

La gestione di appalti e forniture: punti di forza e di debolezza della normativa

Claudio Tomasini – Regione Piemonte – ITACA

Nel corso del mio intervento cercherò riportare alcune considerazioni in ordine al tema che mi è stato assegnato, stante che sin dall'inizio della mia carriera nell'amministrazione pubblica mi sono occupato di appalti pubblici principalmente di lavori e delle problematiche inerenti al rapporto con il sistema normativo nazionale e sin dalla sua costituzione anche delle tematiche relative all'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. Partecipo attivamente, quale coordinatore del comitato scientifico, ad ITACA, nata dopo Tangentopoli per volontà delle Regioni le quali hanno percepito la necessità di impegnarsi in questo settore per promuoverne la legalità. Partecipano in ITACA tutti i soggetti che operano nel settore degli appalti pubblici e sono portatori di interessi con il compito di stimolare tutti gli operatori alla legalità mettendo a disposizione supporti e buone prassi nonchè orientare in tal senso la produzione della normativa.

In premessa mi sento di dire che sono affezionato al Regio Decreto 350 del 1895 (il Regolamento per la direzione, contabilità e collaudazione dei lavori pubblici) che a mio avviso, con qualche piccola modifica, andrebbe bene ancora oggi. Nel 1994 il parlamento ha sentito la necessità di emanare una nuova legge in materia di lavori pubblici e pertanto fu approvata la denominata "Legge Merloni", che aveva un titolo e un sottotitolo "non rubare". La prima stesura della Merloni già affrontava tutti i nodi critici che ci hanno portato a Tangentopoli e partirei proprio da questi:

- il ruolo della amministrazione è saper chiedere, sapere cosa si vuole. Sapere cosa si vuole significa programmare e fino al 1994 per quanto riguarda i lavori di questo non se ne parlava mai. Ogni imprenditore programma e alloca le risorse, la programmazione è quindi strettamente legata al bilancio. Primo punto quindi programmare che implica in primo luogo l'analisi delle necessità;
- la centralità del progetto, vuol dire che l'amministrazione sa cosa vuole e progetta ciò di cui ha bisogno, questo vale per tutta l'attività di approvvigionamento della PA;
- la responsabilità personale, da cui la nomina del responsabile unico del procedimento, ossia un soggetto fisico individuato dall'amministrazione al momento della programmazione, scelto dall'Amministrazione per quello specifico intervento a cui viene dato mandato per realizzare l'opera che soddisfa l'esigenza pubblica nel tempo prefissato sulla base delle risorse assegnate e di quanto previsto nella programmazione.

Lo schema è quindi necessità, centralità, risultato. Centralità della progettazione da sviluppare all'interno dell'Amministrazione, (i liberi professionisti vorrebbero esclusivamente l'esternalizzazione). Io ritengo che l'interiorizzazione della fase della programmazione e dello sviluppo della progettazione sia fondamentale per il corretto e buon esito della realizzazione delle Opere Pubbliche. Vi accorgete che ci si concentra sempre sul momento della gara che tuttavia costituisce una serie di regole da applicare, una serie di automatismi che permettono di svolgere il proprio lavoro correttamente se applicati in modo preciso mentre sarebbe bene invece concentrarsi sulla fase ex ante (analisi del bisogno, corretto dimensionamento sia in termini dimensionali che economici, progettazione dettagliata sia in termini grafici che contrattuali-prestazionali) ed ex post (direzione lavori, varianti, contenzioso, collaudi). E' in queste fasi che si possono maggiormente verificare fenomeni distorsivi.

Vi è poi il problema della qualificazione degli operatori economici. Quando facevo parte della commissione consultiva istituita presso l'Autorità che autorizzava gli organismi per la qualificazione degli operatori – SOA – (attestazione obbligatoria per la partecipazione a gare d'appalto), ad esempio, noi relazionavamo che non bisognava rilasciare una autorizzazione ad una certa SOA e l'Autorità invece l'autorizzava. Questo rimane ancora un problema perché ancora oggi nel meccanismo sono operativi operatori a rischio di infiltrazione della criminalità organizzata e di corruzione.



