

AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO ([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it)) un laboratorio formativo e sperimentale

Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttore Professor Giuseppe di Gaspare

Cerca Amministrazione in Cammino

QUADERNI DELLA RIVISTA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/quaderni-rivista/>)
 NOVITA' EDITORIALI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/novita-editoriali/>)
 REPRINT (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/reprint/>)
 AMBIENTE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/ambiente/>)
 AMMINISTRAZIONE ED EUROPA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-ed-europa/>)
 AMMINISTRAZIONI PUBBLICHE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazioni-pubbliche/>)
 APPALTI PUBBLICI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/>)
 DIRITTO DI INTERNET - OSSERVATORIO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-di-internet/>)
 FEDERALISMO ED AUTONOMIE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/federalismo-ed-autonomie/>)
 GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/giurisprudenza-costituzionale/>)
 LAVORO PUBBLICO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/lavoro-pubblico/>)
 PARLAMENTO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/parlamento/>)
 DIRITTO SANITARIO (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-sanitario/>)
 POLITICHE SOCIALI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/politiche-sociali/>)
 SEMPLIFICAZIONE ED INNOVAZIONE (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/semplificazione-ed-innovazione/>)
 SERVIZI PUBBLICI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/servizi-pubblici/>)
 SCUOLA DELL'AUTONOMIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/scuola-dell'autonomia/>)
 AMMINISTRAZIONE CONDIVISA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/amministrazione-condivisa/>)
 DIRITTO DELL'ECONOMIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-delleconomia/>)
 DIRITTO DELL'ENERGIA (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/diritto-dellenergia/>)
 RESOCONTI E CONVEGNI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/convegni-e-resoconti/>)

APPALTI PUBBLICI (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/>) » note e commenti (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/appalti-pubblici/note-e-commenti-appalti-pubblici/>) » REPRINT (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/category/reprint/>) »

Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici

19.05.2014

SOMMARIO: : 1. La formula della Jurisdiction: un approccio pragmatico alle funzioni pubbliche. 2. Trasparenza nei contratti pubblici.

di Giuseppe Di Gaspare

 Scarica documento (http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/app/uploads/2014/07/Di-Gaspare-Trasparenza-contratti-pubblici_riv_doc.pdf)

ISCRIVITI ALLA NEWSLETTER

Email **INVIA**

• Privacy (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/privacy-3/>) • Copyright (<http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/copyright>)

Amministrazione in Cammino

LEGGI LA NEWSLETTER

LEGGI ([HTTP://WWW.AMMINISTRAZIONEINCAMMINO.LUISS.IT/LEGGI-LA-NEWSLETTER/](http://www.amministrazioneincammino.luiss.it/leggi-la-newsletter/))

Nuove forme di regolazione e controllo, trasparenza nei contratti pubblici¹ di Giuseppe di Gaspare

SOMMARIO: 1. La formula della Jurisdiction: un approccio pragmatico alle funzioni pubbliche. 2. Trasparenza nei contratti pubblici.

Il saggio, pubblicato in Rivista della Corte dei Conti, n.2 del marzo aprile 1992, propone(va) di introdurre un "nuovo" sistema di controllo sui contratti pubblici ed in particolare sugli appalti a partire dalla unificazione dei controlli, di legittimità e di merito, utilizzando la formula anglosassone (di derivazione romanista) della Jurisdiction.

Controlli di legittimità esterna e soprattutto merito affidati ad un' Agenzia di vigilanza che si auspicava fosse la stessa Corte dei Conti nel rispetto e in attuazione dell' art. 100 della Costituzione. **La trasparenza** nel saggio non è intesa come una diafana sfocata visione ambientale ma **è focalizzata sull'esercizio della vigilanza da parte degli stessi controllati e in modo da assicurare l'esercizio imparziale della funzione di controllo da parte dei controllanti , risolvendosi, in questo modo, il dilemma del *quis custodiet custodes* ? Sono gli stessi soggetti controllati che controllano a loro volta simultaneamente e con le stesse modalità di accesso il controllore.** Un ribaltamento del panottico di Bentham nel quale il controllore controlla tutti senza essere a sua volta osservato da nessuno.

