

Un istituto contrattuale criminogeno

Il Presidente dell'Anac Cantone ha definito giustamente l'istituto contrattuale utilizzato per realizzare le grandi opere, oggetto della recente indagine della magistratura fiorentina, di tipo criminogeno. Una magra consolazione per chi ne ha descritto questo carattere fin dalla sua codificazione nel 2002. Merita chiarire bene il punto, dopo i recenti arresti e le sciocchezze sciorinate sul tema dal ceto politico che, dopo tredici anni, scoprono che il contraente generale produce quello che fin dall'inizio era del tutto evidente.

La definizione del contraente generale è stata data con la legge obiettivo (443/2001) con questa definizione: <<...*Il contraente generale è distinto dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione della gestione dell'opera eseguita*>>.

Nelle direttive europee sugli appalti non vi è né la definizione né alcun accenno ad un soggetto economico definito "contraente-generale" o "general-contractor" che dir si voglia. Nella relazione introduttiva al decreto legge (D.L. 190/2002, Ministro Pietro Lunardi) con il quale si è dato corpo alla definizione si arriva addirittura a sostenere che questa nuova figura è espressamente prevista nelle direttive europee. Una pura e semplice invenzione.

Il D.L. 190/2002 affida a questo operatore i seguenti compiti: <<*Il contraente generale provvede: allo sviluppo del progetto definito ed alle attività tecnico-amministrative occorrente al soggetto aggiudicatore per pervenire alla approvazione dello stesso da parte del CIPE, ove detto progetto non sia stato posto a base di gara; alla acquisizione delle aree di sedime: la delega di cui all'art.6 comma 8 del DPR 8 giugno 2001 n. 237, in assenza di un concessionario, può essere accordata al contraente generale; alla progettazione esecutiva; alla esecuzione con qualsiasi mezzo dei lavori ed alla loro direzione; al prefinanziamento, in tutto o in parte, dell'opera da realizzare; (...)*>>.

Stiamo dunque parlando di un soggetto al quale il committente garantisce il 100% del corrispettivo (prezzo) necessario alla progettazione e realizzazione dell'opera, dunque assimilabile ad un appaltatore, ma al quale vengono però affidati anche tutti i compiti tipici del concessionario ad esclusione della gestione e cioè del corrispettivo che caratterizza in modo decisivo il contratto di concessione. Un operatore economico dunque al quale vengono attribuiti tutti i poteri del "concessionario" senza alcun rischio di mercato (senza la gestione) retribuito però come "appaltatore" con un prezzo.

Nelle direttive europee la tipizzazione dei contratti pone in evidenza due caratteri essenziali: l'"oggetto della prestazione" richiesta al contraente ed il "corrispettivo" che l'amministrazione aggiudicatrice gli corrisponde. I contratti definiti sono il contratto di "appalto" e quello di "concessione". Della concessione la direttiva ne dà una definizione inequivocabile: <<*La concessione di lavori pubblici è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di cui alla lettera a), ad eccezione del fatto che la controprestazione dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo*>>.

Secondo la direttiva, dunque, la differenza fondamentale con il contratto di appalto è data dalla "controprestazione" offerta al contraente. Nel caso dell'appalto questa è un "prezzo", che copre in toto il costo necessario alla realizzazione dell'opera. Nel caso della "concessione" la controprestazione consiste "nel diritto di gestire l'opera". La differenza ha implicazioni decisamente rilevanti proprio sul piano degli interessi che il contraente può tutelare nel contratto di "appalto" (un "prezzo" come corrispettivo) o nel contratto di "concessione" (il "diritto di gestire" l'opera come corrispettivo).

La definizione del contraente generale, data dalla legge obiettivo, ci propone invece un soggetto per il quale l'oggetto del contratto corrisponde a quello della concessione mentre il corrispettivo è esattamente quello dell'appalto: <<... *Il contraente generale è distinto dal concessionario di opere pubbliche per l'esclusione della gestione dell'opera eseguita*>>.

La "concessione" senza responsabilità sulla gestione, definita con l'istituto dell'affidamento a contraente generale, fra l'altro, non era una novità, al contrario era stata normata e sperimentata e, a fronte dei palesi fallimenti registrati, indusse il Parlamento ad intervenire in modo esplicito per la sua esclusione, considerando proprio questa come uno dei pilastri fondamentali di tangentopoli.

