

Corruzione e collusione nell'affidamento dei contratti di PPP: analisi ed alcuni antidoti

Per contrastare la corruzione molto è stato fatto tramite la legislazione vigente¹ ma c'è ancora spazio per forme di tutele rimesse alla volontà della stessa stazione appaltante pubblica, lo testimoniano l'adozione di protocolli di legalità su base volontaria e il recente accordo dell'Avcp con la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche volta ad individuare e disseminare forme concrete di protezione.

La presenza di rendite di posizione assegnabili dalla PA nel processo di individuazione del contraente privato di un contratto pubblico in ogni fase in cui è scomponibile, rende ineludibile la verifica della capacità di "resistenza", e a quali condizioni, di una forte Pa committente ai fenomeni patologici di cui potrebbe essere affetta: corruzione e collusione particolarmente pressanti nelle regioni meridionali.

Il modello di PA presupposto è quello di essere un forte decisore mediante l'uso della discrezionalità amministrativa, atteggiamento questo che si pone agli antipodi dall'inerziale osservanza delle disposizioni legislative; si tratta di una ipotesi necessaria per l'affidamento dei contratti complessi di PPP che altrimenti verrebbero chiusi in perdita.

Si indagano le implicazioni del decisore forte (PA) su corruzione e collusione², due fenomeni spesso compresenti che occupano la scena delle assegnazioni pubbliche e che vanno contrastati per gli effetti detrimenti sulla qualità delle opere e dei servizi pubblici erogati alla collettività; in particolare perché selezionano il concorrente più inefficiente, aumentano i costi pubblici, diminuiscono la qualità dei servizi e delle opere fornite e scoraggiano l'innovazione, obiettivo particolarmente significativo nei contratti di PPP.

La letteratura sull'argomento è inesorabile, i fenomeni patologici di corruzione e di collusione sono adattivi e mutageni³: il primo predicato descrive la loro azione di ricalco delle condizioni ambientali che si innerva con il sistema più opportuno (o corruzione o collusione o *mix*) nelle fasi più cedevoli del procedimento (programmazione, predisposizione dei bandi, assegnazione del contratto, controllo dei risultati, etc.); il secondo descrive la reattività delle strategie corruttive ai mutamenti normativi o regolatori che presiedono i processi di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Nello scambio corruttivo l'agente pubblico, monopolista del potere di disporre, assicura al corruttore una rendita e quest'ultimo, come compenso, gliene retrocede una quota: la somma delle transazioni andate a buon fine rappresenta il mercato della corruzione. Si noti come il mercato della corruzione sia "derivato" dal mercato dei contratti pubblici. Sono mercati imperniati entrambi sugli stessi soggetti, gli stessi procedimenti di affidamento, gli stessi contratti, le medesime basi dei valori di scambio. Quello fisiologico è riferito ai contratti da assegnare, quello patologico riguarda la distribuzione dei valori estraibili dalla

¹ Legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione in GU n. 265 del 13-11-2012, testo in vigore dal 28-11-2012.

² A. Lambert-Mogiliansky e K. Sonin, *Collusive Market-Sharing and Corruption in Procurement*, Paper September 2005.

³ A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello* a cura di G. D. Comporti, Editoriale Scientifica 2011, pp. 265 – 295.

PPP: CORRUZIONE, TRASPARENZA, MONITORAGGIO E POTERE DI REVOCA NELLA FINANZA DI PROGETTO di M. Ricchi

posizione monopolistica della PA⁴. Poiché quello della corruzione e quello dell'assegnazione dei contratti complessi di PPP sono mercati reciprocamente connessi – quello del PPP muove volumi elevatissimi - qui interessa verificare quali siano gli effetti nel mercato indotti da una PA improntata ad essere decisore forte quando utilizzi a pieno la propria discrezionalità amministrativa.

Un forte potere discrezionale nella gara contribuisce a selezionare i migliori *competitors* puntando alla verifica sostanziale della qualità dell'offerta, dissuade i concorrenti ad avere comportamenti opportunistici post-contrattuali per la presenza di serie penali e della volontà di applicarle e, soprattutto, consente di mantenere alta la qualità non-negoziabile⁵ dell'opera e dei servizi che la PA intende acquisire con il procedimento di selezione del contraente perché è la stessa PA che la impone⁶.