Nel saggio sono indicati vari accorgimenti per rendere affettivamente monitorabile l'esercizio del controllo tramite trasparenza.

Per assicurare la trasparenza dei contratti pubblici per forniture servizi e lavori pubblici si proponeva un meccanismo di centralizzazione obbligatoria dell'informazione presso un osservatorio per i contratti pubblici. Qualcosa del genere poi è stato fatto. Due anni dopo nel 1994 è stata istituita l' **Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di** lavori, servizi e forniture (legge n.109 del 1994). Ma il modello implementato dalla legge 109/1994 modificato sembra essere stato concepito – a pensare male – per non funzionare in modo efficace. Una funzione essenzialmente di monitoraggio senza esercizio di poteri ispettivi e obblighi di denuncia. Basti ricordare inoltre che l'Autorità non ha competenza sulle grandi infrastrutture strategiche opere (legge obiettivo n.433/2001 e sulla protezione civile (legge 100/21012) . Nello schema proposto nel saggio invece non ci sono deroghe alla competenza generale e ai poteri ispettivi dell'Autorità di

¹ Pubblicato in Rivista della Corte dei Conti n. Conti, n.2 del marzo aprile 1992.

vigilanza. Il funzionamento dell'osservatorio è alimentato direttamente dalla sottoscrizione dei contratti con **l'obbligo di trasmissione posto a carico dei firmatari a pena di nullità del contratto**.

La centralizzazione e l'accessibilità immediata da parte di "chiunque" ai dati dell'Osservatorio ha lo scopo di rendere immediatamente comparabili i prezzi, per quantità e tipologie di prodotti analoghi. La divergenza crescente verso l'alto dei prezzi per gli stessi tipi di contratti tenuto conto anche dei prezzi riscontrati sul mercato privato - fa scattare in automatico e in modo non discrezionale la frequenza degli accertamenti ispettivi per lo scostamento dalla media e dunque la crescente attivazione dei controlli su importi fuori standard. **Il meccanismo descritto nell'articolo è diverso da quello posto in essere dall'accentramento della contrattazione con la Consip s.p.a.** quale un'unica centrale degli acquisti. **L'accentramento dell'informazione ma non degli acquisti evita tutti i rischi del monopolio della domanda** e lascia campo aperto alla competizione inducendo così un confronto qualitativo - sotto gli occhi di tutti - sulle forniture e sui lavori salvaguardando, con la concorrenza, anche l'interesse generale all'innovazione di prodotto e all'confronto competitivo tra le offerte migliori.

Per gli appalti dei lavori il meccanismo è integrato da una modifica radicale delle regole contrattuali e di aggiudicazione. Una forte semplificazione dello schema di contratto in funzione di un controllo diffuso. In particolare si raccomanda **l'adozione di uno schema contrattuale privatistico che (art. 1655 c.c.) sposta il rischio della realizzazione dell'opera dal committente, cioè dallo Stato, all'appaltatore privato.** Questo spostamento induce effetti virtuosi. Lo spostamento del rischio affinché sia effettivo è correlato all'obbligo dell'appaltatore di assicurarsi per i danni conseguenti alla sua responsabilità contrattuale (fidejussione bancaria o assicurativa) in modo da fornire allo Stato o alla controparte pubblica la garanzia dell'esecuzione a regola d'arte dell'opera. **Le compagnie di assicurazioni e le banche a loro volta, per non trovarsi esposte con copertura di contratti azzardati dovrebbero a loro volta svolgere un attività di due diligence sui progetti e sui contratti e finirebbero per garantire solo imprese affidabili e solo opere con progetti realmente fattibili sulla base dei costi programmati** Le assicurazioni quindi si tirerebbero naturalmente fuori da ipotesi di rischi non preventivabili come ad esempio nel caso delle grandi opere. Ovviamente queste opere non verrebbero realizzate se non previa ridefinizione progettuale e in modo da circoscrivere effettivamente rischi e costi in termini di fattibilità e sostenibilità , anche per le casse dello stato. Con queste regole il Mose ed altri interventi analoghi non si sarebbe probabilmente mai avviati. Non si sarebbero ravvisati i presupposti e l'oggetto certo per la stipula del contratto e avverate le condizioni perché si procedesse all'appalto. Sarebbe stato un male? Arduo rispondere si.

