
LE RELAZIONI DI POTERE NELLA SOCIETÀ CONTEMPORANEA

Dalla potenza del tiranno al potere sociale

Esercizio del Potere Pubblico negli Appalti:
analisi e considerazioni sugli attori cui é affidato, con riferimenti alla normativa vigente
A cura del Dott. Gerardo Garuti

1. Note introduttive

Il mio intento è essere un contributo di esperienza, quindi più legato al concreto compimento della attività negoziale dei pubblici apparati che alla analisi delle fonti di legge utilizzate. Comincerò con la individuazione degli attori che operano *negli appalti pubblici*.

1. i **soggetti preposti agli organi di governo degli enti pubblici (territoriali e non)** *che successivamente chiamerò anche, direzione politica, o più semplicemente politici*
2. **I dirigenti assunti a vario titolo dagli stessi Enti**, *ed insieme ad essi le strutture loro affidate*
3. **Le Aziende, gli artigiani ed i professionisti** *che partecipano all'appalto anche come semplici richiedenti*
4. **Gli Organi Centrali di vigilanza e controllo** *(Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e l' Osservatorio sui contratti pubblici)*

2. Breve analisi storica

Per un adeguato esame ed una analisi, anche critica, dei comportamenti degli elencati soggetti, si rende opportuno un breve cenno sulla normativa che ne ha regolato la istituzione, ed in alcuni casi, la riorganizzazione.

Già con il *DPR 748 del 30/6/1972* viene istituita, nell'ambito delle amministrazioni statali, anche ad ordinamento autonomo, una vera e propria Dirigenza, anche se le relative qualifiche sono ancora enucleate all'interno della Carriera Direttiva.

Per anzianità, titoli di servizio, concorsi riservati:

i Direttori di Divisione assumono la qualifica di Primo Dirigente

I Capo Servizi Centrali di Dirigente Superiore

I capo Direzione Generale di Dirigente Generale

In tal modo si spinge la Pubblica Amministrazione verso un processo di aziendalizzazione, processo che segna un'altra significativa tappa con la *Legge 241 del 7 agosto 1990 (Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi)*, norma che trasforma la *PA* da mera esecutrice di volontà legislative a vera e propria struttura di governo e trasforma il procedimento amministrativo, in forma giuridica di manifestazione intersoggettiva del pubblico potere e luogo ove, gli interessi di singoli o di gruppi estranei all'apparato burocratico, vengono acquisiti e confrontati onde realizzare legalità.

Già nel nuovo concetto di *PA*, e soprattutto di *procedimento*, si intravede il suggerimento per alcune modifiche nella normativa sugli appalti, che porteranno non solo a cambiare i contenuti ma anche la denominazione delle procedure. Nella attuale normativa infatti le procedure degli appalti hanno cambiato nome. Alcuni esempi di modifica

non più *trattativa privata senza o previa gara formale* **ma** *procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara o senza previa pubblicazione di un bando di gara*

non più licitazione privata o appalto concorso ma procedure aperte procedure ristrette dialogo competitivo concorsi di progettazione.

Altra e tappa ancora più decisiva verso la riorganizzazione della PA è data dal Decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29 (Razionalizzazione dell'organizzazione delle amministrazioni pubbliche e revisione della disciplina in materia di pubblico impiego) in quanto introduce il principio di separazione fra indirizzo politico-amministrativo, riservato agli organi di governo nelle varie istituzioni, e attività di gestione.

In particolare il D.Lgs 29/1993 (tuttora cardine delle fonti in materia di P.A.) affida agli organi di governo "le funzioni di indirizzo politico-amministrativo...la definizione degli obiettivi e dei programmi da attuare" e la verifica della "rispondenza dei risultati della attività amministrativa e della gestione degli indirizzi impartiti".

"Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti amministrativi e proventi amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno ... Sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa della gestione e dei relativi risultati"

Ribadisco, Il principio fondamentale della norma è quello di distinguere il ruolo della direzione politica da quella della dirigenza, tuttavia le due funzioni non debbono essere necessariamente contrapposte, e debbono quindi esserci fra loro corrette e funzionali interrelazioni. Ne consegue che alla dirigenza compete, oltre alle attività che le sono proprie, l'apporto conoscitivo di analisi e di valutazione per consentire alla Direzione Politica l'attuazione degli obiettivi e dei programmi.

