

## Appalti e criminalità organizzata\*

GIUSEPPE DI GASPARE\*\*

---

### Sommario

1. Il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici; 1.1. Semplificazione, qualità e trasparenza nelle procedure. – 1.2. Le novità in tema di contrasto alla corruzione e alla mafia. – 2. La normativa sugli appalti e il sistema delle fonti. – 2.1. La sovrapposizione di legislazione statale e regionale in materia di contratti pubblici. – 2.2. L’innesto della *soft law* nella normativa sugli appalti. – 3. Criticità croniche del sistema degli appalti. – 3.1. La persistenza di sacche speculative di un mercato non concorrenziale. – 3.2. La perversa interazione tra *surplus* finanziario e criteri discrezionali di aggiudicazione degli appalti. – 3.3. Il ricorso al *general contractor* nel settore delle grandi opere. – 3.4. La separazione tra progettazione ed esecuzione – i progetti di fattibilità. – 3.5. La deresponsabilizzazione mediante *compliance*. – 3.6. La responsabilità della stazione appaltante e quella dell’impresa appaltatrice. – 3.7. Trasparenza e diffusione delle banche dati. – 4. Alcune proposte per rafforzare il contrasto alla corruzione e alla mafia. – 4.1. Il rafforzamento del progetto e il ruolo delle stazioni appaltanti- - 4.2. Misure di contrasto alla revisione della spesa. – 4.3. Un coerente sistema dei controlli preventivi e successivi. – 4.4. Un Osservatorio nazionale e una banca dati trasparente, completa e interoperabile. – 5. Conclusioni. Una riconfigurazione funzionale del sistema degli appalti pubblici.

**Data della pubblicazione sul sito:** 9 giugno 2020

### Suggerimento di citazione

G. DI GASPARE, *Appalti e criminalità organizzata*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2, 2020. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

---

\* Relazione per la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle Mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, XVII Legislatura, dicembre 2018. Il presente saggio riproduce il testo della relazione rimessa alla Commissione Antimafia e agli atti della Commissione, integrato da riferimenti normativi a quella data. Con l’occasione della pubblicazione ho ritenuto utile corredare il testo con note “glosse” tratte da miei scritti precedenti sul tema al fine di illustrare in modo più circostanziato le criticità rilevate nel testo. Si ringrazia il Prof. Pietro Falletta per la collaborazione nella ricostruzione sintetica della normativa vigente (punti 1 e 2) e le ricercatrici del Centro Vittorio Bachelet della LUISS G Carli, dottoresse Federica Notari, Michela Tresca e Simona Sannino per la sistemazione dei riferimenti normativi, della giurisprudenza e delle note.

\*\* Professore Ordinario di Diritto dell’Economia nella Libera università internazionale degli studi sociali Guido Carli (LUISS). Indirizzo mail: [gdigaspare@luiss.it](mailto:gdigaspare@luiss.it).

## 1. Il nuovo quadro normativo in materia di contratti pubblici

Con l'approvazione del decreto correttivo<sup>1</sup> al nuovo Codice degli appalti<sup>2</sup> si è chiusa la prima fase di definizione della normativa di riferimento generale per la disciplina a livello nazionale del settore degli appalti e delle concessioni.

È in corso d'opera la seconda fase, volta a mettere a punti l'articolato mosaico degli atti di regolazione sub primaria previsti dal legislatore delegante. Nel nuovo codice si è chiaramente optato per il superamento del modello rigido del regolamento unico a favore di un sistema attuativo più snello e flessibile demandato però ad una pluralità di strumenti normativi ed amministrativi, e in particolare, ad almeno tre tipologie di linee guida, nonché a decreti ministeriali, interministeriali, e D.P.C.M, con il rischio, da monitorare, del riproporsi, a valle, di incertezze conseguenti a sovrapposizioni di fonti o a lacune normative.

Nella dicotomia tra rigidità e flessibilità, il Codice ha chiaramente scelto la seconda opzione. Semplificazione, qualità e trasparenza sono i principi ispiratori della riforma, nella conclamata prospettiva di maggiore legalità e minore corruzione da perseguire attraverso la profonda revisione e il rafforzamento di strumenti volti ad arginare fenomeni corruttivi.

### 1.1 Semplificazione, qualità e trasparenza nelle procedure

La semplificazione, tanto formale quanto sostanziale, è la cornice essenziale della nuova disciplina sui contratti pubblici.

Sotto il profilo formale, si è già accennato alla scelta di un codice - non in sé concluso - che si limitasse al recepimento delle direttive e a un "riordino complessivo" della materia, demandando, eminentemente, a linee guida i dettagli operativi.

Dal punto di vista sostanziale, la proliferazione della normativa, generata da un codice a schema attuativo aperto, dovrebbe essere contenuta da un principio di portata semplificatoria generale costituito dal divieto di *gold plating* ossia dal divieto di introduzione di livelli di regolazione maggiori o più incisivi rispetto a quelli contenuti nelle disposizioni oggetto di recepimento che possono cagionare maggiori oneri amministrativi per i destinatari<sup>3</sup>. Nel dettaglio, i singoli istituti

---

<sup>1</sup> D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56, pubblicato nella G.U. n. 103 del 5 maggio 2017 ed entrato in vigore il 20 maggio 2017.

<sup>2</sup> D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, pubblicato nella G.U. n. 91 del 19 aprile 2016 ed entrato in vigore lo stesso giorno della pubblicazione.

<sup>3</sup> L'art. 1 della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, ha stabilito, tra i criteri e principi direttivi per l'attuazione delle deleghe in materia di attuazione delle direttive europee sui contratti e sulle concessioni pubbliche, anche il divieto di introdurre livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee

dovrebbero favorire la diminuzione di tempi e costi della procedura, la riduzione del numero delle stazioni appaltanti<sup>4</sup>, la standardizzazione delle procedure attraverso bandi tipo<sup>5</sup> e la piena informatizzazione delle procedure di gara<sup>6</sup>. La semplificazione viene ricercata con la previsione di una maggiore flessibilità, in particolare per i contratti sotto soglia comunitaria. La flessibilità troverebbe maggiore applicazione nelle diverse ipotesi di partenariato pubblico privato per l'esigenza di lasciare spazi alla negoziazione paritetica cui fa riferimento la IV parte del Codice ove viene enucleato il suo ambito operativo e contenutistico nonché le sue forme esplicative quali il project financing, la concessione di costruzione e gestione, la concessione di servizi, la locazione finanziaria di opere pubbliche. Tutte formule organizzative da monitorare adeguatamente nella loro concreta applicazione in quanto non esenti, nel passato<sup>7</sup>, da profili di criticità dal punto di vista dei controlli e dal rischio di infiltrazioni illegali<sup>8</sup>.

Sul versante della qualità della progettazione e della realizzazione delle attività oggetto di appalto, numerose disposizioni del Codice insistono su una migliore idoneità tecnica ed economica di strumenti e soggetti coinvolti nelle procedure. Sotto il profilo soggettivo, la nuova disciplina è più esigente nel riconoscimento dei requisiti di qualificazione degli operatori economici<sup>9</sup>, introducendo anche differenti e più elevati requisiti di qualificazione delle stazioni appaltanti, sul presupposto che la preparazione e la competenza professionale di quanti siano

---

da recepire, facendo salva la tutela di interessi e obiettivi ritenuti dal Parlamento più meritevoli, quali, ad esempio, la prevenzione della corruzione e la lotta alla mafia.

<sup>4</sup> L'art. 37, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, impone alle stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 di procedere all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. Il comma successivo prevede ulteriori ipotesi di aggregazione in relazione a stazioni appaltanti che siano Comuni non capoluoghi di provincia.

<sup>5</sup> Art. 71, d.lgs. n. 50/2016, in base al quale al fine di agevolare l'attività delle stazioni appaltanti omogeneizzandone le condotte, successivamente alla adozione da parte dell'ANAC di bandi tipo, i bandi di gara sono redatti in conformità agli stessi.

<sup>6</sup> Art. 58, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>7</sup> Soprattutto la disciplina del *project financing*, contenuta nel previgente art. 153 del d.lgs. 163/2006, viene ampiamente riscritta dagli art. 183 ss., d.lgs. n. 50/2016, attraverso una considerevole riduzione e semplificazione della fattispecie.

<sup>8</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 3.3.

<sup>9</sup> Art. 83, d.lgs. n. 50/2016.

preposti alle relative incombenze rappresenti una delle più valide forme di difesa preventiva contro la corruzione. Sul versante oggettivo della disciplina, si segnala l'importante principio secondo cui gli appalti relativi ai lavori debbono essere affidati ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto appare maggiormente idoneo a garantire la rispondenza dell'opera a parametri di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi previsti e dei costi preventivati<sup>10</sup>.

In merito alla trasparenza<sup>11</sup>, il Codice si pone in sintonia con le più recenti innovazioni in tema di pubblicità e accessibilità degli atti amministrativi, specie a seguito della maggiore coerenza impressa da alcune disposizioni del decreto correttivo in tema di accesso agli atti e informazione ai candidati<sup>12</sup>. Nella stessa direzione di una maggiore apertura delle procedure di gara alla partecipazione ai cittadini, va la previsione del dibattito pubblico obbligatorio<sup>13</sup> sulle grandi opere, e l'introduzione di modelli di partenariato "*latu sensu sociale*", quali gli interventi di sussidiarietà orizzontale<sup>14</sup> e il baratto amministrativo<sup>15</sup>. La decisa spinta verso

---

<sup>10</sup> L'art. 23, comma 8, specifica che il progetto esecutivo, redatto in conformità al progetto definitivo, determina in ogni dettaglio i lavori da realizzare, il relativo costo previsto, il cronoprogramma coerente con quello del progetto definitivo, e deve essere sviluppato ad un livello di definizione tale che ogni elemento sia identificato in forma, tipologia, qualità, dimensione e prezzo. Il progetto esecutivo deve essere, altresì, corredato da apposito piano di manutenzione dell'opera e delle sue parti in relazione al ciclo di vita.

