volte ribadita dalla Corte di giustizia e la cui nozione di matrice comunitaria è stata posta in evidenza dalla Corte Costituzionale (si vedano le sentenze n. 401 del 2007; n. 270, n. 232 e n. 45 del 2010; n. 314 e n. 148 del 2009; n. 63 del 2008; n. 430 e n. 401 del 2007; n. 272 del 2004; n. 310 del 2010 e n. 38 del 2013).

Da qui l'importanza per le amministrazioni pubbliche di efficaci controlli interni sulla stretta osservanza degli obblighi in vigore in materia di trasparenza e di pubblicità, con particolare riferimento ai procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi (occorre ricordare in proposito che l'art. 11 del D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150 e, più di recente, l'art. 1, comma 15, L. 6 novembre 2012, n. 190 (Legge anticorruzione), qualificano la trasparenza dell'attività amministrativa "*livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, comma 2, lettera m), della Costituzione*",

facendola assurgere a vero e proprio valore di rango costituzionale.

Va richiamata, in questo senso, l'attenzione su due strumenti preziosi affidati dalla legge all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC) proprio per monitorare e garantire il principio di trasparenza negli appalti e, quindi, favorire il contenimento dei fenomeni corruttivi. Il riferimento è, in particolare, alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici e all'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti.

La prima, introdotta dall'art. 6-*bis*, comma 1, D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, con entrata in vigore dal 1° gennaio 2013, è stata istituita al fine di creare un sistema centralizzato presso l'AVCP alla quale devono essere trasmessi tutti i documenti comprovanti il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico organizzativo ed economico finanziario necessari per la partecipazione alle procedure di cui al Codice degli appalti.

L'AVCP, per arginare gli oneri amministrativi e il contenzioso legato al sistema di autocertificazione in vigore, ha predisposto un sistema di verifica *online* del possesso dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento: Authority Virtual Company PASSport (AVCPASS), in vigore dal 1° gennaio 2014. Grazie ad esso è possibile verificare in tempo reale il possesso dei requisiti con un'importante semplificazione del procedimento e riduzione degli oneri per le imprese.

Anche il secondo strumento, l'Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti (prevista dall'art. 33-*ter* D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella L. 17 dicembre 2012, n. 221), è entrato in vigore dal 1° gennaio 2014, sempre con l'intento di favorire la

realizzazione di un sistema di appalti trasparente nel quale sia possibile conoscere e classificare le stazioni appaltanti operanti sul territorio.

Ma la novità di più recente rilievo è costituita dal fatto che l'Unione Europea, con l'emanazione della direttiva del 15 gennaio 2014, ha avviato un nuovo corso, che concorrerà senz'altro a restringere ulteriormente i perduranti spazi di opacità delle amministrazioni appaltanti.

Gli Stati membri saranno, infatti, obbligati a recepire nella legislazione nazionale le nuove disposizioni che modificano le norme attuali sugli appalti pubblici comunitari con la conseguenza che nel nostro ordinamento si renderà necessario un nuovo e invasivo intervento sul Codice dei contratti pubblici e sul relativo Regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al DPR 5 ottobre 2010, n. 207.

La nuova direttiva in materia di appalti pubblici giustifica, infatti, l'intervento di modifica della disciplina vigente con l'esigenza di *“incorporare alcuni principi della giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia dell'Unione europea”* e prosegue nella linea già intrapresa su trasparenza, semplificazione e innovazione.

In più passaggi, infatti, a partire dal considerando 45 per arrivare, poi, al 58 e al 90, trasparenza e tracciabilità dei processi ricorrono come condizione per il rispetto del principio della parità di trattamento e per la tutela della concorrenza nonché, considerando 126, *“come strumento per garantire procedure leali e combattere le frodi”* e per favorire la semplificazione amministrativa attraverso informazioni complete e di qualità.

A seguire sono state pubblicate le tre direttive “gemelle” sugli appalti e sulle concessioni, che si pongono sullo stesso sentiero della precedente emanata a gennaio (in G.U.U.E. n. L/94 del 28 marzo 2014).