La motivazione della ripubblicazione del saggio dopo 22 anni? Sempre quella in calce allo stesso: "La speranza è che il dibattito tecnico-scientifico, impostato così in chiavi operative, possa essere oggetto di valutazione anche in sede politico-parlamentare, con l'obiettivo di contribuire a quel processo di bonifica della cosa pubblica a cui tutti aspiriamo".

E si può aggiungere, oggi, ancora attendiamo.

1. La formula della *Jurisdiction*: un approccio pragmatico alle funzioni pubbliche. Che il rilievo assunto dall'attività contrattuale della Pubblica amministrazione renda sempre più inadeguato un sistema di controllo incentrato sull'atto amministrativo e basato essenzialmente sul parametro della legittimità e constatazione ormai comune non solo tra gli addetti ai lavori ⁽²⁾.

D'altra parte, la tendenza verso una più accentuata contrattualizzazione della stessa tradizionale attività autoritativa della Pubblica amministrazione ⁽³⁾ si accompagna ad una modificazione strutturale dei rapporti tra Stato ed economia ⁽⁴⁾, in cui lo Stato non si pone più come il dominus dello sviluppo complessivo della società, comunque questo venga articolato, ma assume una posizione più esterna di regolatore di "nicchie di mercato" ⁽⁵⁾ e di settori economici differenziati, in una nuova divisione di ruoli, prima ancora che di competenze, che comporta la più estesa attribuzione di poteri ad ordinamenti sovrastatali e ad organismi semi-ordinamentali descrittivamente qualificabili come interni ⁽⁶⁾.

Questa mutazione genetica dell'attività dei pubblici poteri, che sta investendo l'attività amministrativa facendo vacillare al fondo le categorie tradizionali in cui essa era ordinata e rappresentata, trova un suo momento di emersione particolarmente evidente nella tradizionale configurazione del controllo di legittimità.

In questo quadro, l'insegnamento unitario che sembra trasparire dalla non omogenea esperienza delle nuove forme di "controllo", che si vanno di fatto introducendo con il ricorso alle agenzie indipendenti, è forse quello che non è più possibile ipotizzare un sistema di poteri e contropoteri ancora basato sul principio di legalità dell'atto amministrativo e su quello connesso ed implicato della divisione dei poteri.

Il modello delle agenzie indipendenti si ispira infatti a tutt'altra formula organizzatoria – quella anglosassone della *Jurisdiction* ⁽⁷⁾ – che è tipica dell'esperienza giuridica da cui il modello appunto è stato tratto, non sempre con meditati innesti ⁽⁸⁾.

Questa formula, sinteticamente, si basa sulla entificazione della cura di un pubblico interesse – non necessariamente una materia – e sull'attribuzione alla figura soggettiva di conseguenti e complementari potestà pubbliche, che sono in primo luogo di regolazione ma investono anche l'applicazione delle regole, il loro controllo, l'irrogazione della sanzione e, spesso, la risoluzione di eventuali conflitti. Questi innesti (si pensi all'esperienza della Consob e a quella più recente

² Già M.S. Giannini, *Controllo: nozioni e problemi*, in *Riv. tri. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263.

³ Su questa tendenza cfr. G. Marongiu, *L'amministrazione di fronte all'accordo*, in *L'accordo nell'azione amministrativa*, in *Q.R. Formez*, n. 57, 1988.

⁴ Per il superamento della tradizionale categoria dell' "ingerenza" come chiave di volta del rapporto tra pubblici poteri ed economia cfr. la relazione di G. Marongiu, *Interesse pubblico e attività economica* tenuta al Convegno dell'Unione giuristi cattolici su diritto ed economia (Roma, 5-7- dicembre 1986).

⁵ In questo senso, diffusamente A. Zito, *Mercato, regolazione del mercato e antitrust: profili costituzionali*, in *Jus*, n. 2-3, 1989, p. 219.