Il legislatore con la promulgazione della legge “Merloni” si è anche preoccupato dell’aspetto della realizzazione delle opere e non solo della fase di negoziazione e assegnazione dei lavori così come allora era in uso a livello Comunitario. Ora le direttive europee si stanno interessando anche all’intero ciclo, comunque prima la concentrazione dei normatori verteva esclusivamente sul momento della gara. La prima versione della legge 109/94 prevedeva che l’affidamento doveva essere effettuato al massimo ribasso ponendo a base di gara un progetto esecutivo, cioè con il contratto doveva essere di sola esecuzione. La norma consentiva rarissime eccezioni per l’appalto integrato e l’appalto-concorso (l’attuale appalto progetto preliminare) che prevedeva un particolare iter. Ci voleva infatti un parere da parte del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici. Il legislatore pertanto riteneva che in questa procedura vi erano stati individuati negli appalti precedenti punti di rilevante criticità. Infatti la norma non si parlava di offerta economicamente più vantaggiosa tranne che per rari casi quali l’appalto concorso, perché soggetta a discrezionalità assoluta e quindi a rischio corruzione. Io sono ancora un fautore del massimo ribasso. Per quanto concerne la fase esecutiva vi è poi il problema delle varianti in corso d’opera. Da poco l’ANAC è stata investita della responsabilità di vigilare sulle varianti in corso d’opera. In più vi è la problematica relativa alla sicurezza dei lavoratori e la tutela economica degli stessi ovvero del costo del personale.

Questo impianto normativo rigido finalizzato a vietare ogni prassi che poteva dare adito a processi distortivi e di corruzione è stato eroso con l’intervento successivi di modificazioni spalmate nel tempo, è stato modificato aprendo maggiormente l’istituto ad esempio delle concessioni, altro terreno fertile per le distorsioni. La legge Merloni prevedeva che la Concessione per la realizzazione di un’opera pubblica potessero essere affidata solo in presenza dell’effettiva remunerazione del capitale investito attraverso la gestione della stessa ammettendo un riequilibrio economico da parte pubblica del piano economico-finanziario che non poteva superare il 50% del valore delle opere con una durata massima di 30 anni della gestione. Sapete che questo è uno strumento in cui un privato realizza l’opera e il suo pagamento è la gestione dell’opera, ma se l’equilibrio tra capitale investito e ritorno economico della gestione non avviene sono previsti trasferimenti di capitale pubblico per il suo riequilibrio. Oggi il limite del 50% è stato superato così come i trenta anni di gestione. Parallelamente all’erosione della Merloni è stata introdotta la normativa sul general contractor, istituto che si utilizza per le grandi infrastrutture, in cui l’operatore privato di fatto non corre nessun rischio, è libero di fare quello che vuole, mentre il pubblico paga. In realtà il general contractor dovrebbe recuperare dal mercato delle risorse, risorse che di fatto non vengono quasi mai recuperate ma vengono reintegrate attraverso finanziamenti pubblici.

Dopo l’emanazione da parte della Comunità Europea delle precedenti direttive comunitarie il legislatore al fine del loro recepimento ha provveduto con legge delega, il Governo ha pertanto promulgato il DLgs163 nel 2006 “Codice dei Contratti Pubblici” e successivamente il relativo “regolamento” con DPR 107/2010. La legge Merloni era una legge votata in parlamento, il Decreto Legislativo deriva da una delega data dal Parlamento al Governo e nella fattispecie era il recepimento delle direttive comunitarie. La nostra impressione è che ci sia stato un eccesso di delega da parte del Governo del DLgs. Il DLgs163/2006 oltre ad avere numerosissimi articoli è andato ad aggiungere altri elementi, che forse non era il caso di unificare, operando su leggi preesistenti e facendo non solo attività di testo unico ma di fatto “merlonizzando” la legislazione su servizi e forniture e adottando istituti che hanno smontato di fatto la legge 109/94 ed il suo Regolamento.

