

Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile
Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale
Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 5-6/2018

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado,Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, , Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Sergio Contessa, Ambrogio De Siano,Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Laura Letizia, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Giuliano Taglianetti, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

amministrativamente
Rivista di diritto amministrativo

Di chi è la colpa?
Riflessioni in materia di appalti

di Ferdinando Pinto*

Sommario

1. Un problema (assai) difficile trattato in modo (troppo) semplice. – 2. Corruzione e società bambine: ridimensionare un dato e uscire da un inganno. – 3. Il legislatore nella società complessa: lo Stato e il mercato. – 4. Le esperienze straniere e la peculiarità del sistema italiano: una sintesi (quasi) impossibile. – 5. L'Autorità Nazionale Anti Corruzione: lo strano caso del *soft-law*. – 6 Le Centrali di Committenza. – 6.1 La sanità come esempio di efficienza. – 6.2 Le centrali locali come un'idea non realizzata. – 6.3 La CONSIP come esempio di inefficienza. – 7. Il grande ammalato: l'Amministrazione pubblica. – 7.1 Investire nell'Amministrazione. – 7.2 L'anomala funzione del giudice.

Abstract

Il contributo ha ad oggetto l'analisi di alcune «cause» della cattiva gestione degli appalti nel nostro Paese. In primo luogo, vengono analizzate alcune dinamiche attuali del rapporto tra Stato e mercato nelle società complesse attuali e sottoposti a critica alcuni luoghi comuni in tema di corruzione e attività amministrativa. Un'attenzione particolare viene rivolta al fenomeno del *soft-law* introdotto dall'ANAC in tema di appalti pubblici. Infine, le dinamiche messe in evidenza come cause di inefficienza vengono analizzate nell'ambito della disciplina delle centrali di committenza, in particolare in ambito sanitario.

1. Un problema (assai) difficile trattato in modo (troppo) semplice

Porsi il problema di chi sia il colpevole della cattiva gestione degli appalti, nel nostro Paese, è operazione, allo stesso tempo, che può apparire di estrema facilità e di altrettanto estrema complessità[1]. Non si tratta di un ossimoro.

Di estrema facilità, perché ognuno sembra avere la propria ricetta e la propria verità: tante opinioni e ricette che sembrano quasi infinite. Se infinite sono le ricette, è possibile, allora, identificare in chiunque e in qualsiasi aspetto della nostra legislazione e, in definitiva, della nostra società, il soggetto a cui attribuire colpe e responsabilità. Viviamo nel mondo delle emozioni in cui le notizie, e le convinzioni corrono rapide e chiunque - ma proprio chiunque - sembra abilitato a dire la propria su qualsiasi argomento. Naturalmente, le opinioni sono tanto più facili a maturarsi quanto meno si sa. L'arte del dubbio la conosce chi sa non chi non sa. Altrettanto naturalmente, quelle che immediatamente vengono percepite come verità sono le soluzioni più semplici - e quindi spesso le peggiori - al problema Le parole d'ordine quanto più sono semplici tanto più sono rapidamente percepite e, altrettanto rapidamente e facilmente, diffuse. Chi più grida si fa sentire meglio di altri nel richiamo ad una ideale e mitica coscienza popolare che, chiamata per la prima volta a decidere, non bisogna mai dimenticarlo, scelse Barabba e non Gesù.

Di estrema difficoltà, perché la complessità del fenomeno, la sua entità, e il continuo susseguirsi di regole che lo hanno governato negli ultimi anni, rende difficile, persino, capire dove stia il centro del problema e da quale aspetto partire.

Si tratta di un tema, innanzitutto, interdisciplinare, in cui si accumulano dati tra loro contrastanti e in cui, come è inevitabile che avvenga, tutti cercano un esame utilizzando (solo) la propria prospettiva, che è, necessariamente, parziale e limitata. Ognuno guarda - con la specializzazione che gli è tipica - il proprio (micro)settore mentre raramente si assiste ad una sintesi. Per questo profilo, il tema sconta uno dei difetti della attuale società italiana - ma non solo italiana - che è esattamente speculare a quella della mancanza di approfondimento e, in definitiva, di cultura di cui si è appena detto. L'attuale formazione della classe professionale è per specialisti - il che è evidentemente un bene - ma si tratta di specialisti spesso privi di un quadro d'insieme che permetterebbe loro di valutare i fenomeni nella loro complessità - il che è altrettanto evidentemente un male. Di qui il rischio di non arrivare mai a proporre analisi definitive - e dunque ricette - del fenomeno, presi da un continuo rinvio ad ulteriori analisi o indagini e - alla fine - quasi da un senso di sfinimento per soluzioni che non si riescono a trovare. In altre parole, ognuno identifica nel sistema un difetto, che è quello proprio del settore di cui si ci occupa, ritenendolo il difetto fondamentale, ma non traduce mai quel difetto nel contesto generale del procedimento, non percepisce, cioè, l'interazione di quel difetto con quello che resta dell'azione amministrativa.

---

* Professore Ordinario di Diritto Aministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II. Riceviamo e volentieri pubblichiamo.

[1] Sui molti diversi temi discussi nel lavoro, cfr., *ex multis*, M. ARNONE – E. ILIOPOLUS, *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*, Vita e Pensiero, Milano, 2007; B. BARMANN, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 1, 2016, p. 78; F. CAZZOLA, *Della corruzione: fisiologia e patologia di un sistema politico*, Il Mulino, Bologna, 1988; M. DUGATO, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatici e contrasto alla corruzione nel settore dei contratti pubblici*, in *Munus*, 3, 2015, p. 667; G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, p. 325; L. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 4, 2016, p. 499; G. MORBIDELLI, *Degli effetti giuridici della soft-law*, in *Rivista regolazione mercati*, 2, 2016, p. 1.