Le funzioni affidate dalla legge obiettivo, nel 2002, al contraente generale sono esattamente quelle che il legislatore definì nel 1987 con la legge n. 80 (*Norme straordinarie per l'accelerazione dell'esecuzione di opere pubbliche*); come esattamente sovrapponibili sono le motivazioni che all'epoca furono adottate. L'unica differenza rintracciabile è data solo dalla "previsione straordinaria" che il legislatore nel 1987 ravvisava nella norma, derivante dalla consapevolezza della forzatura che operava sia rispetto alle direttive europee sia rispetto ad una corretta previsione contrattuale. Per quanto riguarda le funzioni attribuite la coincidenza è invece assolutamente piena.

La legge 80/87 prevedeva: <<...*per un periodo non superiore a tre anni dall'entrata in vigore della presente legge, di affidare in concessione unitariamente con la procedura stabilita al successivo art. 3, la redazione dei progetti, le eventuali attività necessarie per l'acquisizione delle aree e degli immobili, l'esecuzione delle opere e la loro eventuale manutenzione ad imprese di costruzione, loro consorzi, e raggruppamenti temporanei*>>. Il valore straordinario (forzato) della norma, e cioè la concessione senza gestione, consigliò infatti di stabilirne una durata limitata nel tempo (tre anni). A proporre tale norma fu il Ministro dei Trasporti dell'epoca (Claudio Signorile, tecnico di fiducia Ercole Incalza) con l'esplicita motivazione di utilizzare tale procedura per affidare i contratti per la realizzazione delle infrastrutture per il Treno ad Alta Velocità. I contratti erano definiti dalla legge 80/87 "concessioni di progettazione e costruzione" con l'esplicita esclusione della gestione; esattamente identici dunque all'affidamento a contraente generale, definito dalla legge 443/2001 come <<...*concessionario con l'esclusione della gestione*>>. Sulla legge 80, nonostante i suoi caratteri straordinari, e nonostante la sua previsione a termine, vi fu un'esplicita censura della Corte Europea, che non ebbe seguito solo per il fatto che la norma nel frattempo veniva meno.

Concessioni analoghe, senza la gestione, sono state adottate nello stesso periodo per la realizzazione del Piano Sanitario Nazionale, varato con l'art. 20 della finanziaria del 1988, con un programma che prevedeva investimenti per circa 30.000 miliardi di vecchie lire. In questo caso gli analoghi compiti affidati ai contraenti generali assumevano la forma della cosiddetta "concessione di committenza", nella quale la principale differenza con la "concessione di

progettazione e costruzione” è solo data dalle modalità di calcolo del corrispettivo pagato dall’Amministrazione aggiudicatrice.

Sulle “concessioni di committenza” il Parlamento intervenne in modo specifico e determinato, con una legge ad hoc, la 492/1993, con la quale si stabiliva addirittura l’annullamento (retroattivo) delle concessioni che il Ministro del bilancio Paolo Cirino Pomicino, di concerto con quello della Sanità Francesco De Lorenzo, aveva affidato a tre general-contractor privati, per un valore di 2.100 miliardi. Fra questi vi era anche Fiat-Engineering Spa, i cui dirigenti, nel momento in cui la FIAT decise di collaborare con i magistrati di Manipulite, ammisero la pattuizione di tangenti confermando quanto già aveva messo a verbale il segretario del Ministro della Sanità: <<...i concessionari avrebbero messo a disposizione un 5% delle loro spettanze il quale, se ben ricordo, doveva essere diviso per il 2% alla DC, il 2% al PSI e con un sotto-accordo lo 0,50% a Pomicino e lo 0,50% al PLI>>.

Nel complessivo riordinamento della materia, avvenuto nel 1994 con l’emanazione della legge quadro sui lavori pubblici, proprio per la grave serie di abusi che avevano frequentemente caratterizzato l’istituto della concessione, la legislazione di riforma ha espressamente soppresso sia l’istituto della concessione di committenza che quello di sola costruzione, consentendo alla Pubblica Amministrazione il ricorso alla concessione unicamente laddove correlata alla gestione delle opere realizzate.

Merita al riguardo ricordare la Relazione al Presidente del Consiglio dei Ministri (Roma, luglio 1992) dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, sempre in relazione alle distorsioni della concessione nel periodo di tangentopoli: <<Va infine osservato che in larghissima parte la pratica degli affidamenti in concessione per l’esecuzione di opere pubbliche si è sviluppata in aperto contrasto con le norme comunitarie (e con la stessa normativa nazionale di recepimento) che limitano la figura della concessione ai soli contratti nei quali il corrispettivo delle attività svolte dal concessionario è rappresentato, in tutto o in parte, dal diritto di gestire l’opera realizzata. In base a tali norme, quindi, tutte le diverse forme di concessione a costruire, non accompagnate dalla gestione dell’opera, devono ritenersi equiparate all’appalto e come tali regolate>>.