Il DLgs 163 nasce quindi da una legge delega che aveva lo spirito di recepire una direttiva UE e comunque costituire un Codice unico sulla materia di contratti pubblici. Oggi siamo nella stessa situazione, in quanto sono state promulgate le nuove direttive, e speriamo che non si ripetano gli stessi errori. Anche il DLgs163 è stato saccheggiato nel tempo, vi sono alcune leggi che ne hanno modificato gli istituti senza di fatto riportare espressamente la modifica nel codice, e quindi il dato comma resta uguale ma ci sono delle altre leggi che contribuiscono a disciplinare quel dato punto.

La novità della Merloni fu quella di prevedere l’istituzione dell’ Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici. L’autorità nacque dopo qualche anno e parallelamente anche l’Osservatorio sui Lavori Pubblici articolato nelle Sezioni regionali costituite presso le Regioni così come previsto dalla legge. L’Autorità di Vigilanza nasce come soggetto indipendente politicamente e finanziariamente ma di fatto si da subito e



nel tempo ha assunto una serie di competenze che non attengono propriamente al suo fine di vigilanza, ma spesso di controllore e controllato con compiti operativi tipici dei Ministeri come ad esempio la gestione delle SOA e la camera arbitraria. L'Autorità, ad esempio, dovrebbe vigilare sul corretto funzionamento del sistema di qualificazione degli operatori economici e non dovrebbe esserne il soggetto attivo nell'autorizzazione ad operare delle SOA perché cose del genere portano a un cortocircuito del sistema. Ho poi qualche dubbio sulle attività inerenti al contenzioso che tracimano sulle competenze giudiziarie (sia civili che amministrative) che potrebbero arrecare grande confusione di competenze e conflitti di attribuzione. Recentemente l'Autorità ha operato come tramite tra gli operatori del settore segnalando al Parlamento e al Governo le problematiche di applicazione di alcune norme vigenti in quanto forviere di problemi.

L'Autorità, ad esempio, in attuazione di un dettato normativo (come da lei interpretato) ha prodotto ed imposto un insieme di procedure informatizzate che oggi crea dei seri problemi per lo svolgimento delle attività di competenza degli operatori sia pubblici che privati. Non sappiamo se quanto messo in essere porterà ai risultati sperati. Il sistema denominato AVCPASS nasce da un principio corretto, quello di avere un soggetto che dovrebbe coordinare la verifica dei requisiti dei soggetti che partecipano alla gara, ma che di fatto attualmente fornisce come unica informazione certa il pagamento del CIG mentre non garantisce il completo recepimento di tutte le certificazioni necessarie. Questo, ad esempio, perché il Ministero degli Interni nonostante i protocolli non fornisce al sistema le certificazioni antimafia, mentre le Camere di Commercio forniscono direttamente i dati alle amministrazioni e così via... Noi speravamo in una rivisitazione profonda del sistema imposto mirante all'acquisizione e alla semplificazione degli adempimenti informativi per il funzionamento del sistema degli appalti, ma a tutt'oggi si è prodotto di fatto un sostanziale blocco con grave danno sull'intero comparto economico.

Spero che in futuro si riuscirà a fare sistema, che le Amministrazioni possano dotarsi di un sistema informatico condiviso su un modello federato, che le informazioni sull'intero ciclo dei contratti siano rese dai soggetti detentori e produttori delle stesse e messi in condivisione con tutti i portatori di interesse per le proprie attività di istituto ovvero ad ogni soggetto che ne ha bisogno o interesse. Noi riteniamo che le informazioni debbano essere pubbliche e a disposizione di chi ha interesse ad esempio per finalità scientifiche o statistiche e in primo luogo a disposizione di tutti i cittadini.