<sup>11</sup> Artt. 29 e 53, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>12</sup> Cfr. le modifiche al comma 4 dell'art. 29, e l'aggiunta del comma 4-bis, da parte dell'art. 19, d.lgs. n. 56/2017.

<sup>13</sup> Sul punto, si rinvia a G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 settembre 2017.

<sup>14</sup> L'art. 189, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, prevede che per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza.

<sup>15</sup> L'art. 190, d.lgs. n. 50/2016, dispone che gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse

una completa digitalizzazione degli appalti attesta, infine, l'intento del legislatore di rendere aperte, accessibili e partecipate le procedure di gara, con vantaggi su tempi, costi e qualità del loro svolgimento.

## 1.2 Le novità in tema di contrasto alla corruzione e alla mafia

Evidentemente, un quadro normativo così ambizioso ed innovativo non può non prendere in considerazione il contrasto alla corruzione e alle infiltrazioni mafiose, tema cruciale che fa sempre da sfondo ad ogni valutazione in ordine al buon funzionamento delle procedure di appalto.

Il Codice affronta la questione in modo sia diretto che trasversale.

Tra le disposizioni che puntano immediatamente ad accrescere le garanzie di legalità delle procedure di gara, rilevano particolarmente quelle sui requisiti di ordine generale degli operatori economici estesi anche ai subappaltatori<sup>16</sup>. Al riguardo, il nuovo Codice intende segnare il passaggio da un sistema "statico" dei requisiti formali, quale quello assai controverso delle SOA, a un sistema "dinamico" di requisiti sostanziali di tipo reputazionale, oggettivi e misurabili, che esprimano la capacità strutturale e l'affidabilità dell'impresa.

Particolarmente articolata è anche la disciplina dei motivi di esclusione contenuta nell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016 che ripropone, in parte, la disciplina del precedente codice<sup>17</sup> precisandola, tuttavia, in alcuni punti attesa la maggiore analiticità delle nuove cause di esclusione.

Altro punto fermo della riforma, in coerenza con l'obiettivo di correlare indissolubilmente legalità e appalti, è il rafforzamento e potenziamento del ruolo dell'ANAC nel quadro delle sue funzioni di vigilanza, promozione e sostegno delle migliori pratiche e di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti<sup>18</sup>. L'ANAC in questo ambito è chiamato, inoltre, ad adottare atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di

---

generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

<sup>16</sup> Art. 83, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>17</sup> Cfr. art. 38 d.lgs. n. 163/2006.

<sup>18</sup> Tra le disposizioni che segnano la centralità dell'ANAC, vanno segnalate: quella contenuta nell'art. 38, in base a cui presso l'ANAC viene tenuto l'elenco delle stazioni appaltanti; la previsione di cui all'articolo 211, secondo cui l'ANAC potrà esprimere pareri di precontenzioso su questioni sorte durante lo svolgimento della procedura di gara che, in caso di assenso di entrambe le parti, potranno divenire vincolanti; in termini generali, i compiti di vigilanza, controllo e regolazione previsti dall'art. 213, commi da 1 a 17-*bis*.

regolamentazione flessibile, fornendo costante supporto nell'interpretazione ed applicazione del Codice.

Sono, tuttavia, le norme che modificano istituti e strumenti tradizionali quelle che impattano maggiormente sugli obiettivi di legalità, sia pure trasversalmente.

In questo senso, con riferimento alla scelta del contraente, si spinge per una più estesa applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basata sul miglior rapporto qualità/prezzo, che in precedenza rappresentava solo una delle alternative a disposizione delle stazioni appaltanti<sup>19</sup>. Tale metodo di aggiudicazione assurge a criterio preferenziale per tutte le procedure di appalto divenendo obbligatorio per gli appalti dei servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera nei settori in cui prevale l'esigenza di qualità o di tutela dei lavoratori<sup>20</sup>. Settori nei quali, in concomitanza, e per una effettiva tutela del lavoro, dovrebbe regolarsi in fase di emanazione della normativa sub primaria, con particolare attenzione, il ricorso al subappalto a organismi non tenuti per loro conformazione giuridica al rispetto della normativa a tutela dei lavoratori (cooperative) ove si è avuto modo maggiormente di riscontrare infiltrazioni della criminalità organizzata.

Si è, inoltre, già fatto cenno alla particolare attenzione che il legislatore ha riposto sui sistemi di qualificazione, tanto delle imprese quanto delle stazioni appaltanti, con l'obiettivo non celato di assicurare in tal modo procedure più limpide, oltre che prestazioni più efficienti. In questa direzione, vanno anche l'istituzione dell'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici<sup>21</sup> e dell'albo nazionale obbligatorio dei soggetti che possono ricoprire rispettivamente il ruolo di direttore dei lavori e di collaudatore<sup>22</sup>. Tutte misure volte a garantire che, tanto dalla parte del committente quanto da quella dell'appaltatore, vi sia una "patente" certificata di moralità pubblica, oltre che di affidabilità.

Va, comunque evidenziato che, sull'opportunità e sull'efficacia pratica di ciascuno di questi interventi sussistono perplessità - espresse, tra l'altro, a più

---

<sup>19</sup> Fino al 1994 la regola generale era l'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. G. DI GASPARE, *La grande occasione degli appalti*, in *La Voce*, 21 novembre 1994. La normativa comunitaria impone che l'appalto venga aggiudicato all'impresa che offre il prezzo più vantaggioso. Non si può quindi escludere un'offerta perché troppo bassa, senza averne prima, verificato i costi in contraddittorio.

<sup>20</sup> Art. 95, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>21</sup> Art. 78, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>22</sup> Art. 196, d.lgs. n. 50/2016.

riprese dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>23</sup> e, solo in parte, superate - nonché repentine retromarce in sede di correttivo, su segnalazione della stessa ANAC.

Nello specifico, il Consiglio di Stato ha espresso non poche riserve sul sistema del rating d'impresa rilevando che le cause di esclusione per difetto di requisiti morali necessitano d'una formulazione più chiara e immediatamente fruibile da parte delle stazioni appaltanti, nonché di un migliore raccordo con il codice penale e la legislazione antimafia. Lo stesso legislatore ha dovuto modificare in sede di correttivo il carattere obbligatorio del rating nonché la previsione di un sistema sanzionatorio in capo all'ANAC, considerato l'elevato rischio di *gold plating*, previamente segnalato dalla stessa ANAC<sup>24</sup>.

Inoltre, un sistema basato sulla presenza di albi ed elenchi, specie per l'accesso ai lavori pubblici, rischia di essere una riproposizione, per la sua valenza eminentemente formale, di espedienti utilizzati in passato a partire dall'albo dei costruttori che, più che disincentivare le infiltrazioni criminali, si sono risolte in barriere all'ingresso di nuovi operatori per cui tali misure incorporino un potenziale limite alla promozione del confronto concorrenziale<sup>25</sup>.

Critiche di segno analogo sono state mosse nei confronti dei sistemi di qualificazione e certificazione, che rischiano di risolversi in mere attestazioni cartacee di qualità e affidabilità inidonee a garantire una verifica sostanziale sulla struttura e sulla condotta finanziaria delle "imprese", soprattutto tenendo conto della conformazione giuridica di società di capitale nonché di gruppi finanziari - piuttosto che la veste di gruppi industriali - che molti operatori del settore assumono, riproducendosi così con le certificazioni quel sistema statico di controllo formale dal quale il Codice, nella formulazione dei suoi principi, avrebbe invece voluto distaccarsi integralmente<sup>26</sup>.

Altro punto critico è rappresentato dalla commistione di competenze dell'ANAC, sia in chiave regolatoria, sia rispetto ai poteri di vigilanza. Nel primo senso, il massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (c.d. *soft law*) pone

---

<sup>23</sup> Consiglio di Stato, parere del 21 marzo 2016 su Schema di decreto legislativo recante Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 28 gennaio 2016, n.11.

<sup>24</sup> Art. 83, comma 10, d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 52, d.lgs. n. 56/2017.

<sup>25</sup> Alla legge 10 febbraio 1962, n. 57, istitutiva dell'albo dei costruttori, si può far risalire l'avvio della recinzione del mercato nazionale delle opere pubbliche. Cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p.176.

<sup>26</sup> Sulla scarsa efficacia del sistema delle certificazioni, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 6.

non pochi interrogativi sulla collocazione di tali regole all'interno del sistema delle fonti, anche rispetto al procedimento di formazione e agli effetti di una disciplina così rilevante. Rispetto ai poteri di vigilanza si può segnalare il rischio di un loro eccessivo accentramento in capo all'ANAC: lo stesso responsabile dell'Autorità richiama l'attenzione sul carattere non particolarmente penetrante dei predetti poteri confinati nella sostanza in un controllo sulla legittimità degli atti, seppur esteso in alcuni casi (EXPO) con convenzione *ad hoc* alla attività di gestione di diritto privato<sup>27</sup>.

