

Dipartimento di GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO E IMPRESA

XXIX ciclo

**MISURE DI PREVENZIONE DELLA
CORRUZIONE NELLE PROCEDURE DI
AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI PUBBLICI**

TUTOR

Chiar.mo Prof.

Marcello Clarich

DOTTORANDA

Dott.ssa

Michela D'Amico

Anno Accademico 2016/2017

A Giuseppe

INDICE

<i>Introduzione</i>	1
---------------------	----------

CAPITOLO I

La corruzione amministrativa e i sistemi di prevenzione nell'evoluzione normativa

1. La multiforme fisionomia della corruzione: la nozione di corruzione amministrativa	9
1.1. Il valore dell'etica pubblica	17
2. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia	20
3. Brevi cenni sulla nascita della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione.	25
4. Il ruolo delle organizzazioni internazionali nel sistema di prevenzione della corruzione	28
5. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai successivi decreti attuativi	35
6. Il d.l. n. 90/2014 e la nascita dell'ANAC	43
7. I poteri dell'ANAC in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici	56
8. L'organizzazione amministrativa per la prevenzione ed il contrasto alla corruzione nella Pubblica Amministrazione italiana: PNA e PTPC.	59
8.1. I codici di comportamento	66
8.2. La figura del <i>whistleblower</i>	72

CAPITOLO II

Il fenomeno della corruzione e i fattori di rischio nel settore degli appalti

1.	Premessa. L'importanza delle norme anticorruzione nello specifico settore delle procedure ad evidenza pubblica.	78
2.	Fattori corruttivi nel settore dei contratti pubblici	90
a)	Iper-regolamentazione normativa	91
b)	Utilizzo degli strumenti emergenziali	96
c)	Elevato numero delle stazioni appaltanti	99
d)	Frazionamento illecito dell'importo a base d'asta	104
e)	La discrezionalità amministrativa	107
f)	Bandi-fotografia	114
g)	Le procedure di scelta del contraente	115
h)	I requisiti di partecipazione e la natura giuridica delle SOA	118
i)	Uso distorto e smisurato delle varianti in corso d'opera	120
j)	Il subappalto	127
k)	Sistema delle proroghe	129
l)	Il controllo giurisdizionale	130

CAPITOLO III

Gli strumenti per la prevenzione della corruzione nei Contratti Pubblici. Il Nuovo Codice dei Contratti Pubblici

1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione.	132
2. La prevenzione della corruzione nelle più recenti riforme normative	136
2.1. Un complesso sistema di fonti normative	136
2.3. La legge delega n. 11/2016	145
2.4. Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: il d.lgs. n. 50/2016	148
2.5. Misure di prevenzione della corruzione nel Nuovo codice dei contratti pubblici.	154
3. Rimedi atti a prevenire i fattori corruttivi	155
3.1. Anticorruzione e semplificazione normativa	157
3.2. Principio di trasparenza	162
3.2.1. La trasparenza come strumento per la prevenzione della corruzione	165
3.3. Istituzione dell'albo dei commissari	179
3.4. La programmazione delle acquisizioni	184
3.5. Utilizzo delle centrali di committenza	186

3.6.	Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti	192
3.7.	Vigilanza ANAC e valore delle linee guida	198
3.8.	Il conflitto d'interesse	209
3.9.	Il nuovo ruolo del soccorso istruttorio	218
3.10.	La valutazione delle offerte anormalmente basse	224
3.11.	La fase esecutiva: varianti, risoluzione, rinegoziazione, proroghe, rinnovi	226
3.12.	Subappalto	232
3.13.	Strumenti pattizi di prevenzione della corruzione	239
4.	Cenni di diritto comparato	242
4.1.	Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti in Francia	246
4.2.	Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti negli USA	256
5.	Conclusioni	265
	BIBLIOGRAFIA	270
	SITOGRAFIA	286

Introduzione

La corruzione - è tristemente noto - rappresenta un problema sociale che accomuna, seppur con differenti proporzioni e manifestazioni, tutti i Paesi del mondo.

E seppur la letteratura sulla natura, sugli effetti e sulle conseguenze della corruzione è assai estesa, non esiste una “medicina universale” per curarla; ciò è dato dal fatto che tante, forse troppe, sono le variabili del fenomeno.

Di conseguenza, ogni nazione, settore o area richiede un approccio e una soluzione diversa e “personalizzata”.

Il tema, invero, è oggetto di studio da una serie di diverse prospettive e aree come la sociologia, il diritto, le scienze politiche e nessuna delle predette scienze riesce da sola a definire compiutamente il fenomeno né tantomeno a limitarlo e/o prevenirlo.

Tuttavia, taluni aspetti dei fenomeni corruttivi, eclatanti e frequenti nella vita socio-economica degli ordinamenti giuridici, sono stati individuati ed inquadrati da più parti e ciò accade quando si verifica un’evidente violazione di legge, una lesione dei doveri prescritti, il sovvertimento del pubblico interesse.

A seconda del settore di analisi, la corruzione può avere una vasta gamma di definizioni e diverse accezioni. Inoltre, a seconda dei differenti valori della società e dei principi sui quali la stessa si regge, la corruzione può variare da Paese a Paese, ma anche da regione a regione.

Nel linguaggio giuridico il termine “corruzione” è stato tradizionalmente associato al fronte penalistico della repressione dei reati. L’evolversi della società ha dimostrato, tuttavia, che esiste un’accezione più ampia del termine, che è connessa alla

prevenzione del malcostume della sfera pubblica, da contrastare con gli strumenti tipici del diritto amministrativo.

Così accanto ai “tradizionali” fenomeni di corruzione penalistica e repressiva di accordo illecito intercorrente tra due soggetti e finalizzato a conseguire utilità indebite, si è via via assistito al dilagare di un fenomeno che rappresenta una problematica di più vaste e diffuse dimensioni, atteggiandosi la corruzione come “parassita” delle risorse, economiche e morali, della democrazia. Il nuovo concetto di corruzione amministrativa richiama l’aspetto più patologico e occulto della *maladministration* dove, a seconda dei contesti, il rispetto delle invisibili “regole del gioco” è assicurato dalla fiducia reciproca e dagli interessi convergenti degli attori coinvolti.

La presa di coscienza di questa “nuova” multiforme fisionomia del concetto di corruzione ha imposto al Legislatore moderno di approntare opportuni strumenti preventivi, consapevole che gli strumenti giuridici possono avere una loro utilità se vengono emanate quelle che Beccaria avrebbe definito leggi non paurose ma “prevenitrici dei delitti”¹, e dunque se il problema viene risolto alla radice, e si cerca di porre rimedio a quegli aspetti dell’ordinamento che maggiormente agevolano i fenomeni corruttivi.

Il volto sistemico della corruzione ha interessato nel corso degli anni, e interessa tutt’oggi, uno dei settori maggiormente influenzati dagli ingenti investimenti effettuati dallo Stato: quello degli appalti pubblici. Difatti tale settore rappresenta la forma di interazione pubblico-privato più importante, attraverso la quale la Pubblica Amministrazione demanda agli operatori

¹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

economici lavori, beni e servizi destinati ad essere fruiti dalla collettività, esternalizzando le proprie attività e offrendo occasioni di ingenti profitti agli operatori economici; proprio il conseguimento di tali profitti e l'ambizione di conseguirli costituisce la *ratio* e la motivazione che spinge a commettere episodi di corruzione.

Questa è una delle ragioni per le quali il settore degli appalti pubblici rappresenta uno dei livelli dell'attività statale costituenti classici esempi di "occasioni" di corruzione; è ciò certamente anche per la dimensione economica del settore che muove circa il sette per cento del PIL nazionale ed il sedici per cento del PIL europeo.

Alla soglia degli anni novanta, le inchieste giudiziarie conosciute con il nome di "tangentopoli", hanno impietosamente mostrato come il disordine legislativo dell'epoca fosse, per certi versi, funzionale ai fenomeni di corruzione. Per troppo tempo il settore degli appalti pubblici è apparso negativamente influenzato da una legislazione ridondante e confusionale, da procedure amministrative complesse e da un eccessivo numero di soggetti privati e pubblici operanti nel settore pubblico. Le indagini condotte da parte della magistratura, nel corso degli ultimi anni, hanno "riportato alla luce" veri e propri sistemi collusivi tra politici, funzionari pubblici e imprenditori privati; tra gli esempi più noti, lo scandalo del MOSE di Venezia, le alterazioni degli appalti per la costruzione dei padiglioni dell'EXPO 2015 di Milano, oltre al caso più recente di "mafia capitale".

Pertanto, a distanza di più di vent'anni dall'era "tangentopoli", sembra proprio che le varie fasi costituenti il

settore della contrattazione pubblica abbiano continuato ad essere perennemente influenzate dal fenomeno della corruzione.

Ciò che deve evidenziarsi è, senza dubbio, che i problemi più rilevanti delle procedure ad evidenza pubblica e le contraddizioni che contrassegnano la domanda e l'offerta in materia di contratti pubblici, incrociano i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la discrezionalità dell'amministrazione, il contrasto e la prevenzione della corruzione.

Dunque, probabilmente anche in ragione di ciò, il fenomeno corruttivo nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, intersecando - come detto - i principali profili di criticità dell'intero sistema, si rivela quanto mai complicato e arduo da debellare.

La corruzione negli appalti risulta estremamente "pericolosa" per le interazioni che i danni da essa provocati hanno non solo sull'economia, ma sulla stessa democrazia: se la scelta del contraente non riflette più i principi di imparzialità, di merito e di concorrenzialità ai quali dovrebbero ispirarsi le procedure ufficiali e l'individuazione del beneficiario privato scaturisce da un accordo illecito, i danni provocati dalla corruzione incidono sull'intera collettività.

Vari sono i fattori congeniti del sistema che facilitano il fenomeno corruttivo: così la forte polverizzazione della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, più facilmente sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina nazionale; la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il

verificarsi di fenomeni patologici. È stato già fatto notare, inoltre, che vi è una diretta relazione tra la mancanza di trasparenza dell'azione dei committenti e le pratiche di corruzione.

A ciò si aggiungono le contingenze economiche degli ultimi tempi, in cui la scarsità delle occasioni di guadagno stimola gli operatori a “investire” ingenti somme di denaro pur di conseguire i lauti profitti derivanti dalle commesse pubbliche. L'investimento non si fa allora sulle potenzialità delle proprie aziende, quanto piuttosto sul politico/dirigente di turno.

Nonostante la considerevole grave dimensione del fenomeno, il regime di trasparenza e anticorruzione, previsto in tema di contratti pubblici negli anni precedenti lasciava a desiderare per diversi aspetti: in primo luogo, perché riguardava un novero di atti abbastanza ristretto; inoltre, affrontava il tema in maniera asistemica.

Il Legislatore italiano ha, dunque, preso coscienza delle *defaillances* del settore e ha intrapreso, anche sotto la spinta delle raccomandazioni provenienti dall'Unione europea e dalle organizzazioni internazionali, un'imponente riforma dapprima involgente la struttura della Pubblica Amministrazione (l. 190/2012 e d.l. 90/2014) e successivamente, in recepimento delle Direttive del 2014, del settore degli appalti.

Più nel dettaglio, il settore degli appalti pubblici, ove tanto chiaramente emergevano problematiche legate al fenomeno corruttivo, è stato interessato da rilevanti novità, già a partire dalla già citata legge n. 190/2012, che ha predisposto un articolato sistema di soggetti preposti al controllo e alla vigilanza ed ha introdotto rigidi obblighi di pubblicità relativi a tutte le fasi della contrattualistica pubblica. In seguito, il d.l. n.

90/2014 ha modificato, ampliato e rafforzato i poteri attribuiti alla precedente CIVIT, ora A.N.A.C., individuando in tale organismo il soggetto centrale attorno a cui ruota il sistema dell'anticorruzione.

Il quadro normativo si è ulteriormente arricchito con l'introduzione del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), in vigore dal 18 aprile 2016, che - in recepimento delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE - ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 163/2006, semplificando la normativa ivi contenuta, sia nel numero che nella qualità delle disposizioni.

La *ratio* dei richiamati interventi legislativi, succedutisi a breve distanza di tempo, risulta quella di dare massima attuazione ai principi di concorrenza e di *par condicio* - divenuti sempre più principi ispiratori della disciplina comunitaria degli appalti pubblici - e quindi di rendere obbligatorio il ricorso alle procedure di evidenza pubblica ai fini della scelta del contraente, salvi i casi, eccezionali e dunque di stretta interpretazione, consentiti dal legislatore comunitario.

Poste tali premesse, l'interrogativo, cui si è tentato di dare risposta con il presente lavoro, concerne proprio l'efficacia o meno dei più recenti strumenti di prevenzione della corruzione contenuti negli ultimi interventi normativi, primi fra tutti certamente il Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Nel tentare di ottenere la risposta a tale quesito si ricostruiranno, senza pretesa di esaustività, alcuni dei principali fattori di rischio del settore delle commesse pubbliche, a partire da problematiche di sistema, sino ad analizzare singoli istituti considerati maggiormente a rischio corruttivo.

Successivamente, per ognuno dei rilevati profili di criticità, si analizzerà il nuovo apparato normativo disegnato dal

Nuovo Codice e, dunque, si vedrà come il d.lgs. n. 50/2016 ha inteso risolvere ognuno dei rischi corruttivi analizzati.

Emergerà chiaramente come il decreto n. 50/2016, che rappresenta quella che è stata definita una “piccola rivoluzione copernicana” nel settore degli affidamenti pubblici, dedichi molte disposizioni al tema della prevenzione, con la precipua finalità di prevenirla e contrastarla.

Le norme del nuovo Codice accomunate dal chiaro spirito di prevenire fenomeni corruttivi rappresentano la risposta del Legislatore, europeo prima e nazionale dopo, alle richieste provenienti dalle organizzazioni internazionali di prevedere puntuali argini ai rischi corruttivi propri del settore degli appalti pubblici.

Come più diffusamente si dirà nel prosieguo, in questo senso devono leggersi tutte le novità in materia di trasparenza ed accessibilità agli atti delle procedure (l’art. 29, per esempio, ha imposto l’obbligo all’amministrazione di pubblicare tutta una serie di atti di cui precedentemente non era prevista la pubblicità, quali gli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti); tutte le norme in materia di commissione di gara, quali l’albo dei commissari, la loro scelta tramite sorteggio e la loro selezione solo al termine della presentazione delle offerte; l’art. 42 sul conflitto di interessi; il sistema di scelta del contraente che vede quali procedure ordinarie la procedura aperta e quella ristretta, “relegando” le procedure speciali quali deroghe eccezionali; la positivizzazione dell’istituto di matrice giurisprudenziale dell’*in house providing*; il sistema delle modifiche contrattuali; e ancora, i criteri di selezione che vedono il prezzo più basso quale criterio utilizzabile solo alla

presenza di puntuali condizioni; e infine, tutto il subprocedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte).

In conclusione, onde dare evidenza di quanto detto in premessa circa la "personalizzazione" delle misure di contrasto, che per essere realmente efficaci devono essere "cucite" intorno a una determinata situazione, contesto o realtà, si offrirà uno spunto comparato del problema.

Dunque, in un primo momento si prenderà come riferimento uno Stato membro dell'Unione, la Francia, per confrontare come le medesime Direttive 2014 sono state recepite nell'ordinamento d'oltralpe; successivamente, per una disamina comparata di più ampio respiro e, dunque, trascendendo i confini dell'Unione, sarà interessante analizzare come termine di paragone la legislazione anticorruzione messa in atto dagli Stati Uniti nel settore degli appalti pubblici.

Si offriranno, infine, delle brevi conclusioni che daranno conto del notevole passo in avanti che l'ordinamento italiano ha fatto con l'introduzione del Nuovo Codice che, almeno nelle intenzioni e dunque nell'attesa di valutare i vari atti attuativi e la concreta applicazione delle norme, è un testo che si pone in piena sintonia con gli obiettivi di prevenzione avuti di mira dall'Unione Europea.

CAPITOLO I

LA CORRUZIONE AMMINISTRATIVA E I SISTEMI DI PREVENZIONE NELL'EVOLUZIONE NORMATIVA

Sommario: 1. La multiforme fisionomia della corruzione: la nozione di corruzione amministrativa – 1.1. Il valore dell'etica pubblica – 2. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia – 3. Brevi cenni sulla nascita della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione – 4. Il ruolo delle organizzazioni internazionali nel sistema di prevenzione della corruzione – 5. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai successivi decreti attuativi – 6. Il d.l. n. 90/2014 e la nascita dell'ANAC – 7. I poteri dell'ANAC in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici – 8. L'organizzazione amministrativa per la prevenzione ed il contrasto alla corruzione nella Pubblica Amministrazione italiana: PNA e PTPC – 8.1. I codici di comportamento – 8.2. La figura del *whistleblower*.

1. La multiforme fisionomia della corruzione: la nozione di corruzione amministrativa

Il termine “corruzione” deriva dal verbo latino *corrumpere* e letteralmente significa decomporre o disfare qualcosa¹. Traslato nell'ambito giuridico-amministrativistico tale forma di decomposizione coinvolge una vasta serie di protagonisti paragonabili a colonne portanti di una struttura, identificabile nella Pubblica Amministrazione, che rischia di franare sotto gli occhi della società odierna.

Sebbene nel linguaggio giuridico, la parola “corruzione” è stata tradizionalmente connessa al profilo penale della

¹ “Corruzione”, Treccani, *Enciclopedia on line*, disponibile sul sito <http://www.treccani.it/vocabolario/corruzione/>.

repressione di specifiche figure di reato, ormai da qualche tempo, il fenomeno criminale in parola è divenuto articolato e complesso, subendo «una profonda trasformazione dal punto di vista quantitativo² e qualitativo³ [e] passando da fenomeno burocratico, a fenomeno politico – amministrativo – sistemico»⁴.

Si è andato delineando, perciò, un sistema solido e ben strutturato dove, a seconda dei contesti, il rispetto delle invisibili “regole del gioco” è assicurato dalla fiducia reciproca, dalle aspettative e dagli interessi convergenti degli attori coinvolti. Quanto più diventa sistemica, tanto più la corruzione tende a nascondersi.

La corruzione è così divenuta il «peccato capitale della democrazia»⁵ in quanto la stessa mina fortemente la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, suscitando un diffuso sentimento di ingiustizia. Il dilagare di fenomeni corruttivi ha pesanti ripercussioni sul libero mercato, poiché compromette gravemente la competizione economica, tanto da causare profonde inefficienze nei servizi pubblici offerti ai cittadini, cui corrispondono costi elevati di gestione delle infrastrutture.

In tale ottica, la corruzione riguarda sia persone che istituzioni che, a causa della diffusione di varie forme di malcostume nella gestione pubblica, «perdono la propria

² Sotto il profilo quantitativo, la corruzione non è più un fenomeno episodico, ma tende a essere di larghissima diffusione sia a livello nazionale che locale.

³ Da un punto di vista qualitativo, invece, la corruzione non riguarda più solo i piccoli burocrati, ma giunge a coinvolgere i vertici amministrativi e politici delle istituzioni e dei grandi enti economici.

⁴ L. GIAMPAOLINO, *Relazione del Presidente della Corte dei Conti*, in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013, in www.cortedeiconti.it.

⁵ R. CANTONE, G. DI FEO, *Il male italiano, liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, 2015.

capacità di essere, di crescere, di tendere alla pienezza, di servire alla società intera»⁶.

Seppure non è una novità dei nostri tempi, il fenomeno corruttivo si è profondamente modificato ed ampliato nella società attuale, sia per le numerose possibilità di profitto offerte dall'apertura dei mercati europei e internazionali, sia per la maggiore possibilità di occultare utilità illecite sotto varie forme⁷.

Da tali evoluzioni ne consegue che il concetto di corruzione risulta ormai multilivello oscillando tra dimensione giuridica, etica ed economica⁸.

La corruzione, definita quale “reato degli infedeli”⁹ ha infatti assunto, negli ultimi tempi, nuove e diverse vesti, tanto che oggi risulta più opportuno parlare di “corruzioni” al plurale per meglio identificare le varie tipologie e modalità attraverso le quali il fenomeno è capace di esplicarsi.

⁶ FRANCESCO, J. M. BERGOGLIO, *Guarire dalla corruzione*, 2013.

⁷ Si è, infatti, passati dal modello caratterizzato dalla semplice dazione di denaro a fronte di un beneficio illecito, a nuove forme corruttive quali la cessione fittizia di beni, finanziamenti occulti e la costituzione di fondi neri da parte delle imprese.

⁸ Tra i più recenti studi sulla corruzione, si possono menzionare: A. VANNUCCI, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; F. PALAZZO (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, 2011; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, 2007; F. MERLONI – L. VANDELLI (a cura di) *La corruzione amministrativa*, Firenze, 2010. In passato vi sono state alcune commissioni che hanno studiato il tema della corruzione e dei relativi rimedi di natura amministrativa. Si possono ricordare: quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996 (il cui rapporto è pubblicato in *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, 1998); quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 (i cui lavori sono confluiti nel rapporto, *La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione*, disponibile all'indirizzo www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzione-DEF.pdf).

⁹ F. MANGANARO, *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della ndrangheta*, C. LA CAMERA (a cura di), Reggio Calabria, 2012.

Ciò posto, tuttavia, nell'immaginario collettivo il termine corruzione risulta indissolubilmente legato a specifiche fattispecie di reato, oggetto del diritto penale, da contrastarsi sul piano della sola repressione.

A tale sentire comune e alla stessa accezione restrittiva del termine si affianca una nozione di corruzione molto più ampia, che fa riferimento a varie forme di malcostume politico e amministrativo che più propriamente devono essere ricondotte all'interno del diritto amministrativo.

Tale nuova "forma" di corruzione risulta più propriamente sconfitta sul piano della prevenzione; prevenzione che va condotta attraverso l'applicazione di misure riconducibili a strumenti tipici del diritto amministrativo.

La stessa ANAC e il Dipartimento della Funzione Pubblica identificano la "corruzione" come comprensiva: (i) dell'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Libro II, Titolo II, Capo I, del Codice penale; (ii) delle «situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, rilevi il malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite»¹⁰.

Il perimetro della materia deve essere, dunque, considerato partendo da una nozione estesa di «corruzione», tale da essere «non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la *maladministration*, intesa come assunzione di decisioni [...] devianti dalla cura dell'interesse generale a causa

¹⁰ Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13.

del condizionamento improprio da parte di interessi particolari»¹¹.

Più precisamente, l'oggetto di tale "nuova" nozione di corruzione è rappresentato da «atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse»¹².

Così accanto ai "tradizionali" fenomeni di corruzione penalistica e repressiva di accordo illecito tra due soggetti finalizzato a conseguire utilità indebite, si è via via assistito al dilagare di un fenomeno che rappresenta una problematica di più vaste e diffuse dimensioni, atteggiandosi la corruzione come "parassita" delle risorse economiche e morali della democrazia.

La corruzione amministrativa costituisce l'aspetto più patologico della *maladministration*, espressione quest'ultima che traduce e sintetizza tutte le forme di utilizzo del potere amministrativo non coerente con le finalità assegnate dalla legge e i casi di amministrazione non funzionale (inefficace, inefficiente, non economica).

La nozione di corruzione amministrativa rinvia, invero, non solo a comportamenti idonei a integrare violazioni di norme penali, ma anche a condotte che sono comunque espressione di *maladministration*: conflitti di interessi, clientelismo, occupazione di cariche pubbliche, nepotismo e tutte le condotte

¹¹ Anac, Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione, Det. 28 ottobre 2015, n. 12, p. 7.

¹² *Ibidem*.

che comportano un uso distorto del potere pubblico¹³. Volendo utilizzare le parole di Sabino Cassese, il fenomeno si manifesta quando «la funzione pubblica viene svolta non nell'interesse del pubblico, ma nell'interesse dei privati, per assicurare loro guadagno» cosicché, il potere amministrativo «non viene più percepito come un potere impersonale e neutrale, bensì come uno strumento di parte»¹⁴.

Nelle scienze sociali, l'analisi ricostruttiva ha portato a qualificare il fenomeno, in termini generali, come una forma di abuso di potere a fini privati da parte di un agente pubblico riconducibile al rapporto del tipo principale-agente¹⁵.

È noto, infatti, che all'interno della pubblica amministrazione esiste un rapporto di natura pubblica o contrattuale tra un soggetto al quale è affidato il compito di assumere delle decisioni, l'agente, e il principale, titolare, invece, degli interessi per il quale il medesimo compito è stato delegato al primo; questo rapporto coincide con il binomio popolo/amministratori.

Tuttavia, inevitabilmente, ogni agente è portatore anche di interessi privati che possono non essere conformi agli interessi del principale e al quale lo stesso agente può celare, in maniera opportunistica, alcune informazioni riguardanti la propria attività.

Conseguentemente, la delega dei compiti e dei poteri legati alla funzione pubblica si accompagna a una serie di

¹³ B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Corruzione contro Costituzione*, Percorsi costituzionali, 1-2/2012, pp. 15-30.

¹⁴ S. CASSESE, «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro.it*, 1992, V, c. 243, pp. 2-15.

¹⁵ Cfr J.G. LAMBSDORFF, *Institutional Economics of Corruption and Reform*, Cambridge, 2007, 16.

procedure e regole atte a limitare l'esercizio della discrezionalità, dei controlli e delle sanzioni in caso di inadempimento o cattivo esercizio dei poteri affidati (disciplinari, politiche, sociali, amministrative, penali ecc.) per disinnescare questo potenziale (e sempre attuale) conflitto di interessi.

Nel momento dell'alterazione di questo equilibrio si verifica una patologia del rapporto popolo/amministratore. Si pone in essere uno scambio corrotto, infatti, quando la descritta relazione diventa trilaterale, ossia quando all'interno del rapporto si inserisce un ulteriore soggetto: il corruttore. Quest'ultimo attraverso promesse, tangenti, e altre forme di utilità induce l'agente ad aggirare i vincoli posti in essere dall'ordinamento per porre freno al rischio (primo fra tutti, quello di non accettare compensi indebiti) di conflitto di interessi fisiologicamente insito in quest'ultimo. Il corruttore riesce attraverso tale *modus procedendi* ad ottenere una serie di vantaggi indebiti (informazioni riservate, decisioni favorevoli o una sorta di protezione generale per i propri interessi).

Allo scambio ufficiale e palese tra agente e principale si sovrappone una transazione occulta tra agente corrotto e corruttore che genera una "mutazione genetica" dell'esercizio della discrezionalità amministrativa, portandola a salvaguardare gli interessi propri e del corruttore a scapito degli interessi pubblici. E, dunque, in questi casi agli ordinari processi viene a sostituirsi «*un mercato dell'autorità*» dove i corruttori cercano di modificare, a proprio vantaggio, la struttura e/o la destinazione delle risorse amministrative dallo Stato attraverso l'attività di agenti politici o burocratici, cui sono delegati poteri e responsabilità.

Attraverso tale illecita deviazione delle risorse la spesa pubblica e il potere discrezionale vengono manipolati al fine di consentire, o meno, l'esercizio di certe attività privati rispetto ad altre creando, per tale via, posizioni di rendita dettate da procedure i cui esiti sono decisi o influenzati dagli agenti.

Intesa in questo senso, la corruzione è un'attività di "ricerca della rendita" dove corrotto e corruttore si spartiscono, attraverso lo scambio occulto, i diritti di proprietà sulla rendita creata a danno della collettività¹⁶.

Diverse potrebbero essere le ragioni socio economiche della diffusione del fenomeno: da un punto di vista economico, la scelta di accettare/offrire tangenti rappresenta un calcolo razionale tra costi/benefici, dove i costi sono rappresentati dalla possibilità di essere scoperti e dall'entità delle sanzioni, e i benefici sono le tangenti stesse. In questo bilanciamento fattori come l'inefficienza del sistema giudiziario, la sensibilità degli elettori a eventuali scandali politici, l'intervento pubblico dello Stato nell'economia, il grado di trasparenza nell'assunzione delle decisioni che riguardano interessi pubblici, la mole e la formulazione dei testi normativi, l'efficacia dei controlli politici e amministrativi, rendono il rischio di probabili ricadute negative dell'accordo illecito se non marginale certamente minimo.

Un diverso approccio di tipo più propriamente socio-culturale¹⁷ valorizza, invece, variabili come le norme etiche, i valori culturali, le tradizioni, il senso civico di cittadini e

¹⁶ A. VANNUCCI - R. CUBEDDU, *Lo spettro della competitività: le radici istituzionali del declino italiano*, Catanzaro, 2006.

¹⁷ D. DELLA PORTA – A. VANNUCCI, *The moral (and immoral) cost of corruption*, in U. VON ALEMANN, *Dimensionen politischer Korruption*, Wiesbaden, 2005.

funzionari. I richiamati fattori rappresentano il «costo morale» della corruzione, il disagio psichico associato alla violazione della legge. In questo tipo di ricostruzione, le occasioni di corruzione si attenuano dove gli *standard* morali sono più solidi.

1.1. Il valore dell'etica pubblica

La c.d. “corruzione amministrativa” è un fenomeno che coinvolge le pubbliche amministrazioni, o, per meglio dire, i rapporti tra le persone, in qualità di cittadini, e gli uffici pubblici.

Questa si verifica – come visto – quando il potere pubblico, sulla base di un patto illecito, viene sviato dalla sua naturale esplicazione, tradendo i valori della cd. etica pubblica, che si individuano in regole dell'agire umano generalmente condivise e, spesso, riconosciute in norme cogenti.

Il corretto esercizio del potere pubblico, infatti, si esplica non solo in relazione al rispetto del principio di legalità – inteso, in senso ampio, come rispondenza del potere ai limiti individuati di volta in volta dalla legge –, ma si verifica anche in relazione alla rispondenza a valori etici, morali e sociali, ancor prima che giuridici¹⁸.

¹⁸ R. CAVALLO PERIN, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI – R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, 2009, 147-161; ID., *Relazione al convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, accessibile in http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_Convegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf, 36 e ss; ID., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Napoli, 2011, XI-XXV.

Tali valori, strettamente correlati ai canoni di serietà, onestà e parsimonia, ispirano il retto agire nell'ambito della Pubblica Amministrazione, trasposto efficacemente dalla Carta Costituzionale nella locuzione di “buon andamento”¹⁹.

L'etica pubblica, come è stato opportunamente osservato, «definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività, in tutta la sua pienezza, dal rispetto della legge sino alla soddisfazione ultima degli interessi protetti, delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nel rispetto della loro dignità»²⁰.

Il rispetto dei principi dell'etica pubblica non si manifesta, infatti, soltanto attraverso l'esplicita violazione di norme di legge, idonea a configurare una autonoma e specifica rilevanza dal punto di vista sanzionatorio. Piuttosto, il tradimento dei descritti valori risulta spesso configurabile in termini di “atteggiamento omissivo”, ovvero come “cultura dell'inefficienza” da parte dei pubblici funzionari²¹.

La stretta attinenza di tale fenomeno, connesso alla generale inefficienza degli apparati pubblici, al problema della corruzione amministrativa è, dunque, palesemente evidente²².

¹⁹ M. R. SPASIANO, *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Napoli, 2011.

²⁰ V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI E L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

²¹ S. SEPE, *Cultura ed etica dei dirigenti pubblici in Italia: il ruolo della formazione*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 5, 1992, p. 217.

²² Come ha ricordato il Procuratore generale della Corte dei Conti nella Relazione 2016, negli ultimi tempi è stata data prioritaria rilevanza alle tematiche, connesse, dell'etica e della lotta alla corruzione. Alla tematica in questione è dedicato il I tema «How INTOSAI can contribute to the UN post 2015 agenda including good governance in order to strengthen the fight against corruption?» del INCOSAI 2016 (il triennale Congresso dell'INTOSAI). In particolare, è stato organizzato a Roma dal 19 al 21 aprile 2015, il VI meeting Della Task Force dell'EUROSAI su Audit & Ethics. La Task Force Audit & Ethics tratta, in ambito EUROSAI, il tema dell'Etica in collegamento diretto con la prevenzione e la lotta alla corruzione, argomenti

È stato ormai da tempo rilevata la presenza, all'interno dei meccanismi istituzionali, di un sistema pubblico e imprenditoriale imbrigliato nelle maglie dell'illegalità e delle inefficienze. I costi economici della corruzione sono così ingenti da determinare una grave perdita di competitività del Paese e pericolose conseguenze sul bilancio dello Stato.