Legando poi il tutto al principio "intersoggettività del pubblico potere" di cui alla legge 241/90, alcuni autori affermano che il dissenso dei dirigenti deve riguardare non solo la legittimità degli atti della direzione politica, ma anche la fattibilità e la congruità tecnica.

Successivamente vedremo il forte impatto che tale affermazione ha sullo svolgersi degli appalti pubblici, prima però cerchiamo di analizzare l'impatto prodotto dalla richiamata normativa sulle attività della PA.

Va innanzitutto ricordato che fino al 1993 anno di decorrenza del D.Lgs 29, ma anche anno importante per i giudizi, non sempre esaltanti, allora espressi sui comportamenti dei politici italiani, i dirigenti non potevano firmare alcun atto che avesse rilevanza esterna ivi compresa la normale posta.

Nelle università i Rettori firmavano tutto, i Direttori Amministrativi si limitavano a porre accanto alla firma del Rettore, sulla copia che restava all'amministrazione, la loro sigla. Facevano eccezione solo alcuni documenti quali i mandati di pagamento e i Diploma di laurea, che venivano firmati da entrambi, in posizioni del foglio diverse in modo che si capisse bene quale fosse la funzione preminente!

Altra realtà, più importante per l'argomento in trattazione, cioè l'appalto, è che in molte delle commissioni di gara, e certamente in tutte quelle che avevano oggetti di rilievo, c'erano i politici e sempre in posizione di preminenza rispetto ai dirigenti amministrativi e tecnici che facevano parte della stessa commissione. E tale preminenza dei politici sui dirigenti, si aggiungeva a quella già in essere prima che la commissione avviasse la selezione.

E cioè nella fase

- a) *di scelta e di definizione dell'oggetto di gara sia si trattasse di lavori che di servizi o forniture;*
- b) *di scelta delle modalità di gara da seguire (allora trattativa privata, licitazione appalto concorso) ;*
- c) *di individuazione delle situazioni di emergenza ed eccezionalità che potessero condizionare l'intero procedimento di gara.*

Veniva da sé che a pesare impropriamente sulle scelte procedurali e sugli esiti dei lavori di commissione di gara, potevano anche essere

- 1) *l'esigenza di distribuire incentivi, (e mi ricollego a quanto Domenico Cella ci ha detto la volta scorsa sui partiti politici tradizionali) ed in tal caso quasi sempre individuali, per assicurarsi prestigio e consenso all'interno del gruppo politico rappresentato. Che poi questo si concretizzasse anche in un apporto alle casse del partito non ne ho mai avuto personale riscontro;*
- 2) *desiderio, specie se in vicinanza di scadenza elettorale, di esibire un trofeo. E ciò spingeva ad accorciare i tempi con scelte improprie per arrivare al più presto a "porre la prima pietra".*
- 3) *mera incapacità di comprendere la necessità, ed insieme il beneficio, conseguente al rispetto della norma, anche se complessa ed allunga i tempi;*
- 4) *la propensione a fare gruppo con gli altri politici dello stesso colore, a scapito della obiettività di*

giudizio;

5) *In casi rarissimi, che io non ho mai riscontrato (e mi si creda nel dirlo non sono condizionato da alcunché): atti di pura disonestà. Cito il caso perché alcuni politici al momento lo stanno denunciando come il caso preponderante: penso lo dicano per proteggere, a loro giudizio, il buon nome del partito di appartenenza, nelle cui casse non entrerebbe nulla. A mio avviso non mi rassicura l'idea che nelle direzioni di partito ci siano truffatori e disonesti, anche se in numero esiguo.*

3. Effetto delle nuove norme di riorganizzazione della P.A.

Dal 1993, il D.Lgs 29 conferisce ai dirigenti quegli spazi fino allora negati.

Intanto entrano in via esclusiva a far parte delle commissioni giudicatrici. Va precisato come l'articolo 21 della legge 109/1994 (legge Merloni), cui fa rinvio l'art. 84 del D.Lgs 163/2006 (Codice Contratti Pubblici) preveda che la commissione giudicatrice sia presieduta da un Dirigente della Stazione Appaltante, e che, gli altri commissari siano selezionati tra funzionari delle stazioni appaltanti, e solo in caso di accertata carenza in organico si ricorre ad appositi elenchi di professionisti e di professori universitari.