Se a ciò si aggiunge l'atteggiamento tutt'altro che lineare, del legislatore la situazione si aggrava ulteriormente e corre il rischio di divenire ingestibile. Le soluzioni proposte da questo ultimo, negli ultimi anni, appaiono, davvero, prive di un vero filo conduttore e variano da interventi sui soggetti delle procedure, a interventi sulle fasi della procedura, a interventi sugli atti della procedura, a interventi sui processi che seguono le procedure. Si è intervenuto così, in un crescendo di provvedimenti che riesce difficile cogliere nella loro unitarietà, sui corrotti, sulla pubblicazione degli atti, sulle commissioni e sui criteri di aggiudicazione, sulla fase dell'esecuzione, sull'abbreviamento dei termini del processo amministrativo, e questo per restare alle cose più comuni. Si tratta di un complesso di interventi che ha appassionato il legislatore degli ultimi anni e che appare davvero imponente. Forse non ve ne sono di eguali, per dimensione e tempi, negli ultimi trent'anni, in qualsiasi altra materia. Il processo, peraltro, appare ben lontano dall'essere concluso ed, anzi, di recente, sembra essersi nuovamente ripartito con l'ennesima svolta "epocale". Oltretutto questo diluvio di legislazione non consente all'operatore di assestarsi nelle proprie convinzioni, e nelle procedure che ne seguono, sia sul versante della amministrazione sia sul versante degli operatori economici.
Si tratta di argomenti – che, complessivamente presi già in parte rispondono alla domanda di partenza - e su cui bisognerà, inevitabilmente, tornare.

2. Corruzione e società bambine: ridimensionare un dato e uscire da un inganno

Alla luce della premessa di cui si è appena detto, forse può essere opportuno ribaltare i termini del problema ed iniziare a domandarsi non di chi sia ma di chi non sia a colpa della attuale situazione degli appalti nel nostro paese.

Innanzitutto la colpa, contrariamente a quello che comunemente si pensa, non è della corruzione, che può essere una componente - come evidentemente è - ma non è affatto la componente determinante. Dare tutta la colpa alla corruzione è tipico di quelle società bambine, di cui parlano i sociologi, in cui la punizione, che presuppone l'esistenza di un "cattivo", è ritenuta componente fondamentale dell'educazione.
L'affermazione presuppone preliminarmente definire cosa si intenda per corruzione e usci-re dalla generica definizione secondo cui qualsiasi comportamento non conforme alle re-gole, se non addirittura al (solo) spirito delle norme regolatrici, possa essere qualificato come corruzione. Ne è, semmai, un sintomo, ma mai, di per sé, la prova di un fatto da qualificare come corruzione. La corruzione in senso proprio è infatti - a detta non solo di chi scrive - il fatto corruttivo in senso stretto, come definito dalla fattispecie penalistica, consistente in una dazione o in una promessa di utilità, di qualsiasi tipo, in cambio di una attività illecita. Se non usciamo dagli equivoci di qualsiasi altra definizione, il rischio è quel-lo di affrontare un mondo indefinito in cui - per esempio - anche la rappresentanza politica dei territori o il privilegio per un certo tipo di politica, in luogo di un'altra, può essere intesa come fatto di corruzione in sé. Altra cosa è rappresentare un territorio favorendo - piuttosto che in un altro - la allocazione di imprese e risorse rispetto al far assumere, a quella impresa che si colloca sul territorio, personale opportunamente fidelizzato, altra cosa ancora è trattenere per sé parte di quelle risorse. Si tratta di ipotesi in cui - ancorché in alcuni casi non è facile fare distinzioni - la linea di confine deve restare definita.
Se restringiamo la definizione di corruzione, nei termini di cui si è appena detto, che non possono essere confusi con altri, la situazione italiana non è particolarmente diversa da quella di altri

paesi in cui la gestione degli appalti pubblici è di gran lunga migliore degli altri.
Il livello della corruzione in senso proprio infatti non è particolarmente elevato nel nostro paese, o almeno non si differenzia in maniera evidente rispetto a quello di altri paese con il medesimo posizionamento nel panorama economico europeo.
A conferma dell'affermazione, che sicuramente diverge dalla opinione corrente, va ricordata, innanzitutto, un'indagine, condotta, di recente, dall'Unione Europea, da cui si ricava che per quanto riguarda il dato della corruzione reale - la domanda posta dal questionario riguardava infatti l'esperienza diretta di fenomeni corruttivi - cittadini e imprese hanno risposto con percentuali positive superiori di non più di due punti al dato riscontrato in paesi, come Germania, Francia e Regno Unito, in cui, comunemente, si ritiene che la corruzione sia relativamente modesta. La distanza è più sensibile (in peggio) nei confronti di alcuni paesi della zona scandinava. E' decisamente lontana (in meglio) da paesi come la Grecia o alcune repubbliche dell'area balcanica che presentano dati sino al triplo delle percentuali italiane. Una analoga indagine, sempre sul versante della corruzione reale, realizzata dall'ISTAT, con sistemi assolutamente trasparenti, ha portato a dati sostanzialmente analoghi. Se al dato totale della corruzione si sottrae il dato che l'Istat qualifica come corruzione giudiziaria - che appare più alto di quello che comunemente si pensa - e si limita l'indagine alla sola corruzione della pubblica amministrazione, si raggiungono risultati so-stanzialmente uguali al dato rilevato dalla Unione Europea. Dall'indagine si ricava che esistono rilevanti settori della pubblica amministrazione in cui il fenomeno è totalmente assente.
In Italia è la corruzione percepita che appare dilagante, e che raggiunge livelli tanto elevati da far pensare che il problema reali dell'inefficienza delle procedure di scelta del contraente sino dovuti - per la loro quasi totalità - alla necessità di reperire i surplus necessari per alimentare i fenomeni corruttivi.
Il dato percepito è, evidentemente, un dato che non può essere trascurato, se non altro perché è l'indicatore del rapporto di fiducia che i cittadini hanno con le proprie istituzioni, e che testimonia di una disaffezione alla cosa pubblica che ha effetti diretti sui comportamenti tenuti nei confronti della pubblica amministrazione, percepita come un corpo assolutamente estraneo. Il dato è dunque importante ma va inteso nei limiti appunto di quello che effettivamente rappresenta e non come dato della realtà.
Che gli italiani sopravvalutino qualsiasi dato relativo alla propria posizione è provato dalla circostanza che anche quando il nostro paese è visto come una assoluta eccellenza, come nel caso dell'alloggio alberghiero, dove siamo collocati nelle classifiche mondiali al primo posto come sistema paese, non siamo tali proprio per i nostri cittadini che, generalmente, non lesinano critiche al nostro sistema degli alloggi turistici.
Su versante, poi, di come la percezione non sia un dato da considerare come valore assoluto, va ricordato che, in una recente indagine, condotta dal più importante quotidiano nazionale, gli italiani stimano il numero degli immigrati, effettivamente presenti sul territorio nazionale, in un numero quadruplo rispetto al reale. Sono facilmente immaginabili le conseguenze di una valutazione di tal genere e le ricette (sbagliate) che vengono,
A diagnosi sbagliate corrispondono sempre cure sbagliate.
Della corruzione non è dunque la colpa della mancata efficienza del sistema degli appalti.
Il problema è che qui si confonde corruzione con cattiva amministrazione. Si tratta di ter-