Come si è già accennato, grave appare il costo sociale di tale fenomeno: la corruzione è così dilagante da minare le fondamenta stesse del nostro sistema democratico. La disaffezione dei cittadini alle istituzioni e la lontananza dallo Stato possono portare – ancor più in un periodo di crisi e rimodulazione delle identità e appartenenze come l'attuale contingenza storica – a un grave scollamento del tessuto politico-sociale del Paese.

Il legislatore ha avvertito, pertanto, l'urgenza di un'analisi conoscitiva delle criticità e degli elementi che contribuiscono a determinare tale manifestazione patologica delle attività delle pubbliche amministrazioni, per comprenderne le cause e tentare di porre rimedi. È proprio sull'individuazione e sulla valorizzazione di regole etiche che il legislatore ha puntato nell'attività di riforma della normativa anticorruzione adottata a partire dalla legge 6 novembre 2012, n. 190.

Le riforme nascono, infatti, dalla consapevolezza che, a fronte di un fenomeno poliedrico, anche gli strumenti da mettere in campo possono e devono essere differenti: la corruzione penalmente rilevante si combatte principalmente con la repressione, cioè con l'irrogazione di sanzioni; viceversa, le forme di malcostume rilevanti per il diritto amministrativo si

di estrema importanza per le Istituzioni cui è demandata la supervisione della sana gestione delle pubbliche risorse.

combattono con meccanismi organizzativi e procedurali, agendo sui controlli amministrativi e sulla trasparenza, puntando sulla deontologia e sulla formazione del personale.

L'argomento rileva sotto due aspetti che contribuiscono a una piena affermazione del principio di democraticità delle istituzioni amministrative: il diritto dei cittadini alla qualità delle prestazioni erogate dalle pubbliche amministrazioni e il diritto – conseguente, ma non meno importante – a ricevere una rendicontazione delle attività e delle spese sostenute.

Il legislatore ha posto, quindi, l'etica pubblica al centro della missione dell'amministrazione e, conseguentemente, ha imposto alla stessa una serie di compiti, che possono riassumersi efficacemente nell'obbligo di fornire risposte, nel duplice significato di garantire qualità nell'erogazione dei servizi e dar conto della propria attività, sia in termini di scelte che in termini di spesa pubblica.

2. Diffusione del fenomeno corruttivo in Italia

Per individuare e quantificare i danni provocati dalla corruzione all'interno del sistema democratico, si è spesso tentato di analizzare la diffusione del fenomeno attraverso dati statistici.

Più in particolare, l'analisi delle statistiche giudiziarie mostra un'apparente scarsa incidenza del fenomeno corruttivo, ma è un dato poco significativo, poiché il numero delle denunce e dei relativi processi è molto limitato e non è idoneo a fornire indicazioni attendibili sulla effettiva diffusione del problema.

Infatti, sebbene i dati sul numero di condanne²³, di denunce e di arresti per corruzione ne tratteggino un *trend* decrescente, almeno dal 2000 al 2007, sembra che questi stessi dati, dal 2008 in poi, abbiano fatto registrare una controtendenza²⁴ e che la “qualità” della corruzione, ossia la sua pervasività ai più alti livelli istituzionali e il suo utilizzo costante da parte delle organizzazioni criminali, sia cresciuta notevolmente.

Occorre, dunque, distinguere tra i dati giudiziari relativi all’incidenza penale del fenomeno e quelli - ben più rilevanti - relativi alla percezione della corruzione, che indicano invece la pervasività del fenomeno nel contesto sociale.

Un’importante e utile indicazione al riguardo proviene da *Transparency International*²⁵, una tra le maggiori organizzazioni che a livello globale che si occupano di prevenire e contrastare la corruzione. L’associazione elabora ogni anno il *corruption perception index* (CPI), un indice che offre la misurazione della corruzione nel settore pubblico e politico di 168 Paesi nel

²³ I dati cui si fa riferimento sono quelli resi disponibili dal Dipartimento di Giustizia, dal 1996 al 2006, e consultabili su <http://www.anticorruzione.it>. A titolo esemplificativo, il numero di sentenze di condanna per corruzione nel 2000 è stato di 968 mentre quello nel 2006 di 186.

²⁴ Si veda la Relazione del Presidente della Corte dei conti in occasione dell’apertura dell’anno giudiziario 2010: «La regolazione disciplinatrice delle attività da svolgere è dettagliata e, talvolta, persino pervasiva. Ciononostante, le inosservanze sono frequenti, territorialmente diffuse, mettono a nudo l’insufficienza, nell’avversare le azioni elusive dei dettami di legge, del solo fattore normativo non accompagnato da protocolli interni specificamente programmati, elaborati e dedicati al contrasto preventivo di anomalie e di degenerazioni dannose». Nella Relazione del Procuratore generale della Corte dei conti si legge che: «emerge un deciso aumento delle denunce per fatti di corruzione e concussione accertati nel 2009, rispettivamente +229% e +153%, rispetto al 2008». Di simile tenore sono le relazioni del 2011.

²⁵ Si tratta di un’associazione non governativa e no profit fondata nel 1993 a Berlino e diffusa in oltre 100 Paesi del mondo. In particolare, *Transparency International Italia* è stata fondata nel 1996 da persone di diversa estrazione sociale e professionale (imprenditori, accademici, funzionari e privati) e si rivolge a tutti gli individui, gli enti, le istituzioni, le associazioni private e pubbliche che condividano le finalità e intendano perseguire gli obiettivi propri del movimento internazionale e dell’organizzazione italiana.

Mondo, allo scopo di orientare le decisioni di investimento internazionale delle imprese.

Sebbene nella più recente classifica²⁶ l'Italia si posizioni al 61° posto, rispetto al 68esimo degli anni precedenti²⁷ (guadagnando così 8 posizioni nel ranking mondiale), la posizione dell'Italia rimane purtroppo in fondo alla classifica europea, seguita solamente dalla Bulgaria e preceduta anche da Paesi generalmente considerati molto corrotti, come Romania e Grecia, entrambi in 58° posizione.

Dunque, un sicuro passo in avanti è stato fatto, ma l'Italia continua ad avere una posizione di retroguardia a livello europeo.

Le analisi condotte a livello nazionale o internazionale, le inchieste della magistratura penale e di quella contabile hanno messo in luce che i procedimenti ed i comportamenti corruttivi sono andati diversificandosi negli ultimi anni, cosicché non appare possibile procedere a quantificazioni esatte dell'ammontare delle risorse finanziarie sviate dalla loro naturale destinazione in relazione a fenomeni corruttivi²⁸.

²⁶ La classifica dell'anno 2015 è stata presentata il 27 gennaio 2016 e ha posizionato l'Italia al 61esimo posto nella graduatoria che classifica 168 Stati sulla base della corruzione percepita.

²⁷ La posizione dell'Italia è passata dal 45° posto su 180 Stati nel 2005 al 69° posto nel 2011. I dati sul CPI sono disponibili su <http://www.transparency.org>. Un inquadramento della corruzione nel contesto della criminalità economica è presente in S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, 1999, 15. Offre una sintesi degli effetti economici della corruzione G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 781. Sull'allineamento politico «strutturale» delle imprese e l'aumento del rischio di corruzione e di distorsione nell'utilizzo della spesa pubblica, si veda E. GOLDMAN, J. ROCHOLL, J. So, *Political Connections and the Allocations of Procurement Contracts*, aprile 2008, consultabile su <http://ssrn.com/abstract=965888>.

²⁸ Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Regionale per il Piemonte, Relazione del Procuratore Regionale, Giancarlo Astegiano, tenuta in

Tuttavia, la percezione del fenomeno a livello collettivo, unitamente all'emersione di una molteplicità di episodi che variano da situazioni minimali, da un punto di vista finanziario, a episodi massimali che interessano Enti o Uffici primari, anche in relazione a situazioni che incidono su una pluralità di imprese o cittadini, restituiscono la percezione di un fenomeno diffuso che tende ad insinuarsi e a rafforzarsi nelle zone grigie dell'attività amministrativa nelle quali sembrano prevalere le "amicizie", le "conoscenze" e gli "aiuti" rispetto ai diritti ed ai doveri, chiaramente delineati dalla Costituzione (artt. 3, 41, 97e 98) e risultanti dalle singole leggi o norme di settore.

In particolare, secondo tale statistica, gli italiani percepiscono la corruzione come un fenomeno altamente diffuso – come più approfonditamente si dirà nel capitolo II – soprattutto nel settore degli appalti pubblici, in cui la pervasività del fenomeno corruttivo trova una sua "giustificazione" in ragione del rilievo economico e strategico del settore, che muove circa il 7% del PIL nazionale, il 16% del PIL europeo e assegna ogni anno in Italia circa 125 mila contratti di importo superiore a 40 mila euro²⁹.

occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2016, 10 marzo 2016, Torino.

²⁹ Sul punto, G. MELE, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, marzo 2006. Si vedano anche l'Audizione del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e I. FILIPPETTI, *Osservatorio appalti pubblici e legalità*, in *Urb. app.*, 2008, 913-916, in riferimento alla «Mappa della corruzione in Italia» a cura dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, resa pubblica nel 2007. Si precisa che dal 2 luglio 2010, il sen. Giuseppe Brienza ha assunto le funzioni di Presidente dell'Avcp, sostituendo Luigi Giampaolino e che dal 29 luglio 2011 Sergio Santoro ne ha assunto la reggenza.

Secondo le stime del Servizio anticorruzione e trasparenza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, la corruzione «costa» al sistema economico italiano circa 60 miliardi di euro all'anno³⁰.

Tali dati sono confermati dalle annuali relazioni della Corte dei Conti che, nello svolgere il proprio ruolo di tutela della finanza pubblica, sotto il duplice profilo degli equilibri di bilancio e della prevenzione e repressione dei danni erariali, monitora l'andamento del fenomeno corruttivo, in relazione soprattutto ai profili di danno erariale³¹.

In particolare, la Corte ha evidenziato l'esigenza di un continuo e costante adeguamento delle misure di prevenzione, affinché – tra l'altro – non vi siano arretramenti rispetto agli *standard* ormai consolidati in tutti i Paesi più avanzati. L'importanza di tale esigenza, evidentemente, risulta direttamente connessa ai danni all'economia che la diffusione di fenomeni corruttivi è in grado di ingenerare (si stima che i costi

³⁰ Riassume le stime della «tassa occulta» N. COTTONE, *Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi»*, in *IlSole24Ore*, 25.6.2009, <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/06>. Per una ricostruzione generale del problema, si veda D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 1, 1997, 123-148.

³¹ Con precipuo riferimento ai fenomeni corruttivi connessi ai contratto di appalto, il Procuratore regionale della Corte dei Conti della Regione Piemonte ha evidenziato alcune delle prassi maggiormente evidenziate nei seguenti termini «Le fattispecie affrontate sono molteplici, numerose e variegate. Val la pena evidenziare: danni derivanti dall'accordo bonario ex art. 31 *bis* L 109/94 stipulato tra società partecipata pubblica e impresa privata e con il quale sono state definite alcune riserve iscritte dall'appaltatore ed è stato concordato l'importo dovuto per mancato guadagno in seguito allo stralcio di parte dei lavori e conseguente recesso parziale del Committente. Il danno consegue in parte da somme indebitamente versate all'ATI appaltatrice e in parte dalla mancata riscossione dall'ATI appaltatrice delle penali per il ritardo; danni conseguenti ad illeciti nella progettazione di opere pubbliche, ivi compresa la sede di un importante Ente pubblico; gravi irregolarità nell'affidamento del servizio di tesoreria di un'azienda sanitaria», Corte dei Conti, Sezione giurisdizionale Regionale per il Piemonte, Relazione del Procuratore Regionale, *cit.*

diretti della corruzione ammontano a 60 miliardi di euro l'anno, pari a circa il 4% del PIL³²).

3. Brevi cenni sulla nascita della normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione.

La prevenzione amministrativa della corruzione è stata, come anticipato, lungamente sottovalutata in Italia e soltanto recentemente è stata compresa l'importanza dell'approccio preventivo.

La normativa italiana in materia di lotta alla corruzione, nelle molteplici forme sin qui delineate, infatti, prende le mosse, storicamente, dall'inchiesta giudiziaria denominata "Mani Pulite" che, nei primi anni novanta, portò alla luce un vasto sistema di corruzione diffuso nel mondo politico e finanziario, fondato su accordi stabili che assicuravano un flusso costante di finanziamenti ai partiti, flusso proveniente per lo più da imprese interessate a stipulare appalti pubblici con le pubbliche amministrazioni. La corruzione che era stata svelata aveva carattere ambientale ed era diventata sistemica: la promessa e la dazione diretta di compensi illeciti, attraverso la tangente, era talmente usuale da non essere soggetta neanche a richiesta esplicita³³.

L'inchiesta, di notevole ampiezza e spessore, ebbe rilevanti conseguenze sul tessuto politico e istituzionale, generando un cambiamento di rotta nelle politiche legislative di lotta alla corruzione.

³² È il dato rilevato nella Relazione del Presidente della Corte dei Conti in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015.

³³ A. Di NICOLA, *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia*, in M. BARBAGLI (a cura di), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Bologna, 2003, pp. 109-133.

Agli strumenti di repressione penale con cui tradizionalmente era affrontato il problema, in tale occasione si scelse³⁴ di individuare il rimedio in un'organica riforma organizzativa e funzionale dell'intero apparato amministrativo, con l'obiettivo di ridare vigore e dignità all'amministrazione e ridurre le disfunzioni del sistema.

Fu varata, così, nel 1994, la Riforma Merloni, con lo scopo di operare una riabilitazione della struttura amministrativa preposta all'esecuzione dei lavori pubblici³⁵. A tal fine, risultò altresì opportuno istituire una autorità indipendente, l'A.V.C.P., preposta a svolgere attività di vigilanza, ispezione e verifica.

Si riteneva, infatti, che il modello dell'Autorità indipendente potesse facilitare e rendere più efficace il controllo sull'agire pubblico, in particolare in relazione alle procedure di affidamento e di esecuzione dei lavori.

La Legge Merloni³⁶ si occupò anche del settore dei contratti pubblici, stabilendo delle regole procedurali volte a garantire la legittimità delle aggiudicazioni: parità di trattamento di tutti i concorrenti, criteri di scelta del miglior contraente sul mercato, trasparenza e pubblicità degli avvisi e delle procedure.

Nel decennio seguente, la principale innovazione in materia di contrasto alla corruzione si ebbe con il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231³⁷, che introdusse nella legislazione italiana

³⁴ Legge 11 febbraio 1994, n.109 la c.d. "legge Merloni".

³⁵ Le indicazioni in tal senso erano state formulate, già nel decennio precedente, dal Rapporto Giannini, Sui principali problemi dell'amministrazione dello Stato, 16 novembre 1979.

³⁶ M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss.

³⁷ Tale normativa, avente ad oggetto la «Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica», in vigore dal 4 luglio 2001, ha introdotto, nell'ordinamento italiano, in conformità a quanto previsto anche a

la responsabilità “amministrativa” delle persone giuridiche, modellata, per l’aspetto comminatorio delle sanzioni, sul paradigma della fattispecie penale³⁸. La svolta consisteva nel fatto che lo Stato, attraverso l’introduzione di forme sanzionatorie altamente punitive degli illeciti societari, chiedeva alle imprese stesse di fare attività di polizia interna e di dotarsi di strumenti di verifica, di prevenzione e disciplinari³⁹.

In seguito, la riforma dell’ordinamento, avviata successivamente agli anni Novanta, ha avuto l’obiettivo di combattere la corruzione con metodi di natura amministrativa e di specie procedimentale, quali l’aumento della trasparenza e la

livello europeo, un nuovo regime di responsabilità per le persone giuridiche, le società e le associazioni, denominata “da reato”, derivante dalla commissione o tentata commissione di determinate fattispecie di reato nell’interesse o a vantaggio degli enti stessi, ma lo affrontava con la previsione di regole interne che le imprese si dovevano dare in base alla nuova normativa per evitare la commissione di reati da parte di propri dipendenti.

³⁸ Tanto da far dubitare della natura propriamente “amministrativa” della responsabilità ivi prevista. Sul tema, cfr. Sulla questione vd., in particolare, G. AMARELLI, *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 151 ss.; C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato*, Milano, 2002., p. 327 ss.; G. DE VERO, *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: verso un modello di giustizia punitiva*, Torino, 2004; V. MAIELLO, *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 879 ss.; S. PIZZOTTI, *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. prev.*, 2002, p. 898 ss.; L. STORTONI-D. TASSINARI, *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 7 ss.

³⁹ Per ricordare l’origine storica di questa legge, è necessario tornare alla seconda metà degli anni ‘70, quando scoppiò lo scandalo delle tangenti Lockheed. A seguito di quello scandalo, fu introdotto, negli Stati Uniti, il Foreign Corrupt Practices Act, che segnò l’inizio della battaglia internazionale dell’America a favore della legalità, sfociata nella Convenzione Ocse del 1997. L’accordo introduceva due principi essenziali: in primo luogo, si definì illegale la corruzione internazionale, e, in secondo luogo, si stabilì che gli Stati membri dell’Ocse avrebbero dovuto prevedere la responsabilità penale di quelle aziende che avessero commesso atti corruttivi. L’Italia diede seguito alla stipula con il d.lgs. 231/01.

riduzione della discrezionalità amministrativa dei funzionari responsabili.

4. Il ruolo delle organizzazioni internazionali nel sistema di prevenzione della corruzione

Il tema dell'anticorruzione è diventato tra i principali punti delle agende politiche internazionali.

Per vincere questa partita, un importante contributo è offerto, a vario titolo, dalle organizzazioni internazionali, governative e non: esse svolgono un'attività di ricerca, di comparazione e valutazione della legislazione dei vari paesi al fine di fornire i dati del fenomeno e promuovono l'adozione di normative di contrasto come codici etici, misure sulla trasparenza e controlli.

La dimostrazione del fatto che ormai l'azione di contrasto abbia trasceso i confini degli Stati sta nel fatto che, durante il *summit* dell'Aquila del luglio 2009, i Paesi del G8 abbiano posto all'ordine del giorno l'adozione di misure che facciano da contraltare agli effetti negativi della corruzione sulle economie mondiali. Essi hanno riconosciuto, soprattutto, l'importanza della prevenzione⁴⁰ e a tal fine si è convenuto che il *2009 Accountability Report*⁴¹, il rapporto sullo stato di salute dei Paesi medesimi, dovesse prevedere un approfondimento delle misure

⁴⁰In proposito si veda quanto riportato nel documento consultabile su www.g8italia2009.it/static/_Allegato/2009_Accountability_Report_Final%5B1%5D.pdf.

⁴¹ L'Accountability Report comprende otto aree tematiche: la Convenzione ONU contro la corruzione, la Convenzione OCSE contro la corruzione, il riciclaggio, la lotta ai paradisi fiscali, la trasparenza dei mercati finanziari, il recupero di beni proventi di illecito, l'assistenza tecnica e la trasparenza degli accordi commerciali con i Paesi Africani.

preventive adottate.⁴² Anche i Paesi del G20 sono concordi nel ritenere la corruzione un grave ostacolo alla crescita economica dei Paesi sviluppati, di quelli emergenti e in via di sviluppo e pertanto, durante il *Summit* di Seoul del 2010, hanno sottoscritto il *G20 Anti - Corruption Plan*. Con questo strumento i membri dell'organizzazione si impegnano: a ratificare, aderire e dare piena attuazione alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione; ad adottare, applicare leggi e altre misure contro la corruzione internazionale, come la criminalizzazione della corruzione di pubblici ufficiali stranieri; a rafforzare ulteriormente i suoi sforzi per prevenire e combattere il riciclaggio di denaro per evitare che funzionari corrotti di accedere al sistema finanziario globale e dal riciclaggio dei loro proventi della corruzione; ad evitare che funzionari corrotti siano in grado di viaggiare all'estero impunemente e impegnandosi a garantirne l'extradizione; a predisporre misure per il recupero diretto, il congelamento e la confisca dei beni impiegati in traffici corrotti, al fine di supportare il recupero dei proventi della corruzione stivati all'estero; a proteggere i c.d. "whistleblowers", i soggetti che si espongono denunciando fatti di corruzione; a istituire organi dotati di poteri specifici; e a promuovere l'integrità, la trasparenza e la cultura della prevenzione della corruzione nel settore pubblico ⁴³.

A livello dell'Unione Europea, nel 2011, la Commissione Europea ha presentato un pacchetto di misure per rispondere in modo più forte ai seri danni che la corruzione arreca alle società

⁴² S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI - L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, op.cit.

⁴³ G20, *Anti-Corruption Action Plan*, G20 Agenda for Action on Combating Corruption, Promoting Market Integrity, and Supporting a Clean Business Environment.

europee in termini economici⁴⁴. In conformità a queste dal 2013, la Commissione pubblicherà ogni due anni una relazione anticorruzione che costituirà un *meccanismo di sorveglianza e di valutazione dell'UE*. La relazione evidenzierà le tendenze e le debolezze alle quali bisognerà rimediare e stimolerà lo scambio delle migliori prassi; il medesimo documento permetterà anche di rendersi conto maggiormente degli sforzi profusi e dei problemi riscontrati, nonché delle ragioni sociali e politiche del proliferare della corruzione. La relazione si baserà su dati provenienti da fonti diverse, tra cui i meccanismi di sorveglianza del Consiglio d'Europa, dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) e delle Nazioni Unite, ma anche da esperti indipendenti, da conclusioni di ricerche, dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF), da Eurojust, Europol, dalla rete europea contro la corruzione, dagli Stati membri, dagli studi Eurobarometro e dalla società civile.

La Commissione chiede, altresì, agli Stati membri che non lo hanno ancora fatto di ratificare gli strumenti internazionali esistenti contro la corruzione: la convenzione penale e la convenzione civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa, la convenzione delle Nazioni Unite e la convenzione dell'OCSE.

Se a livello interno, la Commissione intende rafforzare la cooperazione giudiziaria e politica in materia di corruzione, in collaborazione con Europol, Eurojust, l'Accademia europea di polizia (CEPOL), e l'OLAF, a livello esterno, la stessa monitora costantemente le politiche anticorruzione nei paesi candidati e potenziali candidati all'adesione all'UE.

⁴⁴ COM (2011) 308, Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, La lotta contro la corruzione nell'UE.

Sempre a livello europeo, il Consiglio d'Europa ha portato avanti una serie di iniziative come l'elaborazione di un Codice di comportamento modello per i pubblici ufficiali⁴⁵, un pacchetto di indicazioni riguardanti il livello locale e una serie di documenti informativi⁴⁶. Alcuni membri del Consiglio d'Europa si sono poi uniti nel *GRECO – Group d'Estats contre la Corruption*⁴⁷: questi controllano reciprocamente il rispetto delle convenzioni e delle raccomandazioni e individuano eventuali carenze normative nelle varie politiche nazionali di settore, suggerendo le riforme legislative necessarie. Questi compiti sono svolti attraverso meccanismi di valutazione (*peer reviews*) e di pressione reciproca (*peer pressure*) tra gli Stati aderenti⁴⁸ e attraverso l'azione di monitoraggio dell'attuazione degli strumenti giuridici internazionali da adottare per l'esecuzione del Programma d'azione contro la corruzione⁴⁹. Le relative relazioni, esaminate e approvate dal GRECO, contengono raccomandazioni ai paesi valutati, al fine di migliorare il loro livello di conformità con le disposizioni in esame.

La prima serie di valutazioni congiunte di GRECO (2000-2002) si è concentrata sull'indipendenza, la specializzazione, i mezzi e le risorse di organismi nazionali impegnati nella

⁴⁵ Raccomandazione n. R (2000/10, adottata dal Comitato dei Ministri l'11 maggio 2000).

⁴⁶ Tra questi, il Programma d'azione contro la corruzione del Gruppo multidisciplinare sulla corruzione.

⁴⁷ Il GRECO ha sede a Strasburgo (Francia) ed è stato istituito nel 1999 con un accordo di 17 Stati membri del Consiglio d'Europa. GRECO è aperto anche a Stati non europei e conta attualmente 49 membri, compresi gli Stati Uniti e la Bielorussia. Dal mese di agosto 2010 tutti i membri del Consiglio d'Europa sono anche Stati membri di GRECO.

⁴⁸ S. BONFIGLI – *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in MERLONI – VANDELLI – *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, op.cit.

⁴⁹ Art. 2 dello Statuto del GRECO.

prevenzione e nella lotta contro la corruzione e la portata delle immunità di cui godono alcune categorie di titolari di cariche pubbliche e/o rappresentanti eletti per quanto riguarda le indagini, l'incriminazione e il giudizio dei reati di corruzione⁵⁰. Con la seconda serie di valutazioni (2003-2006), il GRECO ha trattato temi riguardanti le disposizioni della Convenzione penale sulla corruzione: identificazione, sequestro e la confisca dei proventi della corruzione, politiche anti-corruzione e meccanismi della pubblica amministrazione, l'utilizzo di società di copertura come scudi per la corruzione, i meccanismi fiscali e finanziari per contrastare la corruzione, i legami tra la corruzione, la criminalità organizzata e il riciclaggio di denaro sporco⁵¹. Il terzo gruppo di valutazioni congiunte (2007-2011) ha riguardato due campi distinti: il recepimento nel diritto nazionale nella pratica delle incriminazioni previste dalla Convenzione penale sulla corruzione; la trasparenza del finanziamento dei partiti politici, indicando regole comuni contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali⁵². La quarta serie di valutazioni è stata lanciata dal GRECO ad aprile 2011 con il questionario iniziale e riguarda la prevenzione della corruzione dei parlamentari, dei giudici e dei pubblici ministeri.

L'Italia è entrata a far parte del GRECO il 30 giugno 2007, quindi dopo la chiusura della prima e seconda serie di

⁵⁰ Report sui Paesi oggetto della prima serie di valutazioni GRECO, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round1/reports%28round1%29_en.asp

⁵¹ Report sui Paesi oggetto della seconda serie di valutazioni GRECO, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round2/reports%28round2%29_en.asp

⁵² Report sui Paesi oggetto della terza serie di valutazioni GRECO, http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round3/ReportsRound3_en.asp

valutazione del GRECO. Pertanto l'Italia è stata sottoposta a una procedura di valutazione congiunta riguardante i temi sia del primo sia del secondo round di valutazione. Il GRECO richiede all'Italia: di accertarsi che le leggi in vigore e quelle future siano in linea con i requisiti della Convenzione penale sulla corruzione; la formazione e il coordinamento delle forze dell'ordine sui casi di corruzione; la garanzia che i casi di corruzione siano decisi sul merito entro un tempo ragionevole nei processi ed eventualmente con soluzioni alternative allo strumento giurisdizionale; l'adozione strumenti appropriati che consentano di valutare l'efficacia nella pratica delle attività svolte; l'adozione strumenti appropriati che consentano di valutare l'efficacia nella pratica delle attività svolte; risorse appropriate; misure contro la corruzione politica (codici di condotta anche per i ministri, standard e restrizioni sul conflitto di interesse); misure per proteggere il settore privato⁵³.

Non meno rilevante è l'attività dell'*Organizzazione per la cooperazione lo sviluppo economico (OCSE)*⁵⁴. L'OCSE è essenzialmente un'organizzazione di studio, con la sua azione di *peer review* passa in rassegna le istituzioni, le norme e i meccanismi a tutela dell'etica pubblica, individua le tendenze comuni, *best practises* e suggerisce linee di riforma: è il suo prestigio e l'autorevolezza dei suoi analisti a determinare la capacità di influenzare i legislatori nazionali.

Anche l'*Organizzazione delle Nazioni Unite* è impegnata nel campo della prevenzione della corruzione; nel 1996, in

⁵³Rapporto sull'Italia adottato dal Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO), Strasburgo 2 luglio 2009, http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_2_10_4.wp

⁵⁴ L'OCSE conta 34 paesi membri e ha sede a Parigi, nello Château de la Muette.

particolare, l'Assemblea Generale ha approvato una risoluzione contenente un breve *International Code of Conduct for Public Officials*, sul modello dei codici di condotta adottati nelle amministrazioni nazionali. Il codice detta una serie di principi generali che sanciscono l'obbligo per i funzionari pubblici di garantire che i loro compiti e siano svolti in modo efficiente, efficace e con integrità, in conformità con le leggi o politiche amministrative, dovendo cercare di garantire che le risorse pubbliche di cui sono responsabili siano gestite nel modo più efficace ed efficiente. A questi, seguono una serie di disposizioni volte a regolare i conflitti d'interesse, il possesso dei beni, l'accettazione di doni e altri favori, le informazioni riservate in possesso dei funzionari e la loro attività politica⁵⁵.

Tra le organizzazioni non governative, particolarmente apprezzabile è il contributo offerto dal già citato *Transparency International*⁵⁶ che pubblica studi, rapporti annuali globali e regionali e un «barometro globale sulla corruzione». Di grande interesse è, inoltre, il suo *Source Book* sulla lotta alla corruzione cui si deve lo sviluppo di uno strumento metodologico d'indagine che si basa sul concetto di «Sistema di integrità nazionale»: metaforicamente, una sorta di edificio le cui «fondamenta» sono costituite dalla vita politica, dalla società, dall'economia e dalla cultura di un determinato Paese e i cui «pilastri» rappresentano una gamma eterogenea di ambiti della vita pubblica e privata (i poteri dello Stato, la società civile, i mass media, e il corpo elettorale e il mondo degli affari). Il

⁵⁵<http://www.unpan.org/DPADM/StandardsCharters/InternationalCodeofConduct/tabid/1290/language/en-US/Default.aspx>.

⁵⁶ Transparency International è stata fondata nel 1993 da un funzionario della Banca Mondiale col fine di combattere varie forme di corruzione pubblica e privata.

Sistema di integrità nazionale intende analizzare questi settori focalizzandosi soprattutto sulle relazioni che tra queste intercorrono e dimostra come l'elevato tasso di corruzione nelle "fondamenta", unita alla mancanza di trasparenza e integrità delle singole istituzioni (o "pilastri") possono condurre a un peggioramento del sistema generale. Nel definire tale quadro, il Source Book sostiene la necessità di adottare un approccio olistico a qualsiasi programma di riforme anticorruzione, proprio a causa delle dinamiche interconnesse dei vari settori⁵⁷.

5. L'impianto normativo e le principali novità introdotte dalla riforma anticorruzione del 2012 e dai successivi decreti attuativi

Particolarmente efficace nell'imporre all'Italia una nuova politica anticorruzione è stato il Rapporto del GRECO sull'Italia del 2009, contenente molte critiche e diverse raccomandazioni, tra le quali l'adozione di un piano organico di lotta alla corruzione e la configurazione di un'autorità nazionale anticorruzione che fosse indipendente dal Governo.

Proprio grazie alla pressione internazionale, ad una diffusa sensibilità dell'opinione pubblica e in considerazione dei costi economici della corruzione, l'Italia è arrivata, dopo una lunga discussione parlamentare, ad approvare la legge n. 190 del 2012, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»⁵⁸.

⁵⁷ Il testo integrale del Source Book di Transparency International è consultabile al sito <http://archive.transparency.org/publications/sourcebook>

⁵⁸ In particolare, quella nominata dal Presidente della Camera e presieduta da Sabino Cassese nel 1996; quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; e quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011.

La legge anticorruzione⁵⁹ è, dunque, nel panorama nazionale la prima legge organica contro la corruzione⁶⁰ e per tale motivo apprezzata sia dall'OCSE⁶¹ che dalla Commissione Europea⁶².

La riforma, presentata come momento imprescindibile per il rilancio del Paese⁶³, poiché tesa ad implementare l'apparato preventivo e repressivo contro l'illegalità nella pubblica amministrazione⁶⁴, corrisponde all'esigenza di innovare un sistema normativo ritenuto da tempo inadeguato a contrastare fenomeni sempre più diffusi e insidiosi ed è volta a ridurre la "forbice" tra la realtà effettiva e quella che emerge dall'esperienza giudiziaria. Dal raffronto tra i dati giudiziari e

⁵⁹ Pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 265 del 13 novembre 2012 ed entrata in vigore il 28 novembre 2012.