In definitiva, benché siano evidenti gli sforzi per creare un sistema complessivo più snello e trasparente, rimangono allo stato nel nuovo Codice degli appalti non pochi nodi irrisolti, alla luce, tra l'altro, delle indiscusse peculiarità del contesto italiano e della storica stratificazione di norme, prassi e istituti difficili da rimuovere solo attraverso disparati interventi di semplificazione, qualificazione e trasparenza. In altri termini, rimangono sullo sfondo della nuova disciplina questioni insolute o risolte con modalità che non tengono in debita considerazione la complessità del contesto fattuale e regolamentare del sistema degli appalti, specie in relazione al tema costantemente critico della inadeguatezza del mero rispetto della legalità formale delle procedure e dei controlli di legittimità a fungere da efficace surrogato nella prevenzione e nel contrasto delle infiltrazioni criminali.

## 2. La normativa sugli appalti e il sistema delle fonti

### 2.1 La sovrapposizione di legislazione statale e regionale in materia di contratti pubblici

Un primo profilo di complessità della disciplina sugli appalti pubblici attiene alla tradizionale disarticolazione del quadro normativo, considerata la sovrapposizione di competenze *multilevel* in materia e la frenetica e variegata stratificazione di fonti di produzione del diritto nello specifico settore.

A rendere ancor più complicato il predetto assetto delle fonti ha contribuito la riforma del Titolo V della Costituzione incidendo sul riparto delle competenze legislative tra Stato e Regioni in materia di appalti pubblici. La Corte costituzionale è intervenuta sulla questione con diverse pronunce volte a far rientrare la materia "lavori pubblici", di volta in volta, tra quelle di potestà legislative esclusive dello Stato o concorrenti<sup>28</sup> attraverso una restrizione dell'ambito di competenza del

---

<sup>27</sup> Sulla natura formale dei controlli da parte dell'ANAC, cfr. audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 8.

<sup>28</sup> Corte cost. 25 settembre 2003, n. 303.

legislatore regionale, anche con riguardo alle Regioni a statuto speciale<sup>29</sup>. Nonostante gli interventi del giudice costituzionale, volti a dare disciplina più omogenea a livello nazionale al fine di contrastare la segmentazione del mercato degli appalti pubblici, le Regioni hanno comunque continuato ad introdurre disposizioni difformi dal quadro normativo nazionale, come attestano recenti provvedimenti legislativi della Regione Sicilia che, in forza della propria specialità, ha introdotto una disciplina con tratti di originalità, anche con riserva di deroga, rispetto a quella codicistica<sup>30</sup>.

## 2.2 L'innesto della *soft law* nella normativa sugli appalti

Un altro profilo di criticità da segnalare è relativo agli ampi spazi di regolazione concessi all'ANAC per l'attuazione del Codice. Al riguardo, l'obiettivo della semplificazione in fase attuativa viene perseguito, principalmente, attraverso un massivo ricorso a strumenti di regolazione flessibile (c.d. *soft law*) in particolare attraverso gli svariati rinvii "in bianco" del Codice a "linee guida" dell'ANAC per l'applicazione della stessa disciplina codicistica<sup>31</sup>. In particolare andranno prese in esame, in fase di implementazione del Codice, l'impatto di tali misure, sostanzialmente a contenuto regolamentare ma che, tuttavia, evitano le scansioni procedurali, i controlli e gli obblighi di partecipazione previsti per l'emanazione dei regolamenti veri e propri. Rimane, inoltre, aperto, sullo sfondo, il problema dell'incidenza delle suddette fonti di *soft law*, della loro efficacia vincolante verso i soggetti estranei alla amministrazione nonché del possibile conflitto tra norme eterogenee, della loro riconduzione alla tipologia delle direttive amministrative e dei conseguenti eventuali spazi di autonomia da riconoscersi alle stazioni appaltanti.

<sup>29</sup> Cfr., *ex multis*, Corte cost. 17 dicembre 2008, n. 411, e Corte cost. 23 novembre 2007 n. 401.

<sup>30</sup> L.r. n. 12/2011, come modificata dalla l.r. n. 8/2016 e dalla l.r. n. 1/2017.

<sup>31</sup> Non si può fare a meno di ricordare come la semplificazione sia stato un obiettivo tanto astrattamente perseguito quanto di fatto disatteso. Cfr. G DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p. 142 in cui si evidenzia che «Anche la gestione degli **appalti pubblici** per l'esecuzione delle opere pubbliche di ricostruzione è **all'epoca celere ed efficiente**, benché gli appalti vengano realizzati tramite una legislazione che, successivamente, giudicata farraginoso, verrà variamente modificata e rimossa. **Siamo ancora lontani dagli anni '70**, quando si innesca un trend di **interventi legislativi cosiddetti di accelerazione e semplificazione** delle procedure di gare per le opere pubbliche al quale si accompagna, con lo stesso crescendo di intensità, **un risultato di segno opposto: la continua diminuzione di efficienza, un allungamento dei tempi e un esorbitante incremento dei costi di realizzazione delle opere pubbliche**».

### 3. Criticità croniche del sistema degli appalti

#### 3.1 La persistenza di sacche speculative di un mercato non concorrenziale

Non si può non richiamare l'attenzione sul fatto che, già nel 1992, l'AGCM segnalava il settore degli appalti come scarsamente competitivo e dunque a rischio corruzione. L'irrompere di Tangentopoli avrebbe di lì a poco confermato in pieno la bontà di tale rilievo. La prima risposta del legislatore ai gravi fenomeni corruttivi ivi svelati aveva cominciato a segnare un cambio di rotta con consistenti riduzioni dei prezzi di aggiudicazione degli appalti a seguito dell'approvazione della legge n. 109/1994 (legge Merloni nella prima formulazione).<sup>32</sup>

La normativa successiva, a partire dalle modifiche (ter, quater) della stessa legge, e le stratificazioni normative degli ultimi vent'anni hanno segnato più un'inversione di rotta che un miglioramento<sup>33</sup>. Il Codice degli appalti approvato nel 2006 può considerarsi il punto di arrivo di tale controtendenza avendo eliminato definitivamente i due cardini positivi pro-concorrenziali della legge Merloni, ossia l'aggiudicazione dell'appalto unicamente con il metodo del prezzo più basso e la separazione netta tra progettazione ed esecuzione dei lavori.<sup>34</sup>

L'abbandono di questi due principi portanti per un sistema degli appalti orientato in senso pro concorrenziale ha generato il ricorso sempre più indifferenziato a criteri di aggiudicazione altamente discrezionali e conseguentemente ha provocato una tendenza al rialzo fuori controllo di prezzi e tariffe, specie con riferimento a quelle tipologie di lavori e di opere con interventi altamente complessi ed intricati, come nel caso delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale, favorendo di risulta l'affermarsi di una logica a-concorrenziale intrinsecamente collusiva per i conflitti di interesse e di ruolo.

Si sono, così, consolidate prassi che hanno reso particolarmente appetibile alla criminalità organizzata soprattutto il settore degli appalti di lavori, per il formarsi

---

<sup>32</sup> Sull'abbattimento dei costi di aggiudicazione degli appalti per un breve periodo subito dopo tangentopoli, si v. G. DI GASPARE, *La grande occasione degli appalti*, in *La Voce*, 21 novembre 1994.

<sup>33</sup> Sul successivo cambio di rotta e ripresa della lievitazione dei costi, *ibidem*.

<sup>34</sup> G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2°ed., 2017, p. 345 ss in cui si evidenzia che «*Il codice degli appalti del 2006 elimina, inoltre, definitivamente i due cardini positivi pro-concorrenziali della legge 109/1994: l'aggiudicazione dell'appalto unicamente con il metodo del massimo ribasso (rendendo in più complicate ed opache le modalità di gara) e la separazione netta tra progettazione ed esecuzione dei lavori che possono essere affidati allo stesso soggetto*».

di ingenti extraprofiti dovuti alla concomitante interazione di fenomeni distorsivi della concorrenza e della legalità.<sup>35</sup>

Specialmente nel settore delle grandi opere, i costi e i rischi della realizzazione dell'opera per le imprese, data la loro ricercata complessità, non possono essere calcolati preventivamente, e legittimano, quindi, continue revisioni del progetto seguendo gli stati di avanzamento delle opere con spese imprevedute e imprevedibili a carico dell'amministrazione appaltante.

Il *surplus* di costo che si produce intorno alle grandi infrastrutture – superiore anche del 50% rispetto alla spesa preventivata dalla stazione appaltante – rappresenta inevitabilmente un richiamo fortissimo per la criminalità organizzata.<sup>36</sup> Un richiamo talmente pericoloso e ricorrente da avere indotto in un passato non troppo lontano esponenti qualificati delle istituzioni a dichiarazioni accomodanti circa l'opportunità, se non la necessità, di convivere con le infiltrazioni mafiose.

Fenomeni analoghi si possono riscontrare in mercati ad accesso ristretto basati sulle concessioni di servizi di pubblica utilità e con prestazioni remunerate con tariffe differenziate e complesse che creano margini per spregiudicate prese di beneficio scaricando sulle esternalità ambientali i maggiori profitti conseguenti a

---

<sup>35</sup> Si rinvia ancora a G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003, p.185 in cui si evidenzia che «Nel settore degli **appalti**, i criteri di aggiudicazione non concorrenziali, l'effetto cumulativo al rialzo nel tempo dei prezzi inefficienti contenuti nei capitolati di appalto (i listini ufficiali dei prezzi di base per definire i costi di base delle gare), i metodi di realizzazione a lotti, la prassi di revisione dei prezzi in corso d'opera, il rifinanziamento delle opere non interamente realizzate e il largo ricorso al subappalto, creano **sacche speculative che attirano la criminalità organizzata** soprattutto per i lavori pubblici in quelle zone del Paese ove la stessa è in grado di esercitare una qualche forma di controllo territoriale. Fenomeni analoghi si registreranno in altri mercati ad accesso ristretto e con tariffe complesse che creano margini per spregiudicate speculazioni, come nel settore del trattamento e dello smaltimento dei rifiuti in particolare di quelli nocivi e pericolosi (le **discariche abusive e la cosiddetta ecomafia**). Nelle mani della criminalità organizzata sono le transazioni che si svolgono su beni e prestazioni il cui commercio è vietato dalla legge (*res extra commercium*): dalla droga alla prostituzione, dal traffico di armi all'esportazione illegale di valuta e al trasporto clandestino di persone. Traffici destinati a svilupparsi anche nei decenni successivi e che destano ancora notevoli preoccupazioni. Secondo stime della Confcommercio, riferite al 2000, il volume di affari della criminalità ammonta al 15% del PIL».

