



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Deliberazione n. 10

Adunanza del 10 Aprile 2014

Fascicolo n. 1996/2012

Oggetto: SISTRI - Servizio di realizzazione del sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti.

Stazione Appaltante: Ministero dell'Ambiente, Tutela Territorio e del Mare (MATTM)

Il Consiglio

Vista la relazione della Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture;

Premessa

A seguito del parere sul progetto "Sistema di controllo della tracciabilità dei rifiuti" (SISTRI) reso da DigitPA il 3/5/2012 ed inviato, per i profili di competenza, all'Autorità, si avviava un procedimento istruttorio volto a verificare le criticità evidenziate da quell'organismo¹.

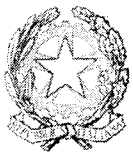
Nel corso della complessa istruttoria, si sono succedute varie interlocuzioni con il competente ufficio del Ministero dell'Ambiente, da cui è emerso quanto segue.

Il progetto SISTRI

Il progetto prevede di dotare gli utenti di dispositivi elettronici USB, per accedere al sistema, trasmettere dati e memorizzare informazioni; una black box da installare su ciascun veicolo che trasporta rifiuti e che serve a monitorare il percorso del carico dal produttore al centro di smaltimento; apparecchiature di videosorveglianza installate negli impianti di discarica, di incenerimento e coincenerimento, con la funzione di controllare l'ingresso e l'uscita degli automezzi. Il sistema prevede l'erogazione di servizi alle imprese e servizi per l'indagine analitica e statistica, attraverso un Centro Operativo Nazionale (con una struttura secondaria per garantire la continuità del servizio in caso di eventi disastrosi).

Il Centro Operativo garantisce l'accessibilità dei servizi agli utenti riconosciuti attraverso un "front office multicanale" e l'archiviazione delle informazioni, tramite la creazione di un data base informatico, che viene alimentato dagli stessi utenti del sistema e

¹ Con legge n. 134/2012 di conversione del d.l. n. 83/2012, art. 22, DigiPA è stata soppressa e ad essa è subentrata l'Agenzia per l'Italia digitale. Con successivo D.M. del 18.5.2012, il Ministro dell'Ambiente ha disposto che alle verifiche del progetto provveda l'Agenzia.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

al quale possono accedere, con differenti livelli di sicurezza, anche le Amministrazioni competenti, nonché le diverse forze di Polizia.

Attraverso un sistema di sicurezza, le quantità, qualità, i percorsi e la destinazione finale dei rifiuti saranno costantemente tenuti sotto controllo, in tempo reale, e questo dovrebbe rendere più difficili abusi, truffe e smaltimenti illeciti. Una volta a regime, si verrà così a creare un sistema a rete che dovrebbe consentire di conoscere la movimentazione completa dei rifiuti dalla produzione alla destinazione finale.

La parte centrale dell'infrastruttura SISTRI è rappresentata da un Data Center *mission critical* di nuova generazione; in particolare, la soluzione di networking e sicurezza che interconnette le componenti elaborative e di archiviazione è basata sul modello Top-of-Rack e sfrutta le funzionalità VDC (Virtual Device Context) e VPC (Virtual Port Channels).

Fatto

L'articolo 1 comma 1116 della legge 296/2006 - legge finanziaria 2007 - stanziava 5 milioni di euro per la creazione di un sistema informatico di tracciamento dei rifiuti.

Il progetto preliminare denominato SISTRI venne presentato da SELEX in data 5 dicembre 2006 al Direttore Generale p.t. della Direzione per la Qualità della Vita; in proposito il Consigliere, Magistrato della Corte dei Conti, esperto giuridico presso il Ministero dell'Ambiente e della tutela del territorio e del mare (MATTM), nella relazione del 29.9.2010, affermava che "il progetto SISTRI risulta sviluppato autonomamente dalla SELEX del gruppo Finmeccanica, in assenza di specifica richiesta da parte del Ministero dell'Ambiente".

In data 31 gennaio 2007 il predetto Direttore Generale esprimeva parere favorevole alla realizzazione del Sistema con osservazioni sugli aspetti tecnico-operativi dello stesso, evidenziando, inoltre, i benefici, escludendo espressamente di considerare le modalità di gestione e la sostenibilità economica del progetto; segnalava altresì l'opportunità di sottoporre il Progetto alla procedura di segretazione di cui alla Legge 24 ottobre 1977, n. 801 previo parere dell'Ufficio legislativo.

L'Ufficio legislativo, con nota del 15 febbraio 2007 esprimeva la sussistenza dei presupposti di legittimità per la segretazione del progetto, consigliando l'adozione di un decreto ministeriale anche al fine di derogare eventualmente alle procedure ad evidenza pubblica di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 163/2006.

In data 23 febbraio 2007, il Ministro p.t. del MATTM poneva la segretazione del progetto SISTRI per il quale venne stabilito il livello di riservatezza "SEGRETO" per la sua incidenza sulla sicurezza nazionale dello Stato ai sensi dell'art 12 comma 1, della Legge 24 ottobre 1977 n. 801 e ritenendo applicabile il predetto art. 17.