⁶⁰ Sulla nuova legge per la prevenzione della corruzione e dell'illegalità nelle amministrazioni, G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. trim.*, n. 3-4/2012, p. 5 ss; DOLCINI - VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo- Riv. trim.*, n. 1/2012, p. 232 ss; VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in R. GAROFOLI-TREU (a cura di), *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, 2013; F. PALAZZO, *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo, Riv. trim.*, n. 1/2012, p. 227 ss; A. SPENA, *Per una critica dell'art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it; R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.neldiritto.it, nonché in www.dirittopenalecontemporaneo.it; G. AMATO, in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012; PADOVANI, *ivi*; VINCIGUERRA, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012.

⁶¹ OECD, *Public Governance Review, OECD Integrity Review of Italy, Reinforcing Public Sector Integrity, Restoring Trust For Sustainable Growth*, 2013.

⁶² Commissione Europea, COM. 3 Febbraio 2014, *Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-corruption Report*.

⁶³ G. BALBI, *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, *cit.*

⁶⁴ Relazione dell'Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, (Rel. n. III/11/2012), *Novità legislative: L. 6 novembre 2012, n. 190 recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione»*.

quelli relativi alla percezione del fenomeno *lato sensu* corruttivo, forniti da *Transparency International* e dalla Banca mondiale, infatti, si evince che sussiste un rapporto inversamente proporzionale tra corruzione “praticata” e corruzione “denunciata e sanzionata”, con la crescita esponenziale della prima e la forte riduzione della seconda⁶⁵.

La legge 190 del 2012 persegue un duplice obiettivo: ridisegnare completamente la strategia di contrasto alla corruzione in senso maggiormente repressivo e adeguare l’ordinamento agli obblighi assunti sul piano internazionale.

In particolare, la legge sulla riforma della corruzione si ispira alla Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione del 31 ottobre 2003, cosiddetta “Convenzione di Merida”⁶⁶, e soprattutto alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa del 27 gennaio 1999 (Convenzione di Strasburgo⁶⁷), nonché al ricordato Rapporto redatto dal GRECO, “Group of States against corruption”, istituito in seno al Consiglio di Europa.

La riforma si muove essenzialmente su tre linee direttrici di fondo:

1. rimodulazione di talune fattispecie di reato: è stata ampliata la portata punitiva degli artt. 318 e ss. c.p. In particolare, da un lato sono state introdotte nuove fattispecie criminose: è stata, infatti, introdotta la fattispecie di «corruzione per l’esercizio della funzione» in sostituzione della previgente «corruzione per atto d’ufficio»⁶⁸; e il nuovo reato di «traffico di

⁶⁵ R. GAROFOLI, *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, cit.

⁶⁶ Ratificata con la l. 3 agosto 2009, n. 116.

⁶⁷ Ratificata dall’Italia con la l. 28 giugno 2012, n. 110.

⁶⁸ Sostituzione applicata all’interno dell’art. 318 c.p. Si è passati dalla previgente formulazione «Il pubblico ufficiale, che, per compiere un atto del

influenze illecite» *ex art. 346 bis c.p.*, con l'intento di punire esclusivamente condotte prodromiche ai casi di corruzione "propria ed impropria"⁶⁹; in secondo luogo, è stato effettuato il cosiddetto "spacchettamento" del delitto di concussione⁷⁰, tra l'art. 317 c.p. (concussione per costrizione) e il neonato art. 319 *quater* c.p. (induzione indebita a dare o promettere utilità), oltre al *restyling* della corruzione tra privati (art. 2635 c.c.).

2. previsione di misure ordinamentali e di organizzazione amministrativa, finalizzate a delineare un nuovo sistema di vigilanza e prevenzione in materia di corruzione, che faceva perno sul ruolo della CIVIT e del Dipartimento della funzione pubblica. Invero, sebbene si trattasse di organismi preesistenti, la riforma ne ha ridisegnato i contorni, attribuendo poteri nuovi e più incisivi. Ma non solo, l'organizzazione amministrativa è stata arricchita dall'introduzione di nuove figure, prima tra tutte,

suo ufficio, riceve, per sé o per un terzo, in denaro o altra utilità, una retribuzione che non gli è dovuta, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni (corruzione impropria antecedente). Se il pubblico ufficiale riceve la retribuzione per un atto d'ufficio da lui già compiuto (corruzione impropria susseguente) la pena è della reclusione fino a un anno». A «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 uno a cinque anni».

⁶⁹ L'art. 346 *bis* recita in tale modo: «Chiunque, fuori dei casi di concorso nei reati di cui agli articoli 319 e 319-ter, sfruttando relazioni esistenti con un pubblico ufficiale o con un incaricato di un pubblico servizio, indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale, come prezzo della propria mediazione illecita verso il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio ovvero per remunerarlo, in relazione al compimento di un atto contrario ai doveri di ufficio o all'omissione o al ritardo di un atto del suo ufficio, è punito con la reclusione da uno a tre anni. La stessa pena si applica a chi indebitamente dà o promette denaro o altro vantaggio patrimoniale. La pena è aumentata se il soggetto che indebitamente fa dare o promettere, a sé o ad altri, denaro o altro vantaggio patrimoniale riveste la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di un pubblico servizio. Le pene sono altresì aumentate se i fatti sono commessi in relazione all'esercizio di attività giudiziarie. Se i fatti sono di particolare tenuità, la pena è diminuita».

⁷⁰ Cfr. F. PALAZZO, *Concussione, corruzione*, cit., p. 229.

quella del Responsabile per la corruzione⁷¹, che ciascuna amministrazione è tenuta ad individuare⁷² tra i dirigenti amministrativi⁷³ di ruolo⁷⁴ di prima fascia.

3. previsione di misure riguardanti l'attività amministrativa, che si è arricchita di nuovi poteri-doveri finalizzati alla prevenzione del fenomeno corruttivo. La riforma ha, infatti, introdotto uno strumento di pianificazione a cascata, che si compone di un piano nazionale anticorruzione, adottato di concerto da CIVIT e Dipartimento della funzione pubblica, e di piani triennali attuativi predisposti dalle singole amministrazioni.

4. previsione di misure riguardanti il personale e la dirigenza, sottoposti ad un nuovo e più attento sistema di incompatibilità. La normativa, se da un lato vuole scongiurare il

⁷¹ Tale figura è strettamente funzionale all'introduzione dei Piani di prevenzione della corruzione: le sue funzioni, infatti, sono rivolte principalmente a sostenere e guidare il processo di formulazione ed adozione del piano di prevenzione della corruzione e a verificarne l'attuazione. Il responsabile per la corruzione ha anche il compito promuovere corsi di formazione e aggiornamento del personale, nonché il compito di verificare l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione. A tali compiti è legato il regime della responsabilità.

⁷² Secondo le indicazioni fornite dalla circolare del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione n.1/2013, la scelta dell'amministrazione deve ricadere su un dirigente che non sia stato destinatario di provvedimenti giudiziari di condanna, né di provvedimenti disciplinari e che abbia dato dimostrazione nel tempo di comportamento integerrimo. L'amministrazione, inoltre, secondo tali linee guida, deve tener conto dell'esistenza di situazioni di conflitto di interesse, evitando la designazione dei dirigenti responsabili di incarichi nell'ambito dei settori maggiormente esposti al rischio della corruzione, come l'ufficio contratti o quello preposto alla gestione del patrimonio.

⁷³ L'art. 1 comma 7, legge 190 cit. individua un criterio di preferenza per gli enti locali, che, salva diversa e motivata determinazione, devono individuare il responsabile nella figura del segretario comunale.

⁷⁴ Considerati i vincoli legali esistenti in materia di dotazioni organiche, infatti, l'incarico di responsabile della prevenzione si configura naturalmente come incarico aggiuntivo da attribuire ad un dirigente già titolare di incarico dirigenziale di livello generale; in caso contrario, l'amministrazione si troverebbe a sostenere una nuova spesa.

pericolo di conflitti di interesse nell'attribuzione di incarichi, dall'altro è attenta a tutelare le esigenze di contenimento della spesa pubblica e vuole quindi evitare la inutile duplicazione di incarichi.

In un unico testo normativo, dunque, vengono previste congiuntamente misure penali che modificano i reati di corruzione e concussione e misure di diritto amministrativo.

La legge 6 novembre 2012 n. 190, dunque, segna un deciso cambiamento di rotta nell'ambito della lotta alla corruzione nella misura in cui in un unico testo viene prevista l'introduzione *ex novo* di istituti giuridici⁷⁵; di strumenti *ad hoc*, come i cd. "piani anticorruzione" e i codici (nazionale e non) di comportamento dei dipendenti pubblici⁷⁶; una nuova disciplina circa il conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività e un nuovo regime delle incompatibilità e, ancora, la redazione delle cd. *white lists*⁷⁷.

A seguito della legge n. 190/2012, il Governo ha poi adottato tre decreti legislativi attuativi: il d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, riguardante la spinosa questione dell'incandidabilità a cariche elettive; il decreto legislativo 24 marzo 2013, n. 33⁷⁸, specificamente dedicato alla trasparenza amministrativa, individuata quale primo e principale strumento preventivo contro fenomeni corruttivi (e recentemente

⁷⁵ Si pensi per esempio all'istituto del *whistleblower* di cui all'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, introdotto dall'art. 1, c.51, della l. n. 190/2012, v. *infra* paragrafo 9.2.

⁷⁶ V. *infra* paragrafo 9.1.

⁷⁷ V. *infra* paragrafo 3.7.

⁷⁸ D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

modificato dal d.lgs. n. 97/2016⁷⁹) e il decreto legislativo 8 aprile 2013, n. 39⁸⁰ sulla ineleggibilità e incompatibilità a cariche amministrative per coloro che subiscono condanne, anche non definitive, per reati contro le amministrazioni pubbliche. Inoltre con d.p.r. n. 62/2013 è stato approvato il Codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

La novità principale della riforma sta nell'aver introdotto un sistema generale, organico e diversificato di misure di prevenzione, che involge tutte le sfere dell'agire pubblico: dai principi generali a disposizioni specifiche dedicate ad alcune categorie di soggetti. Viceversa, come si è detto, prima del 2012 la corruzione era sanzionata quasi esclusivamente come reato nel Codice penale, ma non vi erano serie misure di contrasto per prevenire la corruzione nell'esercizio dell'attività amministrativa, né tantomeno era mai stato predisposto un apparato amministrativo *ad hoc*.

In altri termini, la riforma ha operato un vero e proprio cambio di rotta riguardante le politiche messe in atto per contrastare il fenomeno corruttivo; con la legge n. 190/2012, infatti, si assiste ad una evoluzione degli strumenti giuridici di lotta alla corruzione, attraverso il netto passaggio da un modello basato essenzialmente sulla predisposizione di figure repressive di carattere penale, che sanzionano a posteriori le condotte

⁷⁹ D.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

⁸⁰ D.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, «Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190».

corruttive, ad un assetto normativo che attraverso l'utilizzazione degli strumenti tipici del diritto amministrativo, volti a disincentivare, *in primis*, il malcostume politico e amministrativo nella gestione dei pubblici poteri.

Il primo passo compiuto in questa direzione è stato efficacemente individuato nella politica volta a rafforzare la pregnanza del principio di trasparenza, attuandolo attraverso gli strumenti della pubblicità - individuando in modo specifico i soggetti che ne sono responsabili e le conseguenze per il mancato adempimento a tali obblighi - e dell'accesso agli atti, che viene svincolato da qualsiasi interesse qualificato.

Ancora, la riforma ha contribuito a delineare una nuova fisionomia del fenomeno corruttivo, svincolata dalle figure di reato e riconducibile ad una nozione amministrativistica, più ampia e idonea a inglobare fattispecie di malcostume di vario genere.

La nozione amministrativistica di corruzione che si afferma con la legge n. 190 cit., infatti, è sicuramente diversa da quella penalistica, in quanto rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, ma possono ugualmente generare situazioni di illegittimità e sono considerate comunque con sfavore dall'ordinamento giuridico. In altri termini, i fatti di corruzione non costituiscono solo singoli episodi criminosi, né possono considerarsi il risultato del fallimento di politiche settoriali, ma derivano spesso da tendenze comuni e disfunzioni frequenti, che richiedono interventi di carattere strutturale e generale.

Il legislatore ha preso atto del fatto che la corruzione, intesa in questa accezione così ampia, rappresenta un fenomeno

multiforme che, al contempo, segue logiche e modelli che si ripetono. Pertanto, la sua prevenzione richiede una strategia articolata e duttile, che sia in grado di programmare l'elaborazione delle misure più adeguate e di attivare efficaci meccanismi di controllo. Il legislatore ha scelto di valorizzare questi aspetti, consapevole che lo svolgimento procedimenti decisionali trasparenti, o più nello specifico, di una corretta applicazione delle procedure di gara possono costituire già a monte una barriera a pratiche corruttive. Parallelamente, la riforma ha individuato un sistema sanzionatorio proporzionato al disvalore riconosciuto alle pratiche legate al malcostume amministrativo, qualora tali comportamenti non siano idonei a configurare ipotesi di reato. Sono stati predisposti, dunque, strumenti sanzionatori tipici del diritto amministrativo, dalle sanzioni disciplinari alla responsabilità erariale, che risultano parimenti dotati di efficacia dissuasiva, atteso che, sovente, colpiscono la sfera patrimoniale dei destinatari.

6. Il d.l. n. 90/2014 e la nascita dell'ANAC

La riforma italiana della normativa in tema di prevenzione della corruzione, avviata con la l. n. 190/2012, è proseguita con il d.l. 24 giugno 2014, n. 90 (c.d. decreto Madia)⁸¹.

La riforma ha tracciato le linee direttrici di un nuovo impianto in tema di politica della prevenzione della corruzione e di trasparenza della Pubblica Amministrazione. Invero, già la l. 190 aveva superato il tradizionale approccio alla corruzione incentrato sulla repressione, ma non era riuscita nell'intento di

⁸¹ D.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, recante: «Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari».

superare le incertezze in ordine all'assetto organizzativo degli organismi deputati alla prevenzione del fenomeno corruttivo. La richiamata legge aveva, infatti, diviso le competenze "anticorruttive" tra la CIVIT e il Dipartimento della funzione pubblica, disegnando un assetto "bicefalo". Il sistema non si dimostrava del tutto efficace, atteso che le strutture avevano un assetto organizzativo differente, ma si trovavano ad operare sul medesimo terreno, fornendo risposte differenti e non sempre omogenee.

Facendo tesoro di tale esperienza, la riforma del 2014 ha operato nel senso di eliminare la distinzione fra l'organo destinato a concorrere all'elaborazione delle politiche anticorruzione a livello internazionale e quello chiamato a coordinarne l'attuazione sul piano nazionale ed ha unificato le determinazioni fondamentali, anche in termini di pianificazione, in capo ad un unico soggetto, l'ANAC.

In sintesi il decreto n. 90/2014 si muove lungo tre matrici principali⁸²: un primo profilo di rilievo riguarda certamente la citata attribuzione di una nuova fisionomia all'ANAC che assume tutte le competenze dell'abrogata AVCP⁸³ e una nuova organizzazione; un secondo profilo, che potrebbe definirsi "emergenziale", riguarda specificatamente la disciplina per il controllo dei lavori pubblici connessi a Expo 2015; il terzo aspetto, incidente più da vicino sulla disciplina antimafia,

⁸² F. DI CRISTINA, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione - la nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, 1019.

⁸³ E. MIDENA, *Il trasferimento al Dipartimento della funzione pubblica delle funzioni in materia di performance*, in R. CANTONE - F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 37 ss.; in termini critici, invece, E. D'ALTERIO, *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione post fata resurgam*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 6, 760.

attribuisce al Presidente dell'ANAC e ai Prefetti il potere di proporre e adottare innovative misure *extra ordinem* di amministrazione o sostegno alle imprese in caso di presunto illecito.

Con riferimento alla prima delle novità citate, il d.l. delinea un nuovo ruolo dell'Autorità, rafforzandone la missione con il trasferimento di tutti i poteri in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte del Dipartimento della funzione pubblica⁸⁴, a cui, invece, passano le funzioni sulla valutazione della *performance*⁸⁵, che originariamente rappresentavano la principale competenza della CIVIT (“antenato” dell'attuale ANAC).

Con l'intervento riformatore del 2014, dunque, viene attribuita all'ANAC la nuova fisionomia di unico organismo deputato alla prevenzione della corruzione⁸⁶, sia in via generale,

⁸⁴ Il decreto n. 90, all'art. 24-*bis*, riscrive l'art. 1 del Testo unico della trasparenza per finalità di chiarificazione dell'ambito di applicazione soggettivo delle norme ivi contenute, visti i dubbi interpretativi che una circolare del Dipartimento della funzione pubblica (14 febbraio 2014, n. 1, Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, agli enti economici e le società controllate e partecipate) aveva fatto emergere. In particolare, l'art. 24*bis* precisa che per amministrazioni pubbliche si intendono quelle elencate all'art. 1, c. 2, del Testo unico del pubblico impiego, comprese le autorità indipendenti o di regolazione e vigilanza; che gli enti di diritto pubblico, siano essi nazionali, regionali o locali, sono soggetti alla disciplina della trasparenza se e in quanto istituiti, vigilati, finanziati da una pubblica amministrazione o se i suoi amministratori sono da questa nominati; che gli enti di diritto privato controllati, limitatamente all'attività di pubblico interesse, sottoposti a controllo o i cui vertici o componenti di organi sono nominati da una pubblica amministrazione, sono anch'essi sottoposti alla disciplina della trasparenza; che le società partecipate in via non maggioritaria sono soggette alla disciplina anticorruzione (art. 1, commi da 15 a 33, della legge anticorruzione) limitatamente all'attività di pubblico interesse.

⁸⁵ G. GARDINI, S. BATTINI (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta, Quaderni della Spisa*, Bologna, 2012.

⁸⁶ La scelta del Legislatore, invero, ha diviso la dottrina tra coloro che hanno valutato positivamente l'unificazione delle funzioni in capo ad una singola Autorità e coloro i quali, invece, sono stati scettici di fronte a una tale

all'interno di tutta la pubblica amministrazione, ma anche, specificatamente, nel settore maggiormente esposto ad accordi occulti e alla *mala gestio* come quello degli appalti pubblici⁸⁷.

La soppressione dell'AVCP è una soppressione di vertici, nel senso che i vertici dell'ANAC vengono posti a capo dell'organico della "vecchia" AVCP, e ne prendono in carico compiti e funzioni. Tale accorpamento - cui la dottrina talvolta si è riferita parlando di «trapianto della testa dell'ANAC nel corpo dell'AVCP»⁸⁸ - ha permesso di completare quel percorso per tappe con cui il legislatore italiano ha introdotto nuove misure ed ha centralizzato in un'unica autorità amministrativa l'attività di presidio dell'integrità della Pubblica Amministrazione, con poteri particolarmente incisivi in materia proprio di appalti pubblici.

La costituzione dell'Autorità, come si è già detto, è stata operata in adempimento agli obblighi internazionali derivanti dalla sottoscrizione della Convenzione delle ONU contro la corruzione e dalla già richiamata Convenzione GRECO stipulata in seno al Consiglio d'Europa.

La portata di questi obblighi pattizi è assai estesa: gli Stati parti contraenti sono infatti tenuti, conformemente ai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, a elaborare,

decisioni. Tra i fautori del primo orientamento v. F. GAUDIERI, *I soggetti preposti all'attività amministrativa di prevenzione e repressione della corruzione*, in A. JAZZETTI - A. BOVE (a cura di), *La legge anticorruzione*, II, Napoli, 2015, 41 che evidenzia come a seguito delle modifiche l'autorità ha assunto un ruolo centrale in materia di iniziative anticorruzione; in termini, invece, parzialmente critici, M. GIUSTINIANI, *Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 139 secondo cui «il passaggio di tutte le competenze regolatorie e di controllo sul mercato delle commesse pubbliche all'autorità preposta alla prevenzione dei fenomeni corruttivi, induce una visione patologica degli affidamenti e della gestione dei contratti da parte della p.a.».

⁸⁷ Con specifico riferimento al ruolo di prevenzione svolto dall'Autorità nel settore degli appalti pubblici, v. *infra* par. 7 e Cap. III, par. 3.7.

⁸⁸ F. DI CRISTINA, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione*, cit.

applicare e perseguire efficaci politiche di prevenzione; ad attuare e promuovere pratiche egualmente efficaci di prevenzione; a sottoporre il proprio sistema di prevenzione a valutazioni periodiche per valutarne, ancora una volta, l'efficacia e l'adeguatezza; a cooperare reciprocamente e con le Organizzazioni internazionali competenti nel settore, anche partecipando a progetti internazionali in materia.

Orbene, l'A.N.AC. è direttamente coinvolta in tutte queste attività - nel rispetto di ruolo, funzioni e competenze attribuitele - poiché le norme contenute nella pertinente disciplina fanno di essa, come visto, l'istituzione responsabile in materia di prevenzione delle condotte di corruzione.

La riforma del 2014 rappresenta un momento di svolta dell'Autorità che non rappresenta la semplice sommatoria delle organizzazioni preesistenti, ma rappresenta un'istituzione nuova e diversa rispetto agli organismi in essa confluiti, le cui funzioni sono quelle che originariamente le norme attribuivano all'AVCP, cui si aggiungono le competenze della CIVIT e delle funzioni del tutto nuove, individuate dal citato d.l. n. 90/2014.

Per fronteggiare la situazione di dilagante illegalità nella realizzazione di opere pubbliche di importanza strategica per la Nazione, il legislatore dunque ha tentato di innestare, nel complessivo sistema istituzionale, alcune novità idonee ad esplicare i propri effetti sul lungo periodo, attraverso il rafforzamento dell'impianto preventivo anticorruzione.

Alla nuova Autorità è stata attribuita una missione istituzionale più ampia di quella pensata dal legislatore del 2012. Missione che può essere ora individuata nella prevenzione e nel contrasto alla corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa, attraverso il controllo sull'applicazione della

normativa anticorruzione, sul conferimento degli incarichi pubblici, sulla trasparenza e sull'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

Più nel dettaglio, nel decreto legge vi sono quattro disposizioni (19, 30, 32 e 37) che si riferiscono specificamente all'ANAC.

In particolare, l'art. 19 del decreto che prevede la soppressione dell'AVCP e il trasferimento dei poteri di quest'ultima in capo all'ANAC.

Tale trasformazione, per rendersi efficace, necessita, secondo la norma citata, della predisposizione di un piano di riordino strutturale, comprendente disposizioni relative alla razionalizzazione della spesa.

La prima risposta al dettato normativo, stante la complessità del lavoro di riorganizzazione, è giunta il giorno successivo all'entrata in vigore del decreto; con la pubblicazione di un atto descrittivo del *modus operandi* dell'Autorità, nelle more dell'approvazione del piano di riordino. La delibera (n. 102 del 26 giugno 2014) stabiliva che fino all'adozione di specifici atti organizzativi, l'Autorità avrebbe agito tenendo separate le gestioni delle precedenti Autorità.

L'art. 19 cit. conteneva delle indicazioni in ordine alle linee da seguire e agli obiettivi da raggiungere nell'opera di riorganizzazione e fusione delle due strutture⁸⁹.

⁸⁹ In particolare la norma prevedeva che il Piano doveva necessariamente definire: le modalità di trasferimento delle risorse umane, finanziarie e strumentali, necessarie per lo svolgimento delle funzioni cui l'Autorità è preposta, facendo confluire in un unico ruolo i dipendenti di ANAC e AVCP; la riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti; la riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento. Il piano, secondo la norma citata, doveva essere presentato al Presidente del

Nelle intenzioni del legislatore, dunque, la riorganizzazione strutturale e organizzativa dell'organismo, cui venivano affidate numerose funzioni prima sconosciute, doveva essere accompagnata da una significativa *spending review*, attraverso la creazione di un unico soggetto istituzionale altamente strutturato e specializzato e, al contempo, dotato di competenze tecniche e organizzative idonee a raggiungere gli scopi istituzionali

La complessità della riorganizzazione non è solo strutturale (di mero “riordino”), ma anche e soprattutto funzionale. Il Piano di riordino - definitivamente approvato con dpcm del 1.02.2016 - ha la funzione di delineare le complessive coordinate ordinamentali della nuova ANAC.

Nel Piano, infatti, si tracciano le caratteristiche e le funzioni della nuova Autorità che, nello specifico, è preposta a:

- delineare un nuovo modello di *governance* e di organizzazione, la cui azione è improntata ai parametri dell'efficienza e dell'efficacia, sia nella regolazione che nella vigilanza;

- ridurre le spese di funzionamento “con atti di ingegneria organizzativa”, evitando tagli lineari, poco funzionali al cambiamento, ed apportando, viceversa, una riorganizzazione strutturale con semplificazione delle mansioni ed eliminazione di sprechi e duplicazione di incarichi;

- definire il nuovo ordinamento del personale e la dotazione, passando per una sperimentazione organizzativa,

Consiglio dei Ministri, a cura del Presidente della nuova autorità entro e non oltre il 31 dicembre 2014.

coinvolgendo nelle scelte il personale medesimo e le organizzazioni sindacali.

Altra disposizione fondamentale è l'art. 22 del d.l. n. 90/2014 che inserisce espressamente l'ANAC nel novero delle autorità indipendenti. Invero, la caratteristica dell'indipendenza dall'esecutivo - riscontrabile nelle modalità di selezione dei componenti, nell'individuazione dei soggetti titolari alla nomina, nell'esclusione di fattori condizionanti la durata in carica prevista per legge, nell'attribuzione di adeguate risorse per lo svolgimento dei compiti – costituisce un presupposto essenziale della natura e del corretto funzionamento dell'Autorità e dello stesso modello anti-corruzione.

Il disposto normativo, sebbene non provveda in via diretta a regolamentare struttura e organizzazione della nuova Autorità, è parimenti di primaria importanza perché, assimilandola testualmente alle autorità amministrative indipendenti, fornisce una chiara volontà di indirizzo. L'indipendenza, infatti, svincola l'Autorità dal perseguimento e dall'attuazione di uno stretto indirizzo politico-governativo, permettendole parallelamente di intervenire con autorevolezza anche nell'indirizzare lo stesso lavoro legislativo nell'attuazione di politiche di prevenzione prive di colore politico e finalizzate a rendere il sistema innovativo ed efficiente.

Tale caratteristica è correlata da una fitta struttura che regola le modalità di raccordo e coordinamento con tutte le istituzioni e le pubbliche amministrazioni coinvolte nella lotta al fenomeno corruttivo.

L'Autorità può, infatti, suggerire misure efficaci o valutare la qualità delle misure adottate in concreto dagli organi di

governo, lavora di concerto con la Corte dei Conti in relazione ai procedimenti giudiziari per danno erariale ed è in costante collegamento con le singole amministrazioni, attraverso la figura del Responsabile dell'anticorruzione.

In primo luogo, l'Autorità al pari delle altre autorità indipendenti conosciute dall'ordinamento italiano, è titolare di un potere di regolazione, sia a monte degli interventi legislativi che al momento della loro attuazione. L'ANAC, infatti, è chiamata ad integrare il disposto normativo attraverso la predisposizione di atti a contenuto essenzialmente regolatorio, che facilitano e forniscono dei parametri omogenei per assicurare l'efficacia e la corretta attuazione dello stesso disposto normativo.

Detta funzione, infatti, non è volta ad aggiungere ulteriori regole, ma a fornire, attraverso l'introduzione di regole flessibili, proporzionate e adattabili ai diversi contesti amministrativi, un contributo attivo all'intero sistema amministrativo, sempre nell'ottica di delineare soluzioni effettive ed efficaci per contrastare il fenomeno corruttivo.

In secondo luogo, l'A.N.AC., inoltre, è chiamata a svolgere compiti di vigilanza, particolarmente stringenti nel settore degli appalti pubblici, che mirano alla predisposizione di interventi tempestivi e preventivi. A tale scopo sono preposti anche i poteri monocratici affidati al Presidente, che rappresentano la più importante novità nell'ambito delle autorità indipendenti.

All'A.N.AC. vengono attribuiti poteri di intervento che mirano, *in primis*, ad accertare l'esistenza di situazioni potenzialmente a rischio, al fine di dare tempestivamente ordini

su atti e provvedimenti da assumere per contrastare specifiche situazioni di illegalità.

Il potere di intervento viene esercitato a seguito di segnalazioni e notizie provenienti dalle amministrazioni o dai singoli dipendenti. Il comma 5, infatti, prevede un obbligo in capo alle amministrazioni e agli avvocati di Stato di segnalare gli illeciti rilevati e qualsiasi violazione di disposizioni di legge o di regolamento o altre anomalie o irregolarità relative ai contratti pubblici.

La riforma, dunque, si è prefissa l'ambizioso obiettivo di imprimere una nuova visione della funzione di vigilanza, potenziando l'attività di controllo, anche in senso preventivo, e ciò per rispondere in maniera sempre più efficace alle domande di maggiore trasparenza e di contrasto alla corruzione nel sistema di affidamento delle commesse pubbliche e nell'azione amministrativa in generale.

Infine, l'ANAC viene dotata di poteri sanzionatori autonomi, da considerarsi, però, come *extrema* ed *ultima ratio* nell'utilizzazione dei diversi strumenti di cui essa dispone.

In definitiva, il modello predisposto dal d.l. 90 vede l'elaborazione di un'Autorità che fa da perno del sistema nazionale di prevenzione della corruzione e che è dotata di un ventaglio di funzioni che vanno dalla promozione e diffusione della cultura e della legalità – laddove, in coerenza con quanto disposto dalla legge 190/2012 cit., il rispetto pieno e diffuso degli obblighi di trasparenza è il primo valido strumento di prevenzione e di lotta alla corruzione, fino alla predisposizione di un sistema sanzionatorio ad hoc.

Inoltre, il pieno riconoscimento del ruolo di Autorità nazionale anticorruzione rende oggi l'ANAC in grado di

collaborare e interloquire con tutte le organizzazioni internazionali di lotta alla corruzione e con le relative autorità che, attraverso l'elaborazione di soluzioni organizzative diversificate, si occupano di prevenzione della corruzione in altri Paesi.

In via generale, si può affermare che con il d.l. n. 90 l'ANAC trova nell'ordinamento una posizione più chiara, perché essa diviene l'Autorità nazionale cui tutto il Paese può guardare come soggetto titolare in proprio di funzioni decisive per prevenire la corruzione, nell'esercizio di funzioni che in gran parte sono concentrate nell'Autorità.

Il d.l. n. 90/2014 - emanato in seguito agli episodi di corruzione connessi alla realizzazione dell'EXPO 2015 ed alla costruzione del Mose – non ha solo proceduto alla soppressione dell'AVCP e alla riorganizzazione dell'ANAC, ma lo stesso ha profondamente inciso in tutto il sistema di prevenzione della corruzione in materia di appalti.

In primo luogo, infatti, il d.l. 90 introduce, come anticipato, uno specifico sistema di sorveglianza speciale sugli appalti connessi all'EXPO 2015 riconoscendo, da un lato, al Presidente dell'Autorità la facoltà di formulare proposte al commissario unico delegato del Governo per l'Expo in ordine alla corretta gestione degli appalti⁹⁰ e, dall'altro attribuendo allo stesso compiti di alta sorveglianza sulle procedure connesse all'EXPO⁹¹.

L'attenzione appare rafforzata, inoltre, dal fatto che tra tutte le misure che il d.l. 90 dedica alla fase esecutive dei

⁹⁰ Art. 19, co. 7, d.l. n. 90/2014.

⁹¹ Art. 30, d.l. n. 90/2014.

contratti pubblici,⁹² tre delle otto previste (artt. 30, 33 e 34) sono dedicate proprio a Expo 2015. In particolare, vengono attribuite rilevanti funzioni al Presidente dell'Anac che, coadiuvato con l'Unità operativa speciale appositamente creata⁹³, ha non solo il potere di verifica preventiva della legittimità degli atti di gara e di verifica del rispetto degli obblighi di trasparenza ma ha anche il potere di ispezione e accesso alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BNCP) e della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia⁹⁴.

Infine, come ricordato in apertura, tra le varie misure anticorruptive disposte dal d.l. 90/2014, di assoluta rilevanza appare il relativo art. 32.