Ci si riferisce alle Dir. 2014/24/UE (COM (2011) 896) e 2014/25/UE (COM (2011) 895), rispettivamente relative agli appalti pubblici e alle utilities e alla Dir. 2014/23/UE (COM (2011) 897), decisamente innovativa, che detta nuovi criteri per le aggiudicazioni dei contratti di concessione.

Con tali nuove direttive l’Unione europea, nel confermare la volontà di costruire un sistema teso a favorire la concorrenza e combattere la corruzione, intende perseguire ulteriori obiettivi di semplificazione e linearità della disciplina attualmente vigente.

Si attende, quindi, un nuovo e decisivo intervento del Legislatore nazionale sull’attuale Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163) e sul suo Regolamento di attuazione ed esecuzione (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), che si auspica possa porre rimedio anche alle importanti criticità che oggi li caratterizzano.

Le novità apportate dall’Unione rappresentano, infatti, un ulteriore passo avanti nel percorso di semplificazione delle gare e della trasparenza, arma preziosa contro le pericolose criticità procedurali che facilitano il rischio corruzione.

In particolare, il legislatore europeo introduce il principio delle “*gare sempre*” per appalti e concessioni “*salvo casi espressamente previsti*”, al fine di favorire la concorrenza e arginare il pericoloso ricorso alle deroghe estemporanee, costituenti terreno fertile di

coltura della corruzione; la centralizzazione delle stazioni appaltanti per evitare che la frammentazione renda più complessa l'individuazione dei responsabili dei processi; un miglioramento delle condizioni di accesso al mercato degli appalti e delle concessione pubbliche per le P.m.i.; la “*riduzione degli oneri documentali*” a carico dei soggetti partecipanti alle gare; la “*revisione*” delle S.o.a. e del sistema di qualificazione; l'introduzione del *débat public* alla francese per la consultazione dei cittadini e del territorio sui progetti (che ripropone il tema di scottante attualità della consultazione pubblica per la realizzazione delle opere di interesse strategico, come nel caso della Val di Susa legato al problema della realizzazione della linea ferroviaria ad Alta Velocità); un rafforzamento del “*dialogo competitivo*” ex art. 58 del Codice dei contratti, anteriore alla fase della gara con la partecipazione dei “*portatori qualificati di interessi*”.

A queste innovazioni, sempre in materia di appalti, si aggiunge l'introduzione di metodi di risoluzione delle controversie alternative al rimedio giurisdizionale anche per la fase della gara e dell'aggiudicazione; di strumenti finanziari innovativi e incentivi per il *project financing* e per la partecipazione dei capitali privati.

In materia di concessioni, invece, l'introduzione, per la prima volta, di una terza direttiva dedicata, permette la definizione di un quadro giuridico della materia più chiaro e un maggior dettaglio della procedura di aggiudicazione; l'applicazione della normativa per concessioni di servizi e di lavori con valore pari o superiore ad euro 5.000.000,00; la definizione più precisa di “*contratti di concessione*” con particolare riferimento al concetto di “*rischio operativo sostanziale*”; infine, la qualificazione puntuale dell'*in house providing* attraverso la precisazione dei casi in cui i contratti

di concessione non sono soggetti all'applicazione delle norme sull'aggiudicazione delle concessioni.

Le nuove direttive ridefiniscono anche i criteri di aggiudicazione. Il principio dell'equivalenza tra prezzo più basso e offerta più vantaggiosa viene superato. L'orientamento verso gli appalti di qualità porta il legislatore comunitario ad attribuire un ruolo centrale al criterio di aggiudicazione dell'“*offerta economicamente più vantaggiosa*” che risulta nettamente privilegiato e diversamente denominato, quale criterio del “*miglior rapporto qualità/prezzo*”. Agli Stati membri viene consentito addirittura di proibire o limitare il ricorso al solo criterio del prezzo o del costo per valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa qualora lo ritengano opportuno. Il criterio del massimo ribasso non è abolito formalmente, ma il suo utilizzo, nelle nuove direttive, risulta drasticamente ridimensionato.

Occorre, tuttavia, considerare che la gestione del criterio del “*miglior rapporto qualità prezzo*” è certamente più impegnativa rispetto al prezzo più basso e richiede stazioni appaltanti più attrezzate, più qualificate, ma anche più controllate, considerando il rischio di corruzione laddove prevale una maggiore soggettività di giudizio e una maggiore discrezione.

