

Appalti pubblici.

Raffaella Coppier

Dipartimento di Economia e Diritto

raffaella.coppier@unimc.it

L'appalto pubblico è il contratto a titolo oneroso, stipulato per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, avente per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal codice civile.

Capo VII

Dell'appalto

Art. 1655.

Nozione.

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro.

I contratti pubblici sono i contratti che la pubblica amministrazione stipula con gli operatori economici al fine di realizzare opere o servizi di pubblica utilità. Sono disciplinati dal Codice appalti (dlgs 50/2016) che definisce le procedure per:

- contratti di lavori;**
- contratti per la fornitura di beni e servizi;**
 - contratti di concessione.**

Sono inoltre previsti appalti per il settore dei beni culturali e gli appalti per i settori speciali (energia, gas, elettricità, acqua, servizi di trasporto, porti e aeroporti, servizi postali).

Nello specifico, secondo l'art. 3, comma 1, lett. dd) del d.lgs. n. 50/2016 i contratti pubblici sono:

I contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizio forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori, posti in essere dalle stazioni appaltanti.

Gli investimenti pubblici realizzati attraverso il Public Procurement rappresentano, come ci ricorda la Commissione Europea, “il 14% del Prodotto Interno Lordo dei Paesi dell’Unione, vale a dire circa 2 trilioni di € all’anno, e costituiscono un elemento fondamentale del nostro ecosistema

*Fonte: “Making Public Procurement work in and for Europe” –
Communication from the Commission COM (2017) 572
Strasbourg 3.10.2017*

L'esistenza di procedure di appalto pubblico efficienti è essenziale per risolvere molte delle principali sfide strategiche che l'UE si trova ad affrontare. Tra queste figurano la crescita e l'occupazione, la disciplina di bilancio, la modernizzazione dell'amministrazione pubblica, la lotta contro corruzione e collusione, l'accesso al mercato per le PMI, la fiducia dei cittadini nelle autorità pubbliche e nella democrazia, nonché l'innovazione e la crescita sostenibile a livello ambientale e sociale.

I mercati degli appalti pubblici trasparenti sono caratterizzati da un elevato livello di apertura e presentano un elevato potenziale di concorrenza, proprio perché le imprese che si aggiudicano l'appalto sono quelle che propongono il miglior prodotto, al miglior prezzo, per ottenere il risultato migliore.

Accesso ai mercati degli appalti pubblici.
Le PMI sono fondamentali per la creazione di occupazione, crescita e innovazione, ma hanno difficoltà ad accedere agli appalti. Attualmente le **PMI si aggiudicano il 45% del valore aggregato dei contratti al di sopra delle soglie dell'UE,** direttamente o come offerenti congiunti o **subappaltatori.** La pratica del subappalto permette di aumentare la quota di appalti pubblici aggiudicati (anche indirettamente) alle PMI affinché corrisponda al peso complessivo di queste ultime nell'economia.

Secondo la relazione del 2014 della Commissione **"Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione"**, la corruzione costa alla società dell'UE circa 120 miliardi di EUR all'anno. Secondo uno studio del 2013, i costi diretti complessivi della corruzione negli **appalti pubblici in soli cinque settori** (strade e ferrovie, acqua e rifiuti, edilizia urbana e lavori pubblici, formazione, ricerca e sviluppo) in soli **otto Stati membri dell'UE** erano compresi tra 1,4 e 2,2 miliardi di EUR.

Il progetto Misurazione del rischio di corruzione rende disponibile un set di indicatori per quantificare il rischio che si verifichino eventi corruttivi a livello territoriale, utilizzando le informazioni contenute in varie banche dati.

Gli indicatori possono essere considerati come dei campanelli d'allarme o delle red flags, che segnalano situazioni potenzialmente problematiche. In questo modo permettono, ad esempio, di avere il quadro di contesti territoriali più o meno esposti a fenomeni corruttivi sui quali investire in termini di prevenzione e/o di indagine, ma anche di orientare l'attenzione dei watchdog della società civile, di attirare l'attenzione e la partecipazione civica.

Tipologie di indicatori

- **Contesto**
- **Appalti**
- **Comunali**

Gli **indicatori di contesto** supportano l'analisi del rischio corruttivo nei territori, andando ad indagare dimensioni tematiche legate all'istruzione, alla presenza di criminalità, al tessuto sociale, all'economia locale e alle condizioni socio-economiche dei cittadini. L'analisi di contesto ha preso in considerazione diciotto indicatori su base provinciale, che sono stati raccolti in quattro domini tematici.

