

CONTROLLI TRADIZIONALI E DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

(considerazioni e spunti di riflessione)

Il sistema dei controlli sui contratti pubblici

La forte esigenza di legalità – in questi ultimi tempi più volte sostenuta, quantomeno a parole – e la stretta connessione tra legalità e contrasto alla corruzione hanno riportato alla ribalta il tema dei controlli, come possibile strumento per superare la situazione di emergenza che è resa evidente pressoché quotidianamente dalle inchieste giudiziarie.

Ma sarebbe sicuramente antistorico oggi ritenere l'attività di controllo come mero strumento di una legalità formale, e non anche come strumento che consente la crescita del mercato "sano", nell'ottica che le norme comunitarie ci prospettano oramai da decenni.

Il tema dunque richiede un approccio che non si limiti all'esposizione dei "controlli tradizionali", ed al loro ruolo ma che, pur muovendo da questi, tenga conto delle esperienze anche negative finora maturate e delle indicazioni comunitarie, nella prospettiva di aumentare il tasso di legalità complessiva e favorire le imprese corrette troppo spesso, anche se silenziosamente, marginalizzate.

Muovendo dal sistema dei controlli tradizionali, quali storicamente posti e modificati, e verificata la situazione attuale, appare necessario pertanto trovare le modalità per superare o quantomeno ridurre le attuali criticità.

Nella collettività – molto spesso oggetto di una insufficiente o scorretta informazione – ma talvolta anche tra operatori qualificati si è nel tempo radicata l'opinione che i fenomeni negativi cui si assiste derivino da un cattivo funzionamento dei controlli, di cui viene da più parti segnalata l'eccessività, la sovrapposizione, con affermazione conclusiva della loro inutilità anche per l'impatto negativo sulla tempestività dell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Questa opinione è fondata, lo si deve riconoscere, su alcuni dati di fatto veri, fatti che peraltro costituiscono solo una parziale e limitata rappresentazione della realtà, e ad un'obiettiva valutazione dei problemi non ha certo giovato il voler associare o addirittura identificare la difesa dei controlli di legittimità con una difesa corporativa del ruolo e dei "privilegi" della Corte dei conti.

Si è radicata, nel tempo anche l'opinione che i controlli di legittimità fossero sostanzialmente inutili in quanto garanzia di una mera "legittimità formale", senza considerare che da un lato un controllo di legittimità correttamente espletato è diretto ad accertare non il mero rispetto delle forme, ma anche la conformità dei "contenuti" alle finalità delle norme, dall'altro che analoga affermazione potrebbe essere sostenuta anche nei confronti della valutazione di legittimità operata dal giudice amministrativo, confinata nei limiti dei motivi di ricorso.

Occorre quindi, sia pur brevemente, ricordare qual è il sistema attuale dei controlli sull'attività contrattuale della Pubblica amministrazione, nelle sue varie articolazioni, per verificarne lo stato di

attuazione e l'efficacia, anche a fini di prevenzione di fenomeni distorsivi dell'esercizio delle pubbliche funzioni e della concorrenza nel mercato.

Il punto di partenza è costituito storicamente dal controllo preventivo di legittimità, connotato dall'effetto impeditivo dell'efficacia dell'atto che non venga valutato positivamente al termine del procedimento di controllo.

A seguito della riforma dell'attività di controllo della Corte dei conti (e dopo il tentativo, in uno dei decreti legge susseguitisi nel 1993 di introdurre la legittimazione del Procuratore della Corte dei conti ad impugnare gli atti illegittimi davanti al giudice amministrativo), per le Amministrazioni dello Stato, l'art. 3 della L. 14 gennaio 1994 n. 20 dispone l'assoggettamento al controllo preventivo di legittimità, tra gli altri, dei provvedimenti del CIPE e dei decreti che approvano contratti delle amministrazioni dello Stato, escluse le aziende autonome, se attivi di qualunque importo e se passivi quando d'importo superiore alla soglia comunitaria per quelli relativi a lavori e di valore superiore a un decimo di tale soglia per gli altri contratti nonché per gli "atti che il Presidente del Consiglio richieda di sottoporre temporaneamente a controllo preventivo o che la Corte deliberi di assoggettare, per un periodo determinato, a controllo preventivo in relazione a situazioni di diffusa e ripetuta irregolarità rilevate in sede di controllo successivo".

Al riguardo si deve peraltro osservare che non erano mancate, in dottrina, critiche al mantenimento del controllo sui provvedimenti di approvazione dei contratti, in quanto provvedimenti di gestione rientranti nella competenza dei dirigenti, laddove la Costituzione all'art. 100 secondo comma prevede il controllo preventivo di legittimità "sugli atti del Governo".

Quanto al controllo di atti su richiesta del Presidente del Consiglio o in base a delibera della Corte dei conti, non risulta che sia stato mai attivato.