Le nuove direttive, inoltre, non si limitano ad attribuire la facoltà alle stazioni appaltanti di autorizzare varianti in sede di offerta ma le richiedono e le esigono, privilegiando un orientamento verso la massima partecipazione del *know-how* delle imprese concorrenti. Ed anche questo richiede un sapere tecnico degli organi delle stazioni appaltanti in grado di resistere a possibili tentativi di corruzione. Anche le nuove procedure di gara, sempre più

flessibili, sempre più dinamiche, introdotte dalle direttive comunitarie, responsabilizzano ulteriormente le amministrazioni aggiudicatrici.

La procedura competitiva con negoziazione sostituisce la vecchia procedura negoziata con pubblicazione di bando. Essa è prevista se ricorrono determinati presupposti : a) nel caso in cui le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici non possano essere soddisfatte senza l'adattamento di soluzioni immediatamente disponibili; b) laddove esse implicino progettazione o soluzioni innovative; c) nel caso in cui l'appalto non possa essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi; d) laddove le specifiche tecniche non possano essere stabilite *ex ante* con sufficiente precisione.

La procedura competitiva con negoziazione ha un obiettivo chiaro: apre spazi maggiori di flessibilità e discrezionalità alle amministrazioni in modo da individuare un'offerta pienamente rispondente alle esigenze della pubblica committenza. Ma il ricorso a questo modello richiede una profonda professionalizzazione degli operatori: occorre innanzitutto conoscere perfettamente le esigenze della stazione appaltante e poi essere in grado di gestire la negoziazione con competenza e in modo equo e trasparente.

La funzione delle negoziazioni, che possono riguardare tutte le caratteristiche dei lavori, forniture e servizi, è infatti quella di migliorare le offerte adeguandole, quanto più possibile, alle specifiche esigenze delle amministrazioni. Ma le negoziazioni,

particolarmente quelle orientate allo sviluppo di nuove soluzioni, richiedono abilità e competenze degli operatori pubblici, oltre che trasparenza per evitare che la flessibilità possa favorire derive oscure ed interessi opachi.

Tra le principali novità delle nuove direttive europee su appalti e concessioni va senza dubbio rilevata la possibilità di rinegoziazione del contratto aggiudicato. Ma anche questa ulteriore flessibilità, consentita solo a seguito di una serie di circostanze precisamente elencate, chiama anch'essa i soggetti pubblici ad un maggiore senso di responsabilità, ad una maggiore efficienza e competenza.

Tra i principali elementi di novità delle nuove direttive, c'è il nuovo quadro normativo sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, che costituisce di per sé una novità di grandissimo rilievo sistematico che va a colmare un vuoto disciplinare che non ha favorito il mercato.

Il diritto di gestire i lavori o i servizi oggetto del contratto comporta il trasferimento al concessionario del c.d. "*rischio operativo sostanziale*"; ciò avviene nel caso in cui non sia garantito il recupero degli investimenti effettuati o dei costi sostenuti per la gestione dell'opera o dei servizi.

E' evidente, quindi, che le nuove direttive europee richiedono una maggiore professionalità nella gestione degli appalti e delle concessioni e che il concetto di "*stazioni appaltanti*" che il legislatore comunitario ha in mente è profondamente differente dalla situazione attuale della committenza pubblica in Italia.

Il legislatore comunitario ha in mente un numero ridotto di stazioni appaltanti, fortemente professionalizzate, con tecnologie e risorse umane adeguate, completamente informatizzate, con notevoli capacità negoziali, in cui accentrare tutti i controlli di trasparenza e legalità. Ciò al fine di assicurare la migliore qualità ed efficienza della spesa pubblica ma anche al fine di prevenire i fenomeni di corruzione nelle procedure di affidamento.

Il disegno di legge, recante la delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo finalizzato a dare attuazione alle nuove direttive europee del Parlamento e del Consiglio del 26 febbraio 2014, prevede esplicitamente, tra i criteri di delega la *“razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, contenimento dei tempi, piena verificabilità dei flussi finanziari anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti e l'introduzione di misure volte a contenere il ricorso a variazioni progettuali in corso d'opera”*.