<sup>36</sup>*Ibidem*, «La forbice tra il 50% di riduzione dei prezzi d'asta ed il 15% di riduzione dei contratti in corso (decreto legge 537/93 lascia intravedere una bolla finanziaria di circa il 30% di sovrapprezzo nel mercato complessivo degli appalti pubblici».

riduzioni o eliminazioni di costi per fasi essenziali delle procedure di realizzazione del servizio, come, ad esempio, non eseguendo le bonifiche preliminari all'istallazione delle opere, oppure come nel ciclo della raccolta e del trattamento dei rifiuti, riducendo il costo degli smaltimenti con sversamenti e interramenti dei rifiuti. Tossici in particolare, delegandoli se non subappaltandoli e avvalendosi di operatori in relazione con organizzazioni criminali che dispongono di fatto del controllo del territorio.<sup>37</sup>

Discorso in parte analogo rischia di riprodursi nel comparto degli appalti misti con accentramento della domanda ed esperimento della gara per ambiti nazionali che finisce per attribuire all'aggiudicatario un potere di mercato esercitabile in modo abusivo nei confronti degli operatori del settore tramite commesse e subappalti in cui l'aggiudicatario assume la veste di un *market maker* cioè di colui che ha il potere di imporre il prezzo a qualsiasi controparte interessata ad inserirsi nella filiera dell'appalto<sup>38</sup>.

### 3.2 La perversa interazione tra *surplus* finanziario e criteri discrezionali di aggiudicazione degli appalti

Come accennato, il primo fattore che incide sull'indebita creazione di sacche speculative nell'esecuzione degli appalti è il generalizzato ricorso a criteri non

---

<sup>37</sup> Sul controllo del territorio e le modalità di contrasto, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 401 ss, in particolare quando si evidenziano gli effetti eversivi anche del potere fiscale dello Stato: «**L'esazione monetaria della criminalità organizzata (pizzo) e da parte della corruzione politico/amministrativa (tangente) sui redditi e sui patrimoni costituiscono, a ben vedere, anche una forma concorrenza illecita da parte di "sistemi impositivi" privati e criminali nei confronti dell'imposizione fiscale dello Stato e riducono il gettito complessivo. Il loro cumulo sulle attività economiche deprime gli investimenti nell'economia nazionale: il prelievo illecito, sommato a quello legale, può spingere le imprese al fallimento**».

<sup>38</sup> Si fa riferimento, al ricorso consolidato ad affidamenti, tramite Consip, di grossi appalti aventi ad oggetto un sistema integrato ed eterogeneo di servizi e forniture. Sul punto, cfr. la deliberazione del 25 maggio 2017, n. 6/2017/G della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, sul *global service* immobiliare nelle amministrazioni centrali dello Stato, che ha rimarcato la scarsa economicità delle convenzioni di *facility management* stipulate da Consip, oltre che la bassa qualità dei servizi resi. Sui rischi per la concorrenza di tali affidamenti, cfr., altresì, la Relazione dell'Autorità Antitrust sull'attività svolta nel 2016, dove si segnala la lotta ai cartelli che si generano, nell'ambito delle gare Consip, intorno agli appalti pubblici integrati, come, nel caso sanzionato, del cartello tra imprese nella gara per la pulizia delle scuole.

pienamente concorrenziali di aggiudicazione degli appalti pubblici. In quest'ottica, va preso in esame l'ambito di utile esperibilità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che sembra prestarsi, più del criterio del massimo ribasso, a logiche di formazione di prezzi generanti margini speculativi, considerata la discrezionalità più ampia dell'amministrazione ma anche dell'impresa nella presentazione dell'offerta. Tale discrezionalità facilita il riproporsi di criticità storicamente consolidate nell'esecuzione dei singoli appalti, ossia: l'effetto cumulativo al rialzo dei prezzi inefficienti contenuti nei capitolati di appalto, i metodi di realizzazione a lotti, la prassi di revisione dei prezzi in corso d'opera, il rifinanziamento delle opere non interamente realizzate, il largo ricorso al subappalto.

Bisogna, quindi, porre particolare attenzione su misure di segno alternativo che riducano, anzitutto, la perversa combinazione tra criteri discrezionali di aggiudicazione e un sistema complesso di formazione prezzi che, favorisce, anche attraverso revisioni successive dei meccanismi di spesa, il formarsi di sacche speculative incentivanti sistemi di corruzione e appetite dalla criminalità organizzata.

### 3.3 Il ricorso al *general contractor* nel settore delle grandi opere

Gli effetti speculativi sopra accennati risultano ancora più evidenti e gravi in relazione al settore delle grandi opere laddove si è concretizzato un vero e proprio trasferimento del rischio contrattuale per la realizzazione dell'opera dall'appaltatore privato allo Stato.

Il largo ricorso alle figure del *general contractor* e del fiduciario, strettamente collegate all'impresa aggiudicataria capofila, può consentire, infatti, a quest'ultima di aumentare la redditività dell'appalto e, al contempo, di far gravare sullo Stato le incognite di costi e rischi in corso d'opera. In sostanza, all'interno di questo meccanismo, l'aggiudicatario non è più controparte contrattuale ma un "fiduciario" dell'Amministrazione che assume artatamente un ruolo "neutralizzato" dalla qualifica di *general contractor*.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> Più diffusamente al riguardo, cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2017, p. 394, in cui si mette in luce che «**Il Codice degli appalti del 2006 innovava anche la disciplina delle opere strategiche e di preminente interesse nazionale (d.l.190/2002), per cui l'appalto viene aggiudicato nelle grandi opere non a chi offre il prezzo più basso ma a chi dimostra di avere le migliori capacità progettuali ed organizzative. È un'impostazione anticoncorrenziale ed intrinsecamente collusiva. L'aggiudicatario dell'appalto non è più controparte contrattuale, ma "un fiduciario" e come tale si sostituisce all'appaltatore come general contractor. Contro la figura**

Nella vigenza della “legge obiettivo” e del precedente Codice, tale artificio ha prodotto conseguenze ancor più gravi considerato, tra l’altro, che il *general contractor* poteva assumere anche le vesti di direttore dei lavori, incaricato di collaudare le opere a tutela dell’interesse pubblico ma con ovvie influenze di interessi privati<sup>40</sup>.

Si è, quindi, posto in essere un conflitto d’interessi legalizzato, giacché è stato lo stesso appaltatore a controllare la conformità e la regolarità dell’opera realizzata; e lo stesso contraente privato ha risolto le incognite progettuali accertabili, in lavori complessi come quelli infrastrutturali, solo in corso di esecuzione dell’opera.

Il nuovo Codice degli appalti ha rivisitato la figura del contraente generale, superando, in parte, alcune criticità della precedente disciplina, introducendo maggiori contrappesi al precedente strapotere organizzativo e gestionale del contraente generale.

In primo luogo, già la legge delega ha specificato, con disposizione autonoma e immediatamente precettiva, che al contraente generale non spetta più la direzione dei lavori, in quanto è il soggetto aggiudicatore che nomina il direttore dei lavori e i collaudatori<sup>41</sup>. Viene, altresì, previsto un costante monitoraggio dei lavori anche mediante un comitato permanente, costituito dai rappresentanti sia dell’amministrazione sia del contraente generale<sup>42</sup>. Infine, viene demandata al contraente generale solo la progettazione esecutiva e non più quella definitiva<sup>43</sup>,

---

del *general contractor* (di fatto una riesumazione del *concessionario* già vietato dalla normativa comunitaria negli anni '80) si appuntano le critiche della Commissione UE per contrasto con la direttiva lavori 93/37/CE. La Commissione UE apre una procedura di infrazione in quanto **le regole italiane “consentono un’area troppo ampia di arbitrio”**. La situazione è critica soprattutto per le grandi opere nelle quali **il direttore dei lavori** – che deve collaudare le opere a tutela dell’interesse del committente che paga, cioè dello Stato – **non è più nominato dallo Stato – committente, come in qualsiasi altro appalto pubblico e privato, ma è nominato dalla controparte contrattuale, camuffata dietro la qualifica di “general contractor”**. Insomma, è l’appaltatore stesso che realizza l’opera e che si sostituisce allo Stato, dal quale deve essere pagato, che decide e verifica la conformità e regolarità dell’opera che ha realizzato e chiede conseguentemente allo Stato – cioè alla collettività – di pagare. **Un palese conflitto di interessi legalizzato che può risolversi in danno dello Stato e dei contribuenti**».

<sup>40</sup> Sulle storture provocate dal meccanismo dell’affidamento dei lavori con il *general contractor*, cfr. intervento del Sen. Stefano Esposito durante la seduta del 4 febbraio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, pp. 18-19.

<sup>41</sup> Art. 1, comma 3, lett. ll), l. n. 11/2016.

<sup>42</sup> Art. 194, comma 3, lettera b), d.lgs. n. 50/2016.