Nei procedimenti in finanza di progetto l'uso della discrezionalità può selezionare e condizionare la proposta qualitativamente migliore sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Infatti, i concorrenti animati solo da intenti opportunistici potranno presentare proposte mediocri difficilmente migliorabili, mentre i soggetti motivati dovrebbero presentare una proposta credibile suscettibile di modifiche centrate sull'interesse pubblico tramite la continua negoziazione che si instaura con la ; esclusivamente tramite l'esercizio della discrezionalità è possibile cogliere la differenza qualitativa delle proposte.

Nonostante questi vantaggi il potere discrezionale viene additato come principale responsabile dei fenomeni corruttivi per l'ampio margine valutativo riconosciuto agli agenti della PA⁷.

Per mitigare la corruzione è opportuno associare alla procedura discrezionale un alto livello di trasparenza⁸. La medesima necessità di trasparenza è rinvenibile per arginare un altro fenomeno tipico delle operazioni di PPP: la loro complessità fa sì che siano appannaggio di un ristretto gruppo di tecnici coinvolti, ciò crea diffidenza ed estraneità nei cittadini e utenti finali dei servizi.

Inoltre, liberare queste operazioni dalla "riservatezza" non è solo una questione di attenzione all'opinione pubblica per aumentarne il coinvolgimento e disincentivare la sindrome di *nimby*, ma è noto come sia difficile monitorare i singoli passaggi procedurali e conoscere i termini esatti delle operazioni avviate. L'esigenza reale di monitoraggio, che si può ovviare con la trasparenza, riguarda l'incompletezza delle banche dati e degli osservatori dedicati al PPP, si pensi come esempio alla mancanza di informazioni dettagliate e complete su un passaggio fondamentale come il *closing* finanziario.

Al fine di migliorare la comunicazione e il coinvolgimento dei cittadini sarebbe opportuno che ciascuna amministrazione aggiudicatrice crei un sito *web* di progetto dedicato all'operazione di PPP intrapresa. Nel sito *web* vi deve essere la completa rappresentazione della storia del progetto dalla fase di programmazione a quella gestionale. La trasparenza responsabilizza le parti coinvolte, conferendo

⁴ Secondo il barometro mondiale sulla corruzione CPI, pubblicato nel 2012 da Transparency International <http://www.transparency.org> l'Italia si colloca al 72° posto in classifica su 174 Paesi, l'Inghilterra al 17°, la Germania al 13°, la Francia al 22° e la Spagna al 30°.

⁵ Vedi l'art. 14, comma 5, lett. d), sub 5 del Regolamento dove lo studio di fattibilità per il PPP deve contenere gli elementi essenziali dello schema di contratto.

⁶ M. Amaral, S. Saussier and A. Yvrande-Billon, *Auction Procedures and Competition in Public Service: The case of urban public transport in France and London*, to be published in Utilities Policy, February 2008, p. 4.

⁷ R. Burguet e Y. Che, *Competitive procurement with corruption*, Rand journal of Economics, vol. 35, n. 1, 2004, pp. 50-68.

⁸ M. Amaral, S. Saussier and A. Yvrande-Billon, *Auction Procedure*, cit., p. 5; A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit.

PPP: CORRUZIONE, TRASPARENZA, MONITORAGGIO E POTERE DI REVOCA NELLA FINANZA DI PROGETTO di M. Ricchi

efficienza ai processi e inducendo il rispetto del *timing*, l'esposizione mediatica rassicura i mercati sulla serietà dell'iniziativa ed è dimostrato come renda difficili eventuali pratiche corruttive.

L'Amministrazione, per rendere cogente l'affluenza dei dati al sito durante il periodo gestionale, dovrà prescrivere l'obbligo nel bando a carico dell'affidatario del contratto di PPP e inserirlo nel contratto come clausola non negoziabile.

Il Sito⁹ potrebbe avere il seguente livello di contenuti:

- la tracciabilità di tutte le fasi programmatiche e procedurali¹⁰ con le delibere consiliari o di Giunta o del CIPE e i diversi passaggi autorizzativi (accordo di programma, conferenza dei servizi, nulla osta ecc.);
- i nomi dei funzionari e i dirigenti coinvolti, Rup, ecc.;
- lo Studio di fattibilità;
- il bando di gara e i documenti di gara;
- i nomi dei commissari di gara;
- le fasi salienti della gara;
- il contratto, il PEF e il progetto aggiudicato;
- i termini del *closing* finanziario;
- i bilanci della società di progetto;
- la comunicazione obbligatoria delle operazioni di PPP ai fini ISTAT;
- le varianti, gli atti aggiuntivi ed eventuali revisioni del PEF;
- le fasi di realizzazione dell'opera con la verifica del rispetto della tempistica e/o sospensioni;
- gli indici di *performance*;
- le verifiche del rispetto degli indici di *performance*;
- le eventuali penali irrogate.