5. Il ruolo della Corte dei conti¹

Dal quadro di insieme sopra delineato, emerge l'imprescindibile esigenza di tutela della *“concorrenza per il mercato”* consistente nell'adempimento dell'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici – *lato sensu* intese ai sensi dell'art. 3, commi 25-34 del D.Lgs. n. 163/2006 – di procedere alla soddisfazione delle

¹ Questo paragrafo è tratto dal contributo dello scrivente alla memoria (pp.135-159) depositata dal Procuratore Generale, in occasione del giudizio di parifica svolto, dinanzi alle Sezioni Riunite della Corte dei conti nell'udienza del 25 giugno 2015, sul rendiconto generale dello Stato 2014.

proprie esigenze mediante l'affidamento di un contratto pubblico ad un soggetto selezionato attraverso un'apposita procedura di gara.

Al riguardo, fermo restando che l'ordinamento, sia comunitario che nazionale, sancisce in maniera specifica che l'affidamento di un contratto pubblico deve avvenire mediante procedure ad evidenza pubblica, relegando le ipotesi in cui è possibile non procedere in tal senso a mere eccezioni, rileva quanto sostenuto dall'AGCM (Segnalazione AS 222 - Disciplina dei servizi pubblici locali) in ordine al fatto che l'aggiudicazione mediante gara, attuando il principio della “*concorrenza per il mercato*”, costituisce il solo valido strumento di individuazione del soggetto a cui affidare l'esecuzione dei lavori, forniture o servizi.

Ne consegue che, anche nel rispetto della posizione assunta al riguardo dall'ordinamento comunitario, il ricorso all'affidamento diretto costituisce un'ipotesi del tutto eccezionale, giustificata solo in particolari condizioni economiche e tecniche.

Per questo si rende necessario che il legislatore nazionale riconosca uno specifico ruolo alla Corte dei conti, *sub specie* di *interpositio legislatoris* ex art. 103, secondo comma della Costituzione, e l'occasione potrebbe essere quella di tipizzare la fattispecie di “*danno alla concorrenza*” di elaborazione pretoria, alla medesima stregua di quanto fatto per il “*danno all'immagine*” – anch'esso di derivazione pretoria – con l'art. 1, comma 62 della legge n. 190/2012, che ha inserito nel corpo dell'art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, dopo il comma 1-*quinquies*, il comma 1-*sexies*, secondo il quale “*nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante*

dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente”.

Val la pena, a questo riguardo, richiamare: 1) la sentenza n.11031/08, con la quale la Corte di Cassazione ha statuito che *“nel contratto di appalto pubblico l’omissione della gara prescritta dalla legge per l’individuazione del contraente privato comporta la nullità del contratto per contrasto con norme imperative”*, aggiungendo che, a seguito della declaratoria di nullità, all’appaltatore *“eventuali restituzioni potevano spettare soltanto in forza di azione di ripetizione dell’indebito o di indebito arricchimento”*; 2) la sentenza n. 3672/2010, con la quale la suprema Corte ha ribadito che *“l’elusione delle garanzie di sistema a presidio dell’interesse pubblico prescritte dalla legge per l’individuazione del contraente privato più affidabile comporta la nullità del contratto per contrasto con le relative norme inderogabili ... e conseguentemente non dovuti, dagli enti, i compensi sulla base di questo erroneamente riconosciuti...”*.

La Cassazione, con la sentenza n. 3672/2010 ha, inoltre, stabilito che se la violazione di dette norme imperative *“è stata altresì preordinata alla conclusione di un contratto le cui reciproche prestazioni sono illecite e la cui condotta è assolutamente vietata alle parti e penalmente sanzionata nell’interesse pubblico generale - che nel reato di corruzione è il buon andamento e l’imparzialità dell’amministrazione - la nullità per contrasto con norme imperative sussiste anche sotto tale ulteriore profilo, e deve esser dichiarata onde impedire che dalla commissione del reato*

derivino ulteriori conseguenze”, per cui “non sono dovuti, dagli enti, i compensi”.