<sup>43</sup> Art. 194, comma 2, lettera a), e art. 195, comma 2, d.lgs. n. 50/2016.

anche se è consentito l'appalto integrato per appalti di importi pari o inferiori a 100 milioni di euro<sup>44</sup>. Cifra sicuramente di tutto rilievo e che potrebbe prestarsi ad aggiramenti in caso di interventi infrastrutturali con ricorso ad una pluralità di appalti sotto quella soglia.

Rimane, peraltro invariata la disciplina relativa all'affidamento a terzi dei lavori da parte del contraente generale, che conferma pedissequamente le disposizioni del previgente d.lgs. 163/2006, permettendo, di fatto, al soggetto privato l'affidamento a terzi dei lavori nei limiti e alle condizioni previste per gli appaltatori di lavori pubblici.

In tal senso, rimane, comunque, assai elevato il livello di discrezionalità del contraente generale - specie nei casi in cui è consentito ricorrere all'appalto integrato - in misura tale da non scongiurare affatto i fenomeni corruttivi già verificatisi in passato.

### 3.4 La separazione tra progettazione ed esecuzione - i progetti di fattibilità

Un ulteriore profilo essenziale e connesso ai precedenti risiede nelle regole sul rapporto tra progettazione ed esecuzione dell'appalto, specie nel settore delle grandi opere. Il nuovo Codice, nella sua versione originaria, intendeva procedere verso una netta separazione, stabilendo il divieto dell'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione.

Si ripropongono tuttavia, alcune perplessità in ordine alle eccezioni previste dal Codice, in particolare a seguito degli interventi correttivi. È così consentito l'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori nei casi di: affidamento a contraente generale, anche in questo caso - con la stessa soglia prevista per l'appalto integrato - qualora l'importo dell'affidamento sia pari o inferiore a 100 milioni di euro; finanza di progetto; affidamento in concessione; partenariato pubblico privato; contratto di disponibilità.

Aldilà di tali ipotesi derogatorie, che aprono comunque larghi varchi nella concreta applicazione dell'opzione per il progetto esecutivo, rimane il principio che nella vigenza del nuovo Codice il progetto deve essere portato al livello esecutivo prima dell'avvio della gara, e spetta all'impresa il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione. Ne dovrebbe conseguire, come avviene del resto negli appalti tra privati (art. 1665 c.c.) che l'assunzione del rischio in fase di esecuzione e sui costi dell'opera viene a gravare sull'impresa stessa. In questo modo il trasferimento del rischio, se effettivamente perseguito e generalizzato, comporterebbe nella prassi un forte disincentivo al ricorso alle

---

<sup>44</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 3.4.

varianti e riserve in quanto non potrebbero più innescare aumenti dei costi attualmente tanto inopinati quanto prevedibili<sup>45</sup>.

Altro strumento introdotto dal Codice nella medesima prospettiva di un controllo dei prezzi è quello del progetto di fattibilità che sostituisce i progetti preliminari. In particolare, il progetto di fattibilità tecnica ed economica deve individuare «tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire»<sup>46</sup>. Quindi, rispetto al passato, il primo livello di progettazione appare più focalizzato sull'impatto concreto dell'opera e sulle sue conseguenze in termini economici. Da chiarire, peraltro, le conseguenze di tale scelta in ordine all'effettiva realizzazione dell'opera - le diverse fasi progettuali dovrebbero essere inserite in un sistema di programmazione<sup>47</sup> che consentisse chiaramente di espungere dalla fase di realizzazione opere che non superano il vaglio di un previo esame costi benefici<sup>48</sup>; si dovrebbe, in questi casi, introdurre, come riscontrabile nelle migliori pratiche in materia nella legislazione comparata, il cosiddetto progetto di pre-fattibilità al fine di escludere o ridimensionare l'opera e dunque l'appalto sulla base del rapporto tra costi e benefici attesi<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul rapporto tra variabilità delle spese di un appalto e introduzioni di varianti e riserve, cfr. audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, pp. 18-19.

<sup>46</sup> Art. 23, d.lgs. n. 50/2016.

<sup>47</sup> G. DI GASPARE, *Il dibattito pubblico tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Amministrazione in Cammino*, 30 settembre 2017, p. 7: «Certo non si può non rimpiangere la chiarezza della versione originaria della legge Merloni (art. 14 della legge n. 109/1994 sulla programmazione dei lavori pubblici) che disciplinava la programmazione triennale delle opere, nella quale potevano essere inclusi solo i lavori di cui sia stato redatto almeno il progetto preliminare e la cui utilità sia stata accertata sulla base di una verifica delle esigenze cui i lavori devono corrispondere delle caratteristiche generali degli stessi, della stima sommaria dei relativi costi nonché dei benefici economici e sociali conseguibili».

<sup>48</sup> Il rilievo è risalente, cfr. G. DI GASPARE, *Appunti per un primo bilancio sull'attuazione della legge 64/86*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 2. 1989, p. 414 in cui si è evidenziato che «invece di effettuare un incongruo e nella prassi evanescente sbarramento di ammissibilità, per cui il progetto deve essere corredato di tutti gli assenti, i pareri, gli atti amministrativi necessari alla sua realizzazione, si sarebbe potuto [...] considerare come fase di ammissibilità, proprio la valutazione dell'impatto economico sociale dei progetti, e cioè l'analisi costi benefici [...]. Sarebbe tuttora sufficiente che il progetto presenti tutti gli elementi necessari in termini di costi benefici [...] senza per questo dover scendere nel dettaglio di un progetto esecutivo».

<sup>49</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 5.

### 3.5 La deresponsabilizzazione mediante *compliance*

Va considerato inoltre che, allorquando si far riferimento alle “imprese” nel codice degli appalti, siamo in presenza normalmente di imprese costituite in forma di società di capitali nelle quali è più complesso e a volte arduo individuare, sotto lo schermo della personalità giuridica dell’ente, specifiche responsabilità individuali. In questo ordine di idee bisogna prendere attentamente in considerazione il ruolo svolto dai meccanismi della *compliance*. Un sistema procedurale che innesca e legittima forme di deresponsabilizzazione all’interno dell’imprese, incentivando la formazione di zone opache in cui la responsabilità personale viene diluita attraverso il vaglio della *compliance*, ossia una procedura standard per l’individuazione e valutazione del rischio di non conformità alle regole da parte delle società di capitali. Questo sistema, di derivazione anglosassone e adottato in via generalizzata attraverso il d.lgs. n. 231/2001, può dar luogo ad un inutile palliativo giacché trasferisce ad un soggetto interno all’impresa il compito di vigilare sulle aree di attività a rischio di responsabilità penale. La *compliance* di prevenzione, si risolve - nella nostra concezione formale dei controlli - spesso nella compilazione burocratica di appositi formulari con diverse tipologie di certificazione esternalizzate a professionisti abilitati o rilasciate da amministrazioni competenti, sul tipo della certificazione antimafia.<sup>50</sup> Se alla valenza eminentemente formale di tale onere burocratico si aggiunge il dato per cui il soggetto interno responsabile della vigilanza è solo apparentemente in una condizione di autonomia, dipendendo in realtà economicamente da chi gli conferisce l’incarico, si chiarisce il rischio altamente deresponsabilizzante della metodologia in questione, in particolare all’interno delle imprese appaltatrici ad architettura complessa costituite nella forma di gruppo societario.

Un meccanismo del genere si rivela quindi inefficace sia in termini di prevenzione, visto il suo scarso rilievo sostanziale, sia in chiave sanzionatoria, giacché esso consente tendenzialmente all’impresa di escludere la presunzione di illecito in capo ai propri vertici una volta dimostrata la regolarità delle procedure messe in atto in conformità alla disciplina dei settori a rischio, qual è, ovviamente, anche quello degli appalti.

### 3.6 La responsabilità della stazione appaltante e quella dell’impresa appaltatrice

Altro aspetto critico da riconsiderare è quello della responsabilità dell’amministrazione in caso di comportamenti illeciti nell’ambito dell’appalto. Le riforme di fine anni Novanta non hanno, infatti, intaccato l’idea che dietro l’atto

---

<sup>50</sup> Sulla deresponsabilizzazione mediante *compliance*, cfr. G. DI GASPARÉ, *Diritto dell’economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 386.

amministrativo rimangano schermati i comportamenti del funzionario responsabile della procedura.

In questo senso, si appalesa oltremodo inadeguata la fattispecie della denuncia per omissione di atti d'ufficio del responsabile del procedimento in base alla legge n. 241/90 tuttora vigente anche se scarsamente applicata mentre sarebbe auspicabile nei settori a forte rilevanza economica sostituirla con un'azione per risarcimento del danno per illecito civile verso terzi.

Nello stesso senso, andrebbero rivisti tempi e modi del processo amministrativo specie in rapporto alla responsabilità del funzionario e al tema del risarcimento, procedendo sulla strada appena intrapresa dal nuovo codice di giustizia amministrativa<sup>51</sup>, ancora però parametrato alla gravità dell'annullamento piuttosto che a quella del danno provocato ai terzi o all'erario. Andrebbe infine, anche sotto il profilo del danno erariale, riconsiderato l'incerto confine della separazione delle responsabilità gestionali tra politica e amministrazione, nella configurazione della cosiddetta "esimente politica" della responsabilità amministrativa per danno erariale dei vertici politici delle amministrazioni pubbliche *ex art. 1* della legge 14 gennaio 1994, n. 20 e successive integrazioni ed estensioni.

Anche nei confronti dell'impresa appaltatrice il sistema di responsabilità dovrebbe essere riconsiderato in modo da garantire in via preventiva la certezza della sanzione, e, in via successiva, la rapidità dell'escussione della somma dovuta a titolo sanzionatorio.