Tale disposizione, riconosciuto anche dalla giurisprudenza quale rimedio preventivo della corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni⁹⁵, prevede che nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i reati concussione, corruzione e turbativa d'asta ovvero in presenza di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite attribuibili al concorrente aggiudicatario di una commessa

⁹² V. Titolo III, Capo II, d.l. n. 90/2014.

⁹³ Art. 30 «Unità operativa speciale per Expo 2015», d.l. n. 90/2014.

⁹⁴ Inoltre, per proteggere le risorse della società per azioni Expo, il decreto ha previsto la possibilità che questa possa chiedere un parere all'Avvocatura dello Stato in caso di transazione di controversie relative a diritti soggetti. Per controllare il modo in cui le risorse sono impiegate in compensi, infine, nella contabilità speciale del Commissario unico rientreranno i denari spesi per i componenti della sua segreteria e per gli ulteriori incarichi "per specifiche professionalità" di cui deve darsi conto sul sito internet di Expo Milano 2015.

⁹⁵ T.A.R. Lazio-Roma, sez. I *ter*, 03.02.2016, n. 1519 secondo cui le misure amministrative di cui all'art. 32 del D.L. n. 90/2014, hanno natura di *prevenzione della corruzione*, essendo finalizzate a porre le imprese contraenti con la Pubblica Amministrazione al riparo da condizionamenti illeciti nella gestione dei contratti di *appalto*. Esse hanno carattere cautelare e provvisorio e, quindi, non hanno una natura sanzionatoria (penale o amministrativa). In termini, T.A.R. Lombardia - Milano, sez. I, 09.07.2014, n. 1802.

pubblica, il Presidente dell'ANAC è tenuto a informare della vicenda il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, a proporre al Prefetto competente l'adozione dei provvedimenti gravemente incidenti sulla vita dell'impresa quali: a) il rinnovo degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, la gestione straordinaria e temporanea dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione;

b) la gestione diretta straordinaria e temporanea dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione⁹⁶.

c) misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto, di uno o più esperti aventi il compiti di impartire all'impresa prescrizioni operative.

Così intese, le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese di cui al richiamato art. 32 - divenute note come "commissariamento degli appalti"⁹⁷ – assolvono all'obiettivo di consentire, in presenza di fatti illeciti attribuibili all'impresa aggiudicataria di un appalto, la prosecuzione dei lavori, senza, tuttavia, escludendo al contempo che l'impresa stessa possa trarre vantaggio da tale situazione.

⁹⁶ Più nel dettaglio, il Prefetto, previo accertamento dei presupposti e valutata la particolare gravità dei fatti oggetto di indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto nel termine di 30 giorni; ove l'impresa non si adegui in tale termine ovvero nei casi più gravi, provvede direttamente, con decreto alla nomina di uno o più amministratori (non più di 3) a cui sono attribuiti tutti i poteri e le funzioni di disposizione e gestione dei relativi titolari.

⁹⁷ A. SALERNO, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Nuovo dir. amm.*, 2015, n. 2, 61 ss.

Le misure differenziate previsti nell'art. 32 che vanno dalla sostituzione del management aziendale da parte dell'impresa stessa, alla nomina di esperti con funzioni di ausilio e, solo come *extrema ratio*, alla nomina di amministratori straordinari, hanno il pregio di non sacrificare eccessivamente la libertà imprenditoriale.

7. I poteri dell'ANAC in materia di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici

L'ingresso effettivo dell'Autorità nel sistema degli appalti pubblici, con il conseguenziale potenziamento delle proprie funzioni di vigilanza e controllo, è stato sancito, come anticipato, dal d.l. n. 90/2014, provvedimento definito di attuazione delle misure previste dalla riforma "Severino" del 2012 al quale ne seguiranno altri due, rispettivamente nel 2015 ed agli inizi del 2016; intervento per così dire "emergenziale" a seguito delle inchieste penali relative alle irregolarità riscontrate nelle procedure d'appalto che hanno interessato il MOSE di Venezia e l'EXPO di Milano.

La prima grande innovazione è certamente quella prevista dall'art. 19 del decreto, che, come già evidenziato, ha imposto la soppressione dell'AVCP e l'assorbimento delle relative funzioni in capo all'ANAC. Tale previsione, inoltre, è stata confermata ulteriormente dall'art.8 della l. 27 maggio 2015, n. 69, la quale introduce nuovi poteri tra quelli già attribuiti all'ANAC⁹⁸.

Le nuove funzioni di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici risultano, inoltre, desumibili all'interno del nuovo codice dei contratti pubblici previsto dal d.lgs. n.

⁹⁸ Poteri riconosciuti mediante l'inserimento della lett. f *bis*) dell'art.1, co.2, l. 6 novembre 2012, n. 190.

50/2016: insomma, un vero e proprio labirinto di norme e continui rinvii che rispecchiano il discutibile *modus operandi* del legislatore italiano.

Ad ogni modo, le funzioni di vigilanza previste espressamente dall'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016 attribuiscono all'ANAC: la piena vigilanza sui contratti pubblici, prestando particolare attenzione alla fase esecutiva degli appalti; essa opera un costante controllo sulla disciplina derogatoria prevista per i contratti affidati ad operatori economici nei casi di immediata urgenza e per quelli previsti ad opera della Protezione Civile.

Da quanto risulta dal Nuovo Codice si trae un innovativo e potenziale strumento di prevenzione dell'illegalità nell'affidamento di appalti di particolare interesse rappresentato dalla nuova forma di la c.d. "vigilanza collaborativa"; difatti, ove sia presente un'espressa richiesta della stazione appaltante, l'ANAC può supportare le medesime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara⁹⁹. Bisogna ricordare che unitamente all'attività di controllo l'Autorità, però, non può prescindere dall'esercizio della funzione di accompagnamento alle singole amministrazioni pubbliche attraverso l'adozione di atti di soft law. Infatti, il comma 2 dell'art. 213 prevede la predisposizione di modelli standard di contratti, bandi, capitolati e di apposite linee guida che le stazioni appaltanti devono seguire al fine di migliorare la qualità delle proprie prestazioni contrattuali; il costante monitoraggio relativo alla piena attuazione di tali strumenti sul territorio nazionale, potrà permettere all'ANAC di potere

⁹⁹ V. art. 213.3. lett. h) del d.lgs. n. 50/2016.

individuare, in maniera maggiormente celere, situazioni «anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite» riconducibili a fattispecie criminose. Poiché il risultato di siffatta attività istruttoria, in presenza di fenomeni particolarmente gravi, dovrà essere successivamente segnalato al Governo ed al Parlamento, l'ANAC ha anche il potere di formulare eventuali modifiche legislative in relazione alla normativa di settore¹⁰⁰.

È evidente che la promozione della relazione collaborativa tra stazioni appaltanti e ANAC potrebbe comportare non solo una maggiore trasparenza nella gestione delle risorse pubbliche, ma permetterebbe all'azione di indagine svolta dall'Autorità di divenire in futuro un vero strumento utile all'emersione dei fenomeni corruttivi in tale settore¹⁰¹.

Una novità di notevole importanza va annoverata tra le disposizioni che permettono l'instaurazione di una stretta rete di collaborazione tra l'ANAC, nella figura del suo Presidente, e l'autorità giudiziaria. Al di là dei poteri meramente amministrativi e di quelli straordinari per la realizzazione dei lavori di EXPO 2015 di cui si è già detto¹⁰², le funzioni più incisive sono quelle di natura ispettiva e sanzionatoria dell'Autorità. Essa, infatti, durante lo svolgimento delle proprie attività può disporre ispezioni d'ufficio, o anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, al fine di individuare atti o informazioni che possano riscontrare la presenza di irregolarità e che possano portare alla scoperta di accordi

¹⁰⁰ V. art. 213. 3 lettere c), d), e) del d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰¹ F. DI LASCIO-B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, pp. 463-464.

¹⁰² Per un maggiore approfondimento si rinvia a R. CANTONE-B. COCCAGNA, *I poteri del presidente dell'Anac nel d. l. n. 90/2014*, in *La Nuova Autorità Nazionale Anticorruzione* R. CANTONE-F. MERLONI (a cura di), Torino, 2015, pp. 97-103. Inoltre v. artt. 19.3,5- 30 del d. l. n. 90/2014.

corruttivi tra amministrazioni e cartelli di imprese nello svolgimento delle gare d'appalto, avvalendosi anche dell'ausilio di altri organi dello Stato o del Corpo della Guardia di Finanza¹⁰³. Nella circostanza in cui i soggetti colpiti dall'attività ispettiva si rifiutino, omettano, o forniscano atti e documenti non veritieri, l'Autorità può irrogare sanzioni amministrative che oscillano tra un minimo di 250 ad un massimo di 50.000 euro¹⁰⁴. Il comma 6 del menzionato art. 213 dispone che l'importante sistema di collaborazione con l'autorità giudiziaria viene ad instaurarsi nel momento in cui le irregolarità scoperte assumono rilevanza penale ed in tal caso l'ANAC ha l'obbligo di trasmissione degli atti e dei propri rilievi alle competenti Procure della Repubblica.

8. L'organizzazione amministrativa per la prevenzione ed il contrasto alla corruzione nella Pubblica Amministrazione italiana: PNA e PTPC.

Uno degli aspetti maggiormente innovativi delle riforme che hanno ridisegnato il sistema di contrasto del fenomeno corruttivo in Italia è la previsione di specifici obblighi di pianificazione in capo alle Amministrazioni.

Si tratta di un progetto ambizioso e faticoso, in quanto il piano, grazie alla clausola di invarianza contenuta nella legge anticorruzione¹⁰⁵, può risultare tra gli strumenti di contrasto alla corruzione, il più efficiente e il meno costoso.

La legge n. 190/2012, in particolare l'art. 1, co. 8, prevede che ogni amministrazione pubblica, o ad essa equiparata, nella

¹⁰³ V. art. 213, co. 5, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁴ V. art. 213, co. 13, d.lgs. n. 50/2016.

¹⁰⁵ Le amministrazioni devono far fronte alla pianificazione in chiave preventiva con le risorse umane e strumentali che già posseggono.

cornice del Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.). adotti un piano triennale di prevenzione della corruzione (P.T.P.C.) e che individui un soggetto interno quale responsabile della prevenzione della corruzione e su proposta di questo ne curi la trasmissione all'ANAC ai sensi del d.l. 24 giugno 2014, n. 90.

Si tratta di atti funzionali al monitoraggio delle attività più esposte al rischio della corruzione e, appunto, alla pianificazione di interventi mirati a disincentivare l'illegalità delle condotte¹⁰⁶.

I citati piani nell'ottica del Legislatore assolvono alla funzione di evitare, e dunque, combattere i fatti corruttivi prima che gli stessi vengano commessi, così da poterne tempestivamente arginare la prosecuzione e, soprattutto, i danni, o da potere quanto meno rintracciare il colpevole prima che prosegua nella sua condotta illecita in danno della collettività¹⁰⁷.

La pianificazione di misure preventive costituisce, inoltre, il *leitmotiv* degli accordi intergovernativi nonché delle raccomandazioni formulate dalle istituzioni sovranazionali impegnate a contrastare i fenomeni di illegalità nel settore pubblico¹⁰⁸. Nei richiamati atti internazionali emerge, infatti, la propensione a considerare la pianificazione e la programmazione di misure preventive tra i “presidi amministrativi” più idonei per ostacolare la proliferazione di situazioni di corruzione.

¹⁰⁶ F. DI CRISTINA, *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione nella legge n. 190 del 6 novembre 2012*, in *Studium iuris*, n. 6, 2013.

¹⁰⁷ F. BILARDO E M. PROSPERI, *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Santarcangelo di Romagna, 2013, p. 215.

¹⁰⁸ F. DI CRISTINA, *I piani per la prevenzione della corruzione* (art. 1, commi 5-14) in B.G. MATTARELLA E M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, p. 92.

La Convenzione di Merida e le raccomandazioni del *Group d'états contre la corruption* offrono un chiaro esempio. La Convenzione, all'art. 5, richiede agli Stati aderenti di elaborare, applicare o perseguire «politiche di prevenzione della corruzione efficaci e coordinate». Inoltre, il GRECO aveva già segnalato – come visto – all'Italia, nel 2008, la mancanza di un «programma» anticorruzione coordinato con metodi di valutazione dell'efficacia delle misure specificamente dedicate alla pubblica amministrazione, sollecitandone l'adozione in tempi brevi.

Nel seguire le indicazioni provenienti dalle organizzazioni sovranazionali che evidenziano come occorre perseguire tre specifici obiettivi nelle strategie di prevenzione (ridurre le opportunità che si manifestino casi di corruzione; aumentare la capacità di scoprire casi di corruzione; creare un contesto sfavorevole alla corruzione), in Italia sono stati introdotti due diversi piani anticorruzione, di differente ampiezza, portata e ambito di applicazione: il piano nazionale anticorruzione a livello “nazionale” (più brevemente, PNA), e il piano triennale di prevenzione della corruzione a livello “decentrato” (anche, PTPC).

La funzione principale del PNA è quella di assicurare l'attuazione coordinata delle strategie di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, elaborate a livello nazionale e internazionale, in particolare, agevolando l'adozione di misure preventive obbligatorie definite dalla legge. Il PNA non deve essere inteso quale attività compiuta, bensì quale processo ciclico in cui i singoli strumenti e le puntuali strategie

di prevenzione vengono progressivamente modificati, migliorati o sostituiti in base alle risultanze della loro applicazione¹⁰⁹.

Il primo PNA, approvato con delibera 11 settembre 2013, n. 72, era stato aggiornato dall'ANAC con indicazioni integrative e chiarimenti resi necessari in seguito alle risultanze della valutazione condotta sui PTPC e in virtù degli interventi normativi che, *medio tempore*, avevano fortemente inciso sul sistema di prevenzione della corruzione a livello istituzionale (per tutti il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, recante il trasferimento completo delle competenze sulla prevenzione della corruzione e sulla trasparenza dal Dipartimento della Funzione Pubblica (DFP) all'ANAC, nonché la rilevante riorganizzazione dell'ANAC e l'assunzione delle funzioni e delle competenze della soppressa AVCP).

Con la Delibera n. 831/2016, infine, l'ANAC ha approvato e pubblicato il nuovo Piano Nazionale Anticorruzione 2016 (PNA).

A livello strutturale il Piano è suddiviso in una prima parte generale, che affronta il tema della predisposizione di misure anticorruzione all'interno di tutte le Pubbliche Amministrazioni e nei confronti dei soggetti privati da esse controllati, ed una seconda parte che affronta il tema della corruzione in ambienti specifici, in particolare: (i) Comuni; (ii) Città metropolitane; (iii) Ordini e collegi professionali; (iv) Istituzioni scolastiche; (v) Tutela e valorizzazione dei beni culturali; (vi) Governo del territorio; (vii) Sanità.

¹⁰⁹ Comitato interministeriale, *Linee guida per la predisposizione, da parte del Dipartimento della funzione pubblica, del Piano Nazionale Anticorruzione di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190*, p. 2, www.anticorruzione.it.

La natura di atto di indirizzo del Piano impone alle singole PP.AA. di analizzare il contesto amministrativo in cui operano e di prevedere concrete misure di prevenzione della corruzione. Il modello descritto – si legge nel PNA 2016 – «contempera l’esigenza di uniformità nel perseguimento di effettive misure di prevenzione della corruzione con l’autonomia organizzativa, spesso costituzionalmente garantita, delle amministrazioni nel definire esse stesse i caratteri della propria organizzazione e, all’interno di essa, le misure organizzative necessarie a prevenire i rischi di corruzione rilevati».

Inoltre, il PNA si prefigge alcuni specifici obiettivi tra cui quello di rafforzare il ruolo dei Responsabili della prevenzione della corruzione (RPC) quali soggetti titolari del potere di predisposizione e di proposta del PTPC all’organo di indirizzo; di coinvolgere maggiormente gli organi di indirizzo nella formazione e attuazione dei Piani; infine, di semplificare le attività delle amministrazioni nella materia, ad esempio unificando in un solo strumento il PTPC e il Programma triennale della trasparenza e dell’integrità (PTTI) e prevedendo una possibile articolazione delle attività in rapporto alle caratteristiche organizzative (soprattutto dimensionali) delle amministrazioni.

Con riferimento, infine, alle concrete misure di prevenzione da adottare, il Piano si limita ad indicarne le categorie, lasciandone la specifica individuazione alle singole amministrazioni e all’autonomia organizzativa delle stesse¹¹⁰.

¹¹⁰ Si tratta di: (i) misure di prevenzione oggettiva che mirano, attraverso soluzioni organizzative, a ridurre ogni spazio possibile all’azione di interessi particolari volti all’improprio condizionamento delle decisioni pubbliche; (ii) misure di prevenzione soggettiva che mirano a garantire la posizione di imparzialità del funzionario pubblico che partecipa, nei diversi modi previsti

La l. 190/2012, come detto, richiede accanto alla predisposizione di una strategia preventiva uniforme a livello nazionale, che ogni singola Amministrazione definisca, in base alle proprie caratteristiche funzionali e organizzative¹¹¹, un proprio Piano Triennale di Prevenzione. Il PTPC rappresenta, così, lo strumento con cui l'amministrazione descrive un "processo" finalizzato a formulare una strategia di prevenzione del fenomeno attraverso l'individuazione delle aree di rischio che variano a seconda del contesto esterno ed interno e della tipologia di attività istituzionale svolta dalla specifica Amministrazione.

L'attenzione si focalizza, in particolar modo, sulla c.d. "gestione del rischio", in quanto vengono individuate le misure volte a ridurre il livello di rischiosità del fenomeno corruttivo, che possono essere obbligatorie, in quanto previste dal PNA e ulteriori. Il PTPC, dunque, si caratterizza per non essere un documento di studio o di indagine, quanto piuttosto uno strumento per individuare concrete misure da adottare con certezza e da monitorare costantemente sia in termine di effettiva applicazione che di efficacia preventiva.

Il PTPC presenta una serie di contenuti tipici corrispondenti alle diverse fasi in cui si articola l'insieme delle azioni finalizzate alla prevenzione della corruzione. Le fasi

dall'ordinamento (adozione di atti di indirizzo, adozione di atti di gestione, compimento di attività istruttorie a favore degli uni e degli altri), ad una decisione amministrativa.

¹¹¹ Per quanto riguarda la predisposizione di tale Piano, per le amministrazioni centrali è affidata, in genere, ai dirigenti di prima fascia; per le amministrazioni regionali, spetta alla Conferenza unificata; per le amministrazioni locali, invece, gli Uffici territoriali del governo costituiranno il supporto necessario per la predisposizione ed attuazione dei piani, rimesse al segretario provinciale e comunale.

principali di tale strumento, sono tre: la mappatura dei processi (consente l'individuazione del contesto entro cui deve essere sviluppata la valutazione del rischio); la valutazione del rischio (a sua volta divisa in tre fasi: l'identificazione del rischio; l'analisi del rischio; la ponderazione del rischio); e il trattamento del rischio (si individuano e si valutano le misure da predisporre per neutralizzare o ridurre il rischio e si decide quali rischi trattare prioritariamente rispetto agli altri). Il soggetto chiamato a sviluppare questi contenuti è, come anticipato, il Responsabile della prevenzione della corruzione il quale, ai sensi dell'art. 1 co. 14 Legge anticorruzione, è tenuto a redigere entro il 15 dicembre di ogni anno una relazione annuale che dia conto dell'efficacia delle misure di prevenzione definite dal PTPC e attuate nel corso dell'anno.

V'è da aggiungere che tale Piano può operare con efficacia in termini di prevenzione della corruzione soltanto se il suo contenuto sia coordinato con gli altri strumenti di programmazione predisposti dall'Amministrazione. Così quest'ultima è tenuta a inserire all'interno del Piano della performance¹¹² tutte le strategie da attivare in materia di prevenzione della corruzione; e ancora, maggiormente significativo è il rapporto con il Piano Triennale per la trasparenza e l'integrità (PTTI) che le amministrazioni devono predisporre indicando tutte le iniziative previste per garantire un adeguato livello di trasparenza, legalità e sviluppo della cultura dell'integrità¹¹³. Il PTTI, novellato con il d.lgs. n. 33/2013 che

¹¹² Il Piano della performance è stato introdotto dal Decreto Legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, «Attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni».

¹¹³ D.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, art. 11, co. 2.

ha disposto il coordinamento tra le misure del PTTI con le azioni e gli interventi previsti dal PTPC, diviene così integrato a filo doppio con il PTPC. Senza dire ovviamente che i diversi piani “generalisti” (PNA e PTPC) comunicano tra loro al precipuo fine di creare un circolo virtuoso tra amministrazioni operanti a diversi livelli istituzionali.

In definitiva, può dirsi che tutti gli obblighi di pianificazione appena descritti impongono alle amministrazioni una “sfida cruciale” complessa in quanto ogni singolo ente è tenuto a nominare in tempi brevi un dirigente in qualità di RPC che sia in grado di svolgere la complessa attività di valutazione dei rischi di corruzione e di pianificazione delle strategie preventive che consente l’elaborazione del PTPC; a ciò si aggiunge la necessità di un costante monitoraggio sull’applicazione e sull’efficacia delle misure di prevenzione prescelte cui deve seguire l’aggiornamento periodico del Piano.

8.1.I codici di comportamento

La l. n. 190/2012 ha inciso fortemente anche in relazione alla redazione dei codici di comportamento. Più nel dettaglio, i co. 44 e 45 e 48 dell’art. 1 modificano le previsioni in materia di codici di condotta e di responsabilità disciplinare dettate dall’art. 54 del d.lgs. n. 165/2001.

La recente legislazione anticorruzione, infatti, ha previsto, quale generale misura generale di prevenzione, da un lato, l’adozione di un Codice generale (nazionale) di comportamento valido per tutte le amministrazioni pubbliche di comportamento per i dipendenti delle amministrazioni pubbliche nazionale e,

dall'altro, un codice, obbligatorio, per ciascuna amministrazione¹¹⁴.

Prima delle modifiche imposte dalla legge anticorruzione, l'articolo da ultimo citato prevedeva che il codice - all'epoca emanato con d.P.C.M. 28 novembre 2000¹¹⁵ - fosse recepito dai contratti collettivi nazionali di lavoro. Questo "meccanismo" risultava diretta conseguenza della natura del codice stesso che, quale atto unilaterale della pubblica amministrazione, non era di per se vincolante sotto il profilo disciplinare, dovendo dunque essere rimessa la relativa regolamentazione della materia alla fonte contrattuale (art. 55 del d.lgs. n.165/2001)¹¹⁶.

La legge n. 190 interviene in questo contesto con una serie di obiettivi: in primo luogo, con la necessità di disancorare la materia dell'etica pubblica da una dimensione "ideale" e priva di riflessi pratici, avendo questa impostazione generale - ancorché teoricamente corretta - indotto a una generale sottovalutazione della materia.

In attuazione di questa previsione della legge n. 190/2012 che ha previsto il rinnovo, entro sei mesi, dei codici di comportamento a seguito della riscrittura dell'art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, il Governo ha varato il nuovo codice di

¹¹⁴ E. D'ALTERIO, *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013; E. CARLONI, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013, 2.

¹¹⁵ Il precedente Codice, approvato con decreto del Ministro della funzione pubblica 28.11.2000, è stato espressamente abrogato dal co. 3, art. 17, d.P.R. n. 62/2013. V. V. ITALIA (a cura di), *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, Milano, 2005.

¹¹⁶ L. GALANTINO, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2012, p. 253. Per approfondire il tema si veda anche M. TIRABOSCHI – F. VERBARO, *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, 2010; F. FERRARO - S. GAMBACURTA, *Anticorruzione, Commento alla riforma, La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi*, Santarcangelo di Romagna, 2013.

comportamento (generale) dei dipendenti pubblici, con il d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62.

Nella struttura, invero, il nuovo Codice, con i suoi 17 articoli, non appare molto diversa da quella del precedente del 2000. Le differenze si registrano nei contenuti dei doveri, alcune previsioni sono state sintetizzate, altre ampliate o rese più severe. Una maggiore attenzione viene data alla fissazione di precetti precisi e dettagliati, così da permettere al dipendente di avere puntuali indicazioni circa gli opportuni comportamenti da tenere. I principi costituzionali di buon andamento e di imparzialità, come i principi di economicità, efficacia, efficienza, trasparenza, imparzialità e non discriminazione, comunicazione tra amministrazioni, vengono riletti come obblighi di condotta personale e come regole sullo svolgimento dell'azione amministrativa (art. 3). Lo stesso vale per i rapporti con il pubblico (art. 12), quanto ai doveri di massima informazione al cittadino, temperato da doveri di riservatezza, quanto al divieto di dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti dell'amministrazione (che pregiudicano la fiducia del cittadino), quanto al rispetto di standard di qualità e quantità nell'erogazione di servizi pubblici.

Particolare attenzione viene dedicata al divieto assoluto di chiedere, per sé o per altri, e di non accettarne regali o altre utilità (art. 4¹¹⁷); alla disciplina del conflitto di interessi; ai vari obblighi di comunicazione che gravano sul dipendente (art. 5; 6;

¹¹⁷ L'articolo in questione risulta di diretta attuazione della l. 190/2012. Il nuovo art. 54 del d.lgs. n. 165/2001, riscritto dalla legge n. 190, infatti, prevede espressamente l'obbligo di introdurre nel Codice «il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia».

13)¹¹⁸; ai doveri di astensione (art. 7); sul fronte dei doveri vengono richiamati in modo specifico quelli del pieno rispetto delle nuove norme in materia di prevenzione della corruzione (art. 8) e in materia di trasparenza (art. 9).

Il Codice, inoltre, si caratterizza sotto il profilo dell'ambito di applicazione e della vigilanza.

Dal primo punto di vista, il nuovo codice è stato adottato in veste di regolamento e trova applicazione nei confronti del personale statale, regionale e degli enti locali e autonomi. D'altra parte, già la legge 190 aveva chiarito che anche le amministrazioni regionali e locali devono adottare il proprio codice di comportamento (potendo l'intesa di cui all'art. 60 della legge definire il *quando*, ma non l'*an*). È, inoltre, espressamente stabilito, fugando così i dubbi precedentemente insorti, che le norme contenute nel Codice costituiscono principi di comportamento, applicabili, in quanto compatibili con le disposizioni dei rispettivi ordinamenti, anche al personale non contrattualizzato (come i professori universitari e i militari, per i quali esistono discipline speciali).

¹¹⁸ Si segnalano, inoltre, il dovere di astensione in attività che possono coinvolgere interessi propri o dei propri parenti o affini entro il secondo grado, del coniuge o dei conviventi (art. 7); l'obbligo di rispettare le misure necessarie a prevenire la corruzione (in particolare quelle del Piano di prevenzione della corruzione, art. 8); l'obbligo di assicurare gli obblighi di trasparenza totale posti a carico dell'amministrazione (art. 9); il dovere di non sfruttare la posizione ricoperta e di non farne menzione nelle relazioni extra-lavorative (art. 10); il dovere di non ritardare la propria attività e di non farne ricadere su altri uffici o dirigenti la responsabilità delle decisioni di propria spettanza (art. 11); l'obbligo di non ricorrere alla mediazione di terzi per la stipula di contratti pubblici e di non concludere contratti di appalto, di fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione con le imprese con le quali ha concluso rapporti contrattuali (art. 14); la disciplina delle attività di vigilanza e di formazione che devono essere svolte dalla pubblica amministrazione (art. 15); le responsabilità conseguenti dalle violazioni degli obblighi previsti dal codice che sono equiparate alla violazione dei doveri d'ufficio (art. 16).

Sempre con riferimento all'ambito di applicazione, il codice si applica al c.d. pubblico impiego contrattualizzato dei collaboratori e consulenti esterni delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1 del comma 2, del d.lgs. n. 165/2001, dei titolari di incarichi di uffici di diretta collaborazione, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi tipo di imprese fornitrici di beni e servizi che realizzano opere in favore delle pubbliche amministrazioni¹¹⁹. L'ambito di applicazione è dunque esteso e dilatato e, proprio a tal fine, è previsto che negli atti di incarico o nei contratti siano inserite clausole di risoluzione o decadenza per il caso di violazione degli obblighi del codice.

Per quanto riguarda, invece, la vigilanza sul rispetto del Codice nazionale e dei codici delle amministrazioni, i soggetti principali coinvolti in tale attività sono certamente i dirigenti di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina. In particolare l'attività di vigilanza e monitoraggio è affidata agli uffici competenti per i procedimenti disciplinari che, dunque, assorbono le competenze dei comitati e uffici etici eventualmente preesistenti. Gli stessi uffici curano, inoltre, il costante aggiornamento del codice di comportamento dell'amministrazione, l'esame delle segnalazioni di violazione dei codici di comportamento, la raccolta delle segnalazioni di condotte illecite, la diffusione della conoscenza dei codici di comportamento nell'amministrazione, la loro pubblicazione sul sito istituzionale e la comunicazione all'ANAC dei risultati del monitoraggio.

¹¹⁹ F. FERRARO - S. GAMBACURTA, *Anticorruzione, Commento alla riforma*, cit., p. 288.

Nell'ambito del Codice di comportamento, all'ANAC spetta non solo di formulare linee guida per l'adozione dei codici delle amministrazioni, ma anche - ai sensi del comma 2, lett. d), della legge 190 - di esprimere pareri, tra l'altro, in ordine alla conformità degli atti e comportamenti dei pubblici dipendenti ai codici di comportamento¹²⁰.

Accanto a tale codice nazionale, ogni singola Amministrazione è tenuta a approntare un proprio codice di comportamento che ha un preciso rilievo giuridico in quanto contiene non solo norme rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare dei dipendenti, e dunque non sono norme solo deontologiche o "etiche", ma previsioni concrete e mirate, che consentano al dipendente di comprendere con facilità il comportamento eticamente e giuridicamente adeguato nelle diverse situazioni critiche proprie dell'amministrazione di riferimento.

I codici delle singole amministrazioni, dunque hanno lo scopo di identificare ulteriori doveri di comportamento, in rapporto alle specifiche funzioni attribuite e alla relativa organizzazione.

La caratteristica della personalizzazione dei singoli codici è stata recentemente evidenziato dall'ANAC che, nel recente PNA 2016, ha ribadito l'obbligo degli enti di adottare specifici codici che non si limitino a una sterile e pedissequa ripetizione dei contenuti del Codice di cui al d.p.r. n. 62/2013, ma siano al contrario personalizzati in base alla particolarità delle funzioni istituzionali esercitate dalle singole amministrazioni. Al riguardo l'Autorità si è riservata di adottare linee guida di carattere

¹²⁰ B.G. MATTARELLA, *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10/2013.

generale, e, ove ritenuto necessario, procedere a modifiche della delibera n. 75 del 24 ottobre 2013, e di adottare linee guida per tipologia di amministrazioni e enti.

In conclusione, può affermarsi che la diretta applicazione di sanzioni disciplinari per violazione dei codici (nazionale e delle singole amministrazioni) testimonia la natura non meramente etica e disciplinare dei codici in questione. Se la violazione degli stessi assume, *expressis verbis* (art. 54, co. 3, d.lgs. 165/2001¹²¹), rilevanza ai fini della responsabilità disciplinare, civile, amministrativa e contabile se ne desume l'importanza data dallo stesso legislatore alle disposizioni ivi contenute

8.2. La figura del *whistleblower*

Si è già avuto modo di evidenziare come la corruzione sia una fattispecie delittuosa necessariamente plurisoggettiva, che ha la struttura di un contratto a prestazioni corrispettive.

Tuttavia, la convergenza degli interessi tra corrotti e corruttori rende difficile l'emersione dell'accordo illecito sottostante e i meccanismi di omertà che spontaneamente (!) si producono coinvolgono non solo le parti del sinallagma corruttivo ma anche i componenti dei medesimi uffici di cui fa parte il corrotto. Tutto ciò, ovviamente, accade seguendo logiche differenti: se per i protagonisti dell'accordo occulto tale comportamento produce vantaggi personali, i soggetti che non hanno alcun interesse nel rapporto illegale tendono comunque a non segnalare le loro conoscenze sugli altrui comportamenti

¹²¹ Che, al co. 5, estende l'applicazione delle previsioni in questione anche ai codici di comportamento delle singole amministrazioni.

illeciti o per un naturale sentimento di solidarietà tra colleghi o più semplicemente per evitare di subire atti discriminatori.