Per quanto attiene la volontà di esclusione dei politici dalle commissioni, è significativo il comma 6 del citato articolo 84, che testualmente recita: "coloro che nel biennio precedente rivestivano cariche di pubblico amministratore non possono essere nominati commissari relativamente a contratti affidati dalle amministrazioni presso le quali hanno prestato servizio".

In quanto "responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa della gestione" i dirigenti sono responsabili della legittimità di tutti gli atti compiuti nell'ambito di un procedimento di appalto anche quelli che sono di pertinenza dei politici.

A ciò va aggiunto che alla dirigenza compete anche l'apporto conoscitivo di analisi e di valutazione per consentire alla Direzione Politica l'attuazione degli obiettivi e dei programmi.

Se prendiamo ad esempio il programma triennale dei lavori singolarmente superiori ai 100.000 €, così come richiesto all'articolo 14 della 109/94 (legge Merloni) cui fa sostanziale rinvio l'art. 128 del Codice dei Contratti Pubblici, notiamo che certamente tale programma deve essere formulato dai politici e compete a loro la individuazione delle opere da inserirvi, ma i dirigenti debbono prestarsi, riguardo la formulazione di tale programma, in termine di proposte ed analisi che possono, ad esempio, riguardare i costi, le soluzioni tecniche da adottare, l'impatto ambientale, la verifica dell'interesse archeologico riguardo l'area interessata dall'intervento. A proposito di apporto di conoscenza, va anche rilevato quanto sia importante per le Stazioni Appaltanti sapere e poter usare lo strumento informatico, non solo per la pubblicazione dei bandi, ma anche per le varie comunicazioni da e verso i concorrenti. Al riguardo, si richiama l'art. 77 del Codice Contratti Pubblici (regole applicabili alle comunicazioni), ma anche l'art. 60 Codice Cont. Pubb. (sistemi dinamici di acquisizione) nel cui ambito le stazioni appaltanti devono utilizzare esclusivamente mezzi elettronici)

Pertanto, come già ho fatto cenno in precedenza, i dirigenti possono assumere posizione avversa all'operato della direzione politica non solo ogni qualvolta ravvisano il mancato rispetto al vigente ordinamento giuridico riguardante gli appalti (e qui gli esempi potrebbero essere tanti), ma anche quando ritengono che i loro apporti di sostegno agli atti ascrivibili alla direzione politica non sono stati presi nella dovuta considerazione.

4. Soggetto di appalto esterno alla P.A.

Le Aziende, gli artigiani ed i professionisti interessati all'appalto

A volte i soggetti potenzialmente interessati alla assegnazione si pongono di fronte al procedimento di gara con convinzioni svianti:

- a) *ritengono che per vincere occorranò conoscenze presso la stazione appaltante, e quindi o vi rinunciano, o cercano di procurarsi tali amicizie con strumenti e metodi più o meno leciti.*
- b) *Su tale premessa non curano la qualità dell'offerta sia per quanto riguarda l'entità del prezzo che la messa in evidenza dei vantaggi per l'appaltante.*
- c) *Offrono prezzi troppo bassi (offerta anomala) in quanto ritengono, anche pensando di avere un interlocutore non sempre competente, di potere in sede di esecuzione, aggirare le specifiche e/o le garanzie richieste;*

A mio parere invece, l'intero mondo produttivo privato, qualunque sia il settore di appartenenza e la dimensione della azienda, deve vedere nella contrattazione con gli Enti Pubblici una opportunità per accrescere il proprio fatturato, specie in questo momento in cui i consumi interni tendono a contrarsi .

Evitando quelle in precedenza citate come convinzioni svianti, gli operatori economici debbono investire al fine di poter accedere ai procedimenti di appalto:

- a) in conoscenza, delle fonti del diritto che regolano l'appalto, ma anche consultando le pubblicazioni dei bandi sui profili del committente (archivi informatici reso obbligatorio per ogni stazione appaltante dal D.Lgs 7/3/ 2005 n. 82 e dal D.Lgs 28/2/2005 n. 42);
- b) in potenziamento della gamma dei propri prodotti per adeguarsi, nell'ambito del ramo di appartenenza, alla domanda del Settore Pubblico;
- c) in qualificazione per eseguire i lavori (*art 40 codice pubblici contratti*) attraverso il conseguimento dei certificati di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000, ma anche di requisiti tecnico organizzativi di ordine generale rilasciati dalle stazioni appaltanti.