Concreta attuazione ha avuto, al contrario, il controllo su segmenti dell'attività contrattuale esercitato nell'ambito del controllo sulla gestione previsto dallo stesso art. 3 quarto comma, controllo che ha avuto ad oggetto, nel tempo, rilevanti fenomeni quali quelli relativi alla realizzazione delle metropolitane di Roma e Milano, del passante di Mestre, delle opere infrastrutturali dei porti, dei lavori delle "grandi stazioni", del sistema delle barriere della laguna di Venezia. Proprio quest'ultima fattispecie, oggetto di una deliberazione del 2009, è emblematica della sostanziale inadeguatezza dello strumento del controllo sulla gestione ad evitare illegittimità (oltre che illiceità di rilievo penale) e ad assicurare l'efficienza, ove si considerino le indagini dell'Autorità giudiziaria ordinaria sviluppate in questi ultimi due anni.

In proposito, la previsione dell'ottavo comma dello stesso art. 3 – secondo cui nell'ambito del controllo sulla gestione la Corte dei conti può chiedere alle amministrazioni pubbliche non territoriali il riesame di atti ritenuti non conformi a legge, con obbligo di dette amministrazioni di trasmettere gli atti adottati a seguito di riesame – non ha dimostrato alcuna concreta efficacia.

Nell'ambito del cosiddetto "controllo collaborativo" deve essere ricordata anche la possibilità per le Regioni e gli Enti locali di chiedere alle Sezioni regionali di controllo della Corte "pareri in materia di contabilità pubblica", ai sensi dell'art. 7 della L. 5 giugno 2003 n. 131. Pur trattandosi in questo caso di un'attività non riconducibile ad alcuna delle figure "tipizzate" di controllo, si deve rilevare come sempre più frequentemente i pareri richiesti attengano all'attività contrattuale, con particolare

riguardo a quelle tipologie di contratti innovativi (specialmente il leasing immobiliare e il contratto di disponibilità) per i quali mancano consolidati orientamenti della giurisprudenza del giudice amministrativo e che, per le concrete modalità di determinazione dell'oggetto, possono presentare aspetti problematici non solo sotto il profilo della regolarità finanziaria, ma della stessa legittimità.

In questi casi il “parere” reso dalla Sezione di controllo viene a costituire, talvolta, l'unico “precedente” che diviene sostanzialmente la linea-guida cui le Amministrazioni si adeguano, con un'efficacia che richiama, sia pur in maniera attenuata, la situazione del “caso-pilota” che veniva a determinarsi presso le Amministrazioni statali a seguito delle deliberazioni della Sezione di controllo sulla legittimità degli atti assoggettati a controllo preventivo.

Il Codice dei contratti pubblici, adottato col DPR 12 aprile 2006 n. 163, più volte modificato con interventi sconsiderati e contraddittori, (cui è seguito a distanza di 4 anni, il DPR 2010 n. 207, contenente il regolamento di attuazione), all'art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento) – dopo aver disciplinato ai commi 10, 10-bis e 10-ter il termine dilatorio e gli effetti della proposizione del ricorso – al comma 11 dispone che “Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori”, con una formula necessariamente generica che, con il richiamo alle norme proprie delle stazioni appaltanti si riferisce a quel sistema dei controlli il cui ambito è limitato, come già in precedenza rilevato.

Il successivo art. 12, dopo aver previsto al primo comma l'approvazione dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante, ed al secondo comma che il contratto stipulato è soggetto all'eventuale approvazione dell'organo competente, al terzo comma dispone che l'approvazione del contratto di cui al secondo comma (e cioè quella del contratto stipulato) è sottoposta agli “eventuali controlli” previsti dall'ordinamento del soggetto aggiudicatore, dettando i termini entro cui l'organo di controllo deve pronunciarsi, termini decorsi i quali il contratto diviene efficace. Ciò ferme restando “le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine di prevenzione di illeciti penali”:

Lo stesso uso del termine “eventuali” riferito ai controlli rende evidente *ictu oculi* la reale consistenza di questi, limitati, come si è detto, alle amministrazioni statali, mentre il riferimento ai controlli “al fine di prevenzione di illeciti penali” è stato dalla dottrina riferito ai c.d. controlli antimafia non essendo possibile individuare altre tipologie di “controlli” con quella finalità.

L'art. 17 settimo comma dello stesso Codice ha previsto per i contratti segreti o che esigono particolari misure di sicurezza, oggetto di una discutibile disciplina derogatoria, quando sono posti in essere da amministrazioni statali, esclusivamente la sottoposizione al controllo successivo della Corte dei conti, che si deve pronunciare anche sulla regolarità, sulla correttezza e sull'efficacia della gestione, riferendo annualmente al Parlamento.

Ancora l'art. 122 ottavo comma del Codice (introdotto con uno dei D.Lgs. correttivi) relativo ai contratti di lavori sotto la soglia comunitaria, dispone, per le opere di urbanizzazione, che “prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere, gli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate trasmettano alle competenti Procure regionali della Corte dei conti gli atti adottati e tutta la documentazione relativa agli interventi edilizi da realizzare a scomputo degli oneri di urbanizzazione”. Ancora una volta una disposizione che prevede una forma impropria e indiretta di

“controllo”, non già della conformità alle norme vigenti, ma solo in ordine alla verifica dell’esistenza di un danno, con gli ulteriori limiti derivanti dalla successiva disposizione contenuta nell’art. 17 del D.L.n. 78 del 2009 sui poteri istruttori delle Procure regionali.