Successivamente, con nota del 15 marzo 2007 il Capo di Gabinetto p.t. invitava la SELEX ad avviare le attività di sua competenza per la realizzazione del progetto esecutivo



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

del Sistema, evidenziando che, a seguito dello stanziamento di risorse pari a euro 5.000.000 (ai sensi del richiamato art. 1, comma 1116, L. 296/2006), al progetto doveva esser data immediata esecuzione.

In data 2 agosto 2007, veniva nominata una Commissione ministeriale di sei esperti in tematiche attinenti al Progetto, muniti di Nulla Osta di Segretezza, individuati nell'ambito del personale appartenente a Forze di Polizia ad ordinamento civile e militare con il compito di valutare il Progetto SISTRI di cui al Decreto del MATTM del 23.2.2007.

La Commissione in data 30 ottobre 2007 elaborava una Relazione contenente una valutazione positiva del progetto, attribuendo al SISTRI un'elevata valenza strategica in relazione alla tracciabilità dei rifiuti anche in tema di sicurezza ambientale.

La relazione conclusiva si esprimeva circa la sostenibilità economica dei costi di progetto, non sulla congruità degli stessi.

Nel corso di un incontro presso il Ministero con l'Amministratore delegato della SELEX in data 28 novembre 2007 vennero valutate le procedure amministrative per la realizzazione del progetto; venne altresì concordato che la SELEX provvedesse alla stesura del progetto definitivo e del relativo capitolato tecnico recependo le osservazioni formulate dalla Commissione ministeriale.

Tali iniziative vennero comunicate al Ministro con un promemoria nel quale si rappresentava, tra l'altro, la necessità che lo stesso Ministro individuasse le procedure e le modalità di affidamento dell'esecuzione, fornitura e gestione del Sistema.

Con nota del 21 dicembre 2007, SELEX comunicava di aver già anticipato tutte le attività necessarie alla predisposizione del progetto di dettaglio, indicando anche l'impegno di risorse umane e economiche pari a 1.5 milioni di Euro.

Il Direttore generale p.t., nel dare riscontro alla nota in data 21 gennaio 2008 dichiarava non condivisibile l'impegno economico quantificato da SELEX.

Nel gennaio 2008 la SELEX informava il Ministero di aver predisposto il capitolato tecnico, di aver avviato le attività strumentali alla fase dimostrativa del sistema, ribadendo che gli impegni economici già sostenuti erano stati legittimati da una nota del Capo di Gabinetto (del 15 marzo 2007) con la quale la SELEX veniva invitata ad avviare le attività di sua competenza per la realizzazione del progetto esecutivo.

Nel luglio 2008 il nuovo Ministro dell'ambiente pro-tempore inviava tutta la documentazione relativa al SISTRI alla Presidenza del Consiglio per una nuova valutazione sui presupposti della segretezza.

In seguito la Presidenza del Consiglio dei Ministri emanava il D.P.C.M. 5 settembre 2008, con il quale, nel confermare l'attribuzione della classifica di "segreto" al Progetto SISTRI, stabiliva che la classifica di segretezza produce gli effetti di cui all'art. 17 del d.lgs. n. 163/2006 e che per l'affidamento del contratto avrebbe provveduto la competente Direzione Generale del MATTM, che avrebbe riferito in ordine alle procedure seguite alla Presidenza del Consiglio dei Ministri.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

Con nota del 22 dicembre 2008 l'Ufficio di Gabinetto del Ministero trasmetteva al competente Direttore generale tutta la documentazione relativa al Progetto SISTRI classificata SEGRETA invitando a proseguire l'iter anche alla luce di quanto stabilito dal D.P.C.M. 5 settembre 2008 ed indicando il Capo della Segreteria tecnica del Ministro, avv. Luigi Pelaggi, quale persona di riferimento per tutte le fasi del procedimento amministrativo.

Nella stessa data del 22 dicembre 2008 il Direttore generale invitava la SELEX a presentare uno schema di contratto per la realizzazione del servizio sulla base del progetto-offerta, integrato dalle osservazioni formulate dalla Commissione ministeriale di esperti, indicando le possibili opzioni gestionali; in tale nota, si sollecitava la presentazione dello schema di contratto al fine di addivenire alla relativa sottoscrizione entro la prima decade di gennaio 2009 in modo che " ... *questa Amministrazione possa procedere ... all'impegno finanziario per soddisfare quanto sinora già realizzato da codesta Azienda, giusta la previsione dell'art. 1116 della legge finanziaria 2007.*"

Inoltre si indicava il mese di gennaio 2009 quale termine per la messa a disposizione degli elementi tecnici necessari alla stesura del decreto ministeriale di cui all'art. 2 comma 24 del D.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4 (*senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, a partire dall'istituzione di un sistema informatico di controllo della tracciabilità dei rifiuti, ai fini della trasmissione e raccolta di informazioni su produzione, detenzione, trasporto e smaltimento di rifiuti e la realizzazione in formato elettronico del formulario di identificazione dei rifiuti, dei registri di carico e scarico e del M.U.D., da stabilirsi con apposito decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, le categorie di soggetti di cui al comma precedente sono assoggettati all'obbligo di installazione e utilizzo delle apparecchiature elettroniche*).