<https://www.anticorruzione.it/indicatori-di-contesto>

La metodologia utilizzata è impiegata già da molti anni per la misurazione di fenomeni complessi multidimensionali. I dati sono analizzati su base provinciale.

I quattro domini tematici (istruzione, economia del territorio, capitale sociale e criminalità) sono sintetizzati da un indice composito per rendere più semplice la lettura della complessità dovuta alle numerose dimensioni considerate. A completamento del quadro, sono stati considerati ulteriori venticinque indicatori di contesto non raccolti in domini.

Gli indicatori di rischio corruttivo negli appalti forniscono informazioni legate agli acquisti delle amministrazioni localizzate nella provincia a cui si riferiscono. Sono suddivisi in diciassette tipologie e sono suddivisi per oggetto (lavori, servizi, forniture), settore (ordinario e speciale) e anno di pubblicazione.

<https://www.anticorruzione.it/rischio-corruttivo-negli-appalti>

Sulla base di un corpo di studi scientifici sempre più importante e corposo Anac ha individuato un insieme di indicatori che a vario titolo individuano aspetti che possono mettere in luce potenziali fenomeni corruttivi nell'ambito degli appalti.

La Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP) alla base degli indicatori è un patrimonio di grande valore che, per quantità e dettaglio dei dati contenuti, rappresenta un'esperienza unica a livello europeo, tale da permettere il calcolo di indicatori di rischio di corruzione con un estremo grado di dettaglio territoriale, settoriale e temporale.

Comunale

Gli indicatori di rischio a livello comunale raggruppano possibili variabili o indicatori significativamente associati al verificarsi di episodi di corruzione a livello di singola amministrazione. Per questi cinque indicatori l'analisi è stata condotta sui comuni con popolazione pari o superiore ai 15.000 abitanti.

<https://www.anticorruzione.it/rischio-a-livello-comunale>

Gli indicatori di rischio a livello comunale sono stati individuati sulla base dell'analisi statistica delle relazioni esistenti tra indicatori potenzialmente collegabili ai fenomeni corruttivi ed episodi di corruzione verificatisi a livello di singola amministrazione, reperiti nelle schede delle relazioni dei Responsabili della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza (RPCT) relative al quinquennio 2015-2019, pubblicate nella sezione "Amministrazione Trasparente" dei siti istituzionali delle amministrazioni comunali studiate.

Corruzione propria quando il pubblico ufficiale per compiere la transazione corrotta deve porre in essere atti contrari ai doveri d'ufficio. Ad esempio un privato chiede ad un burocrate l'ottenimento di un servizio per il quale non è legalmente qualificato, ovvero non ha diritto ad averlo.

Art. 319. Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio.

Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per sé o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni.

*Viene qui criminalizzata la **corruzione propria**, che può essere commessa anche dall'incaricato di pubblico servizio. Si tratta quindi di reato proprio che però prevede anche la punibilità del concorrente necessario extraneus, ovvero il privato che dà o promette il denaro o altra utilità.*

*L'atto deve essere **contrario ai doveri d'ufficio**, ovvero a leggi, regolamenti, istruzioni o ordini legittimamente impartiti, quindi viene ricompreso ogni atto che viola tanto i doveri generici di fedeltà, correttezza ed onestà quanto quelli specificatamente relativi alla trattazione di un determinato affare.*

**Articolo 318 Codice penale
(R.D. 19 ottobre 1930, n. 1398)
Corruzione per l'esercizio della funzione**

Il pubblico ufficiale, che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da tre a otto anni.

La norma in esame ha assunto tale configurazione per opera dell'art. 1 della l. 6 novembre 2012, n. 190, che ne ha mutato profondamente il testo nonché la rubrica. Prima infatti l'articolo in esame rubricava "Corruzione per un atto d'ufficio"

*La riforma del 2012 ha eliminato il riferimento al compimento di “atti”, spostando l’accento **sull’esercizio delle “funzioni o dei poteri”** del pubblico funzionario, permettendo così di perseguire il fenomeno dell’asservimento della pubblica funzione agli interessi privati qualora la dazione del denaro o di altra utilità è correlata alla generica attività, ai generici poteri ed alla generica funzione cui il soggetto qualificato è preposto e non più quindi solo al compimento o all’omissione o al ritardo di uno specifico atto. Oggi quindi viene criminalizzata anche la corruzione impropria attiva.*

*L’espressione **“esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri”** rimanda non solo alle funzioni propriamente amministrative, ma anche a quella giudiziarie e legislative, quindi si deve intendere genericamente qualunque attività che sia esplicazione diretta o indiretta dei poteri inerenti all’ufficio. Dunque, sono compresi anche tutti quei comportamenti, attivi od omissivi, che violano i doveri di fedeltà, imparzialità ed onestà che devono essere rigorosamente osservati da tutti coloro i quali esercitano una pubblica funzione.*