Nella concessione solo la condizione della gestione dell’opera, come controprestazione, rappresenta la garanzia essenziale per il concedente della efficace realizzazione delle prestazioni affidate al concessionario. Solo questa condizione può garantire il committente che le numerose e delicate funzioni pubbliche trasferite al concessionario vengano espletate correttamente e per realizzare un’opera di qualità e con costi congrui. Solo questa condizione, il “diritto di gestire”, determina nel concessionario una condizione di “interesse oggettivo e soggettivo” a definire un buon progetto, una buona esecuzione con costi e tempi contenuti. Solo se dalla gestione dell’opera dovrà ricavare (recuperare) le risorse necessarie per realizzarla, sarà stimolato a farla presto e bene. Solo se l’opera sarà fatta bene potrà utilizzarla con il massimo profitto, senza interruzioni nella gestione per tutta la durata della concessione.

La legge 443/2001, con la esclusione della gestione, ha sancito in capo al contraente generale una condizione di assoluta libertà nell’affidamento di attività a soggetti terzi (progettisti, società di servizio, imprese, ecc.). La norma prevede espressamente che il contraente generale: << (...) possa liberamente affidare a terzi l’esecuzione delle proprie prestazioni.>>. Può in altri termini affidare a trattativa privata qualsiasi attività ed al soggetto che può scegliere quando e come vuole. Il contraente dunque è oggettivamente spinto a realizzare un rapporto con gli affidatari terzi giocato tutto e solo sul prezzo della prestazione a scapito della qualità, per la quale non ha alcun interesse soggettivo o oggettivo in virtù della assenza di qualsiasi responsabilità sulla gestione. Tutto ciò ha delle conseguenze anche sull’interesse al controllo del sistema dei subappalti e della sub-contrazione, che tende, oggettivamente, a scomparire.

Che dire, inoltre, dei tempi e della qualità delle opere affidate ad un “concessionario con l’esclusione della gestione dell’opera”. Il contraente generale si trova in una condizione di interesse che realizza anche il paradosso di convenienza sulla durata del rapporto contrattuale, avendone anche il totale controllo sia diretto che indiretto. Non solo, anche la richiesta di varianti (quasi inevitabili per opere complesse ed affidate solo sulla base di un progetto preliminare) non possono che essere auspicate (se non sollecitate) dallo stesso contraente. Ritorna qui la condizione ibrida (e anomala) di un soggetto privato al quale sono affidati tutti i poteri del concessionario (e dunque del committente) senza alcuna responsabilità sulla gestione e con un interesse, reale e legittimo, a far durare più a lungo possibile le fasi di progettazione e di costruzione e a farle costare il più possibile.

La non responsabilità sulla gestione dell’opera (e dunque l’assenza di qualsiasi rischio derivante da una cattiva esecuzione dei lavori) determina una assenza sostanziale di interesse del contraente-generale anche sulla qualità e affidabilità dell’opera. Condizione questa che si presenta in termini assolutamente più esposti rispetto alla analoga situazione dell’appaltatore; questi infatti esegue l’opera sulla base di un progetto esecutivo ed è sottoposto ad un controllo costante del committente in fase di esecuzione attraverso il Direttore dei Lavori. Nel caso del contraente-generale invece il controllo della esecuzione è in capo ad esso stesso con tutte le conseguenze ovvie di tale paradossale situazione.

Nei casi delle opere nelle quali i contraenti generali hanno affidato la direzione dei lavori alla società dell’ing. Perotti tutti questi caratteri anomali della relazione contrattuale (qualità dei lavori, qualità dei materiali, assenza di controlli, aumento abnorme dei costi, etc.), si ritrovano interamente e puntualmente. Come si ritrovano puntualmente ed inevitabilmente fenomeni di relazioni corruttive.

Registriamo che ad oltre dodici anni dalla introduzione nel nostro ordinamento di un istituto contrattuale palesemente criminogeno, non solo le forze politiche e le associazioni di rappresentanza delle imprese e dei lavoratori, ma addirittura l’Autorità di Vigilanza sui Lavori Pubblici prima e l’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici dopo non si sono mai espresse in merito consentendo l’applicazione di una norma palesemente criminogena che ha già prodotto enormi danni erariali, ambientali e sociali. E’ ora che venga semplicemente e immediatamente cancellata.

Ivan Cicconi

2 Aprile 2015