



**LETTERA APERTA (E PER NECESSITÀ LUNGA)  
AL SIG. MINISTRO DELLE INFRASTRUTTURE E TRASPORTI  
SEN. AVV. DANILO TONINELLI**

Egregio Ministro,

ci rivolgiamo a Lei augurandoci che sappia, meglio di chi l'ha preceduta, affrontare gli irrisolti problemi del mondo degli appalti pubblici e rimuovere le grandi contraddizioni create dalla normativa introdotta ormai due anni fa.

In attesa che venga al più presto introdotta la figura del "agente provocatore", non può non convenirsi che è un dato oggettivo ed incontrovertibile che il Codice dei contratti pubblici, nonostante l'entusiasmo della prima ora, si sia rivelato come la peggior Legge regolatrice della materia, aumentando a dismisura la discrezionalità delle stazioni appaltanti e divenendo un pericolosissimo strumento pro-corruzione che si sarebbe, invece, voluta contrastare.

E non siamo noi a dirlo.

Basti ricordare che l'esperto magistrato Piercamillo Davigo attaccò, fin da subito, il Governo dell'epoca quando, rivolgendosi ai giovani di Confindustria nel 2016, spiegò il suo pensiero utilizzando queste parole: *"il nuovo codice appalti è tutta roba che non serve a niente, perché è da anni che si scrivono regole sempre più stringenti che danno fastidio alle aziende per bene e non fanno né caldo né freddo a quelle che sono delinquenti. Inutile fare regole, bisogna fare operazioni sotto copertura. E' sbagliato dire che l'ANAC combatte la corruzione, perché sarebbe incostituzionale"*.

Non vogliamo, in questa sede, declinare tutte le criticità della vigente normativa né distogliere la Sua attenzione (che, speriamo, ci concederà nella lettura fino al termine della presente) con enunciazioni di carattere generale o valutazioni politiche che non connotano l'attività di Appalti Leaks.

Non ci occupiamo di pettegolezzi o di lettere anonime. Appalti Leaks è, semplicemente, una "piazza informatica" dove possono essere condivise le notizie del mondo degli appalti (che il web non diffonde o censura) ed analizzare qualsiasi "stranezza" nella fase di progettazione, affidamento o di esecuzione di un contratto pubblico.

Le illustreremo quindi un caso concreto recentissimo che - al di là della specifica fattispecie - costituisce una sintesi dei nostri plurimi interventi su due degli aspetti più controversi dell'applicazione del Codice dei contratti: l'abuso e l'uso distorto dell'istituto dell'accordo quadro

(o, meglio, quello che abbiamo definito l'accordo quadro "all'italiana") e la perdurante assenza di trasparenza nell'espletamento di procedure ad evidenza pubblica.

Lo scorso 6 giugno 2018, l'autorevole rivista «Edilizia e Territorio» del Sole 24Ore ha diffuso la notizia di aver "indotto" l'ANAC a rendere pubblico il Parere n. 483 del 27 settembre 2017, dalla stessa Autorità notificato all'Anas oltre otto mesi prima, in merito ad un accordo quadro di manutenzione straordinaria e nuove opere bandita per l'ammodernamento S.S. 125 Carlo Felice.

Una circostanza, per certi versi, imbarazzante per la stessa Autorità che - pur essendo presieduta dal dott. Raffaele Cantone che ha, reiteratamente, affermato l'importanza della trasparenza (*"La trasparenza rappresenta il vero presidio contro la corruzione, la luce è il più importante disinfettante che esiste. E' impensabile che vi sia un controllore per ogni appalto, ogni finanziamento, ma la partecipazione dei cittadini rappresenta il vero argine alla corruzione, perché il controllo più autentico è quello esercitato dall'opinione pubblica. Abituamoci a pensare che la lotta alla corruzione è la lotta dei cittadini che vogliono liberarsi di un cancro".*) - sembra giustificare la tardiva pubblicazione per il solo fatto di essere stata quasi costretta dalle "richieste di accesso al citato parere rilasciato al Ministero delle Infrastrutture".

Insomma un lungo ritardo cui si sarebbe posto rimedio solo per *"la notevole risonanza sulla stampa specialistica che ne ha riportato testualmente alcuni passaggi"* (non si sa come, visto che il parere non era stato reso pubblico ...) e nonostante il medesimo parere costituisse una *"ricostruzione del quadro normativo di riferimento ed un indirizzo interpretativo di valenza generale, che può ritenersi di interesse per tutti gli operatori del settore"*.

L'autorevole intervento dell'ANAC costituisce, tuttavia, solo uno dei momenti fondamentali della vicenda (poco apprezzabile se non inserito nel contesto generale dell'appalto) e per consentirLe ogni utile valutazione ed approfondimento, riteniamo opportuno sottoporre alla Sua attenzione alcuni specifici aspetti per poter meglio comprendere l'improcrastinabile necessità di interventi normativi e regolamentari che possano evitare il ripetersi di tali accadimenti.