Un «insostituibile strumento di prevenzione della corruzione» - che «dà corpo a quella riforma copernicana nei rapporti fra PA e cittadino imboccata con la Legge 190/2012: il controllo diffuso del cittadino, anche nella veste di dipendente dell'amministrazione, sull'operato pubblico»¹²² - e sui quali l'ordinamento internazionale e gli annessi organismi hanno mostrato particolare interesse nel corso degli ultimi anni, affinché possa essere infranto quel muro di omertà e di connivenze, prende il nome di *wistleblowing*¹²³.

Per “*whistleblowing*” s'intende la rivelazione spontanea, effettuata da parte di un appartenente ad un'organizzazione pubblica o privata, di un illecito o di un'irregolarità commessa all'interno dell'ente, del quale lo stesso sia stato testimone nell'esercizio delle proprie funzioni.

Il termine, che letteralmente significa “soffiare nel fischietto” - con riferimento all'azione compiuta da un arbitro a fronte di un'irregolarità, o da un poliziotto, in presenza di un illecito - è stato coniato all'interno dei Paesi di common law (U.S.A. e Regno Unito), all'interno dei quali tale strumento è stato elaborato per la prima volta.

Sul piano nazionale, sempre la legge n. 190/2012 ha disciplinato la situazione nella quale si trova il dipendente pubblico che segnala un illecito. Più in particolare, il comma 51

¹²² R. CANTONE, *Introduzione, Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico. L'Italia investe nel Whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*, su <http://www.anticorruzione.it>.

¹²³ La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti è stata prevista per la prima volta dall'art. 9 della Convenzione civile sulla corruzione, siglata a Strasburgo nel 1999 e successivamente dall'art. 33 della Convenzione Onu contro la corruzione, siglata a Merida nel 2003.

dell'art. 1 della legge anticorruzione, ha disciplinato l'istituto in parola inserendo, nel d.lgs. n. 165/2001, l'art. 54-*bis*, rubricato «tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti».

In sintesi, il dipendente che in buona fede segnala all'autorità giudiziaria o all'ANAC o alla Corte dei Conti o al proprio superiore gerarchico condotte illecite¹²⁴ - quali, a titolo di esempio, il turbamento di una gara d'appalto, la presenza di costanti accordi corruttivi nell'ambiente di lavoro - non può essere sottoposto ad alcuna misura discriminatoria, essere sanzionato o licenziato per la segnalazione effettuata.

La normativa del *whistleblowing* non ha disciplinato l'eventuale ricezione di segnalazioni completamente anonime. La scelta, invero, risulta condivisibile almeno sotto due aspetti: da un lato, se è fondamentale che il sistema garantisca che la segnalazione possa rimanere confidenziale (durante il procedimento disciplinare amministrativo, l'identità del "segnalatore" non può essere rivelata senza il proprio consenso, a meno che la contestazione mossa verso "l'inculpato" sia basata in tutto o in parte sulla segnalazione effettuata), non sembra opportuno incoraggiare l'invio di denunce anonime; dall'altro lato, la rivelazione dell'identità del segnalante in alcuni casi risulta fondamentale per assicurare il diritto di difesa di colui che si veda addebitata la condotta illecita, e che ha diritto a un contraddittorio equo.

Inoltre, considerazioni simili che inducono ad una certa cautela rispetto agli anonimi legate alla considerazione che

¹²⁴ All'espressione "condotte illecite" deve essere attribuita un'interpretazione lata che ricomprenda non solo fattispecie di reato, ma anche la violazione del codice di comportamento. In questo senso v. G. CASARTELLI- A. PAPI ROSSI, *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (art.1.51)*, in *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, 2013, p. 94.

l'accettazione delle conseguenze delle proprie scelte sembra essere indissolubilmente connessa con le motivazioni etiche che dovrebbero animare il *whistleblower*, hanno indotto il legislatore nazionale a non prevedere, come invece accade negli Stati Uniti, il riconoscimento di un premio al segnalatore.

L'impressione, infatti, è che la previsione di un incentivo pecuniario in favore di chi segnala un illecito tradirebbe quei principi di etica e legalità ai quali si ispira tutta la l. 190/2012; tenuto conto di come il problema alla base del *whistleblowing* sia quello di far percepire la segnalazione come “vendetta civica”¹²⁵ del pubblico dipendente, stabilire un premio per il segnalante equivale ad abbandonare l'idea che debba essere mosso da una spinta ideale quanto piuttosto da un interesse personale e riprovevole.

Benché un primo passo di certo positivo per adeguare la nostra legislazione agli standard internazionali è stato fatto ad opera della l. n. 190/2012, le tutele garantite al “segnalante” dal citato art. 51 sono, però, ancora deboli. Manca, infatti, la possibilità di estendere, come accade nell'ambito delle convenzioni internazionali, la disciplina *de qua* ai dipendenti che operano nel settore privato che indirettamente potrebbe portare all'individuazione di condotte corruttive all'interno della Pubblica Amministrazione.

Altra problematica concerne il richiamo all'art. 2043 c.c.: dal momento che la richiesta risarcitoria in sede civile può essere ottenuta non solo per dolo ma anche per qualsiasi grado di colpa, il dipendente che segnala tali illeciti potrebbe trovarsi

¹²⁵ G. FRASCHINI, N. PARISI E D. RINOLDI, *Protezione delle “vendette civiche”, il ruolo del whistleblowing in Italia*, a cura di Trasparency International Italia, dicembre 2009.

esposto a conseguenze negative a seguito del proprio comportamento collaborativo, per non avere valutato fino in fondo, anche in forma lieve, la valenza di tutti gli elementi a sua conoscenza

Lacune queste che dovrebbero essere colmate dalla nuova riforma finalizzata al rafforzamento delle tutele mancanti per il c.d. whistleblower, approvata dalla Camera a gennaio 2016 e ora all'esame del Senato. Alcune le novità dei richiamati disegni di legge: espressamente si estende la disciplina anche al settore privato; viene individuato nel RPC il soggetto deputato a ricevere le segnalazioni.

A completamento della disciplina nazionale in materia di *whistleblowing*, vanno menzionate, inoltre, le Linee guida adottate dall'A.N.AC. con la determinazione n. 6 del 28 aprile 2015¹²⁶ con cui l'Autorità ha inteso, da una parte, delineare l'ambito soggettivo e oggettivo di applicazione del citato art. 54 *bis* e, dall'altra, fornire indicazioni in ordine alle misure che le pubbliche amministrazioni devono approntare per tutelare la riservatezza dell'identità dei dipendenti che segnalano condotte illecite; nonché, dare conto delle procedure sviluppate da A.N.AC., per la tutela della riservatezza dell'identità dei propri dipendenti che trasmettano una segnalazione all'Autorità.

In conclusione, può affermarsi che, in attesa della riforma che colmerà le lacune della disciplina appena ricordate, l'introduzione di tale istituto dimostra come, nella lotta alla corruzione, risulta assolutamente centrale l'aspetto culturale, dovendo essere il punto di approdo la percezione, da parte dei colleghi del segnalante, di come la sua azione sia encomiabile.

¹²⁶ Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015 «Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti».

Proprio quale misura di prevenzione della corruzione, essa ha quindi trovato posto e disciplina nel PNA 2016 con l'indicazione alle pubbliche amministrazioni di adottare i necessari accorgimenti tecnici per garantire la detta tutela del dipendente e ciò a mezzo della introduzione di obblighi di riservatezza nel Piano triennale di prevenzione della corruzione (P.T.P.C.). In questo contesto, l'Autorità ha avuto cura di evidenziare la necessità che la segnalazione sia effettuata “in buona fede”, ricordando come la *ratio* dell'istituto volto alla promozione dell'integrità e dell'etica nella Pubblica Amministrazione impone di non piegare la segnalazione alla tutela di esigenze individuali.

CAPITOLO II

IL FENOMENO DELLA CORRUZIONE E I FATTORI DI RISCHIO NEL SETTORE DEGLI APPALTI

SOMMARIO: 1. Premessa. L'importanza delle norme anticorruzione nello specifico settore delle procedure ad evidenza pubblica – 2. Fattori corruttivi nel settore dei contratti pubblici – a) Iper-regolamentazione normativa – b) Utilizzo degli strumenti emergenziali – c) Elevato numero delle stazioni appaltanti – d) Frazionamento illecito dell'importo a base d'asta – e) La discrezionalità amministrativa – f) Bandi-fotografia – g) Le procedure di scelta del contraente – h) I requisiti di partecipazione e la natura giuridica delle SOA – i) Uso distorto e smisurato delle varianti in corso d'opera – j) Il subappalto – k) Il sistema delle proroghe – l) Il controllo giurisdizionale.

1. Premessa. L'importanza delle norme anticorruzione nello specifico settore delle procedure ad evidenza pubblica.

Una tematica di assoluto rilievo nell'ambito delle disposizioni intese a prevenire, oltre che contrastare, la corruzione è sicuramente quella delle procedure ad evidenza pubblica.

La prevenzione della corruzione – prima ancora che la sua repressione¹ – trova, appunto, una sua più adatta collocazione e

¹ Sul rapporto tra disciplina penalistica repressiva e disciplina amministrativistica della prevenzione, v. B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Corruzione contro Costituzione*, n. 1-2/2012 di *Percorsi costituzionali* 1-2/2012. L'a. evidenzia le diverse funzioni svolte dai due tipi di intervento e, dunque, dalla complementarietà degli stessi nell'ottica di una più efficace lotta alla corruzione. L'a. sottolinea come «Nonostante l'egregio lavoro svolto dalla magistratura e dalle forze dell'ordine, l'esito normale dei processi per corruzione è la prescrizione e l'effettiva applicazione di pene detentive per i reati di corruzione è molto rara. In questo contesto, è spesso la

importanza nell'ambito dei contratti pubblici dove - è stato fatto notare - è sempre più avvertito il pericolo corruttivo e, dunque, prevenire *ab origine* tali rischi è certamente più proficuo che curarne i mali che ne potrebbero derivare.

Saper organizzare e gestire le gare, dunque, è funzionale a garantire non solo l'economicità degli acquisti, ma anche a ridurre il rischio che l'illecito sia commesso inconsapevolmente, creando una omogenea base di conoscenze che è presupposto indispensabile per la creazione di specifiche competenze nelle aree operative a più alto rischio corruttivo (tra cui, appunto, l'area di rischio "contratti pubblici").

E ciò in quanto, la sintomatica presenza di insidie nell'organizzazione pubblica evidenzia che il sistema di discipline normative e la ferma azione di contrasto al degrado non sono da sole sufficienti a soddisfare le cautele che il settore degli "appalti" richiede. Alla repressione dei fatti criminosi deve accompagnarsi, dunque, una strategia altrettanto attenta, costante ed articolata di prevenzione dei fatti medesimi che contempra azioni culturali di promozione dell'integrità e dell'etica e l'implementazione di strumenti di ausilio alla

prevenzione amministrativa a rimediare all'insuccesso della repressione penale: una buona applicazione delle procedure di gara può essere molto più efficace di un lungo e complesso processo penale per corruzione in atti d'ufficio o per turbativa d'asta; procedure trasparenti di nomina garantiscono l'interesse pubblico meglio di difficili indagini penali sui comportamenti di un funzionario nominato con criteri clientelari; la responsabilità erariale è spesso un deterrente più forte di quella penale. Il confronto tra prevenzione amministrativa e repressione penale, poi, consente di individuare un'ulteriore ragione per la quale la prima è importante. Il diritto penale è adatto agli interventi puntuali, relativi a singoli fatti, non a combattere macro-fenomeni di criminalità diffusa. Il processo penale è costruito per accertare singole responsabilità, non per indagare su grandi fenomeni di illegalità».

compliance organizzativa e gestionale nelle pubbliche amministrazioni².

Tra gli “affari amministrativi”, la materia degli appalti pubblici si colloca, dunque, tra le aree di particolare rischio ad impatto del fenomeno corruttivo e di *maladministration* che necessita di maggiori presidi di prevenzione.

In effetti, la stretta correlazione tra corruzione, da un lato, e appalti pubblici, dall’altro, è stata già più volte evidenziata. La dottrina ha, infatti, in più occasioni, avuto modo di evidenziare come il tema della corruzione «è ormai scontato» quando si affronta una disamina delle procedure ad evidenza pubblica³.

D’altronde il collegamento biunivoco tra pratiche corruttive e affidamenti di contratti pubblici è testimoniato

² In termini, v. la Relazione tenuta dal Procuratore regionale Piemonte della Corte dei Conti, *cit.*, «Tuttavia, non è possibile non evidenziare che alcune tipologie di illecito meritano un’attenzione particolare e prioritaria per gli elevati costi alla finanza pubblica che comportano, per il clima di sfiducia che contribuiscono a creare nelle imprese, nell’opinione pubblica e, soprattutto, nei giovani che, come quelli che hanno partecipato al Progetto Legalità, si affacciano nel modo del lavoro. Si tratta di tutti quei comportamenti di violazione delle regole o di collusione vere e proprie nel settore degli appalti pubblici, vale a dire nell’acquisto di beni, servizi e lavori che, in molti casi, nelle fasi procedurali che precedono la conclusione del contratto o nel corso della sua esecuzione, comportano l’insorgenza di gravi distorsioni e situazioni di danno».

³ B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 2015, p.1. Tra gli altri, v. L. GIAMPAOLINO, *La prevenzione della corruzione negli appalti pubblici*, Lezione tenuta il 12 aprile 2016 presso il Provveditorato alle opere pubbliche per il Lazio, l’Abruzzo e la Sardegna, in Roma, nell’ambito del Corso appalti e contratti di lavori, MIT-SNA, disponibile sul sito www.giuristidiamministrazione.com. L’a. evidenzia che «È da più di vent’anni (si potrebbe dire dai primissimi anni ‘90, vale a dire dalle prime, acute, manifestazioni, mediatiche e politiche, degli accadimenti giudiziari, che vanno sotto il nome di “Tangentopoli”), che i termini “corruzione” e “appalti pubblici” – esponenziali di due diverse realtà (l’una, vera patologia che affonda le sue radici nel talvolta non retto sentire ed operare degli uomini; l’altra, un’attività amministrativa ed economica, soprattutto tecnica, della P.A., posta in essere, per la realizzazione di un pubblico interesse) – vengono accomunati: essi quasi si intrecciano, e, nella percezione comune, l’uno, ahimè, richiama l’altro».

anche dal Libro Bianco 2012 del Governo⁴ che, nel definire il quadro per una prevenzione generale della corruzione nel sistema amministrativo italiano individua, unitamente alla materia del governo del territorio e della sanità, proprio le procedure di evidenza pubblica quale settore maggiormente a “rischio corruttela”.

Le situazioni di corruttela in questo settore si presentano come uno degli strumenti per mezzo dei quali singoli individui, organizzazioni criminali o di stampo mafioso⁵ condizionano lo svolgimento delle gare pubbliche o cercano di evitarne lo svolgimento⁶. Di conseguenza, i decisori pubblici, in ragione dell'accordo illecito, aggirano o mancano di adottare del tutto quei meccanismi concorrenziali che dovrebbero garantire l'aggiudicazione della procedura ad evidenza pubblica all'impresa che presenta la migliore offerta per la stazione appaltante. In questi casi, la corruzione è resa possibile dal pagamento di un prezzo superiore a quello minimo accettabile dall'offerente privato.

Ciò è tanto vero se si pone mente al fatto che le occasioni di corruttela risultano economicamente “appetibili”: il settore in cui il fenomeno corruttivo risulta certamente più diffuso è quello

⁴ Governo Italiano – *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione* (Libro Bianco, 22.10.2012). Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

⁵ Sul punto, occorre ribadire che «la corruzione resta perciò nei rapporti con le pubbliche istituzioni l'arma principale della mafia perché caratterizzata dal silenzio, dal coinvolgimento del destinatario [...]». Così L. VIOLANTE, *Corruzione e mafia*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994.

⁶ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2012, p. 198.

delle infrastrutture⁷. L'Italia, infatti, è stata negli ultimi anni teatro di grandi opere pubbliche⁸; in queste occasioni aumenta vertiginosamente il rischio di corruzione in quanto «le risorse in gioco sono cospicue, il rischio di corruzione e infiltrazioni criminali è particolarmente elevato. Anche il rischio di collusione è peraltro elevato dal momento che solo pochi prestatori sono in grado di fornire le opere, le forniture e i servizi interessati»⁹.

Attraverso tale *modus operandi*, la scelta del contraente non riflette più, dunque, i principi di imparzialità, di merito e di concorrenzialità ai quali si ispirano le procedure ufficiali, poiché l'individuazione del beneficiario privato scaturisce da un accordo illecito.

⁷ «La realizzazione di alcune grandi infrastrutture ha confermato numerose criticità, quali le carenze nella progettazione e l'apposizione di numerose varianti e riserve. Anche a causa di lunghi e complessi contenziosi, molte opere si sono “arenate” e non hanno ancora visto la luce. Tra queste figurano rilevanti infrastrutture viarie pensate per lo sviluppo del Mezzogiorno. È il caso dell'anello ferroviario di Palermo che, messo a bando nel giugno 2006, nell'ottobre 2015 registrava un avanzamento fisico pari al 3% dell'importo dei lavori, e dell'autostrada A14 Bologna-Taranto, per la quale sono stati sottoscritti ben tre accordi transattivi. Diffuse anomalie sono state rilevate in relazione ad altre reti ferroviarie come l'Alta Velocità a Firenze e la Metro C di Roma» (Intervento del Presidente dell'ANAC, Relazione annuale ANAC, Roma, 14 luglio 2016). In termini, anche L. GIAMPAOLINO, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistemiche: dalla iper-regolamentazione all'invasività giudiziaria. La corruzione e i “quattro pilastri” per la sua lotta: l'etica, la trasparenza attraverso l'uso dell'ICT, la semplificazione e il controllo, Lectio Magistralis*, tenuta a Napoli, il 6 maggio 2011 nell'ambito del Convegno “Grandi infrastrutture e opere per lo sviluppo locale: garanzie e risultati”, disponibile su www.giustamm.it.

⁸ Si pensi alle Grandi opere di costruzione come quelle per la ricostruzione a l'Aquila dopo il terremoto del 2009, per l'Expo Milano 2015 o per la futura linea ferroviaria ad alta velocità Torino - Lione sono viste, nella sfera pubblica, come particolarmente esposte al rischio di distrazione di fondi pubblici e infiltrazioni criminali.

⁹ Commissione UE, Rapporto Anti-Corruzione 3.2.2014 – COM (2014) 38 final.

L'importanza del tema della corruzione, e nella specie della sua prevenzione, nel settore degli appalti pubblici è, dunque, indubbiamente connessa alla sua dimensione economica¹⁰. È evidente, infatti, che gli interessi finanziari in gioco e l'interazione tra il settore pubblico e quello privato fanno delle procedure ad evidenza pubblica un'area in cui risulta particolarmente elevato il rischio che si registrino fenomeni corruttivi, con ripercussioni sullo sviluppo della concorrenza e del libero mercato.

E ciò in quanto – come evidente – la domanda pubblica di beni, lavori e servizi indirizzata a soddisfare le necessità della società civile ha un altissimo impatto economico in ragione, in primo luogo, della sua rilevanza quantitativa¹¹.

Vari sono i fattori congeniti del sistema che facilitano il fenomeno corruttivo: così la forte polverizzazione della domanda in capo a una molteplicità di pubbliche amministrazioni e organismi di diritto pubblico, più facilmente sottratti ai controlli e alle regole previste dalla disciplina

¹⁰ Risultano abbandonati, almeno ufficialmente, i tentativi di evidenziare il costo che la corruzione comporta nel mercato. Il Presidente dell'ANAC nel suo intervento tenuto in occasione della Relazione annuale (14 luglio 2016) ha evidenziato come: «Non si tenterà, invece, neanche di sfiorare la questione, da più parti sollevata, se la corruzione sia o meno in aumento e se la celebre stima di costo di 60 miliardi di euro sia realistica; si tratta, infatti, di interrogativi che, pur legittimi, non trovano a oggi risposte affidabili, anche per la mancanza di dati scientificamente validati».

¹¹ Nonostante molti siano i tentativi di misurare i costi della corruzione, è stato evidenziato che «Non è facile fornire dati sulla corruzione nel settore dei contratti pubblici, dal momento che si tratta, ovviamente, di un fenomeno nascosto e non misurabile nel suo complesso», G. FIDONE, *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Atti del Convegno organizzato da italiadecide ed AEQUA, 9.11.2015, Camera dei deputati; lo stesso Presidente dell'ANAC, nel corso della sua ultima Relazione annuale 2015, ha sottolineato come non appare proficuo oramai evidenziare i costi che il fenomeno corruttivo nel settore degli appalti produce, essendo gli stessi ormai da tempo noti, dovendosi, piuttosto, soffermare sui rimedi preventivi del fenomeno e sull'efficacia degli stessi.

nazionale; la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici. È stato già fatto notare, inoltre, che vi è una diretta relazione tra la mancanza di trasparenza dell'azione dei committenti e la mancata sottoposizione della stessa ad adeguati controlli (resi più difficili dalla scarsità di informazioni del controllore, dalla complessità dei contratti e dalla inefficacia dei poteri dello stesso controllore), da un lato, e la crescita del rischio corruttivo, dall'altro¹².

Ma le procedure ad evidenza pubblica giocano anche, sotto altro aspetto, un rilevante impatto qualitativo in quanto le stesse sono in grado di influenzare, positivamente o negativamente, la stessa competitività del sistema economico nazionale, stimolandone la produttività e il *welfare*.

In effetti, i dati provenienti anche dalle organizzazioni internazionali e da quelle europee danno evidenza di un quadro generale allarmante, indicando l'Italia come uno dei paesi europei in cui è più diffuso il fenomeno corruttivo nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica.

Transparency International, come anticipato, nel *Corruption Perceptions Index*¹³ colloca l'Italia regolarmente agli ultimi posti in Europa, e pur essendo vero che le sue

¹² G. FIDONE, *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a.*, op. cit.

¹³ Il CPI o Indice di Percezione della Corruzione è un indice che determina la percezione della corruzione nel settore pubblico e nella politica in numerosi Paesi nel mondo, attribuendo a ciascuna Nazione un voto che varia da 0 (massima corruzione) a 100 (assenza di corruzione). Si tratta di un indice composito, ottenuto sulla base di varie interviste/ricerche somministrate ad esperti del mondo degli affari e a prestigiose istituzioni. La metodologia viene modificata ogni anno al fine di riuscire a dare uno spaccato sempre più attendibile delle realtà locali. Le ricerche vengono svolte da Università o Centri di Studio, su incarico di Transparency International.

classifiche sono contestate perché basate su opinioni e non su numeri, è altrettanto vero che quegli stessi valori sono utilizzati dalla Commissione europea, della World Bank e dell'Ocse nella redazione dei *report* a dimostrazione, dunque, del peso attribuiti a quei dati.

Gli stessi dati condizionano così gli investimenti esteri e, conseguentemente, il “rating di reputazione” pesa sempre più nell'economia tanto che lo stesso è entrato oggi nel nuovo Codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016). Anche nel *Corruption Perceptions Index 2015*, l'Italia continua a essere uno dei paesi più corrotti d'Europa¹⁴.

Nel rapporto UE del 3 febbraio 2014¹⁵, sulla lotta alla corruzione, è stata affermata la necessità di un ricorso sistematico a una valutazione dei rischi di corruzione negli appalti pubblici.

Tra i diversi punti evidenziati dal rapporto emerge quello di sviluppare idonee valutazioni dei rischi da parte degli organismi di controllo degli appalti pubblici, a prescindere dalla loro natura istituzionale, con il supporto dei servizi addetti alla repressione o delle Agenzie di lotta alla corruzione per l'integrità.

È opportuno, dunque, in questo ambito garantire la centralizzazione dei dati sulle pratiche e sulle tendenze rilevate in materia di corruzione, compresi i conflitti di interessi ed il

¹⁴ Secondo il nuovo rapporto l'Italia, con i suoi 44 punti (lo scorso anno erano 43), si colloca al 61esimo posto tra le 168 nazioni censite, penultima nella lista dei 28 membri dell'Unione Europea, dove si piazzano meglio del belpaese sia Grecia che Romania (entrambe con 46 punti), mentre fa peggio la sola Bulgaria (41 punti).

¹⁵ Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione», Bruxelles, 3.2.2014 COM(2014) 38 final, ANNEX 12.

c.d. *pantouflage* (cioè il passaggio di alti funzionari statali a imprese private).

Alla luce di quanto detto, pertanto, occorre elaborare, sulla base delle valutazioni dei rischi, delle misure *ad hoc* per quei settori che presentano una particolare vulnerabilità e per quelle tipologie di irregolarità più frequentemente individuate durante o in seguito all'aggiudicazione degli appalti¹⁶.

Tra le altre misure indicate, nel rapporto UE, da segnalare sono:

- l'applicazione di elevati *standard* per la trasparenza in ogni fase del ciclo di approvvigionamento e durante la fase di esecuzione dei contratti;
- stabilire norme minime comuni di trasparenza applicabili ai livelli delle Amministrazioni regionali e locali, sia per le procedure di affidamento che per la fase di esecuzione dei contratti pubblici;
- valutare di pubblicare i dati dei contratti pubblici ovvero di garantire la pubblica informazione sui contratti, in particolare per quanto riguarda i diritti e le obbligazioni reciproche tra le parti nonché le clausole penali, a meno che ciò non sia da escludere per giustificati motivi di riservatezza oppure per determinate clausole contrattuali;
- migliorare la trasparenza sugli appalti pubblici prima e dopo la loro aggiudicazione, attraverso la pubblicazione *on-line*, a tutti i livelli (centrale, regionale e locale) della pubblica

¹⁶ È, inoltre, necessaria una personalizzazione delle misure di prevenzione, nel senso che è necessario attuare misure anti-corruzione calibrate sulle Amministrazioni regionali e locali; in altre parole, la valutazione dei rischi potrebbe anche utilmente tener conto delle debolezze proprie di questi livelli di governo.

amministrazione, dei conti e dei bilanci annuali nonché dei costi per lavori, servizi e forniture;

- garantire la massima trasparenza delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici gestiti da imprese pubbliche, nonché delle procedure relative ai partenariati pubblico-privato;

- rafforzare i meccanismi di controllo interno ai fini di prevenzione e individuazione delle pratiche corruttive e dei conflitti di interesse;

- sviluppare un quadro metodologico solido e coerente per i controlli anti-corrruzione e anti-conflitto di interessi nel corso del ciclo di vita degli appalti.

Nonostante sia scontato che tali fenomeni corruttivi trovano un terreno particolarmente fertile nei contratti pubblici, la legislazione anticorrruzione dei precedenti anni conteneva, in proporzione al fenomeno, solo poche previsioni specificamente dedicate a questo settore dell'attività amministrativa¹⁷.

Invero, sono stati mossi dubbi proprio riguardo alla stessa efficacia ai fini della prevenzione della corruzione in tale settore e ciò in quanto, in questo specifico ambito di intervento, è stato fatto notare come, se è vero che in generale gli strumenti offerti dal diritto non possono mai essere interamente risolutivi del problema, il fenomeno si riallaccia a una più ampia questione culturale e morale¹⁸.

¹⁷ G. MANFREDI, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, 7, 749.

¹⁸ Il Presidente Cantone, nella Relazione annuale (14 luglio 2016) ha appunto evidenziato come «Oltre all'attività repressiva, svolta egregiamente dalla magistratura, sono necessari un'efficace azione di prevenzione da parte di tutti gli attori in campo e un cambiamento culturale da parte di cittadini, imprese e amministrazioni pubbliche. Mi sento di poter affermare che iniziano ad intravedersi le prime tracce degli "anticorpi" che si stanno

Nondimeno, gli strumenti giuridici possono avere una loro utilità se vengono emanate quelle che Beccaria avrebbe definito leggi non paurose ma “*prevenitrici dei delitti*”¹⁹, e dunque se il problema viene risolto alla radice, e si cerca di porre rimedio a quegli aspetti dell’ordinamento vigente che maggiormente agevolano i fenomeni corruttivi.

Il regime di trasparenza²⁰ e anticorruzione, previsto in tema di contratti pubblici negli anni precedenti, tuttavia, lasciava a desiderare per diversi aspetti: in primo luogo, perché riguarda un novero di atti abbastanza ristretto²¹; inoltre, affrontava il tema in maniera asistemica²².

Perplessità erano suscitate anche dalla clausola contenuta nell’art. 1 della L. n. 190 per cui «le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il

inserendo nel sistema”. E, ancora, sempre nella Relazione Annuale 2016 dell’ANAC (14 luglio 2016, Roma, Senato della Repubblica) si legge “In generale, ogni azione messa in campo dall’Autorità testimonia come la prevenzione della corruzione debba attuarsi non soltanto con leggi e provvedimenti repressivi, ma anche attraverso una partecipazione attiva e consapevole dei cittadini, con azioni concrete ed efficaci volte a promuovere una nuova cultura e, soprattutto, ad educare al “rispetto delle regole”, «perché solo così possiamo essere liberi di essere chi vogliamo nel rispetto degli altri». In termini anche, F. MANGANARO, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n. 11-2014, secondo cui «il danno maggiore causato dalla corruzione è la sfiducia dei cittadini nelle istituzioni pubbliche e, perciò, il rischio di un’implosione dei sistemi democratici, ritenuti intrinsecamente e ineluttabilmente corrotti».

¹⁹ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1764.

²⁰ Per una valutazione complessiva del regime di trasparenza *ex d.lgs. n. 33/2013* si veda l’analisi di E. CARLONI, *L’amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell’open government*, Rimini, 2014.

²¹ Cfr. F. MERLONI, Intervento al seminario *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione*, in iuspublicum.com.

²² F. LOMBARDO, *Il rischio di corruzione negli appalti dal punto di vista della magistratura contabile*, in www.cameraamministrativaromana.it. L’a. sottolinea come nonostante l’asistematicità di fondo delle norme finora intervenute in tema di prevenzione della corruzione, «la logica di fondo è ispirata da alcune idee utili a prevenire il fenomeno corruttivo negli appalti pubblici (inasprimento delle sanzioni, maggiori controlli sui centri di spesa degli enti locali, modifiche ad alcune norme “sensibili” del Codice dei contratti pubblici)».

mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara». E ciò in quanto i patti, o protocolli, rappresentano uno strumento ideato da *Transparency International* per prevenire la corruzione nel settore che qui interessa, e che consiste nella predisposizione di convenzioni che obbligano i concorrenti a una gara ad adempimenti più stringenti rispetto a quelli previsti *ex lege*, a pena di esclusione dalla procedura e dell'incameramento della cauzione provvisoria²³.

Negli ultimi anni molti sono stati gli interventi normativi in materia.

La *ratio* dei richiamati interventi legislativi, succedutisi a breve distanza di tempo, risulta quella di dare massima attuazione ai principi di concorrenza e di *par condicio* - divenuti sempre più principi ispiratori della disciplina comunitaria degli appalti pubblici - e quindi di rendere obbligatorio il ricorso alle procedure di evidenza pubblica ai fini della scelta del contraente, salvi i casi, eccezionali e dunque di stretta interpretazione, consentiti dal legislatore comunitario.

Significativo dello stretto collegamento del fenomeno della corruzione con il settore dei contratti pubblici è il comma 16 dell'art. 1 della citata legge n. 190 del 2012, per cui le pubbliche amministrazioni assicurano il livello essenziale della trasparenza dell'attività amministrativa con particolare riferimento, tra l'altro, ai procedimenti di evidenza pubblica per la scelta del contraente, alla medesima stregua di quanto richiesto per la concessione ed erogazione di sovvenzioni,

²³ V. G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125 ss.

contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati.

L'interrogativo a cui di tenterà di dare risposta, dunque, concerne proprio l'efficacia o meno dei più recenti strumenti di prevenzione della corruzione contenuti negli ultimi interventi normativi, primi fra tutti certamente il Nuovo Codice dei contratti pubblici.

Nel tentare di ottenere la risposta a tale quesito ci si soffermerà nelle pagine che seguono sull'individuazione dei maggiori fattori corruttivi della procedura ad evidenza pubblica, per poi analizzare gli strumenti che il d.lgs. n. 50/2016 ha inteso predisporre nell'ottica della prevenzione e, all'esito di detta analisi, rispondere al quesito posto.