L’art. 10 settimo comma del DPR n. 207 del 2010, definendo puntualmente i compiti del RUP, con una disposizione di non immediata lettura e di ancor più difficile applicazione dispone a suo carico l’obbligo di rendere il conto giudiziale in relazione al contratto di cui è responsabile, senza che si comprenda agevolmente la finalità della disposizione stessa, tenuto conto dell’oggetto del giudizio di conto, così come disciplinato dalle norme generali richiamate.

Il D.Lgs. 30 giugno 2011 n. 123, sulla riforma dei controlli di regolarità amministrativa e contabile e sul potenziamento dell’attività di analisi e valutazione della spesa, all’art. 5 secondo comma, ha confermato il controllo preventivo di legittimità delle Ragionerie centrali e delle Ragionerie territoriali dello Stato sui decreti di approvazione di contratti o atti aggiuntivi, sugli atti di cottimo e sugli affidamenti diretti, con esclusione dei contratti segreti, sottoposti al solo controllo contabile.

Per gli atti delle Regioni a statuto ordinario e quelli degli Enti locali, i controlli di legittimità sono stati soppressi definitivamente, dopo le prime riforme parziali, con la L. 15 maggio 1997 n. 127, che ha abolito le Commissioni di controllo sulle regioni ed ha soppresso sostanzialmente il controllo dei Comitati regionali, per cui sui singoli atti relativi a procedure contrattuali, anche di importo superiore alle soglie comunitarie, non è prevista alcuna forma di controllo “esterno” di legittimità, ma soltanto il “controllo” del servizio di controllo interno, così come previsto, in via di principio dal D.Lgs. 30 luglio 1999 n. 286 ed attuato dal singolo Ente con proprie disposizioni, un controllo che, anche per il contesto in cui viene espletato, non ha alcuna reale efficacia impeditiva o dissuasiva.

L’art. 239 del T.U. 267 del 2000 sugli Enti locali, nel determinare le funzioni dell’organo di revisione, dispone che questo vigila sulla regolarità contabile, finanziaria ed economica della gestione relativamente, tra l’altro, all’attività contrattuale. Peraltro, tenuto conto del rilievo sempre crescente degli aspetti dell’equilibrio finanziario e del rispetto del patto di stabilità interno, concretamente tale funzione non è, in genere, oggetto di particolare attenzione.

Nessun controllo esterno di conformità degli atti alla normativa vigente è previsto per le società a partecipazione pubblica, non solo quelle a partecipazione non totalitaria, ma anche per quelle totalmente partecipate e per quelle aventi i requisiti delle società “in house”, salvi i poteri di indagine e valutazione del Collegio dei sindaci, ex art. 2403 Cod.civ., un controllo interno con scarsa efficacia.

Dunque, la maggior parte degli atti relativi ai contratti pubblici, e per un importo complessivo assolutamente preponderante, se si escludono le amministrazioni statali nei limiti ricordati, non è soggetta ad alcun controllo che verifichi ex ante la legittimità delle procedure e la conformità a legge dei relativi atti.

L’evoluzione dei controlli della Corte dei conti in materia finanziaria

La situazione sia giuridica sia di fatto esposta è il risultato – ampiamente previsto ma sottostimato – delle riforme degli anni 90 che, per dar spazio al principio di autonomia in contrapposizione al centralismo, e nell’ottica di separare l’attività di governo della pubblica amministrazione, propria degli organi “politici” da quella gestionale, affidata alla dirigenza, hanno ritenuto superata l’impostazione della normativa previgente, che per ciascun plesso di amministrazioni prevedeva un controllo di legittimità “esterno” (Corte dei conti, Commissioni di controllo sulle Regioni, Comitati regionali di controllo), ritenendo più conforme al dettato costituzionale la costruzione di un sistema di “controlli interni” a ciascuna struttura pubblica, anche per favorire una maggiore responsabilizzazione delle strutture pubbliche.

Al tempo stesso si è ritenuta superata l’impostazione del controllo sui singoli atti, privilegiando in maniera a dir poco eccessiva, la cultura del “risultato”, accentrando l’attenzione sulla valutazione dei risultati conseguiti con l’azione amministrativa rispetto alle scelte operate dagli organi di governo della struttura, e quindi puntando quasi esclusivamente il sistema sui controlli di gestione interni e su un generalizzato controllo della Corte dei conti sulla gestione, da operare tenendo conto anche dei controlli interni.