Tutto ciò non prima però di avere, espressamente, affermato che non riteniamo, in alcun modo, che quanto le illustreremo possa ritenersi indice di pratiche volutamente scorrette ma solo l'evidenza, a nostro modesto parere, di una normativa compresa male ed applicata peggio, proprio a causa dei limiti che la connotano.

Non nutriamo il benché minimo sospetto e non intendiamo adombrare alcunché circa l'operato di funzionari e dirigenti della stazione appaltante interessata; siamo, infatti, fermamente convinti che ogni atto e/o provvedimento da loro compiuto sia stato ispirato, sempre e comunque, al massimo ed effettivo rispetto dei principi di legalità e di anti-corruzione che sottendono l'agire della Pubblica Amministrazione.

Il primo grande problema degli appalti, come detto, è quello della trasparenza tanto invocata.

Come Lei ben sa, l'art. 29 del D.lgs. 50/2016 statuisce, chiaramente, i Principi di trasparenza che dovrebbero essere rispettati grazie alla pubblicazione di *"Tutti gli atti delle amministrazioni"*

*aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni (...)*".

Gli atti sopra citati (e quelli ulteriori previsti dal medesimo articolo) dovrebbero, altresì, essere pubblicati sul sito del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC.

Ma, tuttavia, Le basterà disporre una semplice verifica – tanto nel sito istituzionale della stazione appaltante quanto in quelli del Suo Ministero e/o dell'ANAC – per accertare, dopo una lunga e difficoltosa ricerca, che gli atti della procedura di gara di cui discutiamo (identificata con il CIG 7070950C85 e corrispondente all'Accordo quadro quadriennale, suddiviso in 3 lotti, per l'esecuzione di interventi di messa in sicurezza a adeguamento sulla SS 131 "Carlo Felice" dal Km.108+300 al Km 209+500) possono, quanto meno, definirsi parziali ed insufficienti.

Nessuna traccia dei verbali redatti dalla Commissione giudicatrice, nessuna graduatoria che illustri i punteggi attribuiti alle varie componenti dell'offerta dai singoli Commissari, nessun atto relativo ai contenziosi insorti ed alle istanze di accesso agli atti eventualmente presentate dai concorrenti, e così via.

Perfino nel sito dell'ANAC, e segnatamente nel cd. "Portale trasparenza", il comune cittadino non gode di maggiore fortuna: l'appalto non risulta, addirittura, neppure aggiudicato e non è dato sapere neanche quanti e quali concorrenti abbiano preso parte alla procedura di gara.

Peccato, quello che dovrebbe essere un "porto" sicuro ed affidabile – ove reperire, dopo tanto navigare su internet, le informazioni relative alle singole procedure di appalto che le stazioni appaltanti italiane non riescono a pubblicare – è ancora molto lontano dal dimostrarsi tale.

Anche perché non si tratta solo di un problema di trasparenza e pubblicità degli atti delle procedure di appalto.

L'attività della nuova ANAC, nella visione ora espressa, è quella di *"vigilare per prevenire la corruzione creando una rete di collaborazione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche e al contempo aumentare l'efficienza nell'utilizzo delle risorse, riducendo i controlli formali, che comportano tra l'altro appesantimenti procedurali e di fatto aumentano i costi della pubblica amministrazione senza creare valore per i cittadini e per le imprese"*.

Questo, almeno, secondo quanto riportato nello stesso sito della ANAC.

Ma, allora, Le chiediamo:

- come si esplica, concretamente, questa vigilanza se nel portale ANAC viene comunque riportato il relativo Bando che poi è stato, di fatto, ritenuto illegittimo dalla stessa ANAC con il parere oggi tardivamente pubblicato?

- come è stato possibile anche solo avviare (e, poi, portare avanti fino alla conclusione) un procedura di gara che non chiarisca *ab origine* il sistema di attribuzione dei punteggi per le varie componenti dell'Offerta Tecnica?
- come avrà mai potuto l'ANAC consentire che il sistema di attribuzione dei coefficienti (uno qualsiasi tra quelli previsti dalla norma) fosse scelto in via autonoma dalla commissione dopo il suo stesso insediamento, nel silenzio della Legge di gara e, comunque, in modo difforme dalle Linee guida statuite dalla stessa Autorità di vigilanza?

Tutto ciò, a nostro sommosso avviso, avrebbe già potuto consentire all'ANAC di esercitare i poteri attribuitele dall'art. 211, comma 1.bis, del D.lgs. 50/2016 ai sensi del quale (grazie anche alle "battaglie politiche" del Movimento 5 Stelle) la stessa «è *legittimata ad agire in giudizio per l'impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*».