mini diversi e non (necessariamente) sovrapponibili. Una struttura di assoluti incorruttibili può essere una struttura che - per incapacità delle persone che la compongono e/o per l'inadeguatezza degli strumenti messi loro a disposizione - sul piano dell'efficienza è assolutamente inidonea a garantire risultati efficienti. Si tratta di mala amministrazione ma non corruzione.

3. Il legislatore nella società complessa: lo Stato e il mercato

Attribuire le colpe di una cattiva gestione, o comunque di un cattivo risultato delle procedure di selezione del contraente, ad un cattivo legislatore appare altrettanto sbagliato.

In primo luogo una attribuzione del genere ne nasconde un'altra che va, e poi è, immediatamente contraddetta.

Al fondo, infatti, vi è un'idea doppiamente sbagliata; l'una peraltro conseguenza della seconda.

La prima idea è che in linea di principio occorrano sempre regole semplici mentre quelle attuali sarebbero inutilmente sovrabbondanti. In un sistema più semplice, perché retto da regole più semplice, sarebbe il mercato ad equilibrarsi e a garantire la piena efficienza del sistema.

Il primo errore è che le società complesse - come sono tutte le società moderne - non possono essere governate da regole semplici. Viviamo - come si è già detto - nel mondo delle specializzazioni, in cui regole semplici non esistono. L'affermazione del contrario è solo la conseguenza con cui si trasmettono le opinioni, ma una opinione che rapidamente circola non è detto che sia il sintomo di una regola efficace. È, semmai, vero il contrario.

A ciò bisogna aggiungere che gli stessi che invocano un mercato che si autoregola nella ricerca del suo equilibrio perfetto, assicurato da offerta e esigenze dei consumatori, sono immediatamente i primi a chiedere più Stato nel momento in cui si ci accorge che il libero mercato, per esempio dei concessionari di opere pubbliche, ha il solo obiettivo di massimizzare i profitti con buona pace degli interessi dei consumatori. La meraviglia è che qualcuno si meravigli.

Anche la valutazione delle norme "a peso", in relazione alla lunghezza dei loro commi o al paragone con il precedente sistema - sempre secondo la logica del "peso" - appare davvero fuori luogo, perché dimentica che la norma non si valuta per quanto è lunga, ma per quanto sia efficiente. I manuali di funzionamento delle macchine complesse sono necessariamente complessi e nessuno se ne lamenta. Occorrerebbe lamentarsi, semmai, se avvenisse il contrario. Certo chi manovra deve essere un tecnico, ma, ancora una volta, non è uno scandalo il manuale complesso per far volare un aereo, ma che chi si sieda alla cloche sia uno sprovveduto che non lo ha mai fatto.

Fatta questa premessa, la legislazione italiana non è peggiore di quella di altri paesi. Al contrario, in alcuni casi, è assolutamente, e sicuramente, migliore. È il caso, per esempio, della legislazione in tema di prevenzione dei fenomeni criminali, in cui il nostro paese ha raggiunto livelli assai elevati che sono d'esempio anche per altre realtà nazionali. Certo, si potrebbe sostenere che altri paesi non hanno bisogno di tali intervento perché privi di organizzazioni criminali, così diffuse e radicate sul territorio, come le nostre, ma è altrettanto vero che - in primo luogo - questo non sempre è vero e che - in ogni caso - la reazione del legislatore è stata senz'altro adeguata.

Il punto caldo della normativa, che si riflette sulla sua pratica applicazione, è, semmai, nella mancanza di una idea di continuità dello Stato che sembra il vero difetto del sistema. Si assiste, infatti, ad una fibrillazione continua in virtù

della quale ogni governo, e ogni maggioranza che lo sostiene, non accetta la continuità delle istituzioni con il precedente e sente quasi l'obbligo – in alcuni casi si tratta di una vera e propria ossessione - di affermare la assoluta discontinuità con chi lo ha preceduto.
Di qui un sistema normativo in attesa sempre di un salvatore, che non arriva mai, ma continuamente si promette.