In questo quadro, quindi, il profilo della legittimità dei singoli atti – ritenuta talvolta addirittura un inutile orpello – è stato sostanzialmente trascurato, se non dimenticato, al punto che non sono mancate in dottrina voci secondo cui il formalismo ed il frazionamento del controllo conducono alla conseguenza che “la legalità scaccia l’utilità”, o che addirittura nel nuovo sistema prevale il principio del raggiungimento di un buon complessivo risultato della gestione, anche in presenza della illegittimità di singoli atti.

Le altre forme di “controllo” via via introdotte con singole, isolate e non coordinate disposizioni, come visto, prive di sostanziale efficacia sul fronte della legittimità degli atti e del potenziale contrasto alla corruzione, hanno avuto nell’immediato un effetto di deterrenza, che è ben presto svanito nel momento in cui gli operatori si sono resi conto della loro reale portata, rapportata anche alla concreta conoscibilità degli atti ed ai limiti di operatività delle strutture della Corte dei conti.

Ai controlli “tradizionali” già descritti nel corso dell’ultimo decennio, con una serie di disposizioni via via più stringenti, alla Corte dei conti sono stati affidati controlli sempre più penetranti sui bilanci degli enti locali e degli enti del SSN e sul rispetto del patto di stabilità interno, controlli costituenti un “sindacato di legalità e regolarità” delle gestioni finanziarie ai fini dell’eventuale adozione di misure correttive funzionali a garantire il rispetto complessivo degli equilibri di bilancio.

Infatti, le ricorrenti e sempre più consistenti crisi finanziarie, soprattutto nell’ambito degli Enti locali, hanno spostato ancor più, come detto, l’attenzione – in verità da parte della dottrina già posta a fondamento della riforma dei controlli degli anni 90 – sulla c.d. legittimità finanziaria delle gestioni, oggetto di numerosi e continui interventi del legislatore che ha in questo senso ampliato le competenze della Corte dei conti, spesso con provvedimenti d’urgenza e solo in questi ultimi tempi con una visione più meditata e generale. Sintomatica è l’elevazione a rango costituzionale (art. 119) del divieto di indebitamento per spese non d’investimento (già ritenuto principio di buona gestione) a fronte del sintetico riferimento al buon andamento e imparzialità dell’amministrazione contenuto nell’art. 97, unico cardine essenziale del principio di legalità nell’amministrazione.

L'istituzione dell'Autorità di vigilanza come strumento esterno di garanzia sul sistema degli appalti

In questo quadro l'unico intervento del legislatore diretto a costruire un nuovo sistema di garanzie è stata, anticipando una linea evolutiva adottata poi in sede CEE, l'istituzione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, disposta dall'art. 4 della L. 11 febbraio 1994 n. 109 (c.d. legge Merloni), ma poi costituita formalmente soltanto nel 1999.

Un'Autorità di settore, dotata di un esiguo capitale di risorse umane e un ancor più esiguo capitale di risorse finanziarie, con gli ambiziosi obiettivi di vigilare sui contratti pubblici, garantire il rispetto dei principi di correttezza e trasparenza delle procedure e delle regole della concorrenza, l'economicità di esecuzione e l'eventuale configurabilità di pregiudizio per l'erario, formulare proposte di modifiche normative, e, ancora, vigilare sul sistema di qualificazione delle imprese, istituire un sistema di definizione dei costi standard.

Soprattutto nel periodo corrispondente alla prima consiliatura questa Autorità, interpretando in senso estensivo i propri poteri, ha svolto un ruolo particolarmente attivo, attraverso l'adozione di atti a valenza generale (atti di regolazione, determinazioni, schemi di bandi-tipo) e di numerose segnalazioni al Parlamento, e con una consistente attività dei Servizi Ispettivi, determinando da un lato forti aspettative di affermazione della legalità nel settore e dall'altro le scontate reazioni di chi vedeva fortemente contestati le proprie procedure e contenuti degli atti ad esse connessi.

Considerando positiva l'esperienza nel settore dei lavori pubblici, il Legislatore, con la L. 2005 n. 62, ha trasformato l'Autorità in Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, estendendone le competenze a tutti gli appalti, anche di forniture e di servizi, ed anche a quelli esclusi dall'applicazione del Codice, senza peraltro provvedere a potenziarne gli strumenti operativi: da un lato la dotazione di personale (che, per le sue origini, corrispondenti all'originaria competenza dell'Autorità, aveva una professionalità spiccatamente orientata al settore dei lavori), dall'altro gli effettivi poteri di intervento.

In effetti, la legge 109/1994 aveva dato all'AVLP poteri di indagine e vigilanza, ma non corrispondenti poteri impeditivi o repressivi, in un'ottica corretta ma che non teneva conto della vastità dei fenomeni negativi che andavano nuovamente emergendo, restando affidata al giudice amministrativo la tutela della legittimità, se e quando sia stato proposto un ricorso, e questo sia "effettivo" e non meramente "di facciata", e comunque nei limiti dei motivi adottati.

L'unico potere sanzionatorio dell'Autorità (rimasto sostanzialmente inalterato anche dopo numerose riforme) era quello previsto nei confronti dei funzionari delle stazioni appaltanti in caso di mancata trasmissione delle informazioni obbligatorie in via automatica o richieste nella singola fattispecie e nei confronti delle imprese inadempienti in ordine alla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti.