A sostegno della esortazione a gareggiare, va aggiunto che le regole di appalto sono ben delineate, e quindi gli eventuali scostamenti, ad un occhio attento, emergono con chiarezza, ed é quindi possibile agire contro le inadempienze e le trasgressioni, per sanarle attraverso gli strumenti di Contenzioso previsti alla IV parte del Codice contratti pubblici.

E' altresì vero che la poca partecipazione, od ancor peggio, la

presenza di poche domande, che a volte si traduce in assenza di domande, apre gli spazi a modalità e procedure che potrebbero veicolare risultati desiderati . Si ricorda come ai sensi degli artt. 56 e 57 del codice Cont. Pubb. le stazioni appaltanti possano aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata, o nessuna offerta di gara ,o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura, ... o quando tutte le candidature offerte sono irregolari o inammissibili .

5. Gli Organi Centrali di vigilanza e controllo

Gli articoli 6 e 7 del del codice contratti pubblici raccolgono in modo preciso ed esaustivo, la definizione la composizione ed i compiti di tali organi.

L'organo di maggiore rilevanza è l'**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture (articolo 6 cod contr)**.

E' connotato da indipendenza funzionale, di giudizio e di valutazione e da autonomia organizzativa. I 5 membri che lo compongono, sono eletti con atto di intesa fra il presidenti della Camera e del Senato, restano in carica cinque anni e non possono essere rieletti.

Vigila sui contratti pubblici anche di interesse regionale al fine di garantire correttezza, trasparenza ed economicità. Può erogare sanzioni.

Segnala al Governo ed al Parlamento le gravi inosservanze ed applicazione distorte inviando poi agli stessi una relazione annuale

L'Osservatorio dei contratti pubblici relativi (art. 7 cod cont. Pubb.) organo nazionale con presenze nelle singole regioni e province autonome, opera nell'ambito dell'Autorità per la vigilanza e (fra altri) provvede alla raccolta ed alla elaborazione dei dati sui contratti pubblici determina annualmente in collaborazione con ISTAT costi standardizzati per tipo di lavoro di servizio e di forniture pubblica semestralmente i programmi triennali dei lavori pubblici

6. Alcune considerazioni finali

Operare nel solco della normativa, e quindi nella legalità, é l'unico modo per pervenire nei procedimenti di appalto, ad una buona pratica in cui si rispecchino, efficienza, economicità, efficacia, trasparenza e giustizia del provvedere.

Ma perchè ciò possa avvenire, i dirigenti debbono avere le mani libere, che significa

- a) essere scelti unicamente per competenza e capacità, e non per fede od appartenenza politica, che poi devono essere confermate sul campo per non rischiare l'allontanamento.
- b) non accettare con i concorrenti nessun legame e/o contatto che non sia strettamente professionale e che sia qualcosa di diverso dal volere fornire loro, in modo paritario con tutti, elementi ed

informazioni che favoriscano una informata partecipazione alla gara.

Ai dirigenti ed alla Direzione politica si suggerisce che mai possa esserci fra loro interscambi funzionali. Guai se i dirigenti diventano direzione politica o viceversa.

I loro rapporti di interrelazione, debbono essere di reciproca lealtà e condizionati unicamente dalla normativa vigente, e ripeto mai condizionati dall'aver uguale o diverso colore politico e mettendo anche in conto la possibilità che il dirigente appartenga ad un colore diverso da quello della maggioranza politica e intenda per queste ragioni creare difficoltà.

Essere onesti ma con questo, non ritenere che “non mettersi soldi tasca” possa ripulire tutto il resto

Infine essere capaci e competenti.

Luigi Bidoia affermava, in un nostro seminario, che la quota di lavoro basata su “conoscenza creatività e responsabilità” tende a crescere con benefiche ripercussioni sulla possibile futura permanenza nel mercato e sui rapporti interni delle Imprese.

In analogia, e parafrasando l'espressione di Luigi Bidoia, ritengo che “conoscenza creatività e responsabilità” dei dirigenti (ivi comprese le loro strutture amministrative), dei politici ed anche delle imprese (ed in questo caso quelle che concorrono) tenderà a far crescere la efficienza e l'efficacia degli atti di negoziazione dello Stato e degli altri Enti Pubblici, con benefiche ripercussioni sull'intera economia Nazionale.