4. Le esperienze straniere e la peculiarità del sistema italiano: una sintesi (quasi) impossibile

In questa ricerca del colpevole - superate le regole astratte - si arriva alle regole concrete.
Si dice che occorrerebbero gare con maggior certezze, dove il livello della discrezionalità amministrativa sia ridotto ai minimi termini.
Questo dovrebbe comportare rapidità di gestione delle procedure e - soprattutto - una volta che questa si sia esaurita - una semplice gestione della esecuzione.
A fondamento di questa convinzione viene addotta la incapacità dei capitolati di fissare regole stringenti della esecuzione. Regole certe e stringenti determinerebbero poco margine per l'amministrazione che voglia favorire l'una impresa in luogo di un'altra e una esecuzione priva di rilevanti problematiche. Tutto sarebbe stato valutato dalle imprese nella fase precedente all'espletamento della gara, che si concluderebbe rapidamente e in modo efficiente, anche con riferimento alla successiva fase dell'esecuzione.
Ad esempio di come un sistema possa essere virtuoso, se basato su queste regole, è richiamato il caso della amministrazione francese dove, appunto, i capitolati sono contenuti - si fa per dire - in migliaia di pagine. Per esempio, le condizioni generali per gli interventi sulle strade sono riportate, nel sistema francese, in 46 fascicoli dove sono previste minuziosamente tutte le condizioni tecniche che si devono realizzare nel corso della procedura. La scelta, accompagnata ad un efficace cronoprogramma, renderebbe, poi, semplice la fase del controllo che si ridurrebbe a mero accertamento.
Il sistema ha una sua filosofia e, generalmente, sembra essere un sistema efficiente. Il problema è che, calato nel sistema italiano, non è detto - anche per le ragioni di cui si dirà in conclusione - possa presentare le medesime efficienze. Può, anzi, accadere l'esatto contrario.
Chi appena conosce la materia degli appalti - ma più in generale i problemi delle procedure concorsuali - sa benissimo che, quanto più puntuali sono le condizioni dell'esecuzione - e dunque in primo luogo i capitolati - tanto più agevole è determinare preventivamente il vincitore della selezione. L'Autorità per la lotta alla corruzione ha, perciò, da tempo, evidenziato come le clausole della partecipazione e della esecuzione non debbano essere tali da rappresentare, sin dall'origine, e proprio grazie alla loro minuzia, il risultato finale della procedura, identificando a priori colui il quale sia (a volte l'unico) ad avere i requisiti previsti dalle regole di gara.
In questo senso, è, ormai, assolutamente metabolizzato dal sistema il principio dell'equivalenza, secondo cui la sostituzione di un elemento della prestazione, rispetto a quello indicato dalla stazione appaltante, è sempre possibile, a condizione che il risultato finale sia il medesimo di quello richiesto. In sostanza, i capitolati - e le condizioni di gara in astratto che ne seguono - sono sempre superabili in concreto. Non possono, dunque, costituire un elemento che, di per sé, sposta in maniera fondamentale l'asse dell'efficienza.
Vi è poi un ulteriore obiezione. Il sistema fondato sui capitolati presenta una estrema rigidità - che peraltro è l'esatta proiezione del sistema amministrativo francese - che è difficile ritenere oggi un (vero) valore. Irrigidire la prestazione finale significa, infatti, rendere impossibile

quella flessibilità, collegata alla prestazione, che rappresenta la vera cifra delle società moderne e, in definitiva, il vero punto di forza del sistema italiano che, se non avesse tale caratteristica, sarebbe probabilmente collassato da tempo.
Una ultima osservazione.
L'idea di un sistema basato su pesanti e rigide condizioni, che dovrebbero sottendere le procedure concorsuali, vuole ridurre - il profilo è esplicito in alcuni commentatori - la discrezionalità dell'amministrazione. Questa è una conseguenza inaccettabile. In primo luogo, la discrezionalità è un requisito insito nell'azione amministrativa, nella misura in cui il provvedimento amministrativo è, in linea di principio, scelta dei mezzi ritenuti necessari per realizzare l'interesse pubblico. Una riduzione della discrezionalità, che andrebbe sacrificata per realizzare efficienza nel sistema delle procedure concorsuali, è una contraddizione in termini e farebbe venir meno la stessa natura dell'amministrazione. D'altro canto, nessuno può volere il ritorno al criterio del massimo ribasso, ampiamente utilizzato nel passato, che era basato, appunto, su di una scelta dell'amministrazione sostanzialmente priva di qualsiasi discrezionalità Un ritorno a tale sistema è, ormai, escluso per effetto delle regole europee - basate sul rapporto tra qualità e prezzo con ampio utilizzo della discrezionalità - mentre il nuovo codice privilegia il sistema, a tutti noto, dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Il sistema del massimo ribasso salvava (forse) solo l'amministrazione dalle sue responsabilità e rendeva (sempre) il meccanismo della selezione permeabile a interessi ben lontani da quello pubblico.
Neppure sembra, in questa discussione, convincente - salvo quello che si dirà subito innanzi - l'idea che occorrerebbero progettazioni migliori da mettere a gara e più stringenti procedure per realizzarle. Occorrerebbero, insomma, progetti effettivamente esecutivi e non meri preliminari di massima. In primo luogo, la progettazione esecutiva per i servizi è ontologicamente impossibile. Il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa implementa, infatti, il progetto messo a gara che, proprio per la sua natura, non può, allora, che essere definitivo, ma non ancora (completamente) esecutivo.
Quanto alle opere, anche qui il sistema attuale consente in sede di gara - attraverso per esempio taluni sistemi o più banalmente attribuendo un punteggio premiale a chi presenta interventi esecutivi di specifico dettaglio o particolarmente innovativi - di avere, alla fine della procedura, progetti particolarmente dettagliati nel loro contenuto.
Il punto vero è che, per il livello della progettazione esecutiva, occorrerebbero uffici tecnici efficienti. Il sistema italiano, però, è un sistema in cui, contrariamente a quello che si pensa, si riscontra la più bassa percentuale nel rapporto tra abitanti e pubblici dipendenti. La conseguenza è che ci troviamo di fronte ad uffici tecnici spesso ridotti all'osso, travolti da impegni e scadenza, con un personale quasi mai giovane e, dunque, per sua natura, scarsamente innovativo. Se a ciò si aggiunge il generale clima di sfiducia in cui questi uffici operano, si comprende immediatamente che il prodotto della progettazione pubblica non può essere mai particolarmente efficace.
Su entrambi i due ultimi punti bisognerà, evidentemente, tornare in sede di conclusioni.