La trasparenza anche se mitiga le occasioni di corruzione favorisce, però, i fenomeni collusivi tra le imprese per la facilità con cui, specialmente in contesti con pochi concorrenti, possono individuare e poi sanzionare il soggetto infedele all'accordo¹¹. Si noti come i procedimenti per affidare contratti di PPP siano immuni da questa collusione da identificabilità¹²: infatti i costi di predisposizione della proposta sono talmente alti da

⁹ La previsione della trasparenza nei procedimenti di affidamento degli appalti pubblici ai sensi dell'art. 37 del D.Lgs. 33/2013, recante il "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni", rimane ad un livello superficiale rispetto al dettaglio proposto in questa sede.

¹⁰ La riforma dell'art. 175 (Promotore e finanzia di progetto) del Codice per le opere della Legge Obiettivo ha inserito in nuce una forma di trasparenza tramite *web* quando indica che "Il Ministero pubblica nel sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, la lista delle infrastrutture inserite nel programma di cui all'articolo 161 per le quali i soggetti aggiudicatori intendono ricorrere alle procedure della finanzia di progetto [...]. Nella lista e' precisato, per ciascuna infrastruttura, l'ufficio del soggetto aggiudicatore presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili [...]. Il Ministero aggiorna la lista di cui al comma 1, indicando gli interventi i cui studi di fattibilità sono stati approvati dal CIPE".

¹¹ G. Stigler, *A Theory of Oligopoly*, Journal of Political Economy, 1964, vol. 72, n.1, pp. 3-21.

¹² R. Burguet e Y. Che, *Competitive procurement*, cit.

PPP: CORRUZIONE, TRASPARENZA, MONITORAGGIO E POTERE DI REVOCA NELLA FINANZA DI PROGETTO di M. Ricchi

dissuadere i concorrenti dal partecipare se non siano animati dalla volontà di imporre il proprio prodotto innovativo e aggiudicarsi la gara.

Un altro forte antidoto alla corruzione consiste nella responsabilizzazione¹³ dell'esercizio della discrezionalità amministrativa. La redazione prima della gara di uno studio di fattibilità morale (SFM) da far sottoscrivere agli operatori pubblici (Rup, commissari di gara, funzionari, direttori lavoro, controllori delle performances, ecc.) e privati (concorrenti, progettisti e collaudatori esterni, ecc.) implicati nel processo di affidamento, renderebbe operativa l'istanza di responsabilizzazione per la sua forza contrattuale. Lo SFM deve identificare i possibili snodi corruttivi, i pericoli collusivi del procedimento e indicare le misure di mitigazione appropriate (commissione con più membri, segretezza, incompatibilità, trasparenza, conflitti di interesse); deve prevedere l'immediata attivazione di procedimenti penali, erariali e amministrativi anche quando ci siano anomali indici di giudizio. Particolarmente efficaci sono la determinazione di una penale in caso accertamento della corruzione per danno all'immagine della PA, la pubblicazione della sentenza di condanna e l'accettazione di essere rimossi dall'incarico nel momento in cui sia attivato il procedimento penale a proprio carico con il consenso preventivo di darne pubblicità sul sito web del procedimento. Infine, per rendere efficace la responsabilizzazione dei soggetti della PA coinvolti nell'aggiudicazione dei contratti complessi, questi devono essere adeguatamente remunerati per l'attività che svolgono¹⁴ e devono essere posti nelle condizioni di acquisire sul mercato le migliori competenze per stare alla pari nella negoziazione con i contraenti privati.

Il potere della PA di revocare i contratti di PPP quando siano in perdita

La funzione di garanzia sovrana della PA nelle operazioni di PPP è connessa, sotto il profilo dell'autorità promanante, al potere di revoca del contratto di partenariato in caso di sua contrarietà originaria all'interesse pubblico; potere diverso per struttura, presupposti e finalità dalla revoca per motivi di pubblico interesse disciplinata dall'art. 158 del Codice.

La norma di riferimento è contenuta nell'art. 12, comma 4 del D.L. n. 7 del 31 gennaio 2007, recante "Misure urgenti per la tutela dei consumatori, la promozione della concorrenza, lo sviluppo di attività economiche e la nascita di nuove imprese", convertito con legge 40/2007. Tale norma inserisce nell'ordinamento una nuova disciplina di revoca degli atti amministrativi, che contempla anche le concessioni, incardinandosi tra le norme fondamentali di sistema del procedimento amministrativo disciplinate dalla legge 241/1990¹⁵.