La Legge 190 del 6 novembre 2012

(Legge Severino)

Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione

- Contrasto alla corruzione burocratica
- **Individuazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione**
 - Disposizioni specifiche in tema di Trasparenza
- Strategia Nazionale Anticorruzione (Piano Nazionale Anticorruzione - PNA)
 - Prevenzione Amministrativa (Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza)
- Inasprimento sanzioni e perfezionamento catalogo reati
 - Incompatibilità ed incandidabilità
 - **Tutela del whistleblowing**

Missione istituzionale dell'ANAC.

Prevenzione della corruzione nell'ambito delle amministrazioni pubbliche, nelle società partecipate e controllate anche mediante l'attuazione della **trasparenza in tutti gli aspetti gestionali**, nonché mediante l'attività di **vigilanza nell'ambito dei contratti pubblici, degli incarichi e comunque in ogni settore della pubblica amministrazione** che potenzialmente possa sviluppare fenomeni corruttivi.

L'ANAC, nella visione attualmente espressa, vigila 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.

**Sulla Gazzetta Ufficiale n. 13 del 16 gennaio 2019 è stata pubblicata la Legge anticorruzione intitolata
“Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici”**

Il testo della legge, che il Governo ha presentato come "Spazzacorrotti", consta di un unico articolo composto di ben 30 commi. Come si desume dalla intitolazione della Legge, tre sono i temi interessati dalla riforma: la lotta alla corruzione della PA, la riforma della prescrizione, la trasparenza di partiti e movimenti politici e relativi finanziamenti.

Gli appalti pubblici di valore superiore alle soglie previste dalla normativa UE2 devono essere pubblicati a livello di UE sulla piattaforma **TED** (*Tenders Electronic Daily*). L'obiettivo perseguito in questo modo consiste nell'integrare i mercati degli appalti di tutta l'UE, accrescere la concorrenza e garantire un utilizzo migliore del denaro pubblico speso.

Le soglie di rilevanza comunitaria servono per stabilire l'obbligo di rendere pubblica una gara di appalto in tutte le nazioni dell'Unione Europea ed allargare la platea dei partecipanti a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti.

Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria si applicano invece solo le norme interne, seppur coerenti coi principi generali del diritto comunitario.

Le soglie di rilevanza comunitaria sono state aggiornate il **1 gennaio 2022 e risultano essere le seguenti:**

- 5.382.000 € per appalti pubblici di lavori e concessioni;**
- 215.000 € per appalti pubblici di forniture, servizi e concorsi pubblici di progettazione di amministrazioni sub-centrali;**
- 140.000 € per appalti pubblici di forniture, servizi, concorsi pubblici di progettazione di amministrazioni centrali;**
- 750.000 € per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.**

Negli avvisi di aggiudicazione degli appalti pubblicati sul TED viene registrato il numero di offerte presentate. Tale dato rappresenta un importante indice del livello di concorrenza presente nei mercati degli appalti pubblici. La concorrenza tra offerenti per i contratti pubblici rappresenta uno degli strumenti utilizzati per realizzare l'obiettivo ultimo della politica degli appalti pubblici, che consiste nel garantire il miglior rapporto qualità/prezzo. Tra il 2006 e il 2016 la percentuale di bandi con una sola offerta è salita dal 14% al 29%. Questo dato dimostra che il processo concorrenziale non è presente o sta perdendo di intensità.

Il 28 luglio in Senato è stata approvata, la legge n. 2332 di conversione del decreto legge “Governance Pnrr e semplificazioni” che prevede la liberalizzazione del subappalto in due fasi: fino al 31 ottobre 2021 non poteva superare la quota del 50 per cento dell’importo complessivo del contratto; dal **1° novembre 2021, invece, non c’è più alcun limite imposto e spetterà alle stazioni appaltanti indicare nel documento di gara le prestazioni e le lavorazioni che l’appaltatore non potrà affidare a terzi.**

Lo dovranno motivare in ragione delle specifiche **caratteristiche dell’appalto, dell’esigenza di rafforzare il controllo del cantiere e dei luoghi di lavoro, di tutelare le condizioni di lavoro e la salute e sicurezza dei lavoratori o di **prevenire il rischio di infiltrazioni criminali**.**

Un passo verso una maggiore liberalizzazione del subappalto era atteso, sia per snellire le procedure e sveltire l'applicazione del PNRR, sia per rispondere alla procedura di infrazione aperta dalla Commissione europea (procedura di infrazione n. 2018/2273 del 24 gennaio/27 novembre 2019 aperta dalla Commissione europea contro la disciplina italiana che prevedeva una limitazione del subappalto).