Mi aggancio al precedente argomento per ricordare all'altro nuovo adempimento che sta tartassando gli operatori pubblici che rientra tra gli obblighi derivanti "dell'anticorruzione", che consiste nel predisporre tutti i nuovi flussi informativi relativi a tutti i propri affidamenti. Si potrebbe pensare di razionalizzare, tramite un sistema informativo condiviso e già alimentato dalle informazioni raccolte per gli altri adempimenti, per produrre ad esempio un tabellone unico dal quale il cittadino può scaricare le informazioni di interesse per fare le proprie interazioni. Ne deriverebbe che l'attuazione della nuova norma possono essere rispettate senza ulteriori costi e dispendio di risorse a carico delle amministrazioni. Poi confidiamo nella circostanza che ci sono Regioni virtuose, che si sono dotate di autonome procedure informatiche di rilevazione delle informazioni da ben prima che venisse creato il sistema centrale così ad esempio ha fatto l'Emilia Romagna, il Piemonte, la Toscana ed altre. Riteniamo che la collaborazione con l'Autorità consenta ai sistemi di rilevazione regionali di integrare le proprie basi dati con le informazioni mancati, specialmente sul CIG per poter restituire alle amministrazioni territoriali almeno il lavoro già fatto e le informazioni trasmesse. È estremamente importante che tutte queste informazioni siano messe a disposizione per la trasparenza. Non ultimo il tema relativo ai nuovi adempimenti informativi richiesti dal Ministero dell'Economia e Finanze, alle amministrazioni sono arrivate una valanga di database da integrare con le proprie base dati a cui si poi sono aggiunti tutta una serie di campi da compilare pena il rischio di defianziamento. Attualmente stiamo lavorando per cercare di integrare quei dati con quelli già in possesso nel sistema, ad esempio quelli inerenti il CIG, per far sì che anche su questo adempimento si riesca a far qualcosa in tema di semplificazione.

Un'altra nuova problematica è quella inerente le nuove disposizioni legislative relative alla concentrazione della funzione di acquisizione, la norma prevede che in Italia ci devono essere 35 soggetti aggregatori. Uno è Consip e gli altri sono uno per regione e i rimanenti possono essere costituiti dalle Città Metropolitane o da altri soggetti. Questi dovranno essere in qualche modo



assimilabili a Consip e operare con modalità trasversale per aggregare la domanda. Ritengo che la Sanità sarà estremamente coinvolta da questo nuovo modo di porsi al mercato per le proprie acquisizioni.

Sempre legato a questo tema sono le problematiche derivanti alle attività dei Comuni in quanto non potranno più acquisire beni, servizi e successivamente lavori autonomamente tranne che i Comuni capoluoghi di provincia, che potranno ancora fare gare e acquisizioni in modo autonomo, tutti gli altri Comuni dovranno farlo in forma associata. Altro aspetto molto pesante per i piccoli Comuni è che la soglia relativa all'acquisizione in modo autonomo con le modalità previste dell'art. 125 del Codice, cioè 40.000 euro, vale solo per i comuni al di sopra dei 10.000 abitanti, quindi se in un piccolo comune ad esempio dovesse intervenire con urgenza per sostituire una finestra rotta lo stesso non potrà agire autonomamente ma dovrà fare ricorso al soggetto aggregatore o procedere in forma associata con altre Amministrazioni. Questo potrebbe portare a una paralisi delle attività degli Enti e una criticità per quanto riguarda il mondo delle Piccole e Medie Imprese (PMI).