Malgrado tale limitatezza organizzativa e di poteri di intervento, per molti anni quello dell'Autorità ha in concreto costituito l'unica forma di "controllo esterno" anche anteriore all'esecuzione degli atti soprattutto per gli enti locali e per le società da questi partecipate, con effetti spesso dissuasivi

in ordine a procedure non conformi alle disposizioni vigenti. Ciò sia pure creando situazioni di iniziale contrasto con la giurisprudenza del giudice amministrativo, contrasto che peraltro, in assenza di specifiche rilevazioni in argomento e sulla base di dati di esperienza comune si può affermare abbia costituito un fenomeno limitato, a fronte degli effetti sostanzialmente positivi dell'attività complessivamente svolta.

In questo quadro non sono mancate anche esperienze di collaborazione istituzionale – ancorché non formalizzata – tra l'AVLP, le Procure della Repubblica e le Procure della Corte dei conti, per accertamenti e valutazioni congiunte di illegittimità-illiceità-dannosità di procedure ed atti a margine di fenomeni connotati da profili criminosi.

Nel tempo, peraltro, con il mutare delle consiliaature, l'AVLP divenuta AVCP ha soffermato maggiormente la sua attenzione sugli effetti economici e sul mercato delle irregolarità rilevate nel “sistema” degli appalti pubblici, ponendo in secondo piano l'attività ispettiva, in fase di recupero soltanto nell'ultimo periodo prima del suo assorbimento nell'ANAC.

In altri termini, aboliti i controlli preventivi, in questi ultimi 10 anni non si può dire raggiunto l'obiettivo, che già si era posto il legislatore con la legge n. 109/1994, di avere in materia di lavori pubblici progetti completi e immediatamente cantierabili, riduzione dei tempi di realizzazione delle opere, certezza dei costi.

Evidentemente la “colpa” delle inefficienze precedenti non derivava dal meccanismo dei controlli “tradizionali” o dall'incapacità di chi li effettuava, ovvero non derivava “solo” da tali fattori.

Del resto, il tempo di una procedura di controllo preventivo raramente superava un paio di mesi: ben poco rispetto a tempi della progettazione, della scelta del contraente col sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'esame delle offerte anomale, per non dire del processo realizzativo in stretto senso, contrassegnato troppo spesso da sospensioni dei lavori connesse, ad esempio, all'adozione di varianti, al reperimento di nuovi finanziamenti, alle vicende soggettive delle imprese realizzatrici.

Quanto al contenuto del controllo, occorre ricordare che nel frattempo si è finalmente giunti ad affermare – e rilevante è stato al proposito l'apporto della Corte di cassazione – che nel concetto di legittimità rientra anche l'economicità, nel senso di congruità dei mezzi rispetto ai fini.

La situazione non è molto dissimile nel segmento degli appalti di servizi, troppo spesso connotati all'origine da scarsa definizione delle qualità/quantità delle prestazioni, con conseguenti effetti negativi sulla loro esecuzione, sul grado di soddisfazione reale del beneficiario delle prestazioni stesse e sul rapporto prezzo pagato-risultato ottenuto.

Ciascuna delle anomalie e criticità riferite è stata oggetto di segnalazione da parte non solo degli Organi di controllo e vigilanza (in particolare l'AVLP/AVCP e la Corte dei conti) ma anche da parte di associazioni di categoria del mondo professionale e imprenditoriale, dando luogo spesso all'adozione di norme “ad hoc”, non inserite in un tessuto coordinato ed omogeneo, bensì in testi compresi talvolta in provvedimenti d'urgenza o nelle leggi finanziarie.

Più di recente, nel solco delle linee della L. 6 novembre 2012 n.190 – che ha individuato l'attività contrattuale come una delle più esposte al rischio di corruzione – e contestualmente alla

soppressione (per incorporazione) dell'AVCP nell'ANAC, l'art. 37 del D.L. 24 giugno 2014 n. 90 ha disposto, per gli appalti di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, l'obbligo di trasmissione direttamente all'Autorità delle varianti in corso d'opera, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, mentre per gli appalti di importo inferiore alla soglia l'obbligo di comunicazione è nei confronti dell'Osservatorio dei contratti pubblici, sempre "per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza" dell'ANAC stessa.

Il ruolo dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato

Il rilevante impatto che una non corretta gestione dell'attività contrattuale delle Pubbliche amministrazioni ha sul mercato è oggetto da tempo degli interventi anche dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

Interventi che, pur non potendo essere compresi nell'accezione anche più lata di "controllo", possono avere una forte efficacia dissuasiva nei confronti di comportamenti anomali sia delle stazioni appaltanti, il cui carattere illegittimo non è in alcun modo direttamente rilevabile, sia delle imprese.

In quest'ottica l'Autorità antitrust ha espresso più volte il proprio parere qualificato su aspetti importanti sotto il profilo non solo del "mercato", ma della stessa legittimità ed efficacia dell'uso degli strumenti contrattuali, come ad esempio l'uso improprio dei contratti misti, o dei raggruppamenti temporanei di imprese, e l'affidamento diretto di appalti di servizi a società a partecipazione pubblica.

Più di recente, è stato introdotto un nuovo meccanismo selettivo fondato sul cosiddetto "rating" delle imprese e, da ultimo, attraverso il Vademecum per le stazioni appaltanti sulle criticità concorrenziali nel settore degli appalti pubblici, l'Autorità ha dato concrete indicazioni su profili rientranti nell'alveo della legittimità "sostanziale" delle procedure, che meritano di essere approfonditi per verificarne la riconducibilità alle figure "tradizionali" della legittimità, in particolare a quella dell'eccesso di potere.

Un'azione, quella dell'Autorità antitrust, le cui potenzialità nel produrre effetti positivi sull'attività amministrativa e nel mercato non sono state finora comprese a fondo né nel mondo istituzionale, né in quello imprenditoriale.

L'evoluzione del sistema comunitario degli appalti e gli spunti in materia di controlli

In ambito comunitario, nel frattempo, sono stati peraltro perfezionati gli strumenti per favorire quell'apertura del mercato che aveva costituito una delle ragioni fondamentali dell'istituzione nel 1957 degli organismi comunitari.

Infatti, dopo l'adozione nel 1989 della seconda direttiva lavori e della prima direttiva ricorsi (89/665), e della prima direttiva che trasformava i settori esclusi in settori speciali (90/531), nel 1993 venivano adottate le direttive 92/50 (prima direttiva sui servizi), 93/36 (sulle forniture), 93/37 sui lavori, 93/38 (seconda direttiva sugli ex settori esclusi).

Dopo una prima modifica nel 1992 della direttiva ricorsi, nel 1996 veniva pubblicato il libro verde sugli appalti pubblici, nel quale si richiamava l'attenzione sulla necessità, da parte degli Stati membri, di assicurare l'osservanza del diritto comunitario "segnatamente attraverso sistemi di controllo e di sanzioni che siano efficaci ed abbiano un effetto dissuasivo", segnalando l'esperienza della Svezia che aveva affidato il controllo delle sue amministrazioni ad un'Autorità indipendente, cui si riconosceva il merito di "impedire, per il fatto stesso di esistere, che si verificino fatti suscettibili di dare origine a reclami, riducendo così il potenziale carico di lavoro per i giudici nazionali e le istituzioni comunitari".

Nel 2004 venivano adottate le due "nuove" direttive che rendevano ancor più dettagliata ed ampia la disciplina degli appalti nei settori speciali (2004/17) e nei settori ordinari (2004/18) e poco dopo veniva sottoposta a revisione la direttiva ricorsi, con la direttiva 2007/66, che ha introdotto profonde innovazioni, tra cui lo stand still, proprio nell'intento di evitare l'affidamento di appalti con procedure non conformi ai principi ed alle disposizioni comunitarie.

Da ultime, oggetto delle relazioni di questo Convegno, le direttive 2014/23, 2014/24 e 2014/25, tuttora in attesa di recepimento.

In particolare, il Considerando 121 della direttiva 2014/24 dopo aver auspicato da parte di ciascuno Stato membro l'attivazione di un monitoraggio sullo stato di applicazione della normativa sugli appalti, così testualmente si esprime: "Gli Stati membri dovrebbero mantenere la facoltà di definire le modalità di tale monitoraggio e di decidere chi dovrà effettuarlo in pratica; in questo contesto dovrebbero anche mantenere la facoltà di decidere se il monitoraggio debba basarsi su un controllo a posteriori estrapolato da campioni o su un controllo sistematico ex ante delle procedure di appalto pubblico contemplate dalla presente direttiva. Dovrebbe essere possibile sottoporre eventuali problemi all'attenzione degli organismi competenti; a tal fine non dovrebbe essere necessario che coloro che hanno effettuato il monitoraggio siano legittimati a stare in giudizio in modo indipendente dinanzi a corti e tribunali".

Il successivo Considerando 122 sottolinea che "i cittadini, i soggetti interessati, organizzati o meno, e altre persone o organismi che non hanno accesso alle procedure di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE hanno comunque un interesse legittimo in qualità di contribuenti a un corretto svolgimento delle procedure di appalto. Dovrebbero pertanto avere la possibilità, con modalità diverse dal sistema di ricorso di cui alla direttiva 89/665/CEE e senza che ciò comporti necessariamente una loro azione dinanzi a corti e tribunali, di segnalare le eventuali violazioni della presente direttiva all'autorità o alla struttura competente. Al fine di non creare duplicazioni di autorità o strutture esistenti, gli Stati membri dovrebbero essere in grado di prevedere il ricorso ad autorità o strutture di controllo generali, organi di vigilanza settoriali, autorità di vigilanza

comunali, autorità competenti in materia di concorrenza, al Mediatore o ad autorità nazionali competenti in materia di audit”.

L'art. 83 della direttiva, in attuazione di tali principi, dispone che gli Stati membri debbono assicurare che i compiti di monitoraggio, informazione, e sostanzialmente di vigilanza “siano svolti da uno o più organismi, autorità o strutture”, da indicare alla Commissione, e che “se le autorità o le strutture di controllo individuano di propria iniziativa o sulla base di informazioni pervenute violazioni specifiche o problemi sistemici, hanno il potere di segnalare tali problemi ad autorità nazionali di controllo, organi giurisdizionali e altre autorità o strutture idonee....”.

Per quanto concerne le esperienze maturate in altri Stati, meritevole di particolare attenzione è la situazione della Repubblica austriaca, nella quale a partire dalla fine degli anni '90 opera l'Autorità di vigilanza federale sugli appalti (BVA-Bundesvergameamt), che, pur non essendo un Ufficio giudiziario, svolge funzioni di verifica preliminare della correttezza delle procedure di appalto del Governo federale, delle autorità regionali e locali, e degli appalti anche di alcuni enti erogatori di servizi di pubblica utilità.

L'ambito di tale verifica si estende alla valutazione delle eventuali chances di successo del soggetto privato che ha effettuato la segnalazione di irregolarità, valutazione parzialmente vincolante nel successivo giudizio di risarcimento da azionare davanti al Tribunale civile.

Un'Autorità che, malgrado la sua natura non giudiziaria, è stata più volte (ed ormai univocamente) ritenuta dalla Corte di giustizia CEE legittimata (a differenza della Corte dei conti) a sollevare questioni pregiudiziali in materia di interpretazione di disposizioni comunitarie.

Le illegittimità e le inefficienze nell'attività contrattuale della P.A. e le possibilità di contrasto con strumenti di controllo

L'inefficienza della spesa negli appalti pubblici deriva da una serie di fattori, alcuni dei quali derivanti da comportamenti illegittimi o non sufficientemente razionali delle Amministrazioni, altri da fenomeni distorsivi che si verificano nel mercato, altri ancora legati a comportamenti criminosi: corruzione, concussione, alterazione dell'andamento delle gare pubbliche.

In questo ambito, negli appalti pubblici – non differentemente da quelli privati – la corruzione (come pure la concussione e l'alterazione dell'andamento nelle gare) determina inevitabilmente un aumento del prezzo che l'Amministrazione dovrà pagare, e ciò indifferentemente se si tratti di appalti di lavori, forniture o servizi, in quanto il corruttore non solo deve riversare sul prezzo l'importo di quanto pagato al funzionario pubblico corrotto, ma facendo affidamento sulla complicità di quest'ultimo, può utilizzare nell'esecuzione dell'appalto sistemi che gli consentono di risparmiare rispetto ai valori sulla cui base sono stati stimati i costi negli atti contrattuali, usando materiali, macchinari o risorse umane di minore qualità o di minore professionalità, ovvero in misura minore, così aumentando anche in maniera molto consistente il proprio profitto con evidente svantaggio delle imprese corrette.

L'esame di alcuni dei più frequenti aspetti critici dell'attività contrattuale delle Pubbliche amministrazioni può essere di ausilio per verificare se e quali misure di contrasto possono essere adottate e, per quello che qui interessa, se e quale capacità interdittiva può avere un sistema di controlli ex ante e concomitanti.

Tra i più rilevanti fattori che determinano criticità si possono così ricordare:

- A) La scarsa capacità programmatica da parte dell'Amministrazione acquirente, da cui deriva il frazionamento degli appalti (con conseguente perdita dei vantaggi derivanti dalle economie di scala e maggiori costi operativi interni dell'Amministrazione), l'impossibilità di sfruttare momenti favorevoli del mercato (riduzione dei prezzi o acquisti tempestivi in un mercato con i prezzi in tendenziale aumento), la necessità di ricorrere a strumenti contrattuali eccezionali o non consentiti (proroghe, rinnovi, estensioni)
- B) L'asimmetria informativa consistente in: scarsa conoscenza dei valori reali dei beni o dei servizi; scarsa conoscenza delle modalità di impostazione e dei sistemi di valutazione dei piani economico-finanziari soprattutto nelle operazioni di PPP; scarsa conoscenza del fenomeno dei cartelli di imprese nei singoli mercati
- C) La scarsa capacità di integrare la visione giuridica con quella economica e conseguente mancanza di clausole che assicurino la governance nell'esecuzione del contratto
- D) La scarsità di risorse, che induce ad utilizzare in maniera impropria strumenti giuridici consentiti dall'ordinamento (PPP: finanza di progetto e leasing immobiliare) per i quali si ha scarsa preparazione
- E) Un uso non pienamente cosciente dei rischi insiti in particolari tipologie di contratti o in particolari meccanismi di determinazione del prezzo (contratti misti, contratti "in service", determinazione del prezzo in base a percentuali di utilizzo di beni e/o servizi etc.)
- F) La pressione psicologica sull'adozione del meccanismo di scelta dell'offerta (preferenza per il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto al prezzo più basso) in base alla non corretta affermazione, in via assoluta, che il prezzo più basso penalizza la qualità
- G) La scarsa attenzione al controllo dell'esecuzione del contratto con perdita della capacità di assicurare il corretto rapporto spesa-benefici
- H) La convinzione dell'"ineluttabilità" delle scelte e mancanza di processi di valutazione e correzione delle scelte già effettuate

I fenomeni corruttivi o di alterazione del mercato trovano facile ingresso sfruttando molte delle criticità indicate.

In particolare, l'aumento del prezzo del contratto pubblico, a seguito di fenomeni corruttivi o di alterazione del mercato, può avvenire sostanzialmente attraverso due meccanismi, che possono essere adottati separatamente o congiuntamente:

- 1) Le differenze quantitative o qualitative sui beni materiali, macchinari utilizzati e energie umane;
- 2) L'utilizzazione strumentale – mediante alterazione degli stati di fatto o falsificazione di atti – di norme di legge o contrattuali che prevedono la determinazione del prezzo in funzione di variabili non correttamente predeterminate, il riconoscimento di maggiori compensi a seguito della necessità di nuove prestazioni non espressamente considerate nel contratto, o nel caso di prolungamento anomalo e non consentito della durata contrattuale.

Nella fase anteriore alla stipulazione del contratto si possono rilevare:

- a) Determinazione del valore del contratto mediante prezzi "gonfiati" o "gonfiando" la quantità dei materiali o delle prestazioni necessari

- b) Uso improprio dei contratti misti, che, avendo ad oggetto contestualmente l'effettuazione di lavori, la fornitura di beni e la prestazione di servizi, rende possibile alterare l'entità realmente necessaria per la buona esecuzione dell'appalto, od anche, nelle gare pubbliche, attenuare la concorrenza
- c) Fissazione del compenso spettante all'appaltatore non in base all'attività effettivamente espletata, ma in percentuale rispetto ai risultati conseguiti dall'Amministrazione appaltante

Nella fase di esecuzione del contratto si possono rilevare, rispetto a quanto previsto nel contratto:

- d) Utilizzazione di materiali, macchinari o energie umane in quantità minore o di minore qualità;
- e) Esecuzione di prestazioni in misure minore o di minore qualità;
- f) Richiesta di maggiori compensi per attività non espressamente previste nel contratto e non verificate dall'Amministrazione

Com'è evidente, molti dei fattori distorsivi o delle anomalie indicati attengono agli atti iniziali della procedura, che possono essere affetti da vizi (incompletezza od errori) suscettibili di essere rilevati ex ante, prima che la procedura venga portata a compimento.

Altri fattori distorsivi o anomalie attengono alle modalità ed ai tempi di esecuzione del contratto, e quindi possono essere rilevati soltanto mediante sistemi di verifica ex post di natura tecnica ed operativa, ma spesso, anche tali sistemi di verifica sono condizionati dalla incompletezza od erroneità degli atti che disciplinano il rapporto contrattuale, verificabili.

Considerare tutti i controlli ex ante come garanzia della mera "legalità formale" appare quindi riduttivo, soprattutto quando fattori distorsivi o anomali attengono all'impostazione della procedura di affidamento, con riflessi immediati anche sulla partecipazione alla procedura stessa e, quindi, sul mercato di riferimento.

Non sarebbe inutile un approfondimento sistematico su ciascuno degli aspetti ricordati (e sugli altri che sono sfuggiti a questa sintetica rassegna) per individuare quale possa essere lo strumento di contrasto e l'Organismo competente ad attivarlo.

Ciò non senza ricordare che nel "vecchio" controllo preventivo di legittimità affidato alla Corte dei conti rientravano anche gli atti approvativi di variante (e proprio una deliberazione in materia pose nel 1988 le basi per contrastare la prassi di affidare la progettazione delle varianti all'impresa esecutrice dei lavori), o sui mandati di pagamento degli stati di avanzamento lavori (per i quali si può ricordare la deliberazione che impedì di pagare prezzi "gonfiati" risultanti da un'indagine penale in corso).

Conclusivamente, appare opportuna una serena ed approfondita rimediazione complessiva del sistema dei controlli anche preventivi sull'attività contrattuale delle Pubbliche amministrazioni, e del rapporto tra attività di controllo e attività giurisdizionale. non già nell'ottica di un'emergenza che pure esiste, o del mero rafforzamento dei poteri di singoli Organi od Istituzioni dello Stato o centrali, bensì in una visione complessiva e coordinata che al tempo stesso sia strumento di garanzia della legalità, e quindi di contrasto a fenomeni distorsivi nell'esercizio dei poteri pubblici e nella gestione delle risorse finanziarie pubbliche, e di reale promozione di un mercato aperto e concorrenziale, nel quale possano trovare spazi adeguati le imprese "migliori".

Claudio Galtieri