Per effetto di questa disposizione dopo il comma 1 dell'art. 21-quinquies della legge 7 agosto 1990, n. 241, è aggiunto il seguente: "1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea di cui al comma 1 incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia

¹³ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit.

¹⁴ M. Ricchi, *La regolazione di un'operazione di Partenariato Pubblico-Privato*, in *Rivista Amministrativa della Repubblica Italiana*, fascicolo n. 2, febbraio 2007, p. 169 e ss.

¹⁵ Esprime dubbi di legittimità costituzionale e contrarietà alle norme comunitarie R. Spagnuolo Vigorita, *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in www.giustamm.it, n. 2/2007.

PPP: CORRUZIONE, TRASPARENZA, MONITORAGGIO E POTERE DI REVOCA NELLA FINANZA DI PROGETTO di M. Ricchi

dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.”.

Questa è una previsione legislativa che incide sulle prospettive di indennizzo del partner privato, con l'effetto di condizionarne i comportamenti ai principi di buona fede in fase precontrattuale; ed è un forte deterrente in forza alla PA per tutelarsi ex post nelle negoziazioni in cui è stata debole.

In sostanza, la revoca dell'atto amministrativo (l'aggiudicazione i cui effetti sono contrari ab initio all'interesse pubblico) che incida sui rapporti negoziali (contratto di PPP) autorizza la Pa ad indennizzare il privato:

- a) del solo del danno emergente decurtato, qualora la contrarietà dell'atto amministrativo sia conoscibile al privato;
- b) nel caso in cui il privato abbia concorso ad indurre la PA ad una erronea valutazione dell'atto amministrativo in contrasto con l'interesse pubblico, il danno emergente verrebbe decurtato in misura maggiore.

La norma è di enorme impatto nelle relazioni PA ed il privato, soprattutto nei contratti di PPP o di concessione¹⁶ che sono affidati mediante procedimenti con forti componenti di negoziazione, come quelli regolati nel capo sul promotore finanziario ex art. 153 (in particolare il comma 19) e art. 175 (in particolare il comma 14) del Codice, il dialogo competitivo ex art. 58 del Codice e nei procedimenti negoziati a “formazione libera”¹⁷.

Con questa prospettiva chiaramente sanzionatoria - la possibilità di revoca con indennizzi al di sotto dei costi sostenuti - delle pratiche di negoziazione contrarie alla buona fede, i concorrenti, che partecipano alle gare in finanza di progetto ad iniziativa privata, sono disincentivati a fare affidamento sulle incapacità della PA nelle trattative, per indurla a siglare un contratto che gli assicuri esclusive rendite di posizione, depauperando il patrimonio pubblico.

L'effetto indotto è “moralizzatore”: non ci si può relazionare alla PA con comportamenti maliziosi di moral hazard precontrattuale¹⁸ quando è in gioco l'interesse pubblico.

La PA non è più catturata dal contratto di PPP siglato, a causa dell'elevato valore degli indennizzi da corrispondere per la revoca. La norma, inserita nella legge sul procedimento amministrativo, rimuove il pregiudizio che la Pa non possa svincolarsi dalle proprie scelte quando siano contrarie all'interesse pubblico e ciò sia economicamente dimostrabile; prima di questa modifica legislativa l'opinione diffusa riteneva che gli accordi di PPP chiusi con la PA fossero “immortali”.

¹⁶ F. Fracchia, *Concessione amministrativa*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Annali I, Milano, 2007, pp. 250 - 277. L'A. approda ad una moderna ed unitaria ricostruzione dell'istituto della concessione che tiene conto, oltreché dello strumento contrattuale, della natura pubblica degli interessi di cui dispone.

¹⁷ M. Ricchi, *Il Codice dei contratti: iper regolamentazione o discrezionalità liberalizzata. I casi della qualificazione e dell'offerta economicamente più vantaggiosa nella procedura negoziata*, Documento I-Com, Policy paper, n. 1/2009, www.i-com.it, p. 3 e ss.

¹⁸ A. Nicita, *L'analisi economica dei contratti - Simple 39/05*. L'autore traccia in rassegna i principali comportamenti di moral hazard contrattuali e indica le opportune clausole negoziali per gestire i contratti necessariamente incompleti.