SELEX riscontrava con nota del 30 dicembre 2008 con cui si " ... *allegava uno schema di contratto per l'integrale esecuzione del progetto SISTRI redatto in linea ed in assoluta conformità con le osservazioni tecniche formulate dalla Commissione ministeriale di valutazione. Nel contempo la SELEX faceva presente di aver avviato tutti i processi produttivi del progetto per assicurare nel rispetto dei tempi stabiliti dal Ministero, l'avvio della sperimentazione del servizio e la successiva fase definitiva.*"

Con nota del 2 marzo 2009 la competente Direzione del MATTM riscontrava la predetta nota della SELEX per ribadire, tra l'altro, l'operatività del progetto, ribadendo al contempo l'urgenza per l'avvio dell'operatività dello stesso.

Con decreto del nuovo Direttore generale p.t. del 23 novembre 2009 veniva nominata una Commissione di esperti per la valutazione delle integrazioni al Progetto SISTRI, la quale con relazione del 30 novembre 2009 concludeva: "*i prezzi cui si riferiva la valutazione della sostenibilità dei costi operata dalla precedente commissione, siano inferiori ai prezzi di mercato specie per effetto delle ultime integrazioni richieste dall'amministrazione concernenti il software e la manutenzione evolutiva per 5 anni omissis in conclusione si*



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

ritiene che la richiesta dell'operatore" ... "è pienamente coerente con l'implementazione del progetto considerato che si realizzerà un sistema informatico evoluto e complesso al posto di una informatizzazione essenzialmente locale".

Contratto con SELEX e costo del progetto SISTRI

Il contratto tra il Ministero e la SELEX venne stipulato in data 14 dicembre 2009, successivamente integrato con atto aggiuntivo del 10 novembre 2010, stipulato a causa di difficoltà varie, tra cui, quelle per la consegna dei dispositivi USB e delle Black Box, le numerosissime richieste di modifica di iscrizione delle imprese, le considerevoli quantità di iscrizioni errate o incomplete, ecc.

Il termine finale di durata del contratto risulta fissata al 30 novembre 2014

Risulta che il costo originario del progetto ammontava a euro 172.835.307 su cui SELEX praticava uno sconto del 15,1% su alcune componenti del progetto.

Conseguentemente, agli atti, risulta che il progetto ha un costo pari a euro 146.715.311, solo per la parte fissa delle infrastrutture.

A SELEX sono state erogate in due *tranches* euro 5 mln ed euro 24 mln per un totale di euro 29 mln, mentre risultano numerose fatture non liquidate.

L'art. 52 del d.l. n. 83/2012 (convertito con legge n. 134/2012) ha, tra l'altro, stabilito che sono sospesi anche gli effetti del contratto stipulato con la SELEX (vedi *infra* nota 3).

Applicabilità dell'art. 17 comma 4 del Codice dei contratti pubblici

Quanto all'aspetto specifico dell'applicabilità della procedura prevista dall'art. 17 comma 4 del Codice dei contratti pubblici, come prima ricordato e in sintesi, il Gabinetto del Ministro pro-tempore richiese un parere all'Ufficio Legislativo, il quale, in data 15 febbraio 2007, rilevava che il progetto relativo al sistema per la tracciabilità dei rifiuti SISTRI poteva essere oggetto di "segretazione" e che nella fattispecie sussisteva "il presupposto di speciale esigenza di segretezza ... per evitare la gara, sia pure informale, con conseguente individuazione dell'unico operatore economico, da scegliere quale altro contraente".

A ciò si diede corso tramite il predetto provvedimento ministeriale di "segretazione" del 23 febbraio 2007, confermato, a seguito di richiesta del Ministro dell'Ambiente, dal D.P.C.M. 5 settembre 2008.

Successivamente, in data 29 settembre 2010, il Consigliere Magistrato della Corte dei Conti, in una relazione richiesta dal Direttore Generale p.t., non rilevava profili di illegittimità in ordine al predetto affidamento contrattuale, specificando che "in data 14 dicembre 2009 il Ministero dell'Ambiente .. ha affidato, con procedura negoziata monosoggettiva (procedura che, prima facie, appare tendenzialmente conforme alle disposizioni dettate dall'art. 17, comma 4, ultima parte, del citato d.lgs. n. 163 alla luce del



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

documento... redatto in data 8 aprile 2008 dal competente Direttore Generale) alla stessa SELEX la realizzazione, la gestione e la manutenzione del sistema per conto del Ministero medesimo ...".