5. L'Autorità Nazionale Anti Corruzione: lo strano caso del *soft-law*

Non è infrequente, anche alla luce delle considerazioni che precedono, l'opinione di chi ritiene che il vero freno al sistema sia dato proprio dall'Autorità preposta alla lotta dei fenomeni corruttivi.

Si dice - e l'opinione è più diffusa di quanto si pensi - che l'Autorità sia solo una ulteriore struttura burocratica che appesantisce il sistema, che si siano introdotte fonti anomale nel sistema, quali le linee guida, che si sia alterata anche la funzione del giudice come soggetto del controllo, che gli interventi della Autorità raggiungano spesso gli effetti opposti a quelli a cui aspirano.

Si potrebbe continuare, ma quello che è davvero preoccupante è che, nel sistema, quasi come una sorta di contrappasso, stia iniziando a farsi strada anche l'idea radicalmente opposta e cioè che i vincoli dell'Autorità non siano troppi, ma troppo pochi. In questo senso, anche le recenti prese di posizione che, partendo dalla convinzione che poco si sia fatto per ridurre la corruzione, chiede l'inasprimento del sistema delle sanzioni o l'introduzione di nuovi strumenti del controllo.

Il realtà si tratta di convinzioni che appaiono entrambe - sia le prime che le seconde - per buona parte - infondate e, in fondo, figlie dell'eccessivo semplicismo con cui si affrontano le questioni (complesse) nel nostro paese.

In primo luogo, non bisogno dimenticare che l'Autorità è espressione di soft-law - con l'ovvia eccezione delle sole linee guida c.d. vincolanti - nel senso che dagli atti che da essa provengono si ci può discostare ed è dunque problematico considerali vincoli nella comune accezione del termine. È nell'essenza stessa delle linee guida - pur nella incertezza della loro qualificazione nel sistema delle fonti - la possibilità di adottare provvedimenti che se ne discostino, sia nel contenuto che nelle forma. Ovviamente, gli atti devono essere con attenzione motivati, ma, in questo senso, le linee guida non si diversificano, quanto anche a vincolatività, dalle vecchie circolari dell'amministrazione. Con questo, evidentemente, non si vuole - per così dire - "degradare" le linee guida a livello di circolare. Esse sono previste direttamente dalla legge e l'organo da cui promanano assume, all'interno del sistema, una forza peculiare e particolarmente autorevole.

Gli atti dell'Autorità - si parla logicamente degli atti a contenuto generale - sono, dunque, sicuramente derogabili e non vincolano in modo inderogabile l'amministrazione nella sua azione. L'Autorità ha peraltro più volte ribadito - anche per il tramite del suo presidente - la sua posizione nel sistema.

Si è scritto che nel nostro sistema non c'è, però, nulla di più hard che il *soft-law* dell'Autorità. Nessuna amministrazione è disponibile a derogare a quanto l'Autorità ha indicato. Si assiste, anzi, al paradosso che l'amministrazione neppure applica la norma - che di per sé sarebbe evidentemente immediatamente precettiva - se non sono state emanate le linee guida dell'Autorità, quasi come se la norma primaria fosse sottoposta ad una anomala condizione sospensiva dell'intervento di un soggetto terzo rispetto al legislatore. La cosa grave è che questo sembra, ormai, completamente metabolizzato, tanto che sembra pacifico, anche nel giudice, la convinzione che il mancato adempimento del precetto legislativo sia possibile - e forse addirittura un obbligo - in assenza dell'intervento dell'autorità.

Tutto questo, però, e assolutamente anomalo, e figlio di un errore dei rapporti, tra i protagonisti della vicenda degli appalti, in cui additare colpe a chi non le ha appare non solo sbagliato, ma addirittura capace da aggravare il male.

Se non si sfruttano i margini di autonomia che le amministrazioni hanno, seppur nella cornice del controllo indicata dall'Autorità, il difetto non è in chi svolge correttamente il suo ruolo, ma in chi non lo fa. In altre parole, l'amministrazione non "pensa" più, non adotta atti come espressione di autonomia, ha come unico obiettivo salvarsi dalla responsabilità. Di

fronte a più soluzioni possibili, adotta sempre la più prudente e, dunque, la più conservativa, e non ha nessun interesse alla innovazione. Insomma, ha un atteggiamento, nei confronti delle procedure e del loro contenuto,, in cui cerca sempre che il terzo (il giudice, l'Autorità) risolvano i problemi della scelta amministrativa.
Logicamente questo atteggiamento ha una sua spiegazione ed, anche su questo profilo, occorrerà tornare in sede di conclusioni.
Servirà, sempre per le conclusioni, anche evidenziare come appare (del tutto) errato anche l'atteggiamento di chi ritiene che l'Autorità poco abbia inciso nella lotta alla corruzione e che - proprio per tale ragione - occorra implementare il sistema repressivo.
A parte ogni considerazione sul fatto che affermazioni del genere avrebbero bisogno di indagini serie a supporto, quello che determinano questi approcci al fenomeno è semplicemente un ulteriore clima di incertezza e di tensione nell'amministrazione. A questo bisogna aggiungere che il continuo incidere sulle norme impedisce - come si è già avuto modo di anticipare - che esse si stratifichino e che si determini una interpretazione costante che sappia indirizzare amministratore e operatori. Di qui una ulteriore accentuazione verso una amministrazione conservativa, il cui unico obiettivo non è realizzare efficacemente la procedura, ma evitare le responsabilità.

6 Le Centrali di Committenza

Un'attenzione particolare nell'analisi del perché il sistema degli appalti pubblici presenti le inefficienze di cui comunemente si parla, va dedicata al sistema delle acquisizioni e, più nello specifico, al sistema della centrali di committenza.
L'analisi deve, in questo caso, farsi attenta, perché il sistema delle centrali di acquisto appare articolato e le conclusioni per una tipologia di esse non necessariamente sono applicabili alle altre.