⁶ Una attenta ricognizione delle attuali linee di tendenza verso lo Stato "regolatore" è in G. Majone – A. La Spina, *Lo Stato regolatore*, in *Riv. trim. sc. amm.*, n. 3, 1991, p. 3 ss.

⁷ Sulla quale, nella dottrina italiana, richiami della Carnevale Venchi, *Contributo allo studio della nozione di funzione pubblica*, Padova, 1969, p. 435 ss. e Vol. II, Padova, 1974, p. 6.

⁸ La sconfinata letteratura inglese e statunitense sul punto si arricchisce di continui contributi e approfondimenti. Un relativamente recente aggiornamento sullo stato della riflessione in R. Baldwin – C. Mc Crudden, *Regulation and public law*, London, 1987, con ampie citazioni bibliografiche.

dell'Antitrust) hanno determinato, in un ordinamento giuridico come il nostro, ispirato a diversi criteri di fondo e a riparti di competenze astrattamente più cartesiani, una inevitabile complicazione: la tendenza ad una moltiplicazione delle sedi di controllo sull'attività amministrativa se non addirittura ad un frazionamento della funzione – oppure ad una sua limitazione – a seconda della tipologia dell'attività.

Sembra inevitabile, quindi, un ripensamento complessivo dell'intera fenomenologia del controllo, ma soprattutto necessita la consapevolezza che esso avvenga nel segno del superamento di antiche formule.

Al superamento del parametro della legalità formale, che risulta ormai internamente svuotato dato il continuo sfumarsi della distinzione tra legittimità e merito su cui esso si basava, si accompagna ora, con la perdita sempre più accentuata del ruolo eminentemente dirigistico dello Stato, anche la crisi del principio di legalità inteso come legalità-indirizzo, in qualche modo surrogato concettuale del primo e che ha costituito l'architrave teorica dell'ordinamento normativo della Repubblica.

È la forza espansiva di quella legge che, in altri termini, ha eliminato le contrapposizioni dualistiche sulle quali si basava il *quid proprium* della nozione di legittimità: generale-particolare, astratto-concreto, giuridico-politico, regola-valore. La progressiva interiorizzazione di tali originarie contrapposizioni tramite l'estensione delle norme programmatiche e delle leggi provvedimento ha finito così per rendere intrinsecamente non baricentrica l'applicazione del principio di legalità come parametro di valutazione dell'azione amministrativa⁽⁹⁾.

Senza parametri certi e condivisi, anche sul piano dei valori, il controllo sull'atto amministrativo risulta così depotenziato sia sotto il profilo della ridotta estensione del rilievo dell'atto amministrativo, sia sotto il profilo dell'interna sua crisi come perdita di identità nel rapporto con la legge.

Priva dei tradizionali parametri di riferimento, la funzione di controllo sembra quindi oscillare tra la formalistica verifica della legalità esterna dell'atto amministrativo e l'ingerenza – tramite l'atto – in puntuali momenti dell'attività di gestione.

In assenza di un adeguato approfondimento teorico, così, non riesce ad affermarsi ancora, per quanto invocato, un controllo efficiente sull'attività dei pubblici poteri.

Abbandonando il filtro ormai insufficiente e spesso fuorviante dell'atto amministrativo, un percorso teorico che sembrerebbe consentire una penetrazione più immediata dell'attività è il ricorso alla suaccennata nozione di Jurisdiction, che sta dietro, come si è detto, costituendone la matrice, alla forma organizzativa delle agenzie di regolazione indipendenti, ma non si identifica esclusivamente e necessariamente con quella.

⁹ Una sintetica ricostruzione di queste linee evolutive è in P.A. Capotosti – G. Di Gaspare, *Per una filologia della legge*, in *Fondamenti*, n. 12, 1988, pp. 121 ss.

La formula, infatti, in sé considerata, e di più ampia portata ed è caratteristica, negli ordinamenti anglosassoni, anche delle esperienze di autogoverno ⁽¹⁰⁾.