2. Fattori corruttivi nel settore dei contratti pubblici

La stessa ANAC, nella relazione annuale sull'attività svolta dall'Autorità nel 2015, ha evidenziato alcune situazioni maggiormente esposte al rischio corruttivo nel settore degli appalti. L'Autorità, infatti, ha rilevato che «Il controllo sugli appalti ha confermato le ormai storiche disfunzioni e criticità tra cui le carenze nella progettazione, l'elevata frequenza delle varianti e delle riserve, l'utilizzo ripetuto delle proroghe per taluni servizi del settore sanitario, la gestione frammentata dei rifiuti o ancora il mancato rispetto dei principi di concorrenza e trasparenza in molte procedure, anche in ambiti di particolare rilievo come quello dei servizi portuali e aeroportuali».

Quelli elencati dall'ANAC rappresentano soltanto alcuni dei fattori corruttivi che animano le procedure ad evidenza

pubblica e a cui, come si tenterà di dimostrare, il Nuovo Codice dei contratti ha inteso porre rimedio.

La regolamentazione preventiva degli ultimi anni si è mossa nel senso di prevedere, da un lato, la più ampia partecipazione possibile degli offerenti alle gare pubbliche, dall'altro, nell'ottica di una sempre maggiore garanzia della trasparenza degli affidamenti.

Dunque, primi passi sono stati compiuti sia a livello nazionale che a livello comunitario, nel tentativo non solo di regolamentare nuovamente la materia della contrattazione pubblica, già oggetto di numerosi interventi, ma anche di creare una politica di prevenzione uniforme in tutti gli Stati membri.

Ad ogni modo, numerose sono le perplessità e le problematiche riscontrabili nel sistema.

Di seguito, si ricostruiranno, senza pretesa di esaustività, alcuni dei principali fattori di rischio del settore degli appalti pubblici, a partire da problematiche di sistema, sino ad analizzare singoli istituti considerati maggiormente a rischio corruttivo. Successivamente, per ognuno dei rilevati profili di criticità, si analizzerà il nuovo apparato normativo disegnato dal Nuovo Codice e, dunque, si vedrà come il d.lgs. n. 50/2016 ha inteso risolvere ognuno dei rischi corruttivi analizzati.

a) Iper-regolamentazione normativa

Probabilmente – e questo, invero, è un aspetto che accomuna più ambiti di disciplina – ciò che più favorisce i fenomeni corruttivi è il disordine normativo: «troppe norme irrigidiscono il sistema, inducendo i cittadini a violarle e offrendo ai controllori occasioni di ricatto. Il disordine normativo consente di scegliere la disciplina da applicare,

favorendo la corruzione. Se le norme sono incerte, la loro applicazione è arbitraria: le interpretazioni più favorevoli si possono dare per gli amici o per i corruttori, quelle più rigide si oppongono agli altri»²⁴.

Già Tacito metteva in guardia che «moltissime sono le leggi quando lo Stato è corrotto»²⁵.

Economisti e giuristi denunciano i vorticosi cambiamenti delle regole e il moltiplicarsi di regimi in deroga come fattore di scarsa trasparenza²⁶, aumento di costi e contenzioso, rallentamento dell'economia, tanto che si è parlato di «selva oscura dei 100 mila codici»²⁷.

La continua produzione normativa e la repentina modifica delle disposizioni normative, inoltre, non fanno altro che

²⁴ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 41. In argomento cfr. anche M. MACCHIA, *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere amministrativo*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2014, 97 ss. Sul disordine normativo nel nostro ordinamento v., in generale, B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, 2011, e M. AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma- Bari, 1997. Eminentissimi analisti delle politiche pubbliche hanno da tempo evidenziato che «l'imponente stratificazione di norme regionali, statali, comunitarie che negli ultimi decenni ha caratterizzato la regolazione delle procedure di contrattazione pubblica in Italia si è tradotta nella sperimentazione di un vasto campionario di meccanismi di programmazione, aggiudicazione e gestione degli appalti, ma nessun di essi si è dimostrato impermeabile alla corruzione», così A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in COMPORTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, 2011, p. 274.

²⁵ TACITO, *Corruptissima re publica plurimae leges*, Annales, Libro III, 27.

²⁶ Il legame tra disordine normativo e proliferarsi della corruzione è stato evidenziato già da tempo: l'iper-regolamentazione costituiva già uno dei cinque punti del Comitato di studio sulla prevenzione della Corruzione, nominato nel 1996 dal Presidente della Camera dei deputati e presieduto da Sabino Cassese. Già il predetto rapporto individuava alcuni strumenti risolutivi del problema tra cui l'AIR, la delegificazione, la codificazione e tra la semplificazione normativa. In termini, v. B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze*, cit.

²⁷ M. AINIS, *La selva oscura dei 100mila codici*, in *La Repubblica*, 24.8.2016.

fisiologicamente aggravare tale disordine: il che spesso ha condotto alla «convinzione che, fatta una legge che disponeva in un modo, bisognava aspettarsi a brevissima scadenza la legge che la revocava. Il famoso motto di caserma che non bisogna mai obbedire all'ordine in attesa del contrordine è entrato nel campo legislativo»²⁸.

Innanzitutto, dal punto di vista organizzativo ed istituzionale, si assiste a una nuova configurazione sempre più accentuata dell'ordinamento come un ordinamento pluristituzionale, anche nel campo delle procedure ad evidenza pubblica, nel quale diversi ed equiordinati soggetti agiscono in esso, emanando norme ed adottando provvedimenti, sempre più numerosi e talvolta collidenti, dando luogo, altresì, ad una iperregolamentazione, di vario livello, che si ripercuote sulla stessa attività amministrativa sempre più bisognevole di semplificazione e chiarezza.

E ciò in quanto, non può non evidenziarsi, disordine e instabilità normativa sembrano quasi un connotato della disciplina dei contratti pubblici: è stato, infatti, calcolato che il «vecchio codice in dieci anni è stato modificato infinite volte con 52 atti normativi e sei regolamenti comunitari, nonostante la clausola di salvaguardia contenuta al suo interno»²⁹.

²⁸ P. CALAMANDREI, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma-Bari, 2013, 53: nonostante l'autore faceva riferimento alla legislazione del ventennio totalitario, l'affermazione purtroppo può attagliarsi anche alla produzione normativa odierna.

²⁹ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. L'autrice evidenzia come «Si ricordano, oltre ai tre decreti legislativi correttivi (rispettivamente: d.lgs. n. 6/2007; 113/2007; 152/2008), i seguenti 49 provvedimenti normativi statali modificativi, per un totale di 52: d.l. n. 173/2006; l. n. 296/2006; d.P.R. n. 90/2007; l. n. 123/2007; l. n. 124/2007; l. n. 244/2007; d.l. n. 207/2008; d.l. n. 78/2009; l. n. 69/2009; l. n. 94/2009; l. n. 99/2009; d.l. n. 135/2009; d.lgs. n. 53/2010; d.lgs. n. 104/2010; d.l. n. 34/2011; d.l. n. 70/2011; d.lgs. n. 58/2011; d.l. n. 95/2011; l. n. 180/2011;

La iper-regolamentazione determina un irrigidimento della materia, in un settore - quello dei contratti pubblici - caratterizzato, invece, da un mercato dinamico che richiede, al contrario, strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità.

Il rischio di una iper-regolamentazione della materia non risulta, peraltro, in linea con gli obiettivi di semplificazione e razionalizzazione della disciplina in materia di procedure ad evidenza pubblica perseguito dal legislatore comunitario che costituiscono, come noto, la base del nostro impianto in materia³⁰.

Per cui la via maestra per combattere i fenomeni di malversazione consiste nella semplificazione normativa (anche

d.lgs. n. 195/2011; d.l. n. 201/2011; d.lgs. n. 208/2011; d.l. n. 1/2012; l. n. 3/2012; d.l. n. 5/2012; d.l. n. 16/2012; d.l. n. 52/2012; d.l. n. 83/2012; d.l. n. 95/2012; d.lgs. n. 169/2012; d.l. n. 179/2012; l. n. 190/2012; d.l. n. 35/2013; d.l. n. 69/2013; d.l. n. 101/2013; d.l. n. 145/2013; l. n. 147/2013; d.l. n. 150/2013; d.l. n. 47/2014; d.l. n. 64/2014; d.l. n. 66/2014; d.l. n. 83/2014; d.l. n. 90/2014; d.l. n. 91/2014; d.l. n. 133/2014; l. n. 161/2014; d.l. n. 192/2014; d.l. n. 210/2015; l. n. 221/2015. Inoltre le soglie sono state modificate dai seguenti regolamenti comunitari: 1422/2007; 1177/2009; 1251/2011; 1336/2013; 2341/2015; 2341/2015». G.D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015, 3 ss. L'a. ricorda che, quando si è voluto attuare le direttive comunitarie nel Codice dei contratti pubblici «dai complessivi 150 articoli e 38 allegati delle direttive nn. 17 e 18 sono venuti fuori un codice di 257 articoli ed un regolamento di altri 359 articoli, per un totale di 616 articoli e 58 allegati, modificati almeno 44 volte in sette anni e derogati con riferimento ad ipotesi speciali 7; contro i circa 300 di Spagna e Francia, i 49 della Gran Bretagna, i 38 della Germania». Ma sul punto v. anche G.M. RACCA, *Intervento al seminario Appalti pubblici*, cit.

³⁰ È stato evidenziato, come lo stesso problema della iper-regolamentazione induce a riflessioni più incisive e sistemiche. Ci si è chiesti, in questo senso, se possa dirsi valido un sistema nel quale, data la natura prevalentemente pubblica delle risorse investite nell'ambito degli appalti, le regole sull'uso delle medesime risorse debbano essere poste dalla stessa parte pubblica. Se, infatti, le regole del settore sono poste in favore del mercato e della concorrenza c'è da chiedersi se non sia preferibile un sistema in cui le regole vengano emanate dalle Autorità indipendenti volte a garantire la parità delle armi. Sul punto L. GIAMPAOLINO, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche*, cit.

senza giungere a testi normativi stringati come quelli tedeschi o britannici).

Peraltro, in questa direzione da ultimo si è indirizzata la legge delega n. 11/2016, in particolare perché, tra i criteri da seguire nell'esercizio della delega al Governo per l'adozione di un decreto legislativo inteso ad attuare le direttive europee del 2014 in tema di appalti e concessioni, prevede innanzitutto il «divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive, come definiti dall'articolo 14, commi 24-ter e 24-quater, della legge 28 novembre 2005, n. 246» (art. 1 lett. a))³¹. Invero sul richiamato divieto di *gold plating*³² la dottrina è stata molto critica³³, mentre il Consiglio di Stato ha ritenuto ragionevole il divieto imposto evidenziando come lo stesso vada «rettamente interpretato in una prospettiva di riduzione degli “oneri non necessari” e non anche in una prospettiva di abbassamento del

³¹ Il comma 24 ter dell'art. 1 della l. n. 246/2005 (su cui v. L. CUOCOLO, *Aspetti problematici della legge di semplificazione per il 2005*, in *associazione deicostituzionalisti.it*) dispone che «costituiscono livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive comunitarie: a) l'introduzione o il mantenimento di requisiti, standard, obblighi e oneri non strettamente necessari per l'attuazione delle direttive; b) l'estensione dell'ambito soggettivo o oggettivo di applicazione delle regole rispetto a quanto previsto dalle direttive, ove comporti maggiori oneri amministrativi per i destinatari; c) l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più gravosi o complessi di quelli strettamente necessarie per l'attuazione delle direttive».

³² Il parere del Consiglio di Stato n. 855/2016 sullo schema di codice ha chiarito che il divieto di *gold plating* va inteso «in una prospettiva di riduzione della “oneri non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive. Così, in termini generali, il maggior rigore nel recepimento delle direttive deve, da un lato, ritenersi consentito nella misura in cui non si traduce in un ostacolo ingiustificato alla concorrenza; dall'altro lato ritenersi giustificato (quando non imposto) dalla salvaguardia di interessi e valori costituzionali, ovvero enunciati nell'art. 36 del TFUE».

³³ G. BRUZZONE, M. CASSELLA, R. MARZULLI, *Il divieto di gold plating*, in A. PAJNO- L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit.

livello di quelle garanzie salvaguardano altri valori costituzionali in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive».

Di contro, è stato fatto notare come tali accuse non possono essere condivise nella misura in cui il Trattato sull'Unione consente di porre limite alla concorrenza per tutelare interessi di altri Stati membri e, dunque, la competitività non può assurgere a valore preminente rispetto all'eguaglianza sostanziale³⁴.

Laddove poi la semplificazione normativa non sia possibile (o comunque laddove non venga praticata) ben vengano le misure di semplificazione amministrativa che possono attenuare le ricadute nefaste del disordine normativo.

Ad esempio, tramite interventi quale la modifica dell'ormai abrogato art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 che aveva introdotto la regola della tassatività delle cause di esclusione: oppure la modifica all'art. 38 del medesimo decreto legislativo, recata dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014, che aveva reso possibile la regolarizzazione anche delle dichiarazioni sostitutive in tema di moralità professionale³⁵.

b) Utilizzo degli strumenti emergenziali

Il fenomeno di ipertrofia normativa in esame ha dato adito, inoltre, ad un eccessivo ricorso alla c.d. “legislazione emergenziale” con l'intento preciso di “bypassare” i numerosi vincoli e adempimenti richiesti dalla normativa di settore. Da

³⁴ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, cit.

³⁵ *Ex multis*, S. FOÀ, *Le novità del d.l. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11/2014, p. 1147.

qui, altresì, il sorgere e l'incrementarsi di una "normativa in deroga", foriera – come l'esperienza insegna – di gravi disfunzioni amministrative, economiche e di costume.

Uno dei maggiori rischi corruttivi certamente è rappresentato dall'uso eccessivo degli strumenti emergenziali, in situazioni che, probabilmente, non presentano quel carattere di estrema necessità ed urgenza alla sola presenza delle quali sarebbe consentito attivare procedure "speciali".

Nel settore dei contratti pubblici, dunque, in un'ottica di prevenzione della corruzione, potrebbero ottenersi risultati soddisfacenti probabilmente in primo luogo limitando l'impiego degli strumenti emergenziali che consentono affidamenti in deroga alle regole generali.

In alcuni casi, si è abusato del concetto stesso di urgenza, allargato fino a ricomprendere eventi non eccezionali né imprevedibili (es. l'art. 5-*bis*, comma 5, del d.l. 7.09.2001, n. 343, convertito in l. 9.11.2001, n. 401 – oggi abrogato – equiparava i grandi eventi alle calamità naturali, portando a diversi scandali come quelli dei mondiali di nuoto a Roma nel 2009, del G8 alla Maddalena nonché per i festeggiamenti per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia).

In tali casi sono stati stipulati contratti tramite l'impiego dei poteri di ordinanza di protezione civile "*in deroga ad ogni disposizione vigente*" ex lege n. 225 del 1992, soprattutto dopo che il comma 5 dell'art. 5 *bis* della L. n. 401 del 2001 di conversione del D.L. n. 343 del 2001 aveva consentito l'impiego di detti poteri pure per i "grandi eventi" che fossero «diversi da quelli per i quali si rende necessaria la delibera dello stato d'emergenza».

Sicché, dopo che per molto tempo i poteri di ordinanza erano stati utilizzati anche a fronte di situazioni di urgenza create dall'inerzia o dall'inefficienza della stessa pubblica amministrazione, a partire dal 2001 essi potevano venire utilizzati finanche a fronte di eventi che non avevano quel carattere emergenziale³⁶.

A porre un freno alle tendenze alla “normalizzazione” dell'impiego dei poteri emergenziali che nella prassi amministrativa parevano ormai inarrestabili è intervenuta la sentenza della Corte Cost. n. 115/2011 e, successivamente, il d.l. n. 1 del 2012, convertito nella l. n. 27 del 2012, che ha abrogato la clausola della l. n. 401 sui “grandi eventi”³⁷.

Sebbene, dunque, il Codice dei contratti pubblici e le Direttive europee assicurino un'adeguata trasparenza dell'azione amministrativa in fase di aggiudicazione, corredata da opportuni controlli, vi sono casi in cui queste disposizioni vengono “legittimamente” derogate in nome di principi o esigenze

stica e appalti, 2014, 1147 ss.

³⁶ V.F. MERLONI, *Intervento*, cit. Come esempio delle tendenze in materia nello scorso decennio si può far riferimento all'ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri n. 3377, del 22 settembre 2004, che aveva impiegato i poteri emergenziali *ex lege* n. 225/1992 addirittura per la pre-regata della Coppa America, citata da M. GNES, *Limiti e tendenze dei poteri di urgenza*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, 2006, 213.

³⁷ In proposito G. MANFREDI, *Poteri di ordinanza, legalità, “stato governativo”*, in *Amministrare*, 2013, 407 ss. La normalizzazione dell'emergenza peraltro dà il titolo al saggio di A. CARDONE, *La “normalizzazione” dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, 2011. In alcuni casi, si abusa del concetto di urgenza, che viene allargato fino a ricomprendere eventi non eccezionali né imprevedibili (es. l'art. 5-bis, comma 5, del d.l. 7.09.2001, n. 343, convertito in l. 9.11.2001, n. 401 – oggi abrogato – equiparava i grandi eventi alle calamità naturali, portando a diversi scandali come quelli dei mondiali di nuoto a Roma nel 2009, del G8 alla Maddalena nonché per i festeggiamenti per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia); in altri casi, interventi dettati da effettiva urgenza portano all'adozione di apposite leggi speciali, ma, poi, nella pratica, si traducono in operazioni protratte per anni, ben oltre l'esigenza del momento, come avvenuto nel caso del Mose.

considerati superiori. È ovvio che tali deroghe per situazioni di urgenza o emergenza (o presunte tali) permettono all'Amministrazione di agire in maniera meno trasparente a causa della necessità di un intervento tempestivo e rapido.

Oltre alla mancanza di legittimità del ricorso a tali procedure in numerosi casi registrati, tale prassi ha pregiudicato fortemente il principio d'imparzialità e trasparenza nell'esercizio dei poteri amministrativi e ha rappresentato, altresì, un elemento di alta vulnerabilità del sistema, esponendolo a fenomeni illeciti di scambi occulti di beni e risorse pubbliche a danno del pubblico erario.

c) Elevato numero delle stazioni appaltanti

Il mancato, o insufficiente, controllo sulla corruzione in materia di appalti deriva, oltretutto, dall'elevato numero delle stazioni appaltanti, stimato in circa 30.000 dall'Autorità Anticorruzione³⁸. Questa ampia frammentazione pesa sia per la scarsa capacità professionale degli operatori delle stazioni appaltanti di dimensioni minori sia perché il livello territoriale dei centri di spesa – in genere aventi carattere comunale – è prossimo ai cittadini e quindi assai permeabile alle pratiche corruttive.

A ciò aggiungasi che l'indicata polverizzazione è anche conseguenza del difetto di competenze specialistiche, sia tecniche che amministrative, delle stazioni appaltanti spesso

³⁸ Cons. St., Adunanza della Commissione speciale, del 21 marzo 2016 parla di 32.000 circa stazioni appaltanti; l'AVCP in A.S. n. 1 del 2012, Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici, atto di segnalazione ai sensi dell'art. 6, c. 7, lett. f), d.lgs. n. 163/2006 ne conta, invece, 37.000.

sprovviste di strutture tecniche idonee a seguire adeguatamente l'attività di programmazione e progettuale.

Ma, oltre ad essere fonte di tali forme di inefficienze, è plausibile che l'eccessiva frammentazione delle stazioni appaltanti costituisca un anello debole del sistema di controllo in quanto ad alto rischio di permeabilità da parte della criminalità organizzata che, in un determinato territorio, può facilmente interferire su una stazione appaltante di dimensioni contenute.

Per ovviare a questo problema, negli ultimi tempi il Legislatore, con recenti interventi normativi, mira a promuovere l'accentramento delle gare per l'affidamento di contratti pubblici attraverso l'uso delle centrali di committenza³⁹, riducendo così il numero delle stazioni appaltanti⁴⁰, allo scopo di ottenere prezzi migliori e, allo stesso tempo, limitare possibili tentativi di corruzione (certamente più facilmente commessi all'interno di piccole realtà locali)⁴¹.

La centralizzazione della committenza è considerata la via principale per l'ottimizzazione degli approvvigionamenti⁴², la

³⁹ È lo stesso legislatore europeo che afferma la rilevanza delle centrali di committenza atteso che tali tecniche possono costituire un utile strumento per favorire la concorrenza e professionalizzare la commessa pubblica. A tal fine prevede una definizione di "centrale di committenza" intesa come un'amministrazione aggiudicatrice che fornisce attività di centralizzazione delle committenze e attività di committenze ausiliarie (considerando n. 69 della Dir. 24/2014).

⁴⁰ Il Presidente dell'ANAC Cantone ha ribadito come «la riduzione non deve venire fuori da un'operazione aritmetica. Bisogna selezionare le stazioni appaltanti in base alle competenze e alle capacità effettive di gestire le gare», in *Edilizia e Territorio*, Il Sole 24 ore, 15 luglio 2015.

⁴¹ L. DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti, ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 80, 2016, Banca d'Italia, p. 110; C. PANETTA, *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *www.giustamm.it*, n. 7/2016.

⁴² Molti autori hanno sottolineato come l'aggregazione delle stazioni appaltanti può assicurare miglioramenti in termini di una maggiore qualità ed efficienza delle Pubbliche Amministrazioni nel settore dei contratti pubblici. In tal senso, si vedano, *ex multis*, B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione*

maggior qualità degli acquisti e, in generale, per contrastare le inefficienze derivanti dalla diffusa inadeguatezza di alcune stazioni appaltanti⁴³, come per esempio gli enti locali di piccole dimensioni; i modelli accentrati, infatti, permettono sia di creare economie di scala considerando i rilevanti volumi di spesa in grado di incidere fortemente sull'offerta del mercato, sia un innalzamento del livello di qualità delle procedure di gara strettamente dipendente dalla maggior professionalizzazione dei soggetti aggregatori⁴⁴.

È stato rimarcato come l'obiettivo di riduzione del numero delle stazioni appaltanti attraverso la promozione dell'aggregazione della domanda rappresenta un percorso certamente efficace, ma che deve essere effettuato con cautela e ciò in quanto, se certamente i vantaggi in termini di maggior qualità e professionalità delle Stazioni appaltanti sono

delle committenze, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 5/2016, p. 613; R. CAVALLO PERIN, G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 325-354; G. M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2014.

⁴³ Il Consiglio di Stato, nel parere reso sulla bozza del Nuovo Codice ha sottolineato come «Sono state operate scelte innovative in una prospettiva di efficienza, semplificazione, maggior efficacia dei controlli. Invero, le nuove procedure e criteri di affidamento, particolarmente innovativi – si pensi al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione, alla offerta economicamente più vantaggiosa – richiedono stazioni appaltanti competenti e specializzate, che padroneggino gli strumenti e siano in grado di governare le procedure. Tali livelli di efficienza possono raggiungersi solo in capo ad amministrazioni di adeguate dimensioni, con un corpo di dipendenti specificamente dedicato, formato e costantemente aggiornato. Sicché, la sfida di competitività affidata alle nuove procedure, necessita che rapidamente si proceda alla riduzione del numero e qualificazione delle stazioni appaltanti» (Cons. St., comm. Spec., par. n. 855/2016, p. 45).

⁴⁴ C. LACAVA, *Le nuove procedure, la partecipazione e l'aggiudicazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11/2014, p. 1171.

importanti, il ricorso alle centrali di committenza potrebbe avere anche i suoi svantaggi⁴⁵.

La centralizzazione degli acquisti, non lo si può negare, comporta la privazione di una parte dell'autonomia delle singole stazioni appaltanti tanto che le stesse – spesso invocando caratteristiche particolari del bene oggetto della gara – tentano di sfuggire all'obbligatorietà del ricorso agli acquisti aggregati innescando quello che è stato definito un interminabile “gioco di guardia e ladri”, in cui il legislatore tenta sempre più di predeterminare le amministrazioni obbligate a ricorrere alle centrali di committenza e di definire con precisioni le particolari caratteristiche dei beni che possono giustificare il mancato ricorso alle convenzioni.

Posto quanto sopra, deve sottolinearsi che, anche alla luce della riforma operata da ultimo con il nuovo Codice, quella delle centrali di committenza risulta una disciplina frammentaria e complessa, frutto del sovrapporsi di previsioni generali e previsioni speciali relative a singole categorie di beni⁴⁶.

Molti sono gli interventi normativi recenti, da ultimo come si vedrà lo stesso Codice dei Contratti, intesi a promuovere il ricorso alle centrali di committenza:

- l'art. 9 della l. 23.06.2014, n. 89, che ha convertito con modificazioni il d.l. 24.04.2014, n. 66, contenente “*misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*” (decreto

⁴⁵ B.G. MATTARELLA, *Le centrali*, cit., sottolinea come «Un rischio è quello dell'alterazione dei mercati, soprattutto a danno delle piccole imprese: esso può essere prevenuto con la divisione in lotti. Un altro è quello dei tempi di conclusione delle procedure contrattuali, in relazione ai quali peraltro le centrali di committenza possono consentire notevoli riduzioni se i loro acquisti sono adeguatamente programmati».

⁴⁶ Si pensi al settore sanitario e ai servizi informatici cui la legge di stabilità 2016 dedica particolare attenzione.

IRPEF) ha disciplinato la figura dei “soggetti aggregatori” per l’acquisizione di beni e servizi⁴⁷. Nell’ambito dell’Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (già istituita con l’art. 33-ter del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.12.2012, n. 221) è stato creato, con delibera ANAC del 23 luglio 2015 e aggiornato con delibera ANAC 10 febbraio 2016, n. 125, un nuovo elenco ove dovranno iscriversi i “soggetti aggregatori”⁴⁸. Hanno l’obbligo di iscriversi in questo particolare elenco la Consip S.p.A.⁴⁹ e «una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296»⁵⁰.

⁴⁷ Sul punto, G. FIDONE - F. MATALUNI, *L’aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amministrativo*, 11/2014.

⁴⁸ Per una recente disamina sull’evoluzione normativa, v. B. GIULIANI – P. MANTINI – C. PANETTA, *Il settore dei contratti pubblici (2014/2015: novità legislative e giurisprudenza rilevante*, in F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI (a cura di), *I contratti pubblici*, Roma, 2015, p. 110.

⁴⁹ Cfr. L. FIORENTINO, *Razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni e contenimento dei costi di funzionamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 3; Id., *Il “modello Consip” e le politiche di razionalizzazione della spesa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 3, 253.

⁵⁰ Art. 9, comma 1, l. 89/2014. Il comma 455 citato da tale disposizione prevede che le Regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regioni, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell’art. 33 del Codice in favore delle Amministrazioni ed enti regionali. La creazione di queste centrali di committenza regionali è stata prevista per contenere e razionalizzare la spesa pubblica per l’acquisto di beni e servizi. Al fine dell’iscrizione nel nuovo elenco dei soggetti aggregatori, le Regioni devono costituire, ove non esistente, un soggetto aggregatore (Art. 9, comma 5, l. 89/2014). Se, invece, la Regione ha già costituito una centrale di acquisto con funzioni di aggregazione, allora sarà sufficiente per la stessa designare tale centrale quale soggetto aggregatore. Il Legislatore, inoltre, riconosce alle Regioni una terza alternativa consistente nella possibilità di stipulare con il Ministero dell’economia e delle finanze un’apposita convenzione, in base alla quale affidare alla Consip la funzione di centrale di committenza per gli enti del proprio territorio regionale.

- Più di recente, invece, gli interventi normativi hanno riguardato prevalentemente l'attività degli enti territoriali: comuni, province, città metropolitane e Regioni i quali possono effettuare acquisti di importo superiore alla soglia comunitaria quasi esclusivamente per il tramite delle centrali di committenza.

- Legge di stabilità 2016⁵¹, i Comuni con popolazione inferiore e/o superiore ai 10.000 abitanti possono procedere in autonomia solo relativamente ad acquisti di importo inferiore a 40.000 euro⁵².

d) Frazionamento illecito dell'importo a base d'asta

Altro e diverso rischio corruttivo del settore degli appalti potrebbe essere legato al frazionamento volontario (ma ingiustificato) dell'importo contrattuale al fine di sottrarre l'affidamento di una commessa alla più rigorosa disciplina prevista per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria.

L'Amministrazione, infatti, in assenza di adeguata e giustificata motivazione, potrebbe decidere di frazionare una gara in più affidamenti ognuno dei quali non superi la soglia di rilevanza comunitaria al precipuo e solo fine di sottrarre

⁵¹ Art. 1, comma 501, l. 28 dicembre 2015, n. 28. Peraltro, con tale legge di stabilità 2016 il perimetro soggettivo dell'elenco istituito presso l'ANAC è stato ampliato dal momento che sono stati inseriti anche gli enti locali di cui all'art. 2 del TUEL e loro consorzi e associazioni, con proroga di sei mesi per l'applicazione della normativa.

⁵² Da ultimo, inoltre, in data 9 febbraio 2016 è entrato in vigore il dpcm del 24 dicembre 2015 di individuazione delle categorie merceologiche e relative soglie, ai sensi dell'art. 9, co. 3, del d.l. n. 66/2014, per le quali le Stazioni Appaltanti indicate sono tenute al ricorso ai contratti attivati dal soggetto aggregatore (tipicamente accordi quadro, convenzioni, gare su delega). Trattasi di 19 categorie merceologiche, valide dal 2016 in poi, perlopiù attinenti all'ambito sanitario, ossia quello maggiormente rappresentativo in termini di importi nel panorama degli appalti di servizi e forniture.

l'affidamento alle rigorose disposizioni imposte dal Codice⁵³ o, addirittura, alla stessa applicazione del Codice.

Il frazionamento artificioso della spesa risulta anche uno degli espedienti più frequentemente utilizzati per limitare la partecipazione degli operatori economici ad un appalto pubblico, favorendo determinati soggetti; attraverso tale *modus operandi* una commessa unitaria, nella quale rientrano diverse prestazioni di importo complessivo superiore alle soglie comunitarie, viene artatamente suddivisa in due o più contratti da veicolare in distinte procedure di affidamento, ciascuna di importo inferiore alla soglia comunitaria e, quindi, gestibile con le più flessibili regole delle acquisizioni in economia.

Per evitare simili distorsioni ed impedire che dietro uno specioso ossequio all'impianto normativo i principi comunitari vengano in realtà disattesi, il legislatore del "vecchio" codice aveva già espressamente vietato il frazionamento artificioso della spesa.

L'ormai abrogato art. 29⁵⁴, d.lgs. n. 163/2006, oltre ad imporre il divieto in parola, indicava i metodi di calcolo dell'importo contrattuale puntualizzando, però, del criterio numerico non ne fosse fatta un'applicazione strumentale⁵⁵.

⁵³ Comunicato del Presidente dell'ANAC, del 16 aprile 2015, *Indagine sulla corretta applicazione delle regole riguardanti l'individuazione dell'importo stimato dell'appalto in relazione alle soglie comunitarie*, consultabile sul sito www.anticorruzione.it.

⁵⁴ Art. 29, co. 4, d.lgs. n. 163/2006, «Nessun progetto d'opera né alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato».

⁵⁵ Art. 29, co. 11, d.lgs. n. 163/2006, «La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria».

Analogamente, l'art. 125, co. 13 del Codice "blindava", invece, il ricorso alle procedure in economia, allo scopo di impedirne qualsiasi abusivo utilizzo⁵⁶.

Sulla citata normativa aveva già inciso la novella introdotta dall'art. 44, co. 7 del d.l. n. 201/2011, che aveva imposto la mancata lottizzazione degli appalti quale oggetto di motivazione obbligatoria da parte della Pubblica Amministrazione⁵⁷.

In tal modo, il legislatore ha imposto alle stazioni appaltanti di giustificare la mancata suddivisione dell'appalto in lotti "funzionali", più accessibili alle piccole e medie imprese di un appalto unico e complesso, all'aggiudicazione del quale le stesse non avrebbero la possibilità di concorrere.