6.1 La sanità come esempio di efficienza

Generalmente hanno avuto effetti positivi gli acquisti effettuati, tramite le centrali di competenza regionale, nel settore della sanità.
Il settore si presentava disarticolate problematicità e un sistema frazionato degli acquisti aveva portato a differenze che, in alcuni casi, sono apparse clamorose. Lo stesso prodotto finiva per costare fino al doppio, a seconda della struttura sanitaria che effettuava l'acquisto. La differenza dei prezzi si rimarcava non solo nei prodotti farmaceutici e nei dispositivi sanitari, ma anche nelle apparecchiature e nei macchinari più sofisticati e più costosi. Lo spreco in questo campo era così clamoroso che ha consentito altrettante clamorose performance. A ciò occorre aggiungere che si tratta di un settore che ben si equilibra tra prodotti che possono essere standardizzati e prodotti che non lo sono per natura e che, dunque, consentono al sistema, senza rotture, di avere varianti all'acquisizione generalizzata. Insomma, si tratta di un settore che si equilibra in sé e in cui è fuor di dubbio che il sistema della centralizzazione degli acquisti appare utile e sicuramente da condividere. Inoltre, non bisogna dimenticare che, trattandosi di gare di dimensione notevole e, trattandosi di un mercato in cui i veri competitori sono nel numero limitato delle grandi aziende multinazionali, lo sfalsamento dei tempi in cui le varie Regioni procedono alla gara ha, di fatto, obbligato - conoscendo i prezzi dei concorrenti - le grandi aziende ad una politica di contenimento degli oneri finanziari, accentuata dal fatto che, non infrequentemente, le stazioni appaltanti chiedono di inserire la clausola secondo cui il prezzo offerto non si deve discostare dalla media nazionale dei prezzi praticati dal concorrente. Nel settore sanitario - alla luce di queste consi-

derazioni - è, dunque, praticamente impossibile che una procedura gestita da piccole strutture sanitarie possa spuntare migliori condizioni di acquisto.

6.2 Le centrali locali come un'idea non realizzata

Diverso è invece il discorso per le altre centrali locali.

I problemi sono tutti interni alle amministrazioni. Le centrali sono spesso inserite all'interno di strutture ormai "in disuso" e sicuramente scarsamente motivate, come quelle delle Province in cui il taglio di competenze e di risorse e, soprattutto, il depotenziamento della loro funzione politica le ha ridotte ad elemento marginale del sistema ritenuto, ormai, poco affidabile, se non in via di estinzione. La burocrazia provinciale, peraltro, mal accetta questo nuovo ruolo che, sostanzialmente, la subordina agli enti locali di cui diviene il semplice soggetto di supporto. Tende dunque naturalmente più a creare problemi che a risolvere.

Per canto loro, le aggregazioni di comuni, che formano la centrale, quasi mai destinano risorse in via esclusiva al sistema degli acquisti. L'operazione è fatta a costo zero, senza risorse e - quasi sempre - senza neppure sollevare i componenti delle strutture unificate dagli (altri) ordinari compiti dell'ufficio. Ne deriva una attività che spesso procede a singhiozzo e in cui i comuni più piccoli dell'aggregazione vedono spesso le loro esigenze quasi del tutto trascurare.

6.3 La CONSIP come esempio di inefficienza

Il vero buco nero è, però, il sistema CONSIP.

La centrale, originariamente, era stata intesa per gli acquisti della organizzazione ministeriale e, dunque, per la sola amministrazione centrale. Fino a questo punto il sistema poteva anche starci, anche se, al fondo, mancava quella omogeneità assoluta delle esigenze di base che ha costituito - come si è visto - la vera forza per gli acquisti nel sistema sanitario. Se i ministeri hanno tante esigenze che li accomunano è anche veri che hanno moltissime peculiarità che li distinguono. La vera crisi è iniziata quando si è stabilito di estendere il sistema a tutto il comparto della amministrazione pubblica. Ancora una volta, forse qualcosa poteva anche starci, ma l'idea, nella sua assolutezza, è sostanzialmente inaccettabile. Il territorio nazionale è troppo grande e articolato perché solo si pensi ad un'unica unità preposta ai suoi acquisti. L'inefficienza del sistema è stata talmente evidente che, per correggerla, si è, addirittura, arrivati ad un legislatore che ha sostanzialmente stabilito il divieto degli acquisti fuori dal sistema CONSIP, anche nel caso in cui si realizzi un risparmio di spesa. La norma è talmente assurda che il legislatore ha dovuto limitarla, nella sua durata, in tre anni che, peraltro, neppure si capiscono con quale criterio siano stati determinati nella loro durata. Si è creato, davvero, un mostro giuridico, in cui l'amministratore che risparmia è responsabile di un atto illegittimo se non illecito, responsabilità che non è però attivabile, con la responsabilità tipica del pubblico funzionario, davanti al giudice contabile perché, appunto, non produce danno. Il paradosso sfiora l'assurdo.

A ciò bisogna aggiungere che il sistema per gare di dimensioni così ampie, come quelle di CONSIP, fa sì che esse non siano praticamente mai sottratte al contenzioso. Gli esiti sono evidenti sul piano della certezza dei rapporti giuridici, anche alla luce di una giurisprudenza che tende, sempre più, ad intervenire all'interno dell'esercizio della discrezionalità tecnica e, dunque, all'interno delle scelte della amministrazione.

Tutto ciò a tacere del fatto - come informa la cronaca giudiziaria - che a grandi gare si asso-

ciano sempre grandi appetiti e, dunque, che il sistema si presenta assai permeabile nei confronti di interessi che di pubblico hanno ben poco.