Proprio perché maturata in un contesto ordinamentale diverso (in cui non è presente, val la pena di ripeterlo brevemente, un sistema organizzativo delle funzioni amministrative e dei servizi basato sull'unitario concetto di Stato, anche nella oggettivata formula dello Stato Ordinaro, sul principio di legalità dell'azione amministrativa e sulla radicale tripartizione delle funzioni pubbliche), tale formula sembra suscettibile di utile riferimento in quanto elimina alla radice, fornendo un'altra prospettiva ricostruttiva, i suaccennati problemi derivanti dalla crisi del tradizionale impianto teorico che sorregge l'attuale configurazione della funzione di controllo.

L'accoglimento di questo diverso punto di vista ci porterebbe a considerare come fisiologico sia il relativo frazionamento dell'ordinamento normativo unitariamente e conclusivamente inteso, sia correlativamente l'eclissi del sistema amministrativo unitario e statale.

Si smetterebbe, in questa prospettiva, di interrogarsi sull'apparente commistione che si registra, all'interno di queste nuove figure soggettive, tra funzioni amministrative e funzioni "quasi normative" e "quasi giurisdizionali", le quali, quantomeno nella nostra testa di giuristi continentali, aspirano ad autonoma e scissa ubicazione ⁽¹¹⁾.

Le necessarie misure di garanzia, che quei principi sottintendevano, andrebbero pertanto ricercate, in questa nuova ottica, al di fuori di stanche riproposizioni di interrogativi sul loro mancato rispetto o nella enfaticizzazione di surrogati come la sostituzione del principio di legalità con una sorta di rapporto fiduciario con le Camere oppure nella perdurante ricerca di un qualche strumento di indirizzo politico da parte del Governo.

Non è possibile in questa sede andare comunque oltre questi cenni, che rappresentano soprattutto un'auto sollecitazione ad una più approfondita riflessione, al fondo, sulla strutturazione e i rapporti tra la funzione di regolazione e quelle di controllo in un sistema amministrativo in movimento che richiede nuove forme di *checks and balances* in funzione di un nuovo equilibrio dei conflitti di interessi nella società.

Quello che allo stato, invece, sembra non irragionevole tentare è cercare di ridurre il ragionamento in chiavi operative prendendo lo spunto dal concreto problema del controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale pubblica e facendo riferimento al dibattito, ogni tanto riaffiorante in questa prospettiva, sull'opportunità della costituzione di un "Osservatorio sugli appalti". Cercheremo pertanto di entrare nel merito della discussione partendo da un approccio funzionale piuttosto che organizzativo.

¹⁰ Sull'importanza della comprensione della formula per lo studio di particolari istituti di *public law* come l'autogoverno cfr. G. Di Gaspare, *Autogoverno*, in *Enc. giur. it., ad vocem*.

¹¹ Su queste questioni, le considerazioni di N. Marzona, *L'amministrazione pubblica del mercato mobiliare*, Padova, 1988, p. 37 ss.

2. Trasparenza nei contratti pubblici. A questo fine vorrei illustrare una prima ipotesi di lavoro, che prescinde anche da una puntuale definizione della funzione di controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, dandone per scontata la nozione, anche per timore di imbarcarci nel diversificato dibattito dogmatico intorno all'art. 97 Cost. ⁽¹²⁾.

L'ipotesi che si illustra prescinde altresì da una esatta individuazione dell'ente cui imputare la funzione. Si indicano pertanto solo alcuni inevitabili riflessi che la conformazione della funzione comporta sulla struttura organizzativa interna del possibile soggetto attributario della stessa.

Questo perché proprio partendo dall'accennata nozione di Jurisdiction, il modello organizzativo, pur essendo tendenzialmente in astratto quello dell'agenzia indipendente, può essere strutturato in modo diverso: ad esempio, la funzione di controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale della Pubblica amministrazione potrebbe trovare adeguato svolgimento nell'ambito della riformulazione delle funzioni giurisdizionali e di controllo della Corte dei conti, come declinazione dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta a quest'Organo.

Fatte queste necessarie e sicuramente troppo rapide annotazioni, si può passare al merito della proposta, tenendo conto del fatto che si tratta di una prima approssimazione, in sé e per sé considerata come ipotesi funzionale, indipendentemente dal più ampio quadro evocato di ulteriori necessari approfondimenti.