Tuttavia, l'importo della gara sarà determinato dal valore complessivo di tutti i lotti che la compongono, in modo da non violare le regole della concorrenza che gli adempimenti pubblicitari imposti dalla normativa comunitaria sono volti a presidiare, di modo che quando il lotto ha natura funzionale il frazionamento non potrà dirsi illegittimo⁵⁸.

⁵⁶ Art. 125, co. 13, d.lgs. n. 163/2006, «Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia».

⁵⁷ E' stato, infatti, introdotto il co. 1 *bis* all'interno dell'art. 2 d.lgs. n. 163/2006, «Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali. Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese».

⁵⁸ ANAC, nel parere del 13.09.2012, ha ribadito la possibilità di dividere un appalto in lotti, purché il lotto abbia natura "funzionale", cioè individui uno specifico oggetto dell'appalto suscettibile di autonoma e compiuta realizzazione rispetto agli altri seppur asservito al medesimo scopo. Ove rispetti tale condizione, il frazionamento in sé non è illegittimo – anzi è

Anche, dunque, per porre freno alla prassi del frazionamento artificioso per applicazione di un istituto diverso da quello dovuto ciò che occorre è, ancora una volta, un controllo costante (anche a campione).

Si badi, inoltre, che la violazione del divieto di frazionamento potrebbe verificarsi anche in sede di varianti approvate per aumentare artificialmente l'importo dei lavori aggiudicati, anche eventualmente superando le soglie originarie (indebito frazionamento iniziale).

e) La discrezionalità amministrativa

La corruzione e, in generale, la collusione, sono fenomeni che tendono ad aumentare proporzionalmente in relazione al grado di discrezionalità di cui gode la Stazione appaltante e per essa il responsabile unico del procedimento e tutti gli altri organi che, a diverso titolo, si interfacciano con il concorrente che partecipa alla gara in vista della sua aggiudicazione.

Uno dei problemi dei contratti pubblici risiede, infatti, proprio nella difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra autonomia contrattuale e discrezionalità amministrativa, poiché risulta complicato considerare come fatto unitario un fenomeno negoziale complesso che, pur nascendo da un momento pubblicistico (procedura di scelta del contrante), è

doveroso se volto a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese – fermo restando che si applica il diritto comunitario se la somma dei singoli lotti supera la soglia comunitaria. In particolare, l'Autorità afferma che «La stazione appaltante, pertanto, pur essendo libera di frazionare l'appalto, deve considerare i lotti come parte di un progetto di acquisizione unitario al fine di determinare la soglia comunitaria e la connessa procedura di gara. La stazione appaltante, in particolare, dovrà fare riferimento alle procedure corrispondenti al valore complessivo dell'affidamento, dato dalla somma del valore dei singoli lotti».

destinato ad operare come modulo privatistico (esecuzione del contratto).

Inoltre, quando l'autonomia contrattuale si interfaccia con i poteri discrezionali di cui gode l'Amministrazione alla posizione di pariteticità delle parti, propria di un qualsivoglia rapporto contrattuale, si sovrappone un principio di autorità che si proietta nella fase esecutiva alterandone l'equilibrio⁵⁹.

Quando si parla di discrezionalità nell'ambito del più generale tema della prevenzione della corruzione, da sempre l'interrogativo che ci si pone è se appare preferibile limitare il margine di scelta dell'amministrazione e con esso ridurre al minimo le possibilità che in quelle scelte si insinuino l'illecito o se, invece, rimanga comunque preferibile evitare di imporre tali vincoli e, nell'ottica di una maggiore efficienza, consentire alla Stazione appaltante di effettuare le scelte più opportune per il caso concreto.

Come è stato già fatto notare, dunque, ci si chiede se è più corretto privilegiare la prevenzione della corruzione (dunque, limitando la discrezionalità, prevedendo regole rigide di selezione della migliore offerta come il massimo ribasso; selezionando i commissari con sorteggio; utilizzando un criterio automatico di esclusione delle offerte anomale) o se, invece, quella che è stata definita "paura della discrezionalità" rischia di minare la stessa efficienza della procedura⁶⁰.

Un ruolo determinante, idoneo ad aprire spazi di accesso alla corruzione, è rappresentato, da un lato, dalla discrezionalità

⁵⁹ Si pensi ai poteri direzionali concessi alla Stazione appaltante e non anche ai partecipanti; allo *jus variandi* di cui sempre gode l'Amministrazione e ancora al potere di modificare unilateralmente il contratto attraverso revisioni o risoluzione d'ufficio del contratto stesso.

⁶⁰ B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti*, cit.

amministrativa⁶¹ di cui è titolare la P.A. e, dall'altro lato, dalla discrezionalità tecnico-amministrativa⁶², la cui titolarità spetta invece alle commissioni di gara.

Nell'ambito della discrezionalità amministrativa "pura", è opportuno sottolineare come ogni fase che implica una scelta, una decisione o un apprezzamento potrebbe rappresentare un utile momento di intervento della distorsione corruttiva.

Dunque, la discrezionalità amministrativa è immanente in tutti i momenti decisionali della procedura di gara a partire dalla definizione del programma, degli elementi essenziali del contratto, dei criteri di selezione, fino alla indicazione delle specifiche tecniche e dei requisiti di prequalificazione.

Viceversa, per quanto attiene alla discrezionalità tecnica, il rischio di patti illeciti potrebbe insinuarsi in quei subprocedimenti caratterizzati da un elevato grado di discrezionalità tecnica appunto quali la selezione dell'offerta più vantaggiosa o l'analisi delle giustificazioni delle offerte sospette di anomalia.

In generale, comunque, il problema dell'eccessiva discrezionalità di cui è titolare la stazione appaltante assume un ruolo centrale ai fini della prevenzione di fenomeni corruttivi nel settore delle procedure ad evidenza pubblica in quanto ognuna

⁶¹ M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; V. CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 462 ss; C. MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941.

⁶² F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, Napoli, 2013; P. LAZZARA, *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010; F. CINTIOLI, «*Discrezionalità tecnica (dir. amm.)*», in *Enc. dir.*, Annali II, 2; D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995; S. BACCARINI, *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2001. Per una chiara contrapposizione tra piano sostanziale e piano processuale del problema, cfr. P. LAZZARA, «*Discrezionalità tecnica*» e *situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 212.

delle fasi del procedimento di scelta del contraente risulta connotata da margini più o meno ampi di discrezionalità.

Ovviamente alcune di tali fasi si prestano, per loro stessa natura, ancor di più a creare occasione di scambi occulti. È quanto accade, ad esempio, nel passaggio dalla fase dell'aggiudicazione provvisoria a quella dell'aggiudicazione definitiva o nel procedimento di verifica postuma dei requisiti dei partecipanti ai fini dell'aggiudicazione in cui l'amministrazione può fare ampio uso della discrezionalità e non approvare alcuni atti o attivare i propri poteri di autotutela⁶³.

È logico poi che quanto più il momento di esercizio della discrezionalità è lontano rispetto agli interessi sui quali quelle scelte incideranno, tanto più sarà limitato il pericolo di corruzione: così la fase della programmazione e della progettazione nelle quali ancora i contraenti e gli interessi da essi vantati non sono ancora ben definiti risultano fasi in cui l'Amministrazione è meno soggetta a pratiche corruttive⁶⁴.

Sotto altro profilo, il tema dell'esercizio della discrezionalità nell'ottica di prevenzione della corruzione risulta connesso anche con la titolarità del potere di prendere una decisione che espliciti la discrezionalità in modo positivo ed efficace

Così, in termini in generali, è evidente che quando le decisioni sono prese da soggetti che si pongono in una posizione *super partes* e neutrale rispetto agli interessi sottesi alle scelte si riducono le possibilità che quelle scelte siano indotte da scambi

⁶³ In tale contesto, inoltre, i continui mutamenti d'opinione della giurisprudenza contribuiscono a creare un quadro normativo incerto e permeabile a facili strumentalizzazioni a seconda dell'interesse, anche occulto, cui deve darsi preminenza.

⁶⁴ B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti*, cit.

corruttivi. Ecco, quindi, come il tema della discrezionalità si intreccia con la capacità del titolare del potere di esercitarla: in questo senso, un utile strumento di prevenzione è certamente costituito dalla centralizzazione delle committenze in quanto l'aggregazione degli acquisti comporta la creazione di soggetti più forti, meno vulnerabili alle logiche corruttive, sempre più lontani dagli interessi delle parti e più facilmente sottoposti a controllo e vigilanza.

In una prima fase, il Legislatore, consapevole della stretta relazione sussistente tra discrezionalità e corruzione, è variamente intervenuto a limitare la discrezionalità attribuita alle amministrazioni⁶⁵ considerando, dunque, che tali vincoli potessero ridurre i pericoli di infiltrazione corruttiva nelle scelte amministrative.

In ragione, tra l'altro, di tale remore il Legislatore, già nella vigenza del "vecchio" Codice, ha optato per la tassatività delle cause di esclusione, cosicché l'impresa può essere esclusa dalla gara solo per mancanza dei requisiti espressamente previsti dal bando o dalla legge.

A partire dai noti fatti di Tangentopoli e per il ventennio successivo, dunque, la tendenza (vana) del Legislatore è stata quella di contrastare la corruzione attraverso la privazione in capo ai funzionari pubblici della discrezionalità, attraverso l'irrigidimento delle procedure di acquisto e dei modelli contrattuali.

Sono state così previste procedure di gara predeterminate e modelli contrattuali rigidi che l'Amministrazione si è trovata ad

⁶⁵ È quanto accaduto, per esempio, quando si è inteso limitare i margini di discrezionalità nella valutazione dei requisiti di partecipazione alla gara pubblica, poiché la più ampia partecipazione possibile di imprese non esclude, ma rende quantomeno più difficile accordi corruttivi.

applicare senza possibilità di fare, a volte, le scelte più opportune e aderenti al caso concreto.

La discrezionalità amministrativa è stata, dunque, ritenuta occasione di corruzione essendoci una relazione direttamente proporzionale tra l'aumentare della discrezionalità dei funzionari e la crescita della corruzione. Il dato è tanto vero che, nell'elaborazione di quella che viene definita "la formula della corruzione", la discrezionalità costituisce un valore che gioca un ruolo importante.

Le occasioni di corruzione sono state poi rappresentate integrando la seguente formula di Klitgaard⁶⁶: $C=M+D-I-R$.

La descritta formula testimonia come un dato livello di corruzione (C) è legato alla diffusione di rendite connesse alla presenza di poteri monopolistici esercitati dagli agenti pubblici (M), ai quali si somma il grado di discrezionalità (D) con cui quest'ultimi decidono l'allocazione dei diritti di proprietà su tali rendite ai privati.

Agli indicati fattori deve sottrarsi la circolazione di informazioni (I) relative alle caratteristiche del processo di allocazione, che ne riflette il grado di trasparenza, ed il vincolo di "responsabilizzazione" (R) degli agenti pubblici, prodotto sia dall'efficacia dei meccanismi formali di controllo (la severità delle sanzioni e la probabilità di incorrere nelle stesse), sia dalle remore morali o dalla pressione sociale.

Se da un lato, dunque, l'ampia discrezionalità di cui godono i dipendenti pubblici potrebbe essere foriera di corruzione, deve rilevarsi, d'altro canto, come procedure di

⁶⁶ KLITGAARD, *Controlling corruption*, Berkley and Los Angeles, University of California Press, 1988; KLITGAARD, *International cooperation against corruption*, in *Finance & Development*, 1988, 3-6, nella citazione contenuta in A. VANNUCCI, *Il lato oscuro*, cit., p. 274.

aggiudicazione e meccanismi contrattuali eccessivamente rigidi e pieni di appesantimenti - che peraltro sono stati causa di incertezza normativa e di diversificate interpretazione da parte delle imprese e della stessa giurisprudenza - si sono rilevati spesso inadatti alla realizzazione di molte opere tanto da indurre spesso il ricorso a procedure derogatorie.

A ciò aggiungasi che, per contratti complessi procedure di gara eccessivamente rigide impediscono alla Stazione appaltante di migliorare, in corso di procedura, la propria conoscenza rispetto all'oggetto del contratto da affidare, mentre le procedure flessibili possono tradursi in occasioni di conoscenza e apprendimento della stessa Amministrazione che potrà avvantaggiarsi delle conoscenze specialistiche dei privati (e quel che accade, per esempio, con il dialogo competitivo).

In tali casi, dunque, la stessa scelta di ridurre la discrezionalità può apparire dubbia, se non a discapito dell'efficienza del sistema.

Le descritte difficoltà hanno portato il legislatore, anche sotto la spinta del diritto europeo favorevole alle forme flessibili e al dialogo con il mercato, a rivalutare la discrezionalità.

Se, dunque, la tendenza è quella di rivalutare la discrezionalità dell'Amministrazione eliminando i vincoli che si frappongono al suo esercizio, parallelamente non deve essere concesso al giudice di sindacare nel merito le scelte dell'amministrazione, poiché altrimenti così si introdurrebbe nella sostanza reintroducendo proprio quelle limitazioni che si erano intese eliminare.

Come più diffusamente si vedrà, almeno sotto questo aspetto, il d.lgs. n. 50/2016 sembra operare un'ulteriore inversione di marcia in quanto da un lato qualifica come

procedure eccezionali le forme più flessibili di selezione del contraente che l'Amministrazione può attivare solo alla presenza di tassative e rigorose condizioni, dall'altro lo stesso Codice identifica nell'offerta economicamente più vantaggiosa il criterio "ordinario" di selezione dell'offerta migliore, attribuendo per questa via maggiore discrezionalità ai commissari di gara.

f) Bandi-fotografia

Le tematiche della mancanza di specializzazione e di competenze nel settore degli appalti pubblici sono rinvenibili anche nelle fasi più circoscritte dell'elaborazione dei bandi e della definizione delle procedure di gara.

Ripercorrendo il fisiologico andamento della gara, la stessa elaborazione dei bandi di gara può essere il frutto di patti corruttivi: l'accordo illecito, infatti, potrebbe avere ad oggetto la puntuale individuazione di alcuni requisiti piuttosto che di altri al fine di chiudere la partecipazione alle gare a soggetti poco graditi.

Nel caso dell'elaborazione dei bandi, l'oggetto del patto corruttivo è rappresentato, dunque, dall'individuazione di determinati requisiti al posto di altri, al fine di modulare la partecipazione di determinate imprese e di agevolare l'aggiudicazione dell'impresa "parte" del patto.

E ciò che avviene con i cc.dd. bandi-fotografia ovvero i cc.dd. bandi "ritagliati" sulle caratteristiche specifiche di un concorrente in cui il patto illecito è stipulato tra il funzionario e il concorrente interessato all'esecuzione dell'appalto ed è finalizzato alla relativa aggiudicazione per un importo

fittiziamente elevato e non congruo rispetto a quello che si sarebbe raggiunto in condizioni di normale concorrenza.

In questi casi, dietro l'elaborazione di un atto amministrativo generale, si cela dunque un provvedimento *ad personam* dal carattere occulto.

Indici sintomatici della presenza di bandi fotografia possono ravvisarsi nella loro scadenza in un periodo festivo ovvero nella fissazione di termini eccessivamente ravvicinati o ancora in requisiti di estremo dettaglio.

Tale pratica, oltre a rappresentare una palese violazione delle norme a tutela del mercato e della concorrenza, comporta una violazione dell'imparzialità amministrativa e del buon andamento inteso alla stregua del criterio dell'economicità.

g) Le procedure di scelta del contraente

Anche le procedure di aggiudicazione possono essere utilizzate come strumento corruttivo e ciò in quanto scarsa trasparenza e poca concorrenza favoriscono certamente accordi illeciti ed occulti.

Ulteriore elemento di destinazione delle risorse pubbliche verso fini privatistici con effetti pregiudizievoli sulla concorrenza e sugli interessi pubblici generali, è costituito infatti dall'adozione della procedura negoziata, che, insieme a quella ristretta, rivela una maggiore idoneità a favorire pratiche corruttive.

Le statistiche dell'Osservatorio dell'ANAC dimostrano come sia ancora troppo ampio il numero di contratti stipulati con procedura ristretta o senza la previa pubblicazione del bando di

gara, con evidenti ripercussioni sulla concorrenza e sulla trasparenza e conseguenti rischi di corruzione⁶⁷.

Uno dei terreni in cui più facilmente il rischio corruttivo nell'ambito degli acquisiti pubblici potrebbe sorgere è certamente legato al ricorso a metodi di scelta del contraente più rapidi, meno formali e sottoposti a controlli poco stringenti.

In questo senso procedure negoziate e procedure ristrette rivelano una maggiore idoneità a favorire pratiche corruttive.

Così, è stato evidenziato come il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando all'interno della quale vi è un dialogo diretto tra l'impresa e la Stazione appaltante in vista della "costruzione concertata" della gara si espone più facilmente ad accordi illeciti essendo appunto più diretti i contatti tra contraente privato e contraente pubblico.

È per tali ragioni che il Legislatore europeo introduce il principio della "gara sempre" per appalti e concessioni "salvo casi espressamente previsti" (in questo senso può leggersi anche la positivizzazione dell'istituto dell'*in house providing* limitato a casi tassativi e al ricorrere di puntuali condizioni⁶⁸), al fine di favorire la concorrenza e arginare il pericoloso ricorso alle deroghe estemporanee, costituenti terreno fertile di coltura della corruzione.

⁶⁷ L'ANAC, nella Relazione annuale per l'anno 2015, ha evidenziato come «In merito alle modalità di scelta del contraente, come si evince dalla tabella 6.4, in termini di numerosità, con la procedura aperta si continuano ad assegnare circa il 25,5% delle procedure (con un massimo del 33,1% per le forniture e un minimo del 20,3% per i lavori), mentre complessivamente nel 38,2% e nel 26,9% dei casi (per un totale di ben il 65,1%) le SA ricorrono rispettivamente a una procedura negoziata (con o senza bando) o all'affidamento in economia. Per quanto riguarda gli importi, nel 2015 la procedura aperta si conferma la modalità con cui si affida il maggior valore dei contratti pubblici (circa il 52,7%, con un massimo del 55,1% per i servizi e un minimo del 49% per le forniture), seguono le procedure negoziate, con e senza bando (nel complesso pari al 29,9%) e le procedure ristrette (7,3%)».

⁶⁸ Da ultimo positivizzato dall'art. 5, d.lgs. n. 50/2016.

Anche la procedura ristretta potrebbe esporsi a rischi corruttivi e ciò in quanto essa favorisce l'interesse dei corrotti a partecipare a gare con il minor numero possibile di concorrenti e in cui più facilmente è possibile addivenire a un accordo occulto e illecito con il funzionario pubblico.

Nella vigenza del d.lgs. n. 163/2006 (e invero anche nell'impianto del nuovo codice, d.lgs. n. 50/2016) la procedura ristretta veniva qualificata quale ordinaria modalità di scelta del contraente. La procedura negoziata, invece, integra un istituto di carattere eccezionale e residuale cui l'Amministrazione può ricorrere nelle ipotesi tassativamente previste. È in tale modalità di procedura che si possono annidare le maggiori insidie poiché, a differenza di quanto si verifica per le altre procedure di scelta del contraente il legislatore non ha tipizzato alcun procedimento amministrativo né una particolare modalità di individuazione dell'affidatario⁶⁹.

L'assenza di disposizioni sul procedimento e sulle modalità di individuazione del contraente possono favorire il ricorso incontrollato (ed illecito) all'istituto, poiché tale "mancanza di regole" avvicina la modalità di individuazione del contraente a quella propria delle trattative intercorrenti tra privati.

Dal momento che l'invito che la stazione appaltante rivolge all'operatore economico si traduce in una libera scelta dell'amministrazione, il fenomeno corruttivo può insinuarsi

⁶⁹ Nella pratica, l'estensione applicativa della vecchia "trattativa privata" è in aumento: recenti disposizioni di legge – precedente al d.lgs. n. 50/2016 – hanno consentito espressamente il ricorso a siffatte procedure. Tra gli esempi più noti, e foriero di problemi legati alla corruzione, è certamente quello dell'Ente Comitato di candidatura Expo-Milano 2015 che, in base alla l. 6 aprile 2007, n. 46, è stato autorizzato a derogare alle disposizioni di cui alla parte II, titolo II, del "vecchio" Codice dei contratti pubblici.

nelle pieghe di tali scelte e nella negoziazione dell'amministrazione, specie per le gare informali, pur alla presenza delle condizioni che ne legittimano il ricorso.

Ecco, quindi, come ipotizzate condizioni di estrema urgenza improvvise, imprevedibili e lo svolgimento di un'analisi di mercato che accerti la necessità di ricorrere alla procedura ristretta rappresentano le principali occasioni di corruzione in quanto entrambe le richiamate circostanze non risultano sottoposte ad alcun controllo, ma rimessi alla discrezionalità della stazione appaltante⁷⁰.

In tali ipotesi l'unica tutela riservata ai concorrenti invitati è la tutela giurisdizionale in via cautelare: è sin troppo evidente, però, come il rimedio giurisdizionale può ergersi a baluardo efficiente della garanzia del corretto uso del denaro pubblico e ciò in quanto il problema deve essere risolto a monte (sul piano normativo e non giurisdizionale) obbligando le stazioni appaltanti e motivare il ricorso a procedure ristrette.

h) I requisiti di partecipazione e la natura giuridica delle SOA

Uno degli aspetti maggiormente problematici di tutta la materia relativa ai requisiti di partecipazione riguarda il settore dei lavori per i quali è prescritto il necessario possesso della certificazione rilasciata dagli organismi SOA.

Il sistema di attestazione tecnico-organizzativa degli appaltatori, finalizzato a ridurre le asimmetrie informative tra

⁷⁰ F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti*, cit., p. 202.

operatori economici e stazioni appaltanti, risulta intrinsecamente debole⁷¹.

Il punto di maggiore tensione e criticità del sistema di attestazione è la sua configurazione privatistica, imperniata su società *profit* che competono tra loro per guadagnare quote di mercato, ma la cui attività è volta all'esercizio di una pubblica funzione.

La SOA, infatti, è una società di capitali titolare di una potestà pubblica, che effettua l'attività di attestazione sulla base di un'autorizzazione revocabile, svolge controlli tecnici sull'organizzazione e sulla produzione delle imprese appaltatrici, nonché quelli sulla loro capacità operativa, economica e finanziaria.

Un nodo ancora da sciogliere a tal proposito è rappresentato dalla mancanza di vincoli sulla composizione azionaria delle SOA: il conflitto d'interessi che può ingenerarsi dalla possibilità che soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici (dunque, potenziale operatore economico) possano contemporaneamente essere soci di una SOA è potenzialmente foriero di corruzione.

Il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, a tal proposito, ha cercato di rafforzare il sistema delle SOA attraverso il riconoscimento della loro natura pubblicistica, con conseguente applicazione delle sanzioni penali a carico dei

⁷¹ Tale debolezza è il risultato, secondo l'Avcp, del perdurante utilizzo di personale esterno non inquadrato nell'organico delle SOA e delle continue cessioni di aziende o rami d'azienda atte a far "rivivere" i requisiti di società estromesse dal mercato per irregolarità fiscali, amministrative o penali, in nuove società che acquisiscono il diritto ad utilizzare le certificazioni. AVCP, Relazione annuale 2008, Senato della Repubblica, Roma, 25 giugno 2009, 10. I «promotori», a detta della AVCP, compongono il personale esterno di cui le SOA si avvalgono.

pubblici funzionari nell'espletamento della loro funzione e degli effetti dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti e potenziando l'attività dell'Autorità. In secondo luogo, quale forma di collegamento con le misure inerenti la risoluzione discrezionale del contratto fra appaltatore e stazione appaltante nel caso di misure di prevenzione o sentenze passate in giudicato a carico dell'appaltatore, il correttivo ha previsto che se l'appaltatore ha prodotto falsa documentazione ed ha indotto in errore la SOA al fine del rilascio dell'attestazione, il responsabile del procedimento sarà obbligato a risolvere il contratto.

i) Uso distorto e smisurato delle varianti in corso d'opera

La fase relativa all'esecuzione del contratto risulta senza ombra di dubbio la fase più critica in relazione al tema di cui trattasi⁷².

⁷² P. MINERVINI, *La patologia dei contratti con la pubblica amministrazione*, in C. FRANCHINI, (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, UTET giuridica, Torino, 2007, 594-596. Cfr. A. LAMORGESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su «*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*», cit., accessibile in www.giustizia-amministrativa.it; A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013, 7 e ss.; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 e ss.; G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1453; F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1360; G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), cit., 125-151. Cfr. anche G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, 585; ID., *Dal dilemma diritto*

La stessa Commissione Europea ha osservato che «secondo studi empirici, in Italia la corruzione risulta particolarmente lucrativa nella fase successiva all'aggiudicazione, soprattutto in sede di controlli della qualità o di completamento dei contratti di opere/forniture/servizi»⁷³.

Il motivo di tale spiccata permeabilità agli eventi corruttivi è certamente dovuto alla circostanza che il momento dell'esecuzione rappresenta la fase meno regolata e meno sottoposta a controlli pregnanti e, dunque, dove viene meno garantita la concorrenza. Tale scelta legislativa risulta giustificabile in sede comunitaria in quanto le direttive si occupano solo della fase della scelta del contraente, in quanto di regola l'esecuzione del contratto non interseca i problemi legati al mercato unico e alla concorrenza.

Proprio per tali ragioni, come si vedrà, con l'approvazione del nuovo codice (d.lgs. n. 50), il Legislatore interno ha inteso, invece, potenziare in ambito nazionale i controlli connessi a tale fase, consapevole delle pecche del precedente impianto normativo.

Molteplici risultano i profili e gli istituti legati alla fase dell'esecuzione del contratto che si prestano a forme di manipolazione dell'interesse pubblico in nome di interessi privati.

Un tipico fattore corruttivo della fase dell'esecuzione del contratto - da sempre valutato come "rischioso" dal Legislatore -

soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 e ss.

⁷³ Relazione della Commissione Europea sulla corruzione, 3.02.2014, COM 2014/38, *annex 12* sull'Italia, *Public Procurement in Europe: cost and effectiveness*, 2011, su www.ec.europa.eu.

è rappresentato dall'intero sistema delle varianti in corso d'opera.

È persino sin troppo evidente come, considerando le varianti quali “eccezioni” alla regola, è possibile che in questa “eccezionalità” della situazione che le anima, da un lato, vengano mitigate le regole che governano la ordinaria “regola” della gara e, dall'altro (e per tale via), si vengano a creare facili situazioni di corruzione.

Il rischio di corruzione è elevato, in relazione alle varianti, poiché il funzionario corrotto o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante non supportata da verificabili ragioni di fatto: la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto rappresenta un evidente indice del rischio.

Come noto, attraverso l'istituto delle varianti in corso d'opera si conferisce la possibilità all'Amministrazione e all'appaltatore di modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del progetto inizialmente posto a base di gara o del contratto aggiudicato. Tutto ciò potrebbe comportare un *vulnus* ai principi di trasparenza e pubblicità se solo si pone mente al fatto che spesso tali modifiche sono sottoposte a minori controlli e sono decise a seguito di un confronto personale fra la stazione appaltante e l'appaltatore non sottoposto a rigide regole procedurali. È quanto accade anche nel caso delle rinegoziazioni dei contratti aggiudicati che spesso sono necessarie per fronteggiare esigenze nuove che non erano emerse in fase di gara o per aggiornare quei contratti che, a causa della lunga durata, rischiano di diventare obsoleti. Tali modifiche, connesse all'aumento dei costi contrattuali che ne consegue con l'iscrizione delle riserve o con la compensazione

dei prezzi per rincaro dei materiali, come dettano, rappresentano fertile terreno per fenomeni corruttivi.

Nel corso degli anni sia l'Avcp⁷⁴ (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, dal 2014 ANAC) sia la Corte dei Conti sono stati concordi nel ritenere che l'uso smodato delle varianti abbia coperto parte della corruzione "all'italiana" nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno lievitare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici. In particolar modo, gli operatori economici sfruttando l'innalzamento dei costi riescono a recuperare la percentuale della tangente pagata alle altre due classi citate in fase di aggiudicazione contrattuale.

Sempre l'Autorità ha evidenziato come i ritardi relativi alla realizzazione di molte grandi opere in Italia siano dovuti al ricorso reiterato e smisurato dell'istituto delle varianti in corso d'opera. Tra le opere analizzate, l'Autorità ha rilevato elevate anomalie nell'esecuzione della linea C della Metropolitana di Roma, del completamento dei collegamenti tra il Comune di Forenza e la S.S. Potenza-Melfi in Basilicata o della realizzazione del nodo ferroviario di Bologna⁷⁵, solamente per citarne alcune. Le tipologie di varianti inviate ad opera delle stazioni appaltanti all'ANAC, risultano maggiormente riconducibili a: 1) "cause impreviste ed imprevedibili"; 2) "presenza di eventi/rinvenimenti imprevisti".

Più nel dettaglio, nel tentare di comprendere le ragioni del rischio corruttivi insito nell'istituto in esame, è possibile evidenziare come nella fase di esecuzione del contratto di

⁷⁴ V. Relazione annuale dell'Avcp del 2013 pp. 118-176.

⁷⁵ L'analisi delle opere citate è rinvenibile nella Relazione annuale presentata da parte dell'ANAC il 02/07/2015.

appalto rilevano due interessi potenzialmente confliggenti. Da un lato, la stazione appaltante ha interesse ad ottenere una prestazione perfettamente conforme a quanto richiesto nella disciplina di gara, aderente a quanto pattuito nel contratto e fedele alle regole dell'arte; al descritto interesse "primario" ovviamente si aggiunge la volontà dell'Amministrazione di non sopportare maggiori spese non volute o, addirittura, al di fuori delle sue possibilità economiche.

Dall'altro lato, deve essere parimenti considerato – sempre in fase di esecuzione del contratto – il contrapposto interesse dell'appaltatore all'ottenimento di un corrispettivo proporzionato all'opera effettivamente realizzata e a non incorrere in sanzioni conseguenti alla violazione di regole professionali.

Nell'ambito di tale contrapposizione si insinua l'istituto delle varianti in corso d'opera. Per quest'ultime, in vigore del d.lgs. n. 163/2006, era prescritto il principio della tassatività: le stazioni appaltanti possono consentire varianti in corso d'opera unicamente se ricorre uno o più casi tassativamente previsti (art. 132, co. 1, d.lgs. n. 163/2006).

Per quanto concerne le varianti c.d. "migliorative", ossia quelle varianti in aumento o in diminuzione che hanno lo scopo di migliorare la funzionalità dell'opera, sono ammesse solo se ricorrono circostanze sopravvenute ed imprevedibili che le rendono obiettivamente necessarie. Sono queste varianti che, se approvate, consentono o un aumento del prezzo della prestazione o un risparmio per l'appaltatore, il quale potrebbe accordarsi occultamente con il direttore dei lavori e con il responsabile unico del procedimento al fine di ottenere i vantaggi del caso.

Anche solo da quanto brevemente esposto in tema di varianti, è sin troppo facile immaginare come le stesse, comportando l'aumento dell'importo da corrispondere all'appaltatore mediante l'utilizzo di somme già accantonate per imprevisti o generate dai ribassi ottenuti in sede di gara, possano prestarsi ad utilizzi occulti e al pagamento di tangenti. Per l'appunto, non è un dato non aderente alla realtà ritenere che l'uso improprio delle varianti copra parte della corruzione nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno aumentare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici.

Su questo piano certamente è da salutare con favore l'introduzione nell'ordinamento dell'art. 37 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90⁷⁶, convertito con modificazioni dalla l. 11 agosto 2014, n. 114 che impone l'obbligo di trasmissione delle varianti

⁷⁶ Art. 37 "Trasmissione ad ANAC delle varianti in corso d'opera", d.l. 24 giugno 2014, n. 90: «1. Fermo restando quanto previsto in merito agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture previsti dall'articolo 7 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132, comma 1, lettere b), c) e d), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento, all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. 2. Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di cui all'articolo 132 del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, sono comunicate all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'ANAC. In caso di inadempimento si applicano le sanzioni previste dall'articolo 6, comma 11, del citato codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006».

in corso d'opera all'ANAC per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche⁷⁷.