Al riguardo, una prima questione si pone per effetto della rimodulazione di alcuni istituti, come il soccorso istruttorio<sup>52</sup>, che lasciano ampi spazi di interpretazione in ordine alle conseguenze previste in caso di irregolarità più o meno gravi commesse dal concorrente nell'ambito di una procedura di gara.

Un altro ordine di problemi riguarda l'escussione da parte delle stazioni appaltanti delle garanzie presentate dalle imprese. In proposito, Banca d'Italia ha segnalato un fenomeno «allarmante» rappresentato dalle gravi difficoltà incontrate dalle stazioni appaltanti, anche quelle attive nei settori ordinari, nell'escussione della garanzia prestata da alcuni intermediari finanziari. Si tratta della copertura di rischi assunta da intermediari non commisurata alle proprie strutture patrimoniali ed organizzative, o anche da soggetti non autorizzati a svolgere tali attività in quanto non iscritti nell'elenco speciale di cui al richiamato art. 106 del TUB, né assoggettati a vigilanza prudenziale da parte di Banca d'Italia bensì sottoposti a forme di controllo più blande. Un rimedio auspicabile a tale criticità può consistere

---

<sup>51</sup> Cfr. art. 30, d.lgs. n. 104/2010.

<sup>52</sup> Art. art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016.

nella previsione di un sistema assicurativo che copra, a monte, i rischi delle imprese, e di una garanzia bancaria che tuteli, a valle, le stazioni appaltanti<sup>53</sup>.

### 3.7 Trasparenza e diffusione delle banche dati

Un'altra criticità di fondo del sistema dei contratti pubblici consiste nella mancanza di disponibilità dei nuovi sistemi tecnologici necessari per supportare i nuovi processi, primo tra tutti la creazione della BDOE, la Banca Dati unica degli Operatori Economici prevista dall'art. 81 del Codice. Tale banca dati avrebbe dovuto e dovrebbe – nelle intenzioni del legislatore e del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – superare la farraginosità del processo di comprova e controllo dei requisiti di partecipazione alle gare tuttora svolto dall'Autorità Anticorruzione all'interno di AVCpass. La BDOE sarà istituita, almeno nei primi elementi essenziali, nella prima parte del 2018 ammesso che siano resi effettivamente disponibili, da parte dei soggetti che li detengono, i dati previsti dalla nuova disciplina.

Evidentemente, la creazione di una banca dati aggiornata periodicamente, se non quotidianamente, potrà risolvere gli annosi deficit informativi delle stazioni appaltanti e delle stesse imprese, creando un circolo virtuoso anche in termini di legalità perché consentirebbe sia all'amministrazione che agli operatori di conoscere e rendere conoscibili fatti e circostanze rilevanti nell'ambito della gestione degli appalti<sup>54</sup>.

Restano, tuttavia, ancora incerti i tempi e, soprattutto, i sistemi tecnologici che siano in grado di supportare il funzionamento di uno strumento così ambizioso.

In particolare, il Governo dovrà porre in essere le condizioni tecniche e giuridiche indispensabili per il buon funzionamento di tale banca dati in modo da garantirne la massima trasparenza, completezza e interoperabilità delle informazioni ivi contenute. In questo senso, la banca dati dovrebbe essere unica, *open access* e pienamente fruibile anche da parte degli operatori economici e non solo delle stazioni appaltanti, e la sua gestione andrebbe affidata a un soggetto pubblico indipendente che assicuri e verifichi interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Sul punto, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 8.

<sup>54</sup> Sull'opportunità di una banca dati aggiornata quotidianamente nel settore dei contratti pubblici, cfr. l'audizione del Presidente dell'ANAC del 14 ottobre 2014 Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 17, nonché l'audizione del Presidente dell'ANIEM del 17 gennaio 2015 dinanzi alla stessa Commissione, p. 5.

<sup>55</sup> Sul punto, v. *infra*, par. 4.4.

#### 4. Alcune proposte per rafforzare il contrasto alla corruzione e alla mafia

##### 4.1 Il rafforzamento del progetto e il ruolo delle stazioni appaltanti

Il progetto esecutivo deve essere il fulcro del nuovo sistema di aggiudicazione dei contratti pubblici. La pubblica amministrazione dovrebbe superare il principio del *project financing*, mettendo sullo stesso piano i competitori ed evitando quel meccanismo di prelazione che oggi condiziona pesantemente sia la qualità, sia la competizione. Nel settore delle grandi opere, in particolare, occorre abbandonare la stagione dei preliminari sostituendoli con i progetti di pre-fattibilità in modo che siano messi a gara progetti esecutivi accettati dall'impresa in modo da ridurre il rischio di variazioni in corso d'opera e conseguentemente contenere gli incrementi della spesa. In questa direzione, l'affidamento dei lavori con metodo del *general contractor* va evitato perché legittima una palese situazione di conflitto di interessi dell'appaltatore rispetto alla direzione dei lavori.

##### 4.2 Misure di contrasto alla revisione della spesa

Occorre affidarsi alla concorrenza e all'efficienza dei mercati competitivi che, abbassando i prezzi, abbattano all'origine il formarsi di extra profitti. Le incognite su tempi e costi dell'appalto, alimentate dagli strumenti della concessione di costruzione e del *general contractor*, creano potenziali sacche speculative che andrebbero eliminate alla radice. Andrebbero, quindi, spostati, come avviene nei contratti di appalto tra privati, i rischi degli aumenti dei costi dell'esecuzione dell'appalto dalla stazione appaltante pubblica all'impresa appaltatrice privata attraverso regole, anche contrattuali, chiare che eliminino sensibilmente lo spazio per riserve e varianti a carico della parte pubblica per difetti o carenze del progetto messo a base di gara. Tali regole devono riguardare, anzitutto, i criteri di aggiudicazione che non possono lasciare margini di discrezionalità tali da consentire agevolmente, all'indomani dell'aggiudicazione, variazioni al rialzo dei prezzi. Nella stessa direzione, l'impresa aggiudicataria avrebbe il compito, e la relativa responsabilità, di indicare modalità e costi di esecuzione, attraverso l'accettazione del progetto esecutivo, da cui non può discostarsi, in sede di realizzazione dell'appalto salvo per circostanze impreviste e imprevedibili. Va, infine, assicurato un trattamento rigoroso del ricorso all'avvalimento e al subappalto, istituti che storicamente si sono dimostrati veicoli di infiltrazioni da parte della criminalità giacché innescano più agevolmente l'accennato meccanismo di revisione dei prezzi, favorendo, altresì, maglie più larghe nei controlli sostanziali sui lavori demandati a tali operatori economici apparentemente marginali<sup>56</sup>.

---

<sup>56</sup> G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 401 in cui si mette in luce che «Le sacche di rendite speculative sono

#### 4.3 Un coerente sistema dei controlli preventivi e successivi

Va messo a punto un sistema efficiente e coerente di controlli preventivi e successivi sulla gara. Il ruolo di ANAC è fondamentale ma non può essere esclusivo e onnicomprensivo. Vanno responsabilizzate le stazioni appaltanti e i funzionari preposti all'aggiudicazione in prima persona. Occorre rafforzare la qualificazione di questi ultimi - data la nuova centralità da riconoscersi al progetto - nonché il ruolo di vigilanza del committente nei confronti dell'impresa. Il sistema di qualificazione non deve, tuttavia, basarsi, quasi eminentemente su elenchi e certificati che spesso si risolvono in una garanzia solo formale di legalità. In realtà, il rafforzamento della prevenzione sui fenomeni criminali nel settore dei contratti pubblici necessita di una revisione delle regole mirata ad evitare il formarsi di potenziali conflitti d'interesse nell'esecuzione dell'appalto e a volta ad un efficace e trasparente controllo su prezzi da ottenersi essenzialmente tramite un confronto concorrenziale aperto.

Di pari passo, vanno anche introdotte misure effettive e più certe di responsabilità. Il rafforzamento delle centrali di committenza, volto principalmente a semplificare e digitalizzare le procedure di gara, non deve, infine, agevolare un sistema di neutralizzazione dei controlli e delle responsabilità. In questo ordine di idee un sistema informativo che faciliti la comparazione tra prezzi e tipologie standardizzare di contratti renderebbe il mercato degli appalti pubblici più aperto, più contendibile e con prezzi di aggiudicazione meno onerosi per la committenza pubblica.

#### 4.4 Un Osservatorio nazionale e una banca dati trasparente, completa e interoperabile

In questo senso occorre sfruttare a pieno le potenzialità offerte dalle nuove tecnologie attraverso la creazione di una banca dati nazionale che tracci costantemente non solo i profili e le attività delle imprese, come nell'istituenda banca dati, ma anche l'attività delle stazioni appaltanti in funzione della gara, monitorando anche l'andamento dei contratti di appalto pubblici.<sup>57</sup>

---

*l'altro versante dell'assenza di concorrenza e si accompagnano a fenomeni di corruzione e concussione. Gli alti profitti negli appalti, aggiudicati con metodi scarsamente concorrenziali, continuano ad attirare la criminalità economica organizzata che partecipa ai subappalti inutilmente contrastati dai certificati antimafia».*

<sup>57</sup> Una prima ipotesi dell'Osservatorio e del suo funzionamento si ritrova in G. DI GASPARE, *Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici*, in *Rivista della Corte dei Conti*, n. 2, 1992, ora ripubblicato in [www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/07/Di-Gaspere-Trasparenza-contratti-pubblici\\_riv\\_doc.pdf](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/wp-content/uploads/2014/07/Di-Gaspere-Trasparenza-contratti-pubblici_riv_doc.pdf). Nell'articolo, a p. 7, si

La piena interoperabilità della banca dati ridurrebbe costi e tempi della burocrazia giacché consentirebbe alle amministrazioni di conoscere in tempo reale il *track record* delle singole aziende, garantendo, al contempo, alle imprese modalità più veloci e sicure per il rafforzamento della propria qualificazione. Elenchi e certificati richiesti a queste ultime assumerebbero, peraltro, un rilievo sostanziale in quanto inseriti in un sistema reputazionale complessivo e dinamico, utile sia per i controlli da parte delle stazioni appaltanti, sia per l'effettiva auto-qualificazione dell'azienda interessata, ma anche per la possibilità di verifica offerte alle altre imprese candidate e concorrenti nelle procedure di gara.