Pragmaticamente, quindi, l'obiettivo che si ha presente è ovviamente quello, comunemente sotteso a quest'ambito problematico, di assicurare la trasparenza dell'attività contrattuale della Pubblica amministrazione a fini di controllo ⁽¹³⁾.

In realtà, più che ad un Osservatorio, il quale ha essenzialmente funzioni di mera rilevazione statistica, la struttura cui si pensa dovrebbe avere una Jurisdiction sulla materia, cumulare cioè funzioni di regolazione della funzione di controllo, di vero e proprio controllo sull'attività ed infine una potestà di indagine quasi giurisdizionale. Se si vuole, in termini più tradizionali, ma non perfettamente confacenti, si pensa, oltre che all'Osservatorio, a un Ispettorato, con attribuzioni tra loro funzionalmente complementari ma chiaramente distinte per imputazione e responsabilità: una sorta di chinese walls come figurativamente ma efficacemente la letteratura anglosassone sul tema chiama le separazioni organizzative interne spesso presenti nelle agenzie di regolazione.

Va da sé, che nel nostro ordinamento, quest'esigenza di indipendenza e di salvaguardia della neutralità della funzione potrebbe comunque trovare una sua – costituzionale ed istituzionale – collocazione nella stessa Corte dei conti, ripensando congiuntamente i rapporti tra funzione giurisdizionale e funzione di controllo.

Ad ogni modo, tornando agli aspetti funzionali e tralasciando quest'aspetto della ubicazione istituzionale della nuova struttura – d'ora in avanti convenzionalmente "Osservatorio" si può passare brevemente a quelli che sembrano i parametri fondamentali e le innovazioni da apportare

¹² Sul quale, A. Cerri, *Imparzialità e indirizzo politico nella Pubblica amministrazione*, Padova, 1973.

¹³ Per una prima ipotesi di Authority sugli appalti, si rinvia a G. Di Gaspare, *Strategie e strumenti per lo sviluppo del Mezzogiorno*, in *Lavoro e Sindacato*, n. 5, 1991, pp 3 ss.

alla tradizionale configurazione della funzione di controllo contrattuale della Pubblica amministrazione.

In sintesi, si pensa ad **una procedura congegnata nel modo seguente. Presso l'Osservatorio dovrebbero affluire tutti gli atti** unilaterali o plurilaterali **riguardanti opere pubbliche, forniture e servizi, nonché gli atti di disposizione dei beni pubblici** di un certo rilievo per tutto il settore pubblico allargato.

Sarebbe auspicabile, infatti, **estendere il controllo sul buon andamento dell'attività contrattuale anche agli atti di disposizione del patrimonio immobiliare pubblico e del demanio, come deterrente per usi impropri o scarsamente remunerativi ed anche per monitorare, come si dice, la politica di alienazione del patrimonio immobiliare pubblico.** La trasmissione degli atti all'Osservatorio si dovrebbe basare su di un meccanismo coattivo: **registrazione obbligatoria** – a tassa fissa – e successiva trasmissione a cura delle parti, pena la nullità dell'atto e le conseguenti responsabilità dirette dei firmatari, in primo luogo ovviamente i pubblici funzionari.

Insieme agli atti relativi a contratti, appalti e concessioni, dovrebbero essere **trasmessi sia quelli presupposti (avvisi di gara, deliberazioni di alienazione, sia, successivamente e di volta in volta, sempre a pena di nullità, quelli consequenziali (subappalti, variazioni in corso d'opera, successivi lotti di aggiudicazione, etc.).**

Si può pensare anche ad un meccanismo meno drastico, non basato sulla nullità degli atti, ma ad esempio su di un obbligo di trasmissione a carico dei notai, oppure tramite le conservatorie, direttamente, ad esempio, alle articolazioni regionali della Corte dei conti.

Quello che importa, ad ogni modo, è un forte deterrente che assicuri la tempestiva ed integrale trasmissione dei dati.

Ovviamente, l'obbligo di registrazione-trasmissione non dovrebbe gravare su tutti gli atti ma solo su quelli che superano certi valori secondo le differenti tipologie di beni interessati, da individuarsi con un autonomo regolamento dell'Osservatorio e rivedibile a scadenza fissa dallo stesso.

L'attribuzione di un autonomo potere di regolazione della materia può sembrare eccessiva, ma tale riconoscimento sembra invece particolarmente significativo per un sempre più efficace esercizio della funzione di controllo. Produrrebbe, infatti, l'effetto di responsabilizzare pienamente la struttura, la quale utilizzerebbe il circuito informativo per aggiustare continuamente e progressivamente il tiro delle rilevazioni e delle indagini.

Ad ogni modo, si può pensare alternativamente ad una potestà regolamentare di secondo grado, sulla base ad esempio di un regolamento governativo delegato.

Ovviamente, l'individuazione tipologica degli atti assoggettati a trasmissione dovrebbe esser fatta in modo da non far gravare tale obbligo sulle tipologie meno significative e di scarso rilievo pratico.

Per esemplificare, alcune tipologie catastali immobiliari (edilizia economica e popolare) e i contratti di locazione ad essi relativi (a equo canone) andrebbero senz'altro esclusi dall'obbligo di trasmissione.

Tutta la documentazione di cui si è detto fin qui è qualificabile in linea di principio, come non riservata e una volta introdotta nella banca dati dell'Osservatorio, dovrebbe essere pertanto resa accessibile.

Si può pensare, al riguardo, ad un sistema informativo "a rete" dell'Osservatorio, con terminali presso le conservatorie oltre che presso le sedi centrali e periferiche della Corte dei conti.

Gli atti dovrebbero essere archiviati e consultabili secondo parametri predeterminati (oggetto del contratto, ubicazione, nome delle parti, tipo di fornitura od opera, tempi di esecuzione previsti, importi, etc.), in modo comunque da averne integrale contezza.

Il diritto d'accesso dovrebbe essere garantito in modo assoluto a chiunque, intendendo per "chiunque" ogni cittadino o impresa che avrebbe diritto alle informazioni immesse nella banca dati del sistema informativo, in modo da assicurare la piena trasparenza dell'Osservatorio, tutelando altresì lo stesso contro eventuali interferenze (quis custodiet custodes?).

È questo dell'accesso, comunque, un primo e forte contrappeso, ci sembra, per bilanciare la concentrazione di funzioni dell'Osservatorio. Per alcune categorie di appalti a rischio, **le società anonime verrebbero assoggettate all'obbligo di comunicazione di un prospetto informativo sull'assetto proprietario e su eventuali collegamenti** (tipo quello previsto per la quotazione in borsa): entrato a regime l'Osservatorio, quest'obbligo di redazione del prospetto potrebbe essere progressivamente ridotto per ambito di estensione e reso più mirato nelle informazioni.

Questa basilare funzione di raccolta e di catalogazione degli atti, oltre che strumentale all'esercizio del diritto di accesso, è fondamentale per l'attività di regolazione e controllo.

In altri termini, **a partire dalla documentazione archiviata l'Osservatorio dovrebbe elaborare i dati raccolti ai fine di formulare medie e parametri di valutazione degli oneri contrattuali, sulla base anche di raffronti con il settore privato e con quello pubblico europeo.**

Una funzione ispettiva, come si è detto organizzativamente autonoma all'interno dell'Osservatorio, dovrebbe poi **verificare, a campione e a sondaggio, i casi di scostamento rispetto alle medie e ai parametri di costo elaborati.**

Nell'accennata ipotesi dell'affidamento della funzione alla Corte dei conti, i compiti ispettivi potrebbero far capo ad una articolazione diversa da quella che svolge le funzioni di raccolta ed elaborazione dei dati.

Questa specie di ispettorato, comunque, dovrebbe avere **poteri di indagine di polizia giudiziaria.**

L'avvio del procedimento a campione, un meccanismo automatico dunque, andrebbe mirato attraverso **meccanismi di concentrazione del campione su fasce a rischio individuate sulla base di parametri statisticamente predeterminati.**

Il ricorso agli automatismi avrebbe il pregio di **azzerare tendenzialmente ogni valutazione discrezionale nella fase di apertura del procedimento ispettivo.**

Un correlato obbligo **di comunicazione dei risultati alla magistratura, anche in caso di proposta di archiviazione,** ridurrebbe inoltre la discrezionalità nella fase di chiusura dell'indagine.

In questa ottica, i risultati delle indagini, sulla base dei riscontri effettuati andrebbero comunicati agli organi istruttori della magistratura competente in relazione al tipo di illecito configurabile.

in ogni caso, anche cioè nell'ipotesi di esito negativo del procedimento, i risultati andrebbero trasmessi alla procura della Corte dei conti competente per i giudizi di responsabilità dei pubblici funzionari.

Dell'avvenuta indagine e del solo esito del suo atto conclusivo dovrebbe esser fatta menzione nel sistema informativo in modo da salvaguardare sia il diritto alla riservatezza che quello all'accesso.

Le risultanze ispettive, inoltre, quando dessero ragione degli scostamenti rispetto alle medie andrebbero portate a conoscenza degli uffici incaricati dell'elaborazione statistica, per consentire un crescente affinamento dalle tecniche di valutazione e selezione dei dati.

Siamo evidentemente al di fuori del quadro concettuale tradizionale del controllo, ma in definitiva, sembra questa la direzione da esplorare per un recupero di significato, ancor prima che di efficacia, del controllo stesso (¹⁴).

Nel caso in specie ed in particolare in materia di appalti, **l'istituzione dell'Osservatorio potrebbe assicurare a posteriori il rispetto dell'evidenza pubblica, tutt'altro che garantita a priori dalle attuali formalistiche e complesse procedure di aggiudicazione.**

Queste potrebbero essere così quasi interamente rimosse a favore di una struttura contrattuale di diritto privato, nella quale in definitiva il rischio dell'inadempimento graverebbe sull'appaltatore piuttosto che sullo Stato: un radicale mutamento di mentalità nel settore dunque.

Sarebbe possibile una semplificazione in linea con le direttive comunitarie.

L'introduzione, in definitiva, di **una logica di mercato: riduzione dei tempi, migliore determinazione dei prezzi, effettiva responsabilizzazione dell'appaltatore (obbligo di fideiussione bancaria,** piuttosto che anticipazione e clausole di revisione dei prezzi, tanto per

¹⁴ In questo senso ci sembra si muova la riconsiderazione generale dei possibili e auspicabili sviluppi del controllo, in un ricostruito quadro teorico di significato delle funzioni e di identità del ruolo, tratteggiato da G. D'Auria, *Ruolo e funzione dei controlli sulla pubblica amministrazione come "datore di lavoro"*, relazione al convegno sul tema "Alla ricerca di un diritto comune per il lavoro pubblico e privato" (Gallipoli, 28-29 febbraio 1992).

semplificare). Progettazione esecutiva a carico ed a rischio dell'appaltatore. Si potrebbe fare a meno anche della farraginosa, e alla fine facilmente eludibile, normativa antimafia.

Le difficoltà tecnico organizzative non sembrano insormontabili per le attuali tecnologie informatiche: basti pensare alla predisposizione di **formulari tipo** e all'utilizzazione di **lettori elettronici**.

Infine, un modello del genere sarebbe in una certa misura "esportabile". Si potrebbe cioè utilizzare a livello comunitario per rendere trasparente, su di un piano di reciproca armonizzazione, la liberalizzazione degli appalti pubblici nel mercato interno.

Chiudo senza ulteriori appesantimenti di dettaglio, anche perché un'iniziativa in questa direzione, soprattutto se collegata ad un ripensamento delle funzioni statuali di controllo, non può non essere che il risultato di diversi e più autorevoli contributi.

Una prima verifica critica dell'ipotesi qui appena abbozzata di disciplina della trasparenza dell'attività contrattuale, e che si sottopone pertanto ad una più generale attenzione, potrebbe essere effettuata anche tenendo presente la prospettiva della formulazione di uno schema di articolato normativo.

La speranza è che il dibattito tecnico-scientifico, impostato così in chiavi operative, possa essere oggetto di valutazione anche in sede politico-parlamentare, con l'obiettivo di contribuire a quel processo di bonifica della cosa pubblica a cui tutti aspiriamo.