Parlerò ora di alcuni istituti che stanno riscuotendo seguito in sanità: il contratto di concessione, il project financing e il contratto in disponibilità. In realtà questi istituti nati per attirare capitale privato ristorato con la gestione delle opere hanno generalmente di fatto prodotto debiti per la PA oltre causato numerose criticità. Ad esempio uno dei problemi è che pochissimi grossi gruppi possono partecipare alle gare (con relativa restrizione della concorrenza con conseguente maggiore dispendio di risorse), inoltre non si ha la certezza del prodotto che verrà fornito perché è una gara espletata sulla base del progetto preliminare e di norma per le opere cosiddette fredde di fatto crea debito. Inoltre vi è il problema del leasing che da verifiche della Corte dei Conti, per come viene eseguito in Italia, si configura più dispendioso di un mutuo e di fatto non si configura come spesa corrente ma spesa di investimento e soggetta al patto di stabilità. Questo modo di affidare le opere pubbliche ha creato un incremento nascosto del debito pubblico nazionale.

Non voglio andare oltre ma parlando di lavori pubblici in sanità ricordo che ancora oggi l'uso di questi istituti è promosso fortemente da alcuni portatori di interesse che spingono per il loro uso attirando i nostri amministratori verso queste pratiche di aggiudicazione che conducono, nel bene o nel male, a fenomeni di distorsioni del mercato e di corruzione. E' utile ricordare che amministratore pubblico eletto ha un mandato temporale, quindi poter dire che ha aggiudicato la costruzione di un dato ospedale è un atto politicamente nobile. In realtà si fanno danni soprattutto se si aggiudica l'appalto all'unica azienda che si è offerta e quindi non ha effettuato un ribasso né ha affrontato il tema del costo.

Chiudo citando un' iniziativa che nasce in Regione Lombardia che in vista dell'Expo aveva istituito un Comitato Regionale per la Trasparenza degli appalti e sicurezza dei cantieri, questo è l'esempio che spesso si costruiscono sistemi per vigilare ma che di fatto vengono neutralizzati dalla politica. In realtà il vero problema è che la corruzione o meglio fenomeni distorsivi o infiltrazione della delinquenza organizzata non si riscontrano esaminando il soggetto che vince l'appalto, forse neanche nel subappaltatore, ma si annidano nel sistema di spaccettamento infinitesimale del contratto. Quando l'operatore economico si aggiudica l'appalto cosa ne fa? Di norma lo spaccetta in subappalti e sub contratti. A loro volta i subappaltatori rispaccettano la commessa e così via. L'unico sistema di monitoraggio di detto fenomeno dovrebbe essere il COG per il monitoraggio dei flussi dei pagamenti. La proposta formulata dal Comitato di cui sopra e ora ripresa da ITACA vuole rendere strutturale le informazioni relative ai sub affidamenti per tutti i coinvolti nella realizzazione delle opere previste nel contratto introducendo un obbligo contrattuale di informativa di tutti i livelli prevedendo penali per gli inadempienti. Il problema è come obbligare alla trasparenza complessiva tutto il sistema dei contratti, la proposta tende a risolverlo. Vi è notizia che anche l'ANAC sta cercando di far inserire nei contratti l'obbligo di fornire informazioni sui sub-affidatari e così via affinché attraverso queste informazioni si possa ricostruire la rete completa di soggetti che hanno partecipato ad un dato appalto.

La gestione dei subappalti e dei subcontratti è la più delicata e problematica. Spesso ci troviamo ad avere imprese qualificate ma che, ad esempio, non hanno operai e attraverso i sub affidamenti spesso



riescono ad aggirare il problema e realizzare i contratti. Esiste nel DLgs163/2006 l'obbligo di comunicazione all'Amministrazione di informazioni a riguardo, ma lo stesso non specifica la tempistica. Tutto ciò crea situazioni in cui si possono manifestare problemi soprattutto per quanto riguarda i controlli. Noi (ITACA) ad esempio, a suo tempo, avevamo proposto di introdurre una norma per cui chi partecipa alla gara non può diventare subappaltatore, in quanto potrebbe verificarsi che se le imprese interessate a un dato appalto, ad esempio, sono solo in dieci, una vince e divide l'appalto con gli altri che hanno partecipato forse, c'è qualcosa che non va e da correggere specie se si ricorre al metodo dell'esclusione automatica con il taglio delle ali.