La gestione dinamica di tale banca dati andrebbe affidata ad un Osservatorio nazionale istituito *ad hoc*, incluso nella struttura ANAC, con il compito di assicurare e verificare interoperabilità, accessibilità e continuo aggiornamento dei dati immessi.

A tal fine, sarebbe anche necessario introdurre un obbligo di comunicazione dei dati ed in particolare dei contratti di appalto (di lavori forniture e servizi, misti) e loro modifiche e revisioni, pena la nullità dei contratti stessi in modo da assicurare la piena ed integrale alimentazione della banca dati. Tale trasmissione andrebbe effettuata con utilizzo di format standardizzati facilmente fruibili in modo da consentire la comparazione tra dati relativi alle stesse tipologie di appalti. La fruibilità dell'Osservatorio da parte di chiunque interessato verrebbe a realizzare una forma di controllo aperto e incrociato sugli stessi dati. Differenze e anomalie di formule contrattuali, di costi, di tempi e di prezzi per tipologie di appalti

---

evidenzia che: «*In sintesi, si pensa ad una procedura congegnata nel modo seguente. Presso l'Osservatorio dovrebbero affluire tutti gli atti unilaterali o plurilaterali riguardanti opere pubbliche, forniture e servizi, nonché gli atti di disposizione dei beni pubblici di un certo rilievo per tutto il settore pubblico allargato. Sarebbe auspicabile, infatti, estendere il controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale anche agli atti di disposizione del patrimonio immobiliare pubblico e del demanio, come deterrente per usi impropri o scarsamente remunerativi ed anche per monitorare, come si dice, la politica di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico. La trasmissione degli atti all'Osservatorio si dovrebbe basare su di un meccanismo coattivo: registrazione obbligatoria – a tassa fissa – e successiva trasmissione a cura delle parti, pena la nullità dell'atto e le conseguenti responsabilità dirette dei firmatari, in primo luogo ovviamente i pubblici funzionari. Insieme agli atti relativi a contratti, appalti e concessioni, dovrebbero essere trasmessi sia quelli presupposti (avvisi di gara, deliberazioni di alienazione, sia, successivamente e di volta in volta, sempre a pena di nullità, quelli consequenziali (subappalti, variazioni in corso d'opera, successivi lotti di aggiudicazione, etc.)».*

comparabili verrebbero evidenziate, trattando i dati con sistemi statici e quantitativi, con riferimento alle medie formulate sui dati trasmessi rafforzandosi in questo modo una conoscenza diffusa del settore in primo luogo tra le stazioni appaltanti ma anche da parte della platea dei soggetti - imprese amministrazioni ma anche cittadini - interessati al buon andamento del sistema degli appalti pubblici.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> *Ivi*, p. 8. Sul funzionamento di tale Osservatorio sembra tuttora valida la seguente formulazione: «*Si può pensare, al riguardo, ad un sistema informativo “a rete” dell’Osservatorio, con terminali presso le conservatorie oltre che presso le sedi centrali e periferiche della Corte dei conti.*

*Gli atti dovrebbero essere archiviati e consultabili secondo parametri predeterminati* (oggetto del contratto, ubicazione, nome delle parti, tipo di fornitura od opera, tempi di esecuzione previsti, importi, etc.), in modo comunque da averne integrale contezza.

*Il diritto d’accesso dovrebbe essere garantito in modo assoluto a chiunque, intendendo per “chiunque” ogni cittadino o impresa che avrebbe diritto alle informazioni immesse nella banca dati del sistema informativo, in modo da assicurare la piena trasparenza dell’Osservatorio, tutelando altresì lo stesso contro eventuali interferenze (quis custodiet custodes?).*

*È questo dell’accesso, comunque, un primo e forte contrappeso, ci sembra, per bilanciare la concentrazione di funzioni dell’Osservatorio. Per alcune categorie di appalti a rischio, le società anonime verrebbero assoggettate all’obbligo di comunicazione di un prospetto informativo sull’assetto proprietario e su eventuali collegamenti* (tipo quello previsto per la quotazione in borsa): entrato a regime l’Osservatorio, quest’obbligo di redazione del prospetto potrebbe essere progressivamente ridotto per ambito di estensione e reso più mirato nelle informazioni.

*Questa basilare funzione di raccolta e di catalogazione degli atti, oltre che strumentale all’esercizio del diritto di accesso, è fondamentale per l’attività di regolazione e controllo.*

*In altri termini, a partire dalla documentazione archiviata l’Osservatorio dovrebbe elaborare i dati raccolti ai fine di formulare medie e parametri di valutazione degli oneri contrattuali, sulla base anche di raffronti con il settore privato e con quello pubblico europeo.*

*Una funzione ispettiva, organizzativamente autonoma all’interno dell’Osservatorio, dovrebbe poi verificare, a campione e a sondaggio, i casi di scostamento rispetto alle medie e ai parametri di costo elaborati.*

*Questa specie di ispettorato, comunque, dovrebbe avere poteri di indagine di polizia giudiziaria.*

*L’avvio del procedimento a campione, un meccanismo automatico dunque, andrebbe mirato attraverso meccanismi di concentrazione del campione su fasce*

Il funzionamento dell'Osservatorio fornirebbe al contempo all'ANAC indicazioni utili per l'esercizio della propria attività di vigilanza concentrando l'attenzione verso le situazioni che palesano evidenti criticità di prezzo e/o di modalità contrattuali.

## **5. Conclusioni. Una riconfigurazione funzionale del sistema degli appalti pubblici**

I contratti pubblici per opere, forniture e servizi rappresentano annualmente più del 15% del PIL italiano<sup>59</sup>. A tali percentuali, vanno ragguagliati i costi diretti della corruzione, stimati nel 2009 dalla Corte dei Conti in 60 miliardi di euro l'anno (pari a circa il 4% del PIL). Nel solo caso delle grandi opere pubbliche, la corruzione (comprese le perdite indirette) è stimata a ben il 40% del valore totale dell'appalto<sup>60</sup>.

Grandi opere di costruzione come quelle per la ricostruzione a l'Aquila dopo il terremoto del 2009, per l'Expo Milano 2015 o per la futura linea ferroviaria ad alta velocità Torino-Lione sono state quelle maggiormente esposte al rischio di distrazione di fondi pubblici e infiltrazioni criminali. L'alta velocità, in particolare, è tra le opere infrastrutturali più costose e criticate per gli elevati costi unitari rispetto a opere simili. Al riguardo, essa è costata 47,3 milioni di euro al chilometro nel tratto Roma-Napoli, 74 milioni di euro tra Torino e Novara, 79,5 milioni di euro tra Novara e Milano e 96,4 milioni di euro tra Bologna e Firenze, contro gli appena 10,2 milioni di euro al chilometro della Parigi-Lione, i 9,8 milioni di euro della Madrid-Siviglia e i 9,3 milioni di euro della Tokyo Osaka. Queste differenze di costo possono rivelarsi una spia, da verificare alla luce di altri indicatori, di un malaffare derivante da una carente gestione o da irregolarità delle gare per gli appalti pubblici<sup>61</sup>.

---

*a rischio individuate sulla base di parametri statisticamente predeterminati. Il ricorso agli automatismi avrebbe il pregio di **azzerare tendenzialmente ogni valutazione discrezionale nella fase di apertura del procedimento ispettivo. Un correlato obbligo di comunicazione dei risultati alla magistratura, anche in caso di proposta di archiviazione, ridurrebbe inoltre la discrezionalità nella fase di chiusura dell'indagine**».*

<sup>59</sup> Cfr. *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sulla lotta alla corruzione, allegato sull'Italia*, 3 febbraio 2014.

<sup>60</sup> Cfr. Corte dei conti, *Giudizio sul rendiconto generale dello Stato 2011. Memoria del Procuratore generale*, udienza del 28 giugno 2012. La tendenza era peraltro evidente da tempo cfr. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 1° ed., 2003.

<sup>61</sup> La stretta correlazione tra corruzione e opere strategiche è evidenziata all'interno delle Relazioni redatte dal Procuratore generale della Corte dei Conti

In sostanza, in Italia, specie nel settore delle infrastrutture, il rischio di corruzione e di infiltrazioni criminali negli appalti rimane particolarmente elevato soprattutto a causa dei cospicui extraprofitti che si generano nella fase successiva all'aggiudicazione, in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti. In contesti normativi e amministrativi complessi, in presenza di complicazioni procedurali e di bandi di gara molto articolati e al contempo lacunosi, solo pochi sperimentati e assuefatti prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi richiesti mantenendo un dialogo costante con le stazioni appaltanti e gli organismi di controllo.

Per contrastare questa tendenza alla realizzazione degli extraprofitti che costituisce il bacino colturale e culturale in cui allignano potenzialmente corruzione e criminalità organizzata, il sistema degli appalti dovrebbe riposizionarsi con più decisione su due cardini essenziali ed interconnessi: lo spostamento consapevole dei rischi di esecuzione del contratto in capo all'appaltatore, alla stregua del contratto privato di appalto regolato nel codice civile<sup>62</sup>; e la piena ed effettiva apertura del settore alla concorrenza.