Anche l'Avvocatura generale dello Stato, all'uopo interpellata dal Ministero, si esprimeva sulla complessa questione in esame con parere del 26 settembre 2012 sui seguenti punti: a) se e a quali condizioni è ipotizzabile un intervento in autotutela; b) se il contratto deve ritenersi affetto da invalidità insanabile o deve essere risolto; c) se, a quali condizioni e con quali modalità, il rapporto contrattuale può essere sanato, ed in tale evenienza se le relative iniziative debbano necessariamente precedere l'operatività del sistema oppure possano intervenire nel corso di operatività dello stesso; d) se a quali condizioni l'amministrazione possa procedere al pagamento delle fatture emesse, con particolare riferimento alla necessità del preventivo monitoraggio e collaudo in corso di esecuzione e prima del decorso di un anno dall'operatività del sistema.

Su tali aspetti l'Avvocatura, richiamando le difese già svolte nell'ambito del giudizio dinanzi al Tar Lazio promosso da operatori economici avverso l'affidamento diretto a SELEX², ha argomentato confermando la legittimità dell'affidamento diretto; non ha inoltre ravvisato profili di invalidità del contratto e dunque ha osservato che le fatture emesse da SELEX debbano essere liquidate tramite nulla osta da parte dell'Agenzia per l'Italia Digitale (gestione ex DigitPA).

Quanto alla congruità economica del progetto, dissentendo dalle valutazioni di DigitPA, l'Avvocatura ha rilevato che dalla relazione del 14 giugno 2012 del presidente del Comitato di vigilanza e controllo del SISTRI emerge come l'analisi dell'organo tecnico sarebbe basata su dati incompleti dato che non prenderebbe in considerazione l'ulteriore sconto del 15,1% concesso da SELEX che ridurrebbe la differenza dei prezzi pattuiti rispetto a quelli "congrui" ad appena il 4%.

L'Avvocatura concludeva sull'opportunità di acquisire dalla predetta Agenzia un nuovo parere sulla congruità economica e quand'anche le riserve dell'organo tecnico dovessero essere confermate, non ricorrerebbero i presupposti dell'errore essenziale e riconoscibile ex artt. 1429 e 1431 del cod. civ. tali da inficiare la validità del contratto che in mancanza di inadempimenti imputabili a SELEX ha "valore di legge tra le parti" ex art. 1372 del cod. civ.

Provvedimento di declassificazione

Nel decreto adottato il 21 settembre 2011, il Presidente del Consiglio dei Ministri, nello stabilire che "il Progetto SISTRI, allegato alla relazione tecnico-giuridica del 31 gennaio 2007, del Direttore Generale per la Qualità della Vita del Ministero è

² Il processo innanzi al Tar Lazio, sez. II bis, si concluse con sentenza n. 3926/2011 con declaratoria di improcedibilità del gravame, sul presupposto che le ricorrenti dichiaravano di non avere più interesse alla definizione della vertenza in ragione di un non meglio specificato accordo transattivo raggiunto con l'amministrazione resistente.



Avcp

Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

completamente declassificato", fa esplicito riferimento, nelle premesse, al fatto *che erano state ormai espletate le procedure di gara per l'affidamento dei contratti dichiarati segreti, ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006*".

Stato di attuazione del progetto

Risulta sulla base dei verbali della Commissione di vigilanza istituita ai sensi dell'art. 5 del contratto stipulato in data 14.12.2009, che SELEX abbia eseguito le seguenti prestazioni: a) Realizzazione Centro operativo primario; b) Realizzazione Centro operativo secondario; c) Dispositivi USB; d) Dispositivi Black-box; e) Sistemi di monitoraggio di siti sensibili.

Si tratta, peraltro, di prestazioni che non sono state ancora sottoposte a collaudo.

Nel frattempo si sono succeduti una serie di decreti ministeriali; il D.M. del 18.5.2012, il D.M. n. 141 del 25.5.2012, il D.M. del 20.3.2013 con cui - sulla scorta delle indicazioni dell'Agenzia per l'Italia digitale fornite con relazione del 13.2.2013 - è stato disposto il riavvio progressivo del SISTRI in due fasi³.

Le attività di verifica per la conformità del sistema ICT sono state attribuite alla competenza dell'Agenzia per l'Italia digitale, la quale, come prima riferito, ha chiesto un sollecito, seppur graduale, riavvio del sistema stante che il perdurare della inoperatività provoca un progressivo disallineamento delle informazioni contenute nel sistema rispetto alla realtà rappresentata rendendo sempre più crescente lo sforzo necessario per il ripristino dell'operatività.

Commissione parlamentare di inchiesta

Sul progetto SISTRI venne istituita nella precedente XVI legislatura una commissione parlamentare di inchiesta (legge n. 6/2009) che ha concluso le attività con l'approvazione di una relazione inviata ai Presidenti di Camera e Senato il 4 marzo 2013 a cura del Presidente Gaetano Pecorella (relatori Bratti e Russo).

La relazione - disponibile sul sito della Camera dei Deputati - offre un'ampia ed articolata conoscenza dei fatti.

Da una rapida consultazione della corposa relazione, tra l'altro, si apprende che anche gli utenti sono obbligati a versare contributi destinati primariamente a pagare la quota fissa (a copertura dell'investimento iniziale, per cinque anni), ed anche la quota variabile.