Nel documento che ITACA ha approvato prendendo spunto dall'iniziativa della regione Lombardia, vi sono alcune norme e i dati che dovrebbero essere forniti. Ciò che riveste importanza è l'introduzione di norme contrattuali. Per quanto mi riguarda i Protocolli di legalità sono spesso "aria fritta" in quanto ricche di principi ma spesso non operativi e prescrittivi. Sarebbe preferibile un sistema che introduca delle norme pesanti, coercitive dal punto di vista economico, magari delle penali da erogare in caso di mancata pubblicazione delle informazioni. Però bisogna che i dati siano di un certo tipo, le fonti devono essere certe, i dati puliti. Attraverso la trasparenza dei dati si permette a cittadini, agli stakeholders etc. di controllare l'attività pubblica. Molti operatori sono persone competenti e preparate ma spesso vittime di pressioni esterne che conducono a fenomeni distorsivi ed criminosi. Dovremmo ricordarci che si realizza un'opera per soddisfare le necessità dei cittadini, non la volontà di soddisfare esclusivamente interessi della politica.

Si parla sempre dei lavori pubblici, ma l'investimento per la realizzazione di opere pubbliche, come un ospedale, necessitano di porre l'attenzione anche ad altri elementi, forniture di beni, personale, servizi per la gestione e manutenzione, etc. La programmazione che il DLgs 163/2006 prevede per beni e servizi in forma facoltativa deve essere resa obbligatoria, e quindi il RUP non deve essere solo responsabile del lavoro ma anche delle forniture e di tutto ciò che rientra in quell'investimento per rendere effettivamente fruibile l'opera. Invece in sanità c'è un RUP responsabile della realizzazione delle opere ad esempio dell'ospedale e c'è un economo che gestisce l'appalto per la fornitura di beni e servizi. Quando si realizza un'opera bisogna parlare di ciclo di vita dell'opera, dobbiamo cioè sapere a cosa serve, quanto costerà, quanto costerà mantenerla. Molti comuni hanno fatto splendide opere che sono rimaste abbandonate perché lo stesso non ha più risorse per mantenerla o non ha avviato la gara per darla in gestione. Anche questi circostanze producono fattori di concentrazione di poteri, di deviazione dalle procedure corrette che spesso attivano le politiche dell'urgenza che generano fenomeni di distorsione dell'intera filiera.

Ultima riflessione sulla gestione è il nuovo mondo dei facilities, di origine anglosassoni e che in Italia si sta sviluppando, e in particolare per la gestione chiavi in mano della struttura. Si tratta dell'individuazione di un soggetto che gestisce la struttura su corresponsione di un canone mensile. Sono già state assegnate delle gare Consip per questa attività; questo è un nuovo settore da esplorare che può interessare al mondo delle cooperative o del terzo settore. La gestione totale chiavi in mano dell'intervento è un mondo molto complesso e a mio avviso le amministrazioni sono impreparate a gestirlo.

Ultimo aspetto è il problema dello spaccettamento dei contratti. C'è un obbligo di legge che prescrive che l'amministrazione deve giustificare perché non spacchetta ogni singolo appalto. In realtà questa norma vorrebbe attraverso lo spaccettamento favorire la PMI. È un tema da affrontare anche perché oggi c'è un nuovo soggetto che può partecipare alle gare, che è quello delle reti di imprese. Questo potrebbe aiutare le PMI ma metterà in difficoltà le amministrazioni per la verifica e i controlli dei flussi di soggetti che parteciperanno, anche in questo caso il rischio è di infiltrazione della criminalità organizzata e conseguentemente dei fenomeni corruttivi che ne possono derivare.