Nel primo senso, è fondamentale la responsabilizzazione dell'impresa in sede di progettazione esecutiva: abbattere l'eventuale successivo extraprofitto, trasformandolo nel caso in un costo aggiuntivo a carico dell'appaltatore responsabile della fase esecutiva del progetto, riduce evidentemente, indebiti margini lucrativi disincentivando l'attrattività degli appalti per la criminalità organizzata. In particolare nella realizzazione delle grandi opere, l'abbattimento a monte del rischio di extraprofitti può essere garantito dall'introduzione di una fase di "pre-design" attraverso lo strumento dello "studio di pre-fattibilità". Nei progetti europei e internazionali, il ciclo di vita del progetto inizia proprio con uno studio di pre-fattibilità, affidato con procedure concorsuali a consulenti di grande esperienza. Esso consente di individuare la domanda da soddisfare e le caratteristiche del contesto territoriale, le strategie progettuali e le alternative esistenti, gli elementi principali di sostenibilità finanziaria, economica ed istituzionale-amministrativa, i principali *stakeholders* coinvolti, nonché di decidere se il progetto è meritevole di ulteriore approfondimento attraverso studi e progettazioni. In questo modo, il committente ha tutte le informazioni utili per

---

negli anni 2015, 2016 e 2017 che rilevano la presenza di fenomeni corruttivi in importanti interventi strutturali - EXPO, MOSE, Mondiali di nuoto, G8 - o ambiti di amministrazione locale.

<sup>62</sup> *Ex art. 1655 del Codice civile, per la opzione «a favore di una struttura contrattuale di diritto privato nella quale in definitiva il rischio dell'inadempimento graverebbe sull'appaltatore piuttosto che sullo Stato» (in G. DI GASPARE, Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici, in Amministrazione in Cammino, 19 maggio 2014, p. 9).*

valutare la soluzione preliminarmente prescelta ed impostare le successive fasi del progetto<sup>63</sup>.

A valle, risulta essenziale, ai fini del controllo del formarsi di indebiti extraprofitti e della piena assunzione del rischio da parte dell'appaltatore, un sistema di nomina degli organi di collaudo atto ad evitare qualsiasi potenziale conflitto di interessi<sup>64</sup>.

Rispetto all'innalzamento del livello di concorrenza nel settore, assumono un ruolo centrale il controllo e la trasparenza dei prezzi. In tal senso, l'analisi di prefattibilità e la chiarezza del progetto esecutivo riducendo i margini di discrezionalità nell'esecuzione dell'opera permettono un'effettiva concorrenza sul prezzo dell'appalto. In altri termini, creare le condizioni per un mercato aperto sui costi di esecuzione, favorendo il metodo del prezzo più basso, può consentire di abbattere gli extraprofitti e specularmente arrivare ad elevate riduzioni sui costi della prestazione appaltata con evidente sollievo anche per la finanza pubblica.

Ulteriori benefici in termini di riduzione dei costi e di contrasto alla rarefazione della concorrenza nel mercato degli appalti possono derivare dalla scelta di dimensionare, per quanto possibile, le prestazioni oggetto dell'appalto favorendo la partecipazione diretta alla gara di piccole e medie imprese, evitando in questa prospettiva e a maggior ragione, il ricorso agli appalti misti. Gli accorpamenti misti dovrebbero essere limitati solo in presenza di precise economie di scala. Un appunto critico in questo senso va fatto al ricorso a centrali uniche di committenza per l'aggiudicazione di appalti su scala nazionale. Tale sistema non ha prodotto sin qui i risparmi di spesa auspicati ed ha, invece, sacrificato il livello di concorrenza in molti settori favorendo, anziché economie di scala, effetti distorsivi tali da generare situazioni oligopolistiche e comportamenti anticoncorrenziali. Mettere a gara le specifiche prestazioni per singoli appalti, in presenza di prezzi trasparenti e monitorati dall'Osservatorio, contribuirebbe a creare un mercato aperto e concorrenziale, riducendo avvalimenti e subappalti e allontanando al contempo corruzione e le correlate aspettative di lucro della criminalità organizzata<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Sulla necessità di un'analisi sull'utilità del progetto, cfr. intervento dell'On. Andrea Vecchio durante la seduta del 4 febbraio 2016 della Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali, anche straniere, p. 16.

<sup>64</sup> Cfr. l'art. 102, d.lgs. n. 50/2016, che circoscrive la possibilità di nominare quali collaudatori soggetti esterni alla stazione appaltante alla sola ipotesi di accertata carenza, nell'organico della stazione appaltante ovvero di altre amministrazioni pubbliche, di personale qualificato allo scopo.

<sup>65</sup> Aspettative consolidate, cfr. G. DI GASPARE, *Amministrazione e promozione economico-sociale del Mezzogiorno*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, n. 4, 1996, p.1000: «un sistema quindi strutturalmente in squilibrio

Benché il nuovo Codice degli appalti abbia introdotto una serie di accorgimenti che vanno nel senso di mutare le misure di contrasto alla corruzione alla criminalità organizzata - come le citate disposizioni sulla separazione tra progettazione ed esecuzione dell'opera, sulla standardizzazione e informatizzazione delle procedure di gara, sulla nomina dell'organo di collaudo - la bonifica del settore non può considerarsi ancora conclusa.

Si è insistito ancora troppo su requisiti e certificazioni che, seppur utili per accrescere la qualificazione di imprese e stazioni appaltanti, non contribuiscono di per sé ad accrescere l'apertura del sistema in termini di accessibilità ai dati e alla concorrenza.<sup>66</sup>

Le stesse interdittive antimafia risultano sì funzionali a tamponare situazioni di malaffare emergenti in corso d'opera, ma non suppliscono all'esigenza di un'indagine preliminare più approfondita sulle distorsioni e opacità nella cangiante *governance* di aziende incluse in gruppi a natura finanziaria, piuttosto che industriale, che operano con le carte apparentemente in regola ma a volte con capitali in rientro con passaggi *offshore* non sempre tracciabili e spesso imputabili a soggetti coperti dall'anonimato. Queste entità finanziarie operano con compiti, nella sostanza, di intermediazione nell'appalto e con conseguente ricorso a forme di subappalto manifestando carenze organizzative e gestionali presenza o supplenze della criminalità organizzata che possono prendere forma solo nella fase esecutiva dell'appalto. In questa prospettiva, il ricorso ai commissariamenti delle imprese oggetto di indagine per infiltrazioni criminali si appalesa essere più una modalità compromissoria e anomala di amministrazione controllata a salvaguardia di interessi di lavoratori e di terzi nonché della realizzazione dell'opera. Un rimedio sintomatico di riduzione dei danni *ex post*, più che una misura di prevenzione e di contrasto alle infiltrazioni criminali negli appalti.

La circolarità del sistema andrebbe inoltre portata a regime tramite la obbligatorietà di garanzie assicurative e bancarie poste a carico delle imprese appaltatrici e tali da consentire l'immediata escussione delle somme in caso di inadempienti da parte della stazione appaltante. Tale obbligatorietà avrebbe il

---

*che per mantenersi distrugge le risorse ambientali...che si alimenta prevalentemente attraverso risorse trasferite, anche con il ricorso alla criminalità organizzata».*

<sup>66</sup> Anzi, possono piuttosto costituire un ostacolo all'accesso al mercato. Si v. G. DI GASPARE, *Diritto dell'economia e dinamiche istituzionali*, Padova, 2° ed., 2015, p. 345 in cui si evidenzia anche «

*la certificazione è richiesta per la partecipazione a bandi di gara e appalti pubblici che, qualora prevedano che le imprese certificate abbiano già una presenza attiva nel settore, possono costituire una barriera di fatto all'accesso per nuovi concorrenti, come nel caso degli appalti per le certificazioni SOA (art. 42 codice degli appalti 2006)».*

pregio di innescare conseguentemente il controllo, sulla correttezza della progettazione al fine del buon esito dell'opera, anche da parte del soggetto finanziario richiesto di rilasciare le coperture assicurative o bancarie *ad hoc*. Quest'ultimo infatti assumendosi l'onere della copertura del rischio dell'appalto, sarebbe indotto necessariamente a verificarne la fattibilità sotto il profilo oggettivo e soggettivo e quindi ad aumentare, nel caso, il premio richiesto per la copertura assicurativa - se non ad escluderla - in carenza di adeguate garanzie reputazionali e/o patrimoniali dell'impresa e in ragione dell'effettiva realizzabilità dell'appalto per la cui esecuzione è richiesta la specifica prestazione assicurativa<sup>67</sup>. La necessità di copertura assicurativa finirebbe in questo modo per promuovere in modo sistemico la bonifica del mercato degli appalti mettendo ai margini imprese senza adeguate competenze e patrimonio e fuori dal quadro della cantierabilità improbabili progetti infrastrutturali con costi - ed esiti - non chiaramente preventivabili.

---

<sup>67</sup> Si rinvia ancora a G. DI GASPARE, *Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici, in Amministrazione in Cammino*, 19 maggio 2014, p. 2 in cui si evidenzia che «Lo spostamento del rischio a carico dell'appaltatore induce effetti virtuosi [...] l'obbligo dell'appaltatore di assicurarsi per i danni conseguenti alla sua responsabilità contrattuale fidejussione bancaria o assicurativa [...] Le compagnie di assicurazione a loro volta per non trovarsi esposte [...] dovrebbero svolgere un'attività di due diligence sui progetti e contratti [...] finirebbero per garantire solo imprese affidabili e per opere con progetti realmente fattibili sulla base dei costi programmati [...]».