In linea con detti principi giurisprudenziali, possono trarsi le seguenti conclusioni: 1) le norme di evidenza pubblica sulla concorrenza sono imperative; 2) la loro violazione comporta la nullità del contratto; 3) dalla nullità del contratto discende la non debenza, da parte della P.A., di compensi a favore del privato contraente, se non nei limiti dell’arricchimento senza causa; 4) l’esborso di somme eccedenti tali limiti costituisce danno erariale; 5) il pubblico funzionario che, per dolo o colpa grave, autorizza una gara in violazione delle norme imperative sulla tutela della concorrenza, con conseguente declaratoria incidentale di nullità del contratto, è responsabile del danno erariale conseguente all’indebito pagamento al privato contraente di somme eccedenti l’arricchimento senza causa.

In tal caso, è nell’assenza di un titolo, idoneo a giustificare il contratto posto in essere ed a fondare la spesa pubblicistica, che si consuma la responsabilità amministrativa-contabile in discorso.

L’utile di impresa incassato dall’operatore economico rappresenta - in considerazione dell’invalidità del contratto di affidamento – una prestazione *sine titulo* (trattasi, appunto, dell’eccedenza rispetto all’arricchimento. senza causa *ex art. 2041 c.c.* di cui ha beneficiato la p.a.) e come tale, per ciò solo, costituisce evento di danno ascrivibile alla fattispecie di responsabilità erariale in discorso.

In detta fattispecie, in sintesi, si configura un danno erariale, assumendosi come priva di causa la spesa pubblicistica a remunerazione dell’utile di impresa, dovendo l’esborso della p.a.

considerarsi “*autorizzato*” nei soli limiti dell’arricchimento (senza causa) dell’ente pubblico conseguente all’avvenuta esecuzione (e favorevole collaudo) dei lavori, del servizio, della fornitura, ecc.

In tal caso, in effetti, è proprio nell’assenza di un titolo (nullità del contratto) della spesa pubblicistica, remunerante l’utile dell’operatore economico, che si perfeziona il danno erariale.

Peraltro, può osservarsi *per incidens*, per detta tipologia di illecito, che appare, per così dire, “*codificato*” anche il requisito psicologico della “*colpa grave*” necessario per un addebito di responsabilità amministrativa.

Si deve rammentare, infatti, che, ai sensi dell’art. 121 del codice del processo amministrativo di cui al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104 rubricato “*Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni*”, l’omessa gara ovvero la stipula di un contratto di affidamento a trattativa privata in assenza delle condizioni di legge integra proprio una di quelle violazioni più “*gravi*” delle fondamentali regole concorrenziali; disposizione, dunque, che appare senz’altro idonea a recare un pregnante “*valore dimostrativo*” nel processo erariale, in punto di requisito psicologico della responsabilità contabile, *sub specie*, appunto, di colpa “*grave*”.

Al riguardo, val la pena rammentare che da tempo i giudici contabili – pur tra le inevitabili oscillazioni della giurisprudenza (diceva, infatti, Salvatore Satta che se la forza della Matematica è quella di NON essere un’opinione, la forza del Diritto è quella di ESSERLO) – ai fini della quantificazione del “*danno alla concorrenza*” mutuano il criterio “*dell’utile di impresa*”, già utilizzato anche dalla giurisprudenza amministrativa per la

quantificazione del risarcimento danni spettanti alla impresa pretermessa .

In applicazione di tale criterio, dunque, il “*danno alla concorrenza*” potrebbe essere tipizzato dal legislatore, mutuando quanto già fatto per il “*danno all’immagine*”, con l’inserimento nel corpo dell’art. 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20 di un ulteriore comma del seguente tenore: “*nel giudizio di responsabilità, l’entità della sanzione da comminare agli organi dell’amministrazione appaltante per il danno alla concorrenza da essi causato, derivante da una aggiudicazione definitiva avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, è pari ad una percentuale variabile, a seconda della gravità della violazione accertata, dal 5 al 10% del valore dell’appalto qualora si tratti di lavori e dall’1 al 5% qualora si tratti di forniture di beni e servizi*”.

Ciò potrebbe portare a rilevanti e concreti risultati di dissuasione dell’attività illecita dei pubblici funzionari nella gestione delle gare pubbliche, con condanne risarcitorie esemplari, tanto più necessarie in un momento nel quale si avverte il rischio reale della corruzione *in subiecta materia*.