7. Il grande ammalato: l'Amministrazione pubblica

In questo quadro però il vero grande ammalato è l'Amministrazione e chi - in maniera anomala - la controlla.

7.1 Investire nell'Amministrazione

Sulla pubblica amministrazione non si investe ormai da tempo. Al contrario, l'amministrazione è stata identificata, e il processo continua ormai da anni, come il migliore campo dove contrarre la spesa pubblica. Per anni abbiamo, infatti, assistito ad un rigido e totale blocco delle assunzioni, superato oggi solo parzialmente e, comunque, con infinite cautele. La spesa pubblica si è contratta in maniera così evidente da fare dell'Italia - come si è già avuto modo di anticipare - il paese con il più basso rapporto tra popolazione e dipendenti del settore pubblico (allargato). La situazione ha avuto particolari effetti negli enti locali, dove sono rimaste scoperte proprio le fasce con più alta qualificazione che non hanno subito negli ultimi anni praticamente alcun ricambio. Mentre il sistema ministeriale ha, in qualche modo, retto alla mancanza di nuove immissioni, grazie, soprattutto, al diverso ruolo assunto nel sistema, che vede progressivamente erosa la sua funzione di gestione attiva (con l'ovvia eccezione degli apparati preposti alla sicurezza), per gli enti locali l'effetto è stato drammatico. Il principio di sussidiarietà ha trasferito a livello locale l'erogazione dei servizi e le pressioni sociali hanno comportato la necessità di dirottare su tali servizi il personale. Di conseguenza, sono state sguarnite proprio le posizioni di supporto funzionalizzate non all'esercizio dell'attività di erogazione, ma a quella prodromica (e dunque non visibile) volta a realizzare l'acquisizione dei presupposti necessari per la gestione. Naturalmente, una politica di questo tipo non riesce, alla lunga, a resistere, in quanto, per quanti sforzi si possano fare, alla fine, è impossibile rendere un servizio efficiente se non si hanno solide basi per la sua gestione. Gli addetti all'acquisizione dei beni e servizi, inoltre, non sono quasi mai, nei comuni di dimensione media e piccola, dedicati alla sola funzione di acquisizione dei presupposti del servizio, ma sono generalmente utilizzati nella loro gestione, che la parte politica dell'amministrazione reputa più importante perché si proietta direttamente sul consenso. Questo si evidenzia soprattutto nella gestione delle indennità di risultato, quasi mai pesate sul back office, e, al contrario, sempre valutate in funzione del *front office*.

Soprattutto il mancato ricambio ha invecchiato enormemente l'amministrazione, formata ormai spesso da personale avanti negli anni. È evidente come tale personale sia incapace di vera innovazione e tenda a riproporre schemi e meccanismi propri di vecchi sistemi e non al passo dei tempi. La fatica dello stesso sistema delle aste elettroniche ad emergere è anche in questa mancanza di spirito di innovazione che permane l'amministrazione. Solo chi nasce nel nuovo mondo telematico è in grado di gestirne le potenzialità.

A nulla serve allora, magari, dotare di infrastrutture tematiche l'amministrazione se, poi, l'amministrazione non sa usarle. È, sia consentito il paragone, come comprare una autovettura a chi non ha la patente.

Se a questo si aggiunge il naturale timore - in alcuni casi la vera e propria paura - che è insito nelle età meno giovani - la miscela esplosiva è immediatamente percepita e realizzata. La ricerca del precedente, e della soluzione già in passato adottata, diventa spasmodica, anche se

quel precedente e quella soluzione era la peggiore utilizzabile.
La prima conseguenze - che è devastante per il sistema - è che l'amministrazione, di fronte alla semplice presentazione di un ricorso - o in alcuni casi anche solo nel caso di minaccia a farlo - immediatamente si ferma e sospende la procedura. Lo fa autonomamente e senza alcuna necessità dell'ordine del giudice. Un tale atteggiamento porta pesanti conseguenze nella all'azione amministrativa, in quanto - in primo luogo - favorisce quasi sempre il fornitore uscente che, spesso, sta fornendo a condizioni peggiori rispetto al nuovo aggiudicatario. In secondo luogo, in una amministrazione che già presenta notevoli problemi nella sua programmazione, immette, nel sistema, una ulteriore disarticolazione dei tempi preventivati che, nella loro somma, finiscono per rendere del tutto incerta l'azione amministrativa. Inoltre, i ritardi spesso aggravano le situazioni a cui si è cercato di porre fine con i nuovi interventi che, allora, abbisognano di correzioni sin dal primo momento.
Tutto questo in palese contrasto con quello che il legislatore ha voluto, quando ha previsto rigide condizioni per il giudice che voglia sospendere le procedure, tempi rapidi nella discussione e nella soluzione dei conflitti tanto da arrivare ai riti superaccelerati per le ammissioni alle procedure, e ancora tempi ristretto entro i quali i termini per la stipula del contratto sono sospesi, con la conseguenza che, trascorsi questi, pacifica dovrebbe essere la stipula dei contratti, e la consegna di quanto oggetto dell'appalto, a favore di chi lo ha vinto.
Questo comportamento diviene un comportamento in pura perdita, se è vero, come è vero, che i giudizi di accoglimento in tema di procedure concorsuali hanno pochissime volte, ormai, un risultato sfavorevole per l'amministrazione. Perdere tempo vale solo come perdita di tempo e non come garanzia di legalità.
In una recente indagine, compiuta con i dati forniti dal Consiglio di Stato, si ricava, infatti, come bassissima sia la percentuale dei ricorsi che trova accoglimento. Altra motivazione insomma non si trova per certi atteggiamenti (che dire prudenti è usare un eufemismo) dell'amministrazione se non il timore e la ritrosia a disporre comportamenti attivi che per l'amministrazione sembrano essersi diventati un pericoloso male da evitare.
La paura nell'operare è, d'altro canto, moltiplicata, e trova un suo fondamento, nell'atteggiamento che, spesso, si sente ripetere nei confronti degli impiegati pubblici ritenuti incapaci e poco onesti, quando non addirittura l'insieme delle due qualità (si fa per dire).
Ha fatto forse più danni un tale atteggiamento che la crisi economica che, pure, ha attraversato, negli ultimi anni, il paese. Per demolire una convinzione (quella dell'integrità della pubblica amministrazione), nell'attuale mondo della velocità dei media, il percorso è assai breve. Il problema è quando si cerca una (a questo punto impossibile) ricostruzione e quando questa ricostruzione è necessaria per rendere più efficiente l'azione amministrativa. La burocrazia francese, tedesca o del Regno Unito non è necessariamente meno preparata o più onesta della nostra, è solo diversamente considerata, tanto che il *civil service* è considerato un esempio di affidabilità tale da essere presentato, quale eccellenza del paese, durante la presentazione delle Olimpiadi di Londra.
Con questo - è bene chiarire - non si vuole negare che esistano problemi sia di corruzione, sia di impreparazione, ma solo evidenziare come sia impensabile un sistema che voglia rinnovarsi e che abbia come unico obiettivo scoprire i corrotti e punire i dipendenti pubblici "fannulloni". Il recente disegno di legge sella lotta alla