PPP: CORRUZIONE, TRASPARENZA, MONITORAGGIO E POTERE DI REVOCA NELLA FINANZA DI PROGETTO di M. Ricchi

La contrarietà all'interesse pubblico, che autorizza la revoca, deve pertanto essere genetica¹⁹. Il contratto di PPP sottoscritto deve contenere delle clausole di garanzia di profitto, che per difetto di distribuzione dei rischi accollino alla PA in modo sistematico le perdite causate dall'inefficienza del partner privato: questo può avvenire anche attraverso il depauperamento patrimoniale (vedi le concessioni con ingiustificati contributi pubblici o extra-profitti²⁰) o del territorio (vedi le concessioni costruttive in conto prezzo manifestamente eccessive). Inoltre, il fatto che i percossi finali siano i contribuenti (tax payers), spesso disincentiva la PA a tornare sui propri passi e stimola il privato ad approfittare della sua debolezza.

Quando il comportamento dell'operatore economico nella prospettazione dell'offerta, nell'ambito della finanza di progetto ad iniziativa privata ex art. 153 o 175 del Codice, sia corretto, in caso di revoca della concessione, valgono gli indennizzi regolati dall'art. 158 del Codice, comprensivi del danno emergente, di tutte le penalità subite e, soprattutto, del lucro cessante. È opportuno sottolineare il diverso piano in cui opera la revoca disciplinata dall'articolo 158 del Codice: per essa non vale la contrarietà dell'interesse pubblico originaria nel contratto di PPP, quanto invece il sopraggiungere di un diverso interesse pubblico, prevalente rispetto a quello legittimamente perseguito con il contratto a suo tempo sottoscritto²¹.

Gli indennizzi limitati operano indipendentemente da una diversa disciplina di legge o autodeterminazione contrattuale: è una legislazione speciale, chiaramente sanzionatoria che ha l'effetto di ridurre il risarcimento al solo danno emergente o ancor meno in relazione al concorso, diretto o indiretto, del privato all'adozione dell'atto.

Deve, pertanto, escludersi l'applicabilità negli affidamenti in cui il privato non abbia alcuna possibilità di incidere sulle determinazioni la PA, come nel caso di bandi per l'attivazione di procedure aperte e ristrette per l'affidamento di concessioni²², in particolare la finanza di progetto ad iniziativa pubblica ex artt. 144, comma 1 e 174 del Codice.

Avv. Massimo Ricchi

Formatore e Consulente PPP per la PA e Imprese

Docente a contratto e referente scientifico del Master LUISS Business School EMIC "Executive Master in Management delle Imprese di Costruzioni"

già Componente dell'Unità Tecnica Finanza di Progetto - CIPE – DIPE - PCM

E-mail: ricchi.massimo@gmail.com - Cell. 347 225 3268

¹⁹ In senso conforme R. Garofoli e G. Ferrari, *Manuale di diritto amministrativo*, Nel Diritto Editore, Roma, 2008, p. 867.

²⁰ M. Ricchi, *Finanza di Progetto, Contributo Pubblico, Controllo ed Equità (Le Concessioni sono Patrimonio Pubblico)*, in *Il Diritto dell'Economia*, n. 3, 2006. Il contratto di concessione, di natura sinallagmatica e non aleatoria (contra A. Tullio, *La Finanza di progetto: profili civilistici*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 186 e ss.), dovrebbe essere sottoscritto solo dopo una consapevole negoziazione (anche applicando gli strumenti offerti dalla teoria dei giochi), per far sì che lo scambio economico tra la Pa (delegata dalla collettività) ed il privato sia equo.

²¹ I. Paola, *Promotore finanziario e società di progetto*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici* a cura di F. Saitta, Cedam, Padova, 2008, pp. 1047 e ss. L'A. delinea l'istituto della revoca del contratto di concessione per pubblico interesse ex art. 158 del Codice e coglie la differenza con l'art. 21-*quinquies* della legge 241/90, della revoca dell'atto per contrarietà all'interesse pubblico, la quale "riconosce il diritto del soggetto interessato di essere indennizzato unicamente allorché abbia riportato un pregiudizio e non per l'eventuale mancato guadagno".

²² *Contra* G. Saporito, *Lavori Pubblici tra riforma e controriforma*, Convegno IGI, Roma, 28 febbraio 2007. L'A. esprime preoccupazione che la norma di revoca sanzionatoria si applichi anche alle ipotesi di affidamento mediante bando dove lo spazio di intervento del privato nella determinazione della PA è inesistente.