³ Con l'art. 52 del decreto legge n. 83 (convertito con legge n. 134/2012) il termine di entrata in vigore del sistema SISTRI, più volte sospeso e prorogato, è stato ulteriormente prorogato dando mandato al Ministro dell'Ambiente di fissare nuovi termini. La medesima disposizione ha stabilito che sono sospesi anche gli effetti del contratto stipulato con la SELEX. Da ultimo, con legge n. 125/2013 di conversione del d.l. n. 101/2013, sono stati rideterminati i tempi di operatività del sistema e previste (art. 11) una serie di attività/iniziative per assicurare la progressiva funzionalità del SISTRI senza soluzione di continuità.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

In altri termini, gli utenti del sistema che si iscrivono al SISTRI versano un contributo a copertura sia della quota fissa che di quella variabile; tuttavia, la quota fissa viene garantita dal Ministero mentre la quota variabile resta a rischio della SELEX.

I rappresentanti della SELEX - si legge nella relazione - hanno confermato che tutti gli utenti coinvolti sono obbligati a iscriversi e che gli utenti, pagando l'iscrizione, garantiscono il pagamento della parte fissa; la parte variabile, invece, è parte del guadagno che la SELEX potrà ottenere dal pagamento del lavoro effettuato. La quota fissa è dunque garantita dal Ministero poiché viene ricavata dall'iscrizione, che il contratto prevede come obbligatoria e alla cui inosservanza ricollega sanzioni ben determinate.

Si riportano - tra i tanti - alcuni stralci significativi a cui sono giunti i commissari.

"Il sistema attuale di tracciamento dei rifiuti si può considerare tamquam non esset, tanto agevole ne risulta l'elusione da parte degli operatori del settore. Sul punto si sono espressi in maniera molto netta i magistrati che hanno svolto importanti indagini in materia ambientale e che hanno quindi verificato sul campo la fragilità e l'inconsistenza del sistema attuale.

Ed ancora: *"Dall'anno 2007, anno di avvio del procedimento per la realizzazione del SISTRI, ad oggi sono decorsi sei anni senza che sia stato possibile praticare il sistema così come progettato, per una serie di ragioni analiticamente riportate nella relazione".*

Si legge ancora: *"... non si può non evidenziare il peccato originale del procedimento in questione. Invero la procedura di segretazione del progetto, a prescindere dalla sua legittimità, ha comportato l'individuazione del soggetto affidatario del servizio, la Selex Service Management S.p.A., senza alcuna scelta comparativa, sia pure nella forma indicata dall'articolo 17, comma 4, del decreto legislativo n. 163 del 2006.*

Non v'è dubbio, anche alla luce delle audizioni svolte nel corso dell'inchiesta, che la procedura di segretazione abbia rappresentato una delle questioni che hanno investito la fase procedimentale dell'affidamento del servizio, gli aspetti concernenti il contenuto del regolamento contrattuale nonché la stessa fase esecutiva del contratto. La procedura della segretazione, infatti, ha determinato a cascata una serie di effetti, connessi: a) alle modalità di individuazione dell'affidatario del servizio; b) alla mancanza della procedura di collaudo e di verifica sullo stato di avanzamento lavori, tanto più necessari in ragione del valore elevato dell'appalto. Dai dati acquisiti sembra che la Selex sia stata scelta senza che fossero state preventivamente contattate altre imprese, aventi analoghe capacità imprenditoriali sia a livello tecnico, sia a livello economico. Come è emerso dalla documentazione prodotta dagli auditi, il Ministero dell'ambiente ha avuto rapporti, sin dalla fase preliminare, esclusivamente con la Selex e dunque, anche a voler ritenere legittima la procedura di segretazione, risulta non sempre chiara la ragione per la quale non sia stata osservata la procedura prevista dall'articolo 17 del codice dei contratti, sopra richiamato, e non sia stata effettuata una valutazione comparativa, sia pure nei limiti indicati dalla procedura semplificata dell'affidamento diretto".



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

“La Commissione ha inteso dunque comprendere se il segreto avesse un suo fondamento, tenuto conto delle modalità operative del sistema e della successiva desegretazione del progetto. Ci si è interrogati, in particolare, sulla compatibilità della procedura di segretazione con un sistema che dovrebbe essere conosciuto, spiegato e reso pubblico a tutti gli utenti obbligati a utilizzarlo. Tale profilo può essere, in particolare, al cambiamento in itinere delle caratteristiche del SISTRI. Se in una prima fase, coincidente con la decisione originaria di sottoporre a segretazione il sistema, il SISTRI doveva configurarsi essenzialmente come un sistema di intelligence, finalizzato al controllo e alla repressione degli illeciti connessi alla gestione dei soli rifiuti pericolosi (dunque, con una prevalenza delle finalità repressive rispetto a quelle di trasparenza), il progetto è stato poi modificato e ampliato nel tempo, per divenire un articolato strumento di ausilio alle imprese nella gestione di tutti i rifiuti speciali. Da qui sono derivati i principali problemi degli operatori i quali, a causa della segretazione e quanto meno nella prima fase di avvio del SISTRI, hanno dovuto confrontarsi con un sistema non sufficientemente conosciuto e sperimentato”.