corruzione nella pubblica amministrazione potrà fare qualche arresto in più, ma nessuna nuova efficienza porterà al sistema degli appalti pubblici.

7.2 L'anomala funzione del giudice

Resta infine l'anomalia del controllo affidato ai giudici, sia al giudice penale che a quello amministrativo.

Per quest'ultimo bisogna dare atto che le recenti riforme, che hanno inciso sul processo amministrativo, ne hanno fatto uno dei più rapidi, se non addirittura il più rapido d'Europa. I tempi dei processi che riguardano gli appalti, nel nostro Paese, oscillano in un *range* che è pari al numero minimo rispetto a quello di Francia e Germania (circa 200 giorni) e al di sotto di quello massimo, sempre con riferimento a tali paesi (sostanzialmente è meno di un anno). Non è dunque un problema di lungaggine dei processi come invece si verifica in altri settori e, all'interno dello stesso processo amministrativo, per materie diverse.

Il vero problema, che accentua il timore nel provvedere, sembra essere l'estrema mutabilità della giurisprudenza, in cui si assiste a tutto e al contrario di tutto. Si assiste financo - come per esempio è avvenuto per il caso degli oneri della sicurezza - a sentenze che non tengono conto neppure di un esplicito intervento del legislatore volto proprio ad evitare le oscillazioni della giurisprudenza. Ci troviamo, così, in una situazione che funziona come se fosse di *common-law*, ma senza la regola del precedente. Funziona cioè nel peggior modo possibile con un giudice, non di rado, propenso a sindacare pesantemente la discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

A ciò va aggiunto l'intervento del giudice penale che, nonostante la formazione di organizzazione interne agli uffici giudiziari delle procure, resta un giudice poco specializzato. Il diritto penale è diritto - se non altro anche - del fatto, mentre il giudizio di diritto amministrativo è giudizio che, spesso, si limita a presupporre il fatto e comunque ben poche risorse investe nella sua valutazione. Non è un problema di quale sia l'approccio migliore, si tratta solo di una constatazione delle differenze culturali tra i due approcci, in cui amministrazione e giudice parlano linguaggi diversi, quasi mai omogenei, con la conseguente evidente difficoltà a trovare punti di incontro e approcci comuni. In ogni caso, il giudice penale è il giudice del dopo, mentre nei processi della decisione amministrativa accorre un intervento nel prima e nel durante.

Il punto vero è che la sostanziale abolizione dei controlli sugli atti, e l'incapacità dei controlli sui risultati della gestione, hanno lasciato al giudice, quasi per intero, il campo dei controlli. Soprattutto, ha fatto venir meno quella attività del controllo collaborativo - di cui vi è traccia solo formale in talune competenze riconosciute alla Corte dei Conti - che dovrebbe costituire l'essenza di un moderno controllo sulla amministrazione.

La mancanza di un efficace sistema dei controlli, lungi dall'esaltare l'autonomia di chi era in precedenza controllato, in realtà la deprime, perché riporta in un alveo la responsabilità in cui, chi adotta l'atto, resta solo e proprio perché solo - come è inevitabile che avvenga - accentua le sue paure. Questa è forse la conseguenza peggiore che l'attività di demolizione dei principi classici del diritto amministrativo ha subito negli ultimi anni. Sulla spinta di un diritto europeo lontano dal sistema italiano, per tradizione e cultura, si è ritenuto di poter fare a meno dell'intero vecchio apparato dei controlli, visto quasi come il male in sé da esorcizzare. L'abolizione dei controlli statali sulle amministrazioni regionale e di quelle regionali sugli enti locali minori, il ridimensionamento del ruolo - per esempio - dei segretari comunali

hanno portato non ad una amministrazione più libera, ma ad una amministrazione più sola. Con l'ulteriore conseguenza che, quando si è stati costretti a riaprire il tema dei controlli, ormai era troppo tardi e non rimaneva altro che arrendersi. Questo - sia chiaro - non significa una sorte di anacronistica nostalgia per l'antico, dove, evidentemente, i problemi esistevano ed erano particolarmente rilevanti, ma solo il prezzo che si è nuovamente pagato all'idea che - diversamente da quanto avviene in altre realtà nazionali - il nuovo per essere tale debba sempre rappresentare la totale distanza dal vecchio.
Occorre dunque ripensare all'amministrazione con la precisazione che a poco, o a nulla, serve un intervento del legislatore che ne accentui le paure come l'aggravare di sanzioni, che sono già di per sé particolarmente pesanti, o l'introduzione di agenti sotto copertura, che accentuano diffidenze e chiusure. Per questa strada la cura (la presunta cura) ha il solo risultato di uccidere definitivamente l'ammalato.

ISSN 2036-7821