Ma così non è stato; con tutta probabilità per l'enorme carico di lavoro sopportato dall'Autorità per far fronte ai molteplici impegni che la vedono coinvolta.

Ad ogni modo, la procedura di appalto non passò inosservata e – nel giugno dello scorso anno - il Ministero delle Infrastrutture (ossia l'ente concedente cui spetta l'esercizio delle funzioni di indirizzo, controllo e vigilanza tecnica ed operativa sui concessionari stradali ed autostradali) fece sentire la propria autorevole voce, dando eco alle denunce dell'ex Assessore alle Infrastrutture della Regione Sardegna, Prof. Paolo Maninchedda (che proprio per tale vicenda rassegnò, poi, le proprie dimissioni).

A sollevare la questione fu la Sua Direzione generale per le strade e le autostrade che in una missiva inviata all'ANAS a fine maggio contestò, pesantemente, la procedura scelta per assegnare l'intervento di ben 135 milioni di euro e, in particolare, per il fatto che il bando risultava «*in contrasto con tutto il quadro normativo di realizzazione delle opere pubbliche*».

Le contestazioni furono ampie, puntuali, articolate e non annacquate dal criptico linguaggio burocratico: l'accordo quadro non solo non può essere utilizzato neppure per realizzare la più piccola delle opere pubbliche opere ma, in assenza di un progetto esecutivo (regolarmente validato ed approvato), l'appalto sconfinava nell'indeterminatezza dell'oggetto e deve, conseguentemente, ritenersi nullo.

Insomma, una solenne bocciatura a 360° da parte del MIT che sembrò un condensato degli interventi già pubblicati da AppaltiLeaks e di tutte le contestazioni che, nel corso dei mesi precedenti, erano state avanzate da centinaia di piccole e medie imprese oltre che da professionisti dell'ingegneria (eh sì, perché, nel frattempo, furono banditi numerosi affidamenti di "progettazione esecutiva", per centinaia di milioni di euro, senza neppure porre in visione, tra gli atti di gara, i relativi progetti definitivi; incredibile ma, purtroppo, così è stato).

L'imbarazzante querelle finì sul tavolo del Dott. Cantone che proprio con il Parere n. 483 del 27 settembre 2017 (mai pubblicato fino alla scorsa settimana), scopriamo, diede ragione al Ministero da Lei, oggi, diretto:

- *“l'accordo quadro trova applicazione solo per i lavori di manutenzione”.*
- *“nel caso in esame, manca la descrizione delle opere da realizzare, in quanto (...) non è stata messa a disposizione degli operatori economici alcuna progettazione delle opere”.*
- *“diversamente da quanto sostenuto dall'ANAS (...) si tratta di nuove opere e non solo di manutenzione, seppure straordinaria. Infatti, non sembra possano rientrare nella definizione di manutenzione straordinaria la maggior parte delle opere descritte nel progetto definitivo”.*
- *“nel caso di specie, trattandosi di nuove opere e di manutenzione straordinaria, la stazione appaltante, pur non avendo fornito alcuna indicazione sul punto nell'ambito della documentazione di gara, non potrà esimersi dal predisporre una progettazione esecutiva prima dell'esecuzione dei lavori”.*
- *“detti progetti non hanno potuto essere oggetto di valutazione da parte degli operatori economici aggiudicatari che hanno già partecipato alla procedura di aggiudicazione e formulato la propria offerta solo sulla base della incompleta documentazione di gara; come già accennato, quest'ultima comprendeva, infatti, solo una dettagliata descrizione delle singole lavorazioni e un elenco rappresentativo di quelle che saranno comprese in ciascuno dei successivi specifici appalti (Corografia dei Luoghi; elenco Prezzi; elenco prezzi sicurezza; capitolato generale, capitolato speciale; schema rappresentativo dei lavori in appalto).”*
- *“tale circostanza potrebbe aver determinato la riduzione del numero dei partecipanti”*
- *“si rileva che la predisposizione della progettazione è necessaria per individuare esattamente la categoria e le classi dei lavori che devono essere affidati e, conseguentemente, per fissare correttamente i corrispondenti requisiti di partecipazione, evitando di restringere ingiustificatamente il numero dei possibili partecipanti.”*
- *“si rileva che la mancata adeguata definizione dell'oggetto dell'appalto, mediante la progettazione potrebbe aver impedito ai partecipanti di offrire alla stazione appaltante un prezzo più conveniente”.*
- *“in base a quanto sopra considerato e ritenuto, il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, di concordare con quanto concluso dal competente Dipartimento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, riguardo alla necessità che l'aggiudicazione di nuove opere ed interventi di manutenzione straordinaria avvenga nel rispetto della disciplina sulla progettazione, anche in caso di ricorso allo strumento dell'accordo quadro”.*

Insomma, una seconda sonora bocciatura che sembrò accertare in modo chiaro ed inequivocabile quanto fosse stato, totalmente, disatteso l'obbligo di aggiudicare l'esecuzione di lavori pubblici solo previa definizione della relativa progettazione esecutiva.