Il subappalto è ritenuto uno strumento utile a favorire la partecipazione delle Pmi agli appalti pubblici e a consentire alle imprese di gestire meglio le commesse, riducendone costi e rischi. L'Autorità garante della concorrenza e del mercato (Agcm) nel recente documento di riforma concorrenziale (S4143) ha infatti proposto di eliminare i limiti al subappalto per favorire la concorrenza. Anche l'Associazione nazionale costruttori edili (Ance) si è espressa a favore della liberalizzazione.

I limiti al subappalto sono stati voluti dal legislatore italiano perché si ritiene che il subappalto riduca la trasparenza, favorendo sia le infiltrazioni di imprese criminali sia la corruzione. L'Anac ha infatti denunciato il rischio di elusione della disciplina antimafia attraverso la frammentazione del subappalto. Per questo la legge prevede che, in presenza di esigenze esplicitamente motivate dalla stazione appaltante, si possa prevedere l'obbligo per le imprese di indicare già in fase di gara **tipologia dei lavori, quota e identità dei subappaltatori**. L'obiettivo è di consentire alla stazione appaltante di conoscere preventivamente i soggetti incaricati e di agevolarne le **opportune verifiche**.

I dati delle gare italiane che mostrano che le imprese indagate per corruzione concedono in subappalto una fetta più ampia dell'appalto rispetto a quelle non indagate. E hanno oltre il 60 per cento di probabilità in più di scegliere subappaltatori indagati per corruzione.

(Decarolis-Fisman-Pinotti- Vannutelli, 2021, <https://www.nber.org/papers/w28209>).

Inoltre, il subappalto è utilizzato in modo illecito per favorire i **cartelli di imprese**. Diverse indagini antitrust hanno infatti evidenziato casi di imprese che si sono impegnate a non partecipare alle gare in concorrenza con gli altri membri del cartello in cambio di una quota della commessa (si veda per esempio l'Indagine 821 del 16 Dicembre 2019 sugli affidamenti di servizi di vigilanza in Lombardia, Emilia-Romagna e Lazio).

Per contrastare le infiltrazioni criminali, la corruzione e i cartelli serviranno controlli preventivi di sostanza, basati sul rafforzamento e sull'incrocio di **banche dati pubbliche** (come la Banca nazionale dei contratti pubblici (Bdncp) per una maggiore trasparenza in merito agli appalti aggiudicati e alle loro modifiche e la Banca dati nazionale degli operatori economici (Bdoe)) e un **monitoraggio economico statistico** dell'esito delle procedure di affidamento. Si dovrà agire sia tramite un organo appositamente istituito per i progetti del Pnrr sia tramite l'azione dell'Agcm e dell'Anac.

E' opportuno agevolare la segnalazione di casi di corruzione istituendo **meccanismi di denuncia efficaci e tutelando i denuncianti contro eventuali ritorsioni** può contribuire a migliorare la trasparenza degli appalti pubblici e a risparmiare denaro pubblico.

Secondo lo studio "*Estimating the economic benefits of **whistleblower protection in public procurement***", i potenziali vantaggi economici di un'efficace tutela dei denuncianti per l'intera UE nel settore degli appalti pubblici ammontano a una cifra compresa tra 5,8 e 9,6 miliardi di EUR all'anno.

L'articolo 50 del **nuovo codice appalti** prevede un sistema di procedure per l'affidamento differente rispetto all'impianto precedente: limiti più alti per gli affidamenti diretti e un sistema semplificato.

Sono previste le seguenti procedure di affidamento:

Lavori:

affidamento diretto fino a 150.000 euro;

procedura negoziata senza bando, con consultazione di 5 operatori economici, per i lavori di importo fino a 1 milione di euro;

procedura negoziata senza bando, con consultazione di 10 operatori economici, per i lavori di importo fino a soglia;

Servizi e forniture:

affidamento diretto fino a 140.000 euro;

procedura negoziata senza bando, con consultazione di 5 operatori economici, per i servizi/fornitura fino a soglia di rilevanza europea.

Inoltre, per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino 5,382 milioni di euro è fatta salva la possibilità di procedere con gara ad evidenza pubblica senza necessità di motivazione.

Con l'entrata in vigore del nuovo codice appalti (luglio 2023), la metodologia BIM (piattaforme aperte interoperabili**) diventerà una realtà consolidata nella normale amministrazione di un appalto pubblico.**