Il nuovo adempimento previsto dal richiamato art. 37, pertanto, si aggiunge agli obblighi di comunicazione già previsti dalla normativa vigente, che impongono alle stazioni appaltanti di comunicare all'Osservatorio costituito presso l'ANAC una serie di dati relativi sia alle procedure di aggiudicazione che alla fase esecutiva dei contratti di importo superiore a 50.000 euro (in particolare, stati di avanzamento, ultimazione lavori, servizi e forniture, collaudo, importo finale) (articolo 7, comma 8, D.lgs. 163/2006) e ai nuovi oneri di comunicazione e pubblicazione ora previsti dall'art. 106, co. 5, 6, 7, e 8 del d.lgs. n. 50/2016.

La norma, peraltro, ha subito alcune significative modifiche in sede di conversione in legge, nell'ottica di limitare gli oneri procedurali che ne conseguono.

L'obbligo di trasmissione appare pesante, sia in relazione alla mole della documentazione da trasmettere sia del numero delle varianti in questione. Resta quindi il timore che l'ANAC possa essere sommersa di atti, progetti, relazioni e documenti rispetto ai quali sarà difficilmente in grado di effettuare un serio ed efficace monitoraggio.

⁷⁷ LOMBARDO F., *Il rischio di corruzione negli appalti, op cit.*, con riferimento a tale norma evidenzia come «desta forti perplessità la vaghezza contenutistica della disposizione in merito all'esito di un tale procedimento, fino ad adombrarne un inutile "aggravamento", a fronte di altra disposizione contenuta nell'ordinamento stesso fin dal regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici. Quest'ultima, contenuta nell'ultimo comma dell'art. 10 del DPR n. 207/2010 (di cui s'è detto al par. 1), è rimasta fino ad ora inespugnabilmente inattuata, nonostante la sua portata, ben più ampia della disposizione in argomento e come tale comprensiva di quest'ultima, avallando il sospetto che il nostro ordinamento sia sempre più conforme alla logica gattopardesca, secondo la quale "è necessario che tutto cambi, acciòché tutto rimanga com'è».

j) Il subappalto

Sempre relativamente alla fase di esecuzione del contratto, un altro istituto che potrebbe essere illecitamente sfruttato per introdurre pratiche corruttive all'interno della procedura di gara è rappresentato dal subappalto.

Il subappalto, infatti, presenta il rischio che l'aggiudicatario coinvolga nel contratto soggetti non qualificati e inaffidabili che divengono così gli esecutori di opere finanziate con l'impiego di risorse pubbliche⁷⁸. Tale rischio risulta strettamente dipendente dalla discrezionalità di cui gode l'impresa concorrente nella scelta dei subcontraenti cui affidare l'esecuzione di una parte del contratto, con la conseguente possibilità di eludere il principio di trasparenza⁷⁹.

L'istituto del subappalto ha sempre rappresentato uno dei temi di maggior interesse all'interno della disciplina dei contratti pubblici, e ciò in quanto lo stesso contempera alcune delle prioritarie esigenze del diritto comunitario, quali certamente la più ampia apertura del mercato e la trasparenza dell'operazione, ed alcune del diritto interno, volte ad evitare gli illeciti (corruzione o infiltrazioni mafiose).

Anche la conformazione del tessuto economico-imprenditoriale del Paese ha, inoltre, favorito l'utilizzo dell'istituto del subappalto.

Unitamente all'avvalimento e alle forme di raggruppamento tra imprese, l'istituto in parola, infatti,

⁷⁸ F. CARINGELLA - L. TARANTINO, *Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, 2001.

⁷⁹ G. FIDONE, *Prevenzione della corruzione*, op. cit.

costituisce indubbiamente uno strumento di maggior apertura del mercato alle piccole-medie imprese.

Eppure se da un lato le nuove Direttive e la Legge Delega di recepimento, almeno formalmente, militano a favore di un'apertura alla concorrenza nel mercato dei pubblici affidamenti, dall'altro l'istituto del subappalto – per come disciplinato nel nuovo Codice – rischia di costituire uno dei punti più problematici dell'intera normativa, tradendo di fatto il proprio scopo originario.

Come noto, nella previgente normativa di cui al d.lgs. 163/2006⁸⁰, l'applicazione del subappalto trovava una prima distinzione tra i lavori, da un lato, e i servizi/forniture dall'altro.

In tema di lavori, la disciplina risultante dal vecchio codice (d.lgs. n. 163/2006) e dal relativo Regolamento (d.p.r. 207/2010)⁸¹, delineava un quadro in cui vi erano diverse percentuali di attività subappaltabili a seconda del tipo di categoria di opera, fermo restando il limite del 30% riferito alla cd. categoria prevalente.

Il sistema, dunque, era ripartito diversamente a seconda della soglia di incidenza/importo della categoria di opera rispetto all'intero appalto: vi erano categorie per le quali il subappalto era vietato; categorie per le quali il subappalto era ammesso nei limiti del 30% e, infine, categorie subappaltabili al 100%.

Per i servizi e le forniture, invece, il limite di subappalto rimaneva fissato nel 30% rispetto all'intero importo contrattuale.

⁸⁰ Art. 118, d.lgs. n. 163/2006.

⁸¹ E, invero anche dell'art. 12 «Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici», l. n. 80 del 23 maggio 2014 recante «Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 28 marzo 2014, n. 47. Misure urgenti per l'emergenza abitativa, per il mercato delle costruzioni e per Expo 2015».

k) Sistema delle proroghe

Ulteriore fattore corruttivo di non marginale rilievo potrebbe essere rappresentato dal fenomeno della reiterazione delle proroghe normative inerenti l'approvvigionamento di determinati tipi di servizi (ad esempio, come rilevato dall'ANAC nell'ultima Relazione annuale, quelli di pulizia e dei servizi ausiliari delle scuole).

La stessa Autorità Anticorruzione ha evidenziato la necessità di una riflessione in ordine alla legittimità di una simile politica legislativa, per il prodursi di possibili rilevanti effetti distorsivi sul mercato di riferimento, sotto il profilo della concorrenza, dell'economicità, dell'efficienza, della trasparenza e, dunque, anche della prevenzione della corruzione⁸².

Invero, v'è da dire che aldilà di una prassi da superare, molti sono stati gli interventi normativi che hanno "legalizzato" il ricorso alle proroghe; tuttavia, spesso tali interventi se da un lato hanno perseguito l'interesse sociale della salvaguardia delle aspettative di molti lavoratori socialmente utili tendendo al mantenimento dei livelli occupazionali, dall'altro, hanno introdotto un regime derogatorio della normative degli appalti, sottraendo al confronto concorrenziale, per un ampio arco temporale, l'affidamento di contratti pubblici di servizi di elevato interesse economico.

Con specifico riferimento, per esempio, ai servizi di pulizia nelle scuole, la normativa di riferimento ha permesso il progressivo consolidamento delle posizioni preesistenti e la restrizione delle condizioni del mercato di riferimento, in

⁸² Atto di segnalazione contenuto nella delibera ANAC n. 376 del 2 marzo 2016.

contrasto con il principio di concorrenza teso a garantire l'apertura del mercato a una concorrenza "effettiva", con gravi effetti distorsivi anche nel medio periodo⁸³.

I) Il controllo giurisdizionale

Un contributo in funzione di prevenzione dei fenomeni di malcostume in esame potrebbe poi venire anche da rimedi giurisdizionali nei confronti dell'operato delle stazioni appaltanti più efficaci di quelli che attualmente vengono forniti dalla giustizia amministrativa.

Gli strumenti offerti dal G.A. a oggi rischiano di essere inefficaci per diverse ragioni: in primo luogo, v'è da rilevare che il giudice amministrativo continua ad esercitare un sindacato "debole" su molte delle decisioni delle stazioni appaltanti laddove, pretendendo di assimilare le valutazioni tecniche alla discrezionalità amministrativa vera e propria, adotta un'ottica "pandiscrezionale"⁸⁴ che finisce per omettere di censurare scelte amministrative arbitrarie⁸⁵; oppure perché l'entità del contributo unificato *in materia* ha assunto ormai una forza dissuasiva per il

⁸³ Sotto quest'ultimo profilo, l'ANAC ha rilevato che anche quando, formalmente, il mercato è stato aperto al libero confronto concorrenziale - mediante l'indizione di una ordinaria procedura di scelta del contraente (gara Consip del 2012), sostanzialmente, l'offerta è rimasta inalterata, atteso che, per effetto di riscontrate intese collusive da parte dell'AGCM (provvedimento del 22 dicembre 2015), gli stessi prestatori di servizi hanno potuto mantenere le oramai storiche posizioni di mercato, consolidate nel tempo dalle suddette proroghe normative.

⁸⁴ L'espressione è di M. PROTTO, *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 874.

⁸⁵ Le critiche più lucide all'atteggiamento della giurisprudenza amministrativa da ultimo sono state mosse da A. TRAVI, in particolare in *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico - scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss., e in *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia "amministrativa"?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 304 ss.

potenziale ricorrente, costituendo una vera e propria barriera all'accesso alla giustizia⁸⁶.

Peraltro, si è osservato che a questa stregua «poiché rivolgersi al T.A.R. è costoso, chiunque voglia lamentarsi di un atto fa un esposto alla procura penale e alla magistratura contabile. Anche solo l'apertura di un procedimento diventa paralizzante: una sorta di copertura legale all'inerzia del burocrate, ma l'inerzia è anche il modo migliore per convincere a pagare le tangenti.

Si paga non sempre per ottenere qualcosa di illecito, ma spesso solo per sveltire le pratiche⁸⁷ - senza poi considerare che per ovvi principi di civiltà giuridica nel nostro ordinamento i rimedi penali dovrebbero svolgere solo un ruolo sussidiario, o, se si preferisce, dovrebbero fungere da «*extrema ratio* di tutela dei beni giuridici»⁸⁸.

⁸⁶ *Ex multis*, M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *associazionedeicostituzionalisti.it*, spec. 49 ss. Sulla legittimità della normativa italiana in materia di contributo unificato nella materia degli appalti pubblici si è, peraltro, già pronunciata Corte di Giustizia UE, sez. V, sentenza 06/10/2015 n° C-61/14

⁸⁷ R. CANTONE, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015, 155.

⁸⁸ Corte Cost. n. 282/1990 (in *Giur. cost.*, 1990, 1755 ss.); trattasi comunque di affermazione costante nella giurisprudenza costituzionale. Cfr., in proposito, G.D. COMPORI, *La sfida delle nuove direttive*, cit., che ritiene che in materia di contratti pubblici si vada invece affermando una "prospettiva pan-penalistica".

CAPITOLO III

GLI STRUMENTI PER LA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NEI CONTRATTI PUBBLICI. IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione – 2. La prevenzione della corruzione nelle più recenti riforme normative – 2.1. Un complesso sistema di fonti normative – 2.2. Le Direttive 2014 – 2.3. La legge delega n. 11/2016 – 2.4. Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: il d.lgs. n. 50/2016 – 2.5. Misure di prevenzione della corruzione nel Nuovo codice dei contratti pubblici – 3. Rimedi atti a prevenire i fattori corruttivi – 3.1. Anticorruzione e semplificazione normativa – 3.2. Principio di trasparenza – 3.2.1. La trasparenza come strumento per la prevenzione della corruzione – 3.3. Istituzione dell'albo dei commissari– 3.4. La programmazione delle acquisizioni – 3.5. Utilizzo delle centrali di committenza – 3.6. Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti – 3.7. Vigilanza ANAC e valore delle linee guida – 3.8. Il conflitto d'interesse – 3.9 Il nuovo ruolo del soccorso istruttorio – 3.10. La valutazione delle offerte anormalmente basse – 3.11. La fase esecutiva: varianti, risoluzione, rinegoziazione, proroghe, rinnovi – 3.12. Subappalto – 3.13. Strumenti pattizi di prevenzione della corruzione – 4. Cenni di diritto comparato – 4.1. Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti in Francia – 4.2. Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti negli USA – 5. Conclusioni

1. Corruzione ed appalti nell'evoluzione del quadro normativo: brevi cenni sul passaggio dal sistema repressivo al sistema di prevenzione.

Gli ultimi anni, come si è già osservato, sono stati caratterizzati da un'intensa attività legislativa, che ha avuto un impatto rilevante e per certi versi radicale sull'organizzazione e

sul funzionamento della pubblica amministrazione al fine di incrementarne l'efficienza, l'efficacia e l'economicità della stessa. Particolare attenzione è stata dedicata al settore degli appalti che, come visto, rappresenta un terreno particolarmente permeabile a pratiche corruttive.

Il percorso di riforma ha avuto il difficile compito di conciliare logiche di efficacia a logiche di razionalizzazione e risparmio, dovute alle contingenze storiche. La creazione di un impianto di prevenzione della corruzione *ad hoc*, dotato di organismi competenti e funzionali al raggiungimento dell'obiettivo, ha trovato un ostacolo notevole nell'esigenza di operare non solo evitando di addossare maggiori uscite alla spesa pubblica, ma addirittura di ridurle.

Da qui, tra l'altro, deriva anche la difficoltà per tali organismi e istituzioni di funzionare a pieno regime, attesa la quantità di funzioni loro attribuite e, dunque, la mole di lavoro derivante dall'esercizio delle stesse.

In occasione delle riforme, il Legislatore ha proceduto ad uniformare il nostro ordinamento giuridico alle indicazioni provenienti dai principali strumenti sovranazionali di contrasto alla corruzione ratificati dall'Italia¹.

Sul fronte sovranazionale, infatti, in qualità di Stato aderente al GRECO-Group of States Against Corruption, l'Italia è stata sottoposta alla cd. Procedura congiunta di primo e secondo ciclo di valutazione, conclusasi con l'approvazione di un Rapporto e di talune Raccomandazioni indirizzate al nostro

¹ Tra tutte si ricorda la United Nations Conventions Against Corruption (UNCAC), il primo strumento internazionale delle Nazioni Unite per la lotta alla corruzione, approvato nel 2003 e ratificato in Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 3 agosto 2009, n. 116 e la Criminal Law Convention on corruption firmata a Strasburgo nel 1999 e ratificata dall'Italia con legge di autorizzazione alla ratifica 28 giugno 2012, n. 110.

Paese, nell'ambito della 43esima assemblea plenaria tenutasi a Strasburgo il 2 luglio 2009.

In particolare, nel Rapporto veniva analizzata la situazione complessiva dell'Italia e le carenze cui dover far fronte. Nello specifico, l'Organo di controllo del Consiglio d'Europa rilevava che la diffusa percezione della corruzione quale fenomeno usuale e diffuso, che interessava gran parte dei settori pubblici, dall'urbanistica, allo smaltimento rifiuti, agli appalti pubblici.

Le raccomandazioni, viceversa, fornivano indicazioni sul percorso di riforma da seguire per contrastare il fenomeno corruttivo. Nello specifico, si evidenziava la necessità di predisporre un programma organico e mirato alla lotta alla corruzione, la necessità di perfezionare il coordinamento tra le varie istituzioni preposte a contrastare il fenomeno e l'esigenza di attuare misure efficaci che non solo mirassero alla repressione, ma che fossero funzionali a creare una barriera protettiva preventiva contro l'insorgenza di fenomeno di mal costume amministrativo. Le azioni repressive, sebbene necessarie e di sicuro dotate dell'efficacia derivante dall'effetto deterrente, non erano considerate sufficienti a combattere il fenomeno, essendo viceversa necessario predisporre delle misure preventive.

In particolare, la Commissione individuava una serie di debolezze normative in materia di corruzione della legislazione italiana. Si riscontrava, innanzitutto, una limitazione al diritto di accesso, nel fatto che la legge sul procedimento del 1990 prevedesse la necessità di motivarne la richiesta. La Commissione criticava inoltre la mancanza di una disciplina normativa sull'integrità dei membri del Governo; sulla tutela degli informatori o dei denunciati casi di corruzione; sulle

sanzioni per le imprese; sulla incompatibilità dei condannati per corruzione di assumere cariche pubbliche.

Invero, i rilievi evidenziati dall'UE erano tutt'altro che infondati, atteso che le misure fino ad allora adottate dall'Italia in termini di prevenzione della corruzione erano sporadiche e piuttosto deboli, non idonee a garantire il perseguimento di una seria politica di prevenzione. Rilevava, in tal senso, anche l'assenza di un'Autorità nazionale anticorruzione.

Viceversa, a fronte dell'inefficacia dei controlli amministrativi e della indifferenza dell'apparato politico amministrativo, il compito di preservare la legalità, anche nel settore degli appalti pubblici, era stato attribuito in via esclusiva alla magistratura penale. Tale compito, tuttavia, è stato depotenziato da una tempistica processuale estremamente lunga, accompagnata da un regime delle prescrizioni basato su tempi ridotti, così da rendere poco temibile il processo penale, con conseguente rafforzamento della percezione di impunità del fenomeno e di incapacità dell'ordinamento e delle istituzioni a farvi fronte.

In tale contesto, si inserisce la riforma del sistema di prevenzione della corruzione, che ha accolto le indicazioni provenienti dall'Unione Europea e ha pedissequamente eseguito quanto richiesto, in un percorso di revisione dei propri istituti ancora non del tutto compiuto.

Il settore degli appalti pubblici, ove tanto chiaramente emergevano problematiche legate al fenomeno corruttivo, è stato interessato da rilevanti novità, già a partire dalla già citata legge n. 190/2012, che ha predisposto un articolato sistema di soggetti preposti al controllo e alla vigilanza ed ha introdotto rigidi obblighi di pubblicità relativi a tutte le fasi della

contrattualistica pubblica. In seguito, il d.l. n. 90/2014 ha modificato, ampliato e rafforzato i poteri attribuiti alla precedente CIVIT, ora A.N.A.C., individuando in tale organismo il soggetto centrale attorno a cui ruota il sistema dell'anticorruzione.

Il quadro normativo si è ulteriormente arricchito con l'introduzione del nuovo codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016), in vigore dal 18 aprile 2016, che ha abrogato e sostituito il d.lgs. n. 163/2006, semplificando la normativa ivi contenuta, sia nel numero che nella qualità delle disposizioni.

Di tale ultima riforma si offrirà una prima e breve ricostruzione, nella parte che riguarda gli strumenti predisposti al fine di prevenire il rischio di corruzione negli affidamenti pubblici.

2. La prevenzione della corruzione nelle più recenti riforme normative

2.1. Un complesso sistema di fonti normative

A fronte della diffusa esigenza di semplificazione ed uniformità degli ambiti (forniture, servizi, lavori), la materia degli appalti pubblici, nell'ultimo ventennio, è stata attraversata da numerosissimi interventi normativi di riforma, in ambito comunitario e nazionale.

Il c.d. codice De Lise, d.lgs. n. 163/2006, ovvero il codice dei contratti pubblici vigente fino all'aprile del 2016, nato dal recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE ormai superate nelle edizioni 2014, si è presentato sin da subito "senza pace", apprestandosi a subire, già all'indomani della sua entrata in vigore, un lungo e intenso *iter* di interventi di riforma e modifica, sino all'ultimo intervento riformatore (d.l. n.

90/2014, conv. in l. n. 114/2014), contestuale al più ampio progetto di abrogazione e riforma ormai attuato².

Come ormai noto, il 2 ottobre 2015 la Commissione Ambiente della Camera ha approvato il disegno di legge di riforma degli appalti, scadenzando le date del “nuovo” Codice Appalti e, nel rispetto del termine del 18 aprile 2016, è stato approvato il decreto legislativo per il recepimento delle “nuove” direttive (direttive del Parlamento europeo e del Consiglio 2014/23/UE sui contratti di concessione, 2014/24/UE sugli appalti settori ordinari, 2014/25/UE nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali).

Nonostante la varie vicissitudini del “vecchio” Codice d.lgs. n. 163/2006, la riforma ne mantiene le finalità rafforzandone la *ratio* originaria di predeterminazione delle regole del gioco nelle procedure di scelta del contraente da parte delle pubbliche amministrazioni, di coerenza del risultato rispetto al razionale e trasparente impiego delle risorse dedicate, di parità di trattamento, di non discriminazione e di proporzionalità.

Il quadro normativo del settore degli appalti pubblici è attraversato, inoltre, dalla disciplina antimafia³, che ha un impatto fenomenico relevantissimo per territori particolarmente infiltrati dalla criminalità organizzata di tipo mafioso.

Il sistema soggiace, inoltre, alle disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari⁴ e, non in ultimo, all’articolato sistema di norme e linee guida sul contrasto alla corruzione e

² C. SICILIANO, *Capitolo XVII – La procedura negoziata*, in *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – commentario sistematico*, F. SAITTA (a cura di), 2008, Padova.

³ Legge 13 agosto 2010, n. 136 recante il Piano straordinario contro le mafie; Delega al Governo in materia di normativa antimafia.

⁴ Art. 3 della l. 136/2010 cit. ed art. 6 della l. 17 dicembre 2010, n. 217.

sulla trasparenza amministrativa derivate dalla Legge n. 190/2012⁵.

Coerentemente a tali finalità di necessaria convergenza e sistematicità delle attività di vigilanza sul settore, anche i servizi della “nuova” Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), negli ultimi tempi (non ultimo, come si dirà meglio oltre, con il D.Lgs. n. 50/2016), sono stati riorganizzati e articolati nelle due grandi aree dei contratti pubblici e dell’anticorruzione e trasparenza⁶.

Già il d.lgs. n. 163/2006 conteneva, anche in seguito alle modifiche ad esso apportate da vari interventi di riforma, molte norme aventi il fine di prevedere strumenti di prevenzione della corruzione. In questa logica andavano letti certamente gli oneri di pubblicità imposti, e via via incrementanti, in capo alle stazioni appaltanti, il regime delle varianti in corso d’opera, il principio di tassatività delle cause di esclusione, il regime dei requisiti di partecipazione.

⁵ Legge Severino, Legge 6 novembre 2012, n. 190 recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione» (GU n.265 del 13-11-2012), entrata il 28/11/2012. C. SICILIANO, *Come promuovere la cultura dell’etica e della legalità per uno sviluppo sostenibile delle comunità*, in *Labour & Law Issues –Issn 2421–2695*, vol. 2, n. 2, 2015, p. 33- 57, <http://labourlaw.unibo.it/>; C. SICILIANO, *La corruzione nuoce gravemente alla salute*, in www.opencalabria.com; C. SICILIANO, *Il sistema sull’anticorruzione: da (apparente) complicazione a strumento di compliance gestionale e di riallocazione delle risorse pubbliche per uno sviluppo sostenibile*, in www.opencalabria.com.

⁶ In attuazione dell’art. 6 della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione la legge 190/2012 individua, in ambito nazionale, l’Autorità nazionale anticorruzione (*ex* CiVIT, oggi A.N.A.C) e gli altri organi incaricati di svolgere, con modalità tali da assicurare azione coordinata, attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione. Il decreto legge n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, ha soppresso l’Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (A.V.C.P.), trasferendo le competenze in materia di vigilanza dei contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.A.C.).

2.2. La dimensione “anticorruzione” del diritto comunitario degli appalti pubblici: le Direttive 2014

Gli appalti pubblici hanno sempre costituito un terreno favorevole alla corruzione anche in ambito europeo e ciò in quanto, in primo luogo, essi offrono a un buon numero di imprese notevoli possibilità di attività.

È stato calcolato che essi globalmente intesi rappresentano globalmente circa il 15% del PIL dell’Unione europea quando si aggiungano ai contratti stipulati dagli enti pubblici (Stato, enti locali, istituti di diritto pubblico) quelli stipulati dalle imprese di servizio pubblico⁷. Talora, soprattutto a livello locale, l’aggiudicazione di alcuni appalti, soprattutto incidenti su taluni settori (trasporti, edilizia, lavori pubblici, energia) diviene vitale per le imprese che, conseguentemente, possono essere tentate nell’utilizzare tutti i mezzi per riuscire nell’intento.

D’altro canto, è indubbiamente più facile trovare elementi corruttibili tra i responsabili decisionali del settore pubblico che nelle imprese. E ciò in quanto per un’impresa, abdicare alla sua libertà di contrattare con i fornitori più competitivi a vantaggio di un fornitore mediocre che avesse saputo ingraziarsi i dirigenti rappresenterebbe un grave rischio per il suo interesse economico e finanziario dell’impresa stessa.

In una collettività pubblica, il potere decisionale è senza dubbio più concentrato e meno controllato che nell’impresa, soprattutto allorché si tratta di enti locali.

⁷ Parlamento Europeo, Direzione Generale degli Studi, Documento di Lavoro, Misure volte a prevenire la corruzione negli Stati membri dell’UE, Serie Affari Giuridici, JURI 101 IT 03-1998, disponibile sul sito <http://www.europarl.europa.eu>.

Tali fattori permanenti di corruzione sono stati rafforzati dal clima imperante negli anni '80 e '90 e si può dire che il settore degli appalti pubblici ha dominato la scena nella presa di coscienza del fenomeno della corruzione che si è avuta a livello sia europeo che nazionale.

La legislazione comunitaria relativa agli appalti pubblici mira innanzi tutto ad applicare a tale settore i principi del mercato interno quali le grandi libertà di circolazione (beni e servizi) e le regole di concorrenza. Essa non comporta disposizioni esplicite di lotta contro la corruzione facenti capo al diritto penale, che è di competenza esclusiva degli Stati membri. Ma essa può contribuire indirettamente a tale lotta, appunto sul piano non repressivo ma su quello preventivo del fenomeno.

Le disposizioni pertinenti risultano certamente quelle relative all'onorabilità dei candidati agli appalti; quelle relative agli obblighi imposti agli aggiudicatari; infine, le disposizioni relative ai ricorsi⁸ impongono agli Stati membri di prevedere procedure di ricorso efficaci e rapide contro le decisioni di assegnazione di appalti ritenute pregiudizievoli da un candidato.

D'altro canto, la legislazione comunitaria è innanzi tutto insufficiente per quanto riguarda il suo campo d'applicazione. Essa si applica unicamente agli appalti superiori a certe soglie,

⁸ Direttive 89/665 del 21 dicembre 1989 (regime generale) e 92/13 del 25 febbraio 1992 (regime proprio ai settori del servizio pubblico). La direttiva 89/665/CEE è stata profondamente modificata dalla direttiva 2007/66/CE. La direttiva 2014/23/UE ha introdotto ulteriori modifiche, volte principalmente ad ampliare l'ambito di applicazione della direttiva 89/665/CEE per quanto riguarda le concessioni ai sensi della direttiva 2014/23/UE e ad aggiornare i riferimenti alle norme sostanziali relative agli appalti pubblici stabilite nella direttiva 2014/24/UE. La direttiva 92/13/CEE è l'equivalente della direttiva 89/665/CEE per gli appalti pubblici nei settori di pubblica utilità ed è stata profondamente modificata dalla direttiva 2007/66/CE. La direttiva 2014/23/UE ha introdotto ulteriori modifiche alla luce della direttiva 2014/25/UE.

che sono alquanto elevate. Per definizione, essa non contempla nemmeno i contratti o le deleghe di servizio pubblico, che non costituiscono appalti pubblici e si ritiene tradizionalmente che non debbano essere assoggettati alle regole che, per questi ultimi, limitano rigidamente la libertà dell'Amministrazione nella scelta del contraente: obbligo di bando di gara (pubblicità) e di scegliere l'offerta più vantaggiosa⁹.

La legislazione comunitaria ha seguito tale tradizione, ma con un'eccezione: le concessioni di lavori pubblici. Tali concessioni sono distinte dagli appalti pubblici di lavori mediante i quali gli enti pubblici fanno costruire edifici e altre opere non concepite ai fini del funzionamento di un servizio pubblico. Le concessioni di lavori pubblici sono finalizzate ad affidare alle imprese non solo la realizzazione di un'opera pubblica ma anche il suo sfruttamento, che consiste molto spesso nell'erogare un servizio pubblico.

In ragione, dunque, della diffusione del fenomeno corruttivo nelle procedure ad evidenza pubblica, divenuto oramai congenito male delle gare, e consapevole dell'entità del fenomeno, non si è fatta attendere la risposta europea che, con le "recenti" Direttive in materia di affidamento di contratti pubblici di appalti e concessioni (23-24-25/UE/2014)¹⁰, è intervenuta

⁹ Si ritiene al contrario che trattandosi non dell'acquisizione di beni e servizi per il funzionamento dell'Amministrazione (il che è oggetto degli appalti pubblici), bensì di far funzionare dei servizi essenziali per il pubblico, l'Autorità pubblica debba disporre della più ampia libertà possibile nella scelta dei suoi *partner*.

¹⁰ Le tre direttive che riformano il settore degli appalti e delle concessioni - 2014/25/UE sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (c.d. "direttiva settori speciali"), 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari (c.d. "direttiva appalti") e 2014/23/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (c.d. "direttiva concessioni") - sono state pubblicate in GUUE L 94/65 del 28 marzo 2014. Le direttive sono entrate in vigore il 18 aprile

ponendosi come obiettivo, tra gli altri, quello di promuovere la lotta alla corruzione attraverso procedure semplici e trasparenti, rimuovendo le incertezze normative.

Le richiamate direttive sviluppano alcune leve fondamentali della “Strategia Europa 2020”¹¹ della quale gli appalti pubblici costituiscono perno e strumento strategico trasversale per conseguire una migliore efficienza della spesa pubblica, realizzando una maggiore semplificazione e flessibilità delle procedure¹². Tutto ciò in quanto solo attraverso tale percorso si pervenire ad una «crescita sostenibile, intelligente e inclusiva»¹³: *sostenibile* in quanto volta allo sviluppo di

2014: gli Stati membri erano obbligati a recepirle nei rispetti ordinamenti nazionali entro il 18 aprile 2016.

¹¹ La Commissione ha inciso notevolmente nella disciplina dei *Procurement*. In particolare, nella Comunicazione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo ed al Comitato delle Regioni del 13/4/2011, *sull’Atto per il mercato unico: dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia*, la Commissione ha elencato tra le dodici azioni da adottare in seno all’UE entro il 2012 l’innovazione del quadro normativo del settore degli appalti pubblici, puntando ad una maggiore flessibilità delle procedure di aggiudicazione al fine di utilizzare i contratti quali strumento utile per il conseguimento di altre politiche dell’Unione.

¹² Contemporaneamente, l’intera disciplina degli appalti pubblici mira a promuovere l’innovazione, l’accesso al mercato delle PMI, la tutela ambientale e la responsabilità sociale. In termini anche, Analogo giudizio è di M. COZZIO, *Le scelte del legislatore europeo per favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese*, in *Diritto e pratica amministrativa*, 2014, n. 5, p. 16, il quale sottolinea i «profili multidirezionali» delle direttive europee, le cui norme sono redatte in modo da recepire il perseguimento di obiettivi di altre politiche comuni, nonché di facilitare il perseguimento di quest’ultime.

¹³ Il secondo considerando della direttiva 2014/24/UE, prevede espressamente che «Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, illustrata nella comunicazione della Commissione del 3 marzo 2010 dal titolo «Europa 2020 — Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva» («strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva»), in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva garantendo contemporaneamente l’uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. A tal fine, la normativa sugli appalti [...] dovrebbe essere rivista e aggiornata in modo da accrescere l’efficienza della spesa pubblica, facilitando in particolare la partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici e

un'economia più efficiente sotto il profilo delle risorse, più rispettosa dell'ambiente e più competitiva; *intelligente* in quanto si vuole porre l'accento sull'esigenza di un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione; *inclusiva*, in ragione della promozione di un'economia ad alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.

Il recepimento delle citate Direttive, e dunque l'entrata in vigore del Nuovo Codice dei Contratti pubblici, era stato considerato, nell'ottica di un più generale dibattito sul rapporto fra diritto ed economia, tra amministrazione e sistema produttivo, quale favorevole occasione "per il dibattito pubblico, di misurarsi con un problema assai ampio, ma specificamente identificato, e per i giuristi l'opportunità di mostrare la capacità di tradurre in realtà le esigenze di revisione e di cambiamento più volte manifestatesi"¹⁴.

Era già stato evidenziato come l'occasione (rappresentata appunto dal recepimento delle Direttive e, dunque, dalla completa revisione dell'intero impianto dei contratti pubblici) non doveva essere sprecata e ciò in considerazione dell'importanza del settore e della numerosità degli interessi coinvolti: le dimensioni economiche del settore delle procedure

permettendo ai committenti di farne un miglior uso per sostenere il conseguimento di obiettivi condivisi a valenza sociale [...]». Lo stesso riferimento ad una "*crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*" è contenuto, altresì nei consