

## **Profili e problemi della corruzione negli appalti pubblici**

La materia degli appalti pubblici si pone a cavallo tra le regole della funzione amministrativa e quelle di mercato.

Le strategie di contrasto della corruzione devono quindi contribuire ad assicurare la concorrenza effettiva in un contesto quanto più possibile trasparente, ma anche consolidare una prassi di controlli sulle varie fasi, dal progetto all'attuazione al collaudo, ove attualmente manca una garanzia effettiva del rapporto costi – benefici non garantendo la qualità dell'opera; basta evocare i tanti lavori preordinati a rapidi rifacimenti che rappresentano icasticamente l'immagine di comportamenti pesantemente opportunistici sostenuti da schemi collusivi. È la collusione infatti il leit motiv che percorre tutto il mondo degli appalti.

La filiera dell'opera pubblica a tutt'oggi resta quindi fenomeno alquanto opaco. La norma e la prassi agevolano la trasparenza solo in modo declamatorio. La prima mantenendo un contesto che consente di mantenere intatta le possibilità di scambi occulti. La seconda sfruttando istituti ad alto tasso di manipolazione, come l'urgenza procurata, per poter gestire le gare con un ampliamento abnorme della scelta discrezionale.

L'azione di vigilanza dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in ordine all'osservanza da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei principi di legittimità, trasparenza ed economicità delle commesse pubbliche non appare direttamente assistita dall'erogazione di sanzioni adeguate alle stazioni appaltanti riservate invece alle imprese. Allo stato, infatti, la richiesta di riesame delle decisioni di aggiudicazione è stata riconosciuta solo in via giurisprudenziale, ma non in via normativa. L'Autorità chiede di far conoscere quale sia stata la valutazione del rilievo, ma non vi è un obbligo, sancito da una norma, per le amministrazioni di motivare il loro eventuale discostarsi dalle decisioni dell'Autorità.

Proprio in questi giorni l'Autorità ha stipulato un protocollo d'intesa con l'ANCI per fornire assistenza per le stazioni uniche e contribuire alla formazione del relativo personale specializzato. L'obbligo di avviare il riesame a richiesta dell'Autorità dovrebbe accompagnarsi anche alla possibilità, come riconosciuto all'Antitrust ed all'Autorità Trasporti, di impugnare le decisioni che non ottemperano alla richiesta di adeguamento, oltre a prevedere una sanzione pecuniaria per l'inottemperanza, da restituire ove il giudice non riscontri alcuna menda nel comportamento della stazione appaltante. Sarebbe quanto meno opportuno prevedere, sul piano del controllo dell'opinione pubblica, l'obbligo di pubblicazione per intero della delibera dell'Autorità sul principale quotidiano locale, mentre non sempre ci si può basare prima facie su di un'evidenza di danno erariale. E se ogni atto di controllo dovesse seguire indiscriminatamente questa sorte, nell'incertezza della fattispecie, l'Autorità finirebbe per intasare la Corte senza con questo raggiungere rapidi risultati, dovendo invece proprio la rapidità connotare questo tipo di sanzione.

In realtà il grado di complessità del sistema che ambienta le ipotesi corruttive è dovuto alla compresenza di due linee, una dei partecipanti tra loro e l'altra di questi, o di alcuni di essi, con il committente chiamato a far parte a pieno titolo della cordata.

Da un punto di vista dell'assetto normativo, poi, è ormai comune acquisizione che più moltiplichi le norme, più rendi oscuri i procedimenti; più prevedi passaggi più appesantisci e rendi anche opaco il processo di aggiudicazione ed esecuzione e, quindi, più c'è spazio per la corruzione.

Di qui l'importanza, al fine della lotta contro la corruzione, delle azioni di semplificazione dei procedimenti, intrapresa dal Governo.

Certo, la garanzia di una concorrenza effettiva che rimuoverebbe la corruzione nessuno la può fornire in assoluto: meno che mai in presenza di accordi collusivi. Dal

lato del committente, la tendenza della legge e le limitazioni della discrezionalità offuscano l'emersione di una responsabilità che consenta di dar spazio alla giustificata azione. Anche l'azione di tipo regolatorio svolta dall'Autorità come modalità di completamento dell'ordinamento e di risoluzione di criticità interpretative non alleggerisce la presenza di una iperregolazione legislativa, che crea irrigidimento ed eccessiva burocratizzazione che, complicando l'agevolezza applicativa, consente di occultare più facilmente fenomeni manipolativi. Perciò sento dire che si sta lavorando a realizzare una maggiore trasparenza anche con una più decifrabile scansione dei subprocedimenti. L'esorbitante normazione primaria, che nel settore degli appalti pubblici, appare per di più doppiata da una normazione secondaria non sempre di facile applicazione, richiederebbe un arretramento in pro, di una disciplina più flessibile che lasciasse spazi maggiori ad Autorità terze assistite da idonee potestà sanzionatorie come ultima ratio ove l'azione di moral suasion e di denuncia all'opinione pubblica cadesse totalmente nel vuoto. Mi rendo conto che in un sistema come il nostro, ancora in prevalenza adagiato sulla coppia legge - regolamento, l'altra combinazione di moral suasion di Autorità con discrezionalità degli operatori stenti ad emergere, dato che i Ministeri legislatori non operano con la moral suasion e non amano assumere e far assumere discrezionalità. Ma questa credo sia la strada verso una sorta di common law, sia pure all'italiana.

I recenti interventi legislativi per una Banca dati nazionale dei contratti pubblici consentiranno di acquisire in tempo reale ogni informazione utile anche a stroncare il fenomeno, certamente di tipo corruttivo, dei certificati lavori falsi, in modo che abbiano valore per tutti i soggetti interessati solo quelli inseriti nella banca dati. E analogamente si deve operare per i certificati di esecuzione prestazione di servizi e forniture. Ed anche con la relazione all'Autorità sul comportamento dell'impresa negli appalti di lavori, che andrebbe normativamente estesa agli appalti di servizi e forniture, si può creare un profilo di operatore economico che viene selezionato non

solo in ragione dei requisiti formali previsti dal bando di gara ma anche in virtù del passato di buon contraente accertabile in modo oggettivo con le notizie in banca dati.

Nel dl liberalizzazioni è stato previsto un rating di legalità delle imprese per il credito, ed in questi giorni se ne è parlato anche per gli appalti, rafforzando così le white list. Ritengo che quest'ultima incombenza potrebbe vedere utilmente coinvolta l'Autorità

A questo fine, si potrebbe perciò prevedere che l'idoneità dell'impresa venga dimostrata anche dal possesso di taluni requisiti di carattere reputazionale, ossia inerenti la storia imprenditoriale dell'azienda e la solidità patrimoniale e finanziaria, valutati in maniera oggettiva e trasparente da un soggetto terzo, quale l'Autorità, con un procedimento che preveda l'esercizio del diritto al contraddittorio per l'impresa. L'importanza dell'istituzione di un sistema "reputazionale" è stata anche di recente segnalata dall'Autorità (atto di segnalazione n. 1 del 2012) che può mettere a disposizione la propria esperienza e le informazioni raccolte attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici le cui funzioni sono state appunto recentemente valorizzate dal Governo nel dl "semplificazioni".

L'Autorità ha inoltre più volte segnalato l'esigenza di istituire uno sportello unico di rilevazione delle stazioni appaltanti, prevedendo un obbligo preventivo annuale di iscrizione in un apposito registro tenuto dall'Autorità stessa. La costituzione del registro unico delle stazioni appaltanti, creando un patrimonio conoscitivo comune, consentirebbe di sfruttare la mole di dati informativi statistici attualmente raccolti presso i Ministeri, le Regioni, le stazioni appaltanti e l'Autorità, nell'ambito di un sistema di "dati gestionali" validati grazie alla possibilità di poterli incrociare fra loro, nonché di avere contezza, in tempo reale, delle dinamiche di mercato.

Va da se che la presenza di fenomeni corruttivi costituisca un fattore di forte inquinamento del mercato con effetti distorsivi della concorrenza tra le imprese, al limite costrette ad uscire dal mercato a causa della sistematicità organizzata di queste pratiche.

La regolazione informale della corruzione ha una sua forza auto regolatrice di tipo sistemico pronta per essere recuperata tale e quale nella regolazione formale del sistema legale.

Se ci si riporta al momento storico in cui è stata concepita l'Autorità ci troviamo in presenza di una scelta che più che nell'esercizio dell'azione penale, repressiva ex post, individua il criterio di dare vigore all'amministrazione che, proprio in seguito ad una fase di crisi, deve trovare al proprio interno rimedio alle sue disfunzioni cercando di valorizzare la sua funzione discrezionale accompagnata da un'azione regolatrice e di controllo della correttezza delle procedure amministrative, della loro trasparenza, e tempestività ed efficacia dell'azione per la cui verifica si prevede un'Autorità terza.

Appare evidente che dove questi requisiti manchino è fondato il sospetto che siano intervenute interferenze di tipo corruttivo, ulteriormente evidenziate dall'assenza di controlli della committenza nella fase realizzativa dell'opera, nella benevolenza nei confronti delle riserve incrementative del profitto dell'impresa. Questo porta a ritenere che è lo schema tipo delle procedure ad evidenza pubblica a dover essere sottoposto a radicali correzioni. Si configura infatti un nesso tra i principi dell'articolo 97 e quelli di buon funzionamento del mercato e la loro violazione può corrispondere ad un'azione presuntivamente collusiva od anche corruttiva, anche se la sconnessione delle regole di mercato ha effetti gravemente distorsivi equiparabili a quelli corruttivi per gli esclusi dal circuito degli accordi.

Sul piano delle misure di prevenzione generale potenziare la diffusione dei dati e delle informazioni in materia di contratti pubblici consente un benchmark tra i meccanismi utilizzati nell'espletamento delle varie procedure. Qualche effetto positivo si può auspicare dalla predisposizione di modelli tipo di bandi di gara da parte dell'Autorità, cui sono tenute ad attenersi le stazioni appaltanti, obbligate altrimenti a motivare lo scostamento per amore di qualche clausola particolarmente idonea a produrre effetti manipolativi.

Una riduzione delle stazioni appaltanti (29 mila con 74600 centri di costo censiti) ed una loro razionalizzazione può quantomeno agevolare l'azione di vigilanza e perciò sono state previste più stazioni uniche appaltanti per migliorare una performance non ottimale dovuta anche a insufficienti competenze tecniche e che può contribuire a contrastare l'infiltrazione criminale. Mi sembra che la previsione abbia sinora avuto un'applicazione solo parziale per evidenti resistenze, ma può innalzare il livello e l'identificazione di profili reputazionali non solo per l'impresa e può meglio esplicitare le responsabilità e coadiuvare il sistema di rating anche per le stazioni appaltanti circa la effettiva capacità di valutare la qualità delle imprese. E' evidente che la costruzione di un tale sistema, se vuole evitare nella massima misura possibili manipolazioni di tipo corruttivo, deve fondarsi su criteri fortemente oggettivati che vanno dal pregresso comportamento dell'impresa nell'esecuzione, attestato da l'Autorità terza, alla consistenza imprenditoriale, organizzativa e finanziaria.

Il sistema andrebbe poi correlato ad incentivi economici al dipendente pubblico che segnala illeciti e che va tutelato nella privacy da ritorsioni, oltre ad eventuali premi in forma coperta. Si tratta di applicare strumenti premiali di tipo delatorio che nei sistemi capitalistici avanzati come gli USA sono da tempo di larga applicazione nel sistema tributario e che ricevono apprezzamento e non riprovazione sociale come si trattasse di una devianza dal conformismo tribale, e che in sede OCSE sono stati sollecitati.

Quindi, oltre a riportare nel suo alveo fisiologico la normativa di emergenza, che tanti abusi ha creato, si deve operare una radicale semplificazione delle procedure amministrative che può secondare rapporti più trasparenti tra imprese e pubbliche amministrazioni e razionalizzare le funzioni amministrative delle stazioni appaltanti in modo da valutare la loro capacità gestionale per classi d'importo o per tipologia di contratto. E questo in relazione alle diverse fasi di un appalto, registrando gli aspetti organizzativi, le capacità della struttura tecnica e del personale, le misure di controllo e anticorruzione adottate.

Il rischio corruttivo va poi valutato anche in relazione alle procedure di selezione prescelta.

Il maggior rischio, nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, si realizza quando l'impresa abbia raggiunto un accordo corruttivo con il committente in fase di gara. Questi può infatti ispirare un prezzo talmente basso da non consentire a nessun altro di offrire di meno.

L'impresa sarebbe poi agevolata nel rinegoziare il prezzo del contratto attraverso l'iscrizione di varianti e riserve, anche se per quest'ultime è stato di recente posto un tetto proporzionale con l'intento di frenarne l'abuso in senso quantitativo, ma non certo di stroncarne la pretestuosità. E questo a tacere della preoccupante corrispondenza tra ribassi eccessivi e infiltrazione dei gruppi criminali dotati di capitali illimitati e che si saldano facilmente con gli amministratori corrotti in una zona grigia di difficile diradamento. Nella procedura negoziata e nell'offerta economicamente più vantaggiosa il rischio si carica maggiormente sulla commissione aggiudicatrice che stabilisce i criteri per valutare le offerte. Al riguardo l'Autorità ha elaborato una determina molto articolata per contribuire a moderare l'arbitrio.

Ma sarebbe opportuno far funzionare la disciplina sulla confisca dei beni ai corrotti come corollario anche della tracciabilità dei pagamenti e per dare il senso della gravità del reato di sottrazione di risorse pubbliche. La lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali è infatti affermazione della logica di un mercato aperto e di una democrazia economica; quindi va ben oltre i confini dell'etica. La corruzione diffonde una visione privatistica-proprietaria della pubblica funzione. Ed è utile applicare lo schema premiale sia al corruttore che al corrotto nell'intento di rompere il *pactum sceleris* fornendo all'imprenditore la cancellazione delle illegalità commesse salve le sanzioni economiche. Storicamente, comunque, è la prima volta che si percepisce diffusamente l'esigenza di saldare legalità, democraticità ed efficienza del sistema. Perciò occorrono, di fronte al carattere sistemico della corruzione, oltre a strumenti premiali, mezzi investigativi sempre più sofisticati, perché la corruzione ha perso la sua dimensione bilaterale per assumerne una poligonale con cui più soggetti entrano in rete con metodologie operative riscontrate nelle prassi della criminalità organizzata.

E proprio la disciplina di contrasto a quest'ultima che ha dato impulso ad una metodologia di analisi sempre più sofisticata e di tipo ambientale in modo da non attendere il disvelamento giudiziario, talora casuale, delle singole vicende corruttive, ma analizzando un contesto favorevole a tenere in piedi come normale un sistema corrotto.

In un sistema altamente formalistico come il nostro l'alterazione delle procedure contrattuali avviene attraverso collaudate tecniche collusive che conducono ad assicurare una certa scelta preferenziale.

Certamente, occorre un combinato disposto di interventi di natura penalistica e di natura organizzativa, con preferenza per quegli interventi che nell'ottica di tipo



preventivo sono predisposti per evidenziare la patologia utilizzando tecniche ambientali di intelligence.

Tra le sanzioni sono utili quelle per le società i cui amministratori condannati per un delitto contro la PA non siano ammessi a contrattare con la PA. Il traffico di influenze illecite per ogni sorta di intermediari e mestatori - ormai manca solo l'albo professionale – nel disbrigo di faccende corruttive. Tra le misure organizzative la rotazione nella titolarità degli uffici per i contratti pubblici nel contesto dei programmi segnalati dalla apposita commissione governativa.

Si può infine pensare a differenziare il trattamento sanzionatorio tra funzionario corrotto e il privato. Punire cioè maggiormente il primo per esercitare una maggiore pressione dissuasiva e cercare di attivare il ravvedimento successivo del secondo in funzione di quella cultura della vergogna che non è tanto espressione di etica ma di rispettabilità in una business community che si vuole corretta e per recuperare la quale si può anche ricomprare credibilità e reputazione.

Naturalmente a fronte di un sistema da sanzionare occorre un sistema sanzionatorio organico e concreto. Quindi se si inasprisce la repressione della corruzione ma si deprime l'efficienza degli strumenti d'indagine come le intercettazioni si rischia di avere un elegante impianto meramente edittale senza una capacità di implementazione procurando un esito ipocrita di revirginatio del sistema.

Regole di comportamento, ruoli ben strutturati e relazioni di connivenza innervano ordinamenti efficienti. L'azione sulla domanda di mercato da parte della committenza pubblica comporta, comunque, una forte attualizzazione della sanzione che deve essere realizzata in tempi ristretti con strutture giudiziarie specializzate dedite a tempo pieno.

La scarsità di risorse impone di non accettare supinamente una decomposizione sistemica della sfera pubblica restituendo a questa la capacità di assicurare al

sistema Paese prodotti che rispettino l'equilibrio costi-benefici evitando che vengano sottratte allo sviluppo del Paese risorse significative.

Cons. Piero Calandra

**Componente Autorità Vigilanza contratti pubblici**