Ed a questo punto, Le porgiamo un ulteriore quesito: se la stessa ANAC appurò che oltre 135.000.000 di euro pubblici erano stati appaltati senza una progettazione esecutiva, con un bando che palesemente violava le Linee guida dalla stessa emanate e potenzialmente idoneo a restringere la concorrenza e ad rendere meno conveniente il prezzo offerto alla stazione

appaltante, non sarebbe stato opportuno che – almeno in quella fase – fossero esercitati i poteri di cui all’art. 211, comma 1-bis, del D.lgs. 50/2016?

Ma andiamo avanti.

Nonostante il parere dell’ANAC, ci risulta che la stazione appaltante non abbia fatto ricorso all’istituto dell’autotutela decisoria per porre rimedio alle plurime criticità dell’appalto.

Tutt’altro.

La procedura è andata infatti avanti, come se nulla fosse, fino all’aggiudicazione definitiva ed alla firma dei relativi contratti senza che (neppure in queste ulteriori fasi) l’ANAC – coerentemente con la posizione assunta per il tramite del Parere che discutiamo – si determinasse ad *“agire in giudizio per l’impugnazione dei bandi, degli altri atti generali e dei provvedimenti relativi a contratti di rilevante impatto, emessi da qualsiasi stazione appaltante, qualora ritenga che essi violino le norme in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”*.

Promettendo di non abusare della Sua attenzione e disponibilità, non possiamo tuttavia non segnalarLe un ultimo aspetto di questa vicenda.

L’art. 80, comma 5, del D.lgs. 50/2016 prevede che le stazioni appaltanti sono tenute a disporre l’esclusione di un concorrente, anche, qualora si *«dimostrino con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità»* e tra tali gravi illeciti professionali rientra anche *“(…) il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio (…)*».

Ciò premesso, sembrerebbe (ed anche qui il condizionale è d’obbligo perché l’insieme degli atti pubblicati sui vari siti istituzionali non aiutano a fare chiarezza) che nei confronti di una delle imprese aggiudicatarie sia stata, in precedenza, applicata la misura della straordinaria e temporanea gestione prevista dall’art.32, comma 1, lett. b, del DL 24 giugno 2014, n.90 e, per di più, relativamente ad un appalto, a detta della Procura di Roma e dell’ANAC, illecitamente conseguito dalla medesima stazione appaltante; che nel frattempo sembrerebbe essersi costituita parte civile nel relativo processo penale.

Non desideriamo scendere nei dettagli di una notissima vicenda giudiziaria ancora pendente, ma le segnalazioni che ci sono pervenute (e che ci permettiamo di inoltrarLe) sono tutte dirette ad evidenziare l’inusuale circostanza per la quale la pubblica amministrazione (evidentemente convinta della colpevolezza e dell’impugnabilità degli atti di indagine tanto da costituirsi, come detto, parte civile), da un lato, agirebbe quale soggetto danneggiato per ottenere la condanna dell’imputato (e, conseguentemente, per il risarcimento dei danni prodotti dal reato da quest’ultimo commesso) e, dall’altro lato, tornerebbe a contrattare con il medesimo operatore economico.

Ma - al di là delle questioni di opportunità - Le chiediamo: nel caso tali circostanze corrispondessero effettivamente al vero, questo operatore economico avrebbe potuto legittimamente partecipare alla procedura di appalto?

Glielo chiediamo perché per la Legge, come sopra ricordato, affinché un operatore possa essere estromesso dalla gara di appalto è sufficiente il solo dubbio (sia pur dimostrato con mezzi adeguati) e non, anche, che sia intervenuta una condanna ancorché non definitiva.

Ed anche qui, non siamo noi ad affermarlo ma la sempre vigile ANAC, presieduta dal Dott. Cantone, secondo la quale «La valutazione dell' idoneità del comportamento a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità del concorrente attiene all'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante e deve essere effettuata con riferimento alle circostanze dei fatti, alla tipologia di violazione, alle conseguenze sanzionatorie, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto».

Gentilissimo Sig. Ministro,

se è giunto fin qui non possiamo, davvero, che ringraziarLa per l'attenzione che ci ha voluto riservare.

La nostra lettera avrebbe potuto sicuramente essere molto più lunga e potremmo sollecitare la Sua attenzione su una serie ulteriori di criticità che, quotidianamente, affliggono tutti gli operatori del settore.

Ma, per il momento, riteniamo sia più che sufficiente.

Un cordiale saluto e un sincero "in bocca al lupo" per la Sua futura esperienza di governo.

Appalti Leaks