Valutazioni

In primis, è stata verificata la sussistenza dei presupposti di ammissibilità della presente istruttoria, posto che l'art. 6 comma 7 lett. b), seconda parte del Codice dei contratti pubblici statuisce che “non sono soggetti a vigilanza dell'Autorità i contratti di cui agli artt. 16, 17, 18”.

In merito a tale aspetto (SELEX ha contestato i presupposti dell'attività di vigilanza dell'Autorità richiamando la lett. b), comma 7 del predetto art. 6 del Codice dei contratti pubblici), si ribadiscono le valutazioni contenute nella deliberazione Avcp n. 48/2012 in ordine alla normativa sull'affidamento, esecuzione e vigilanza dei contratti segreti: “il compito che, in ordine agli stessi, il Codice affida all'AVCP può essere ragionevolmente delineato nella verifica, con riferimento alle concrete fattispecie contrattuali, della legittimità della sottrazione alle ordinarie procedure di affidamento, nell'ottica di salvaguardia di quei superiori principi di derivazione comunitaria, miranti a garantire l'economicità, la trasparenza e – pur con alcuni limiti – la libera concorrenza. A tale ultimo proposito, appare un'attribuzione naturalmente discendente dalla prima, quella di accertare la corretta individuazione degli operatori economici che possono accedere agli affidamenti esclusi”.

Chiarito questo preliminare aspetto sulla qualificazione dell'intervento dell'Autorità e sulla sua ammissibilità, in relazione alla questione centrale relativa ai presupposti di legittimità della sottrazione alle ordinarie procedure di gara dell'affidamento del progetto SISTRI, si osserva che, prima della radicale riscrittura dell'art. 17 del Codice – come integrato dalla legge n. 102/2009 - ad opera dell'art. 33, comma 3, del d.lgs. n. 208/2011 (in vigore dal 15.01.2012), l'affidamento posto in essere dal Ministero dell'Ambiente – pur potendo rivestire il carattere della segretazione (tale da imporre una particolare



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

limitazione della platea dei possibili esecutori) - non rientrava, a stretto termine di legge, nella fattispecie dei "contratti secretati" disciplinata dall'art. 17 nell'assetto normativo vigente al tempo dell'affidamento diretto.

Appare utile riportare il testo dell'art. 17 comma 1 vigente all'epoca dell'affidamento alla SELEX: *"Le opere, i servizi e le forniture destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto nonché dell'amministrazione della giustizia e dell'amministrazione finanziaria relativamente alla gestione del sistema informativo della fiscalità o ad attività degli enti aggiudicatori di cui alla parte III, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto delle previsioni del presente articolo"*.

Sulla base della portata letterale della norma indicata e in ragione della sua specialità (cfr. art. 12 delle disposizioni preliminari al cod. civ. in tema di interpretazione della legge e art. 14 secondo cui le norme che fanno eccezione a regole generali non si applicano oltre i casi in esse strettamente considerati), il progetto SISTRI per quanto sia stato oggetto di secretazione, non sembra rientrare nell'ambito quanto meno soggettivo individuato dall'art. 17 relativamente alla procedura finalizzata alla ricerca dell'esecutore delineata nel successivo comma 4, il quale, a sua volta, indica, da un lato, uno speciale iter derogatorio (procedura negoziata con almeno cinque operatori economici e in possesso di abilitazione di sicurezza (cfr. comma 3), e dall'altro, non esclude la negoziazione diretta quando quella con più operatori non sia compatibile con le esigenze di segretezza.

Analizzando il comma 1 dell'art. 17 (si ripete, nella versione precedente alla modifica apportata con d.lgs. n. 208/2011), si osserva come il legislatore avesse sostanzialmente confermato la disposizione contenuta nell'art. 33 della legge n. 109/94⁴ (cd. Merloni), tranne l'espunzione della dichiarazione di indifferibilità ed urgenza, distinguendo, oltre al criterio dell'elencazione analitica di cui al R.D. n. 1161 del 1941⁵ (cfr. comma 2), effettuata a partire dall'art. 33, una soluzione più flessibile incentrata sulla finalizzazione dell'opera; l'art. 17 si applica infatti alle "opere, servizi e forniture" di determinate amministrazioni ed enti "per la difesa della Nazione o per compiti di istituto"; contestualmente, la potestà regolamentare è stata circoscritta ai soli casi in cui sono necessarie "misure speciali di sicurezza e di segretezza" e purché esse siano richieste da

⁴ Il quadro normativo prima del Codice si completava con l'art. 82 del DPR n. 554/99. Dopo l'avvento del Codice, l'art. 17, nel sostituire l'art. 33 della Merloni, ne ricalcava l'assetto di fondo estendendo la disciplina anche ai settori degli appalti di servizi e forniture. È interessante notare anche il fatto che il predetto art. 82 del regolamento di attuazione della legge n. 109/94, nello stabilire la trattativa privata per la ricerca del contraente, non faceva alcun cenno alla possibilità di affidamento diretto, prevedendo soltanto la procedura informale plurima (con invito da 5 a 15 imprese).

⁵ Il R.D. n. 1161/1941 reca la disciplina sul segreto militare e individua nell'allegato l'ambito delle attività sottratte alla divulgazione.

“disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti ovvero quando siano originate dall’esigenza di proteggere gli interessi essenziali della sicurezza dello Stato”, la cui tutela era assicurata dalla legge n. 801/1977, art. 12 (legge sul segreto di Stato poi sostituita dalla legge n. 124 del 2007, in vigore dal 14 ottobre 2007)⁶.

Il quadro normativo sul tema in esame si completa poi con i principi – contenuti nell’art. 27 del Codice – che presuppongono anche per gli appalti segreti il rispetto dei principi di “imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”.

È ampiamente noto il disvalore dell’ordinamento nei confronti della trattativa privata (*recte*: procedura negoziata) senza previa pubblicazione di bando, soprattutto quando essa (come nel caso in esame) non costituisca l’esito di un iter ancorché informale con più operatori economici; in altri termini, se la procedura negoziata plurima è sistema di scelta eccezionale, l’affidamento diretto rappresenta un *vulnus* al sistema delle regole interne e comunitarie quando non sia legittimato e comprovato da rigorosa e convincente motivazione tale da non lasciare dubbi, da un lato, sulla esatta configurazione dei confini normativi legittimanti il ricorso alla procedura negoziata e, dall’altro, sulla mancanza di valida alternativa all’affidamento diretto.

In sostanza, sulla base della precedente ricostruzione del quadro normativo, il provvedimento di secretazione avrebbe potuto al più legittimare una procedura di gara nella quale accanto ai requisiti ordinari per partecipare ed eseguire previsti dalla normativa (requisiti generali e speciali), si sarebbe dovuto richiedere agli operatori il possesso dell’abilitazione di sicurezza.

Pertanto, non si è tenuto conto alcuno della disposizione del comma 1 dell’art. 17 nella versione vigente all’epoca dell’affidamento diretto a SELEX (e del suo esatto perimetro), né della disposizione collegata di cui all’art. 27 che costituisce norma di chiusura in ordine a tutti gli appalti in parte o in tutto esclusi dall’applicazione del Codice dei contratti pubblici, compresi quelli sottratti alla divulgazione di fatti, elementi e notizie.

Piuttosto, emerge dalla dinamica dei fatti che il progetto SISTRI è stato affidato alla SELEX, sulla base di un progetto preliminare da questa presentato in data 5.12.2006 senza alcuna specifica richiesta del Ministero dell’Ambiente e che, per giustificare l’operazione, si è fatto riferimento, seppur in modo inconferente ed apodittico, alla parte finale del comma 4 dell’art. 17, da cui si ricaverebbe la possibilità dell’affidamento diretto (“monosoggettivo”, secondo la definizione ministeriale).

In questo contesto, appare singolare, da un lato, il breve tempo intercorso per l’adozione del decreto ministeriale di secretazione (il 23 febbraio 2007), dall’altro, il lasso temporale trascorso invece per la stipula del contratto con SELEX (il 14 dicembre 2009); inoltre, appare significativa la circostanza della completa “declassificazione” posta in

⁶ È utile sottolineare che il decreto ministeriale dell’Ambiente di secretazione del SISTRI reca la data del 23 febbraio 2007, mentre il DPCM di conferma della secretazione porta la data del 5 settembre 2008. Quindi, la legge n. 124/2007 è entrata in vigore a cavallo dei due provvedimenti ministeriali.

essere, come prima ricordato, con DPCM del 21 settembre 2011, quando il progetto era (e ancora è) lontano dalla sua conclusione e facendo riferimento, nelle premesse di tale provvedimento, al fatto che “erano state espletate le procedure di gara per l’affidamento ... ai sensi dell’art. 17 del d.lgs. n. 163 del 2006”; di fatto, è avvenuto che - fatto leva sull’art. 17 comma 4 e dopo il consolidamento del rapporto negoziale con SELEX - era opportuno emendare la forzatura sulla norma, nonostante il contratto stesso fosse lontano dalla sua effettiva conclusione e verificaione.⁷

L’iter posto in essere - presentazione del progetto preliminare da parte di SELEX, secretazione del SISTRI, sviluppo del progetto, stipula del contratto - non trova riscontro in alcun modello normativo che disciplina i contratti pubblici⁸, dove la titolarità dell’iniziativa appartiene di norma al committente pubblico, dalla individuazione delle esigenze alla fattibilità dell’intervento, alla sua definizione, alla ricerca del contraente e successiva gestione e controllo della fase realizzativa.

Inoltre si rinvengono consistenti dubbi sulla stessa configurazione del contratto come appalto; infatti, la circostanza che il costo dell’operazione di fatto venga sostenuto dagli utenti registrati, induce a ritenere che si sia in presenza di una concessione di servizi (a questo riguardo si rammenta che l’art. 11 del D.l. n. 101/2013 convertito nella legge 30 ottobre 2013, n. 125 fa più volte riferimento alla società concessionaria del SISTRI).

Concludendo, in assenza dei presupposti normativi legati all’applicabilità del citato art. 17, discendono dubbi sulla validità del contratto stipulato con SELEX; e nel contesto negoziale sopra delineato, non trova altresì adeguata giustificazione, la consistente modifica dell’oggetto del contratto per effetto della riscrittura dell’art. 188-ter del d.lgs. n. 152/2006 ad opera del comma 1 del predetto art. 11 del D.l. n. 101/2013 (previsione di ridimensionamenti del progetto e semplificazioni con il supporto di Agid).

Per ultimo, si deve constatare che è rimasta priva di spiegazione la circostanza afferente ad “... un non meglio specificato accordo transattivo raggiunto con l’amministrazione resistente ..” per mezzo del quale il Tar Lazio, sez. II bis, con sentenza n. 3926/2011, dichiarava l’improcedibilità di ricorsi da parte di vari operatori economici avverso l’affidamento diretto a SELEX.

Conclusioni

Con riferimento alla procedura in oggetto, a conclusione del procedimento di vigilanza e alla luce delle varie decisioni del Consiglio (verbale n. 30 del 25.9.2013 e verbale

⁷ Offre spunti di interesse la relazione in data 24 settembre 2010 della Corte dei Conti, sezione centrale di controllo in adunanza congiunta dei collegi I e II, sulla gestione delle opere segretate da parte delle Amministrazioni dello Stato ai sensi dell’art. 33 della legge n. 109/94. In tale generale referto si riportano numerose criticità sotto vari profili, tra cui la mancanza dei presupposti per la secretazione, la competenza della dichiarazione di riservatezza, i tempi di realizzazione, i costi, le varianti, ecc.

⁸ Anche l’iniziativa del privato prevista dal nuovo comma 19 dell’art. 153 del Codice sulla finanza di progetto - disposizione da ultimo riscritta dall’art. 59-bis della legge n. 27 del 2012 - è soggetta al penetrante vaglio della S.A. e il progetto preliminare comunque viene posto in gara, in un’ottica di trasparente cooperazione pubblico privato oggetto di apposita e dettagliata disciplina normativa.



Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici
di Lavori, Servizi e Forniture

Avcp

n. 39 del 18.12.2013, punto n. 82), al MATTM è stata inviata una comunicazione delle risultanze istruttorie, a cui ha fatto seguito - su richiesta del Ministero - lo svolgimento di apposita audizione in data 13 febbraio 2014 dinanzi al Consiglio.

In tale sede, il MATTM ha consegnato una memoria datata 13.02.2014, con la quale da un lato, si limita a rinviare al parere dell'Avvocatura generale dello Stato del 26.09.2012, prima richiamato e dall'altro, fornisce una serie di indicazioni sulle iniziative/attività in corso a seguito della novella apportata con la legge n. 125/2013 di conversione del d.l. n. 101/2013 (art. 11).

Con verbale n. 5/2014, il Consiglio ha statuito: *"alla luce degli elementi esposti dagli intervenuti all'audizione, non ravvisa elementi sopravvenuti tali da sottoporre a revisione le risultanze istruttorie già comunicate alla S.A., da trasfondere in una deliberazione con tutti gli adempimenti consequenziali tra cui la trasmissione alla Procura competente."*

Alla luce delle precedenti valutazioni,

Il Consiglio

- ritiene che l'affidamento del progetto SISTRI non sia conforme all'art. 17, comma 1 del Codice dei contratti pubblici nella versione vigente al tempo dell'affidamento stesso e prima della modifica apportata a tale disposizione ad opera dell'art. 33, comma 3, del d.lgs. n. 208/2011 (in vigore dal 15.01.2012), nei limiti e secondo le motivazioni espresse nella parte in diritto;
- ritiene in particolare che il progetto SISTRI - per quanto sia stato oggetto di secretazione - non sembra rientrare nell'ambito quanto meno soggettivo individuato dal predetto art. 17, relativamente alla procedura finalizzata alla ricerca dell'esecutore delineata nel successivo comma 4; conseguentemente, il provvedimento di secretazione avrebbe potuto al più legittimare una procedura di gara, nella quale accanto ai requisiti ordinari per partecipare ed eseguire previsti dalla normativa (requisiti generali e speciali), si sarebbe dovuto richiedere agli operatori il possesso dell'abilitazione di sicurezza;
- dà mandato alla Direzione Generale Vigilanza Lavori Servizi e Forniture affinché comunichi la presente delibera al competente Ministero;
- dà altresì mandato per l'invio del presente provvedimento - sulla base del comma 13 dell'art. 6 del Codice - alla Direzione Distrettuale Antimafia presso la Procura della Repubblica di Napoli, alla Procura generale della Corte dei Conti e al Nucleo Polizia Tributaria di Napoli, per i profili di competenza.

Il Consigliere Relatore
Sergio Gallo

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data
Il Segretario (Maria Esposito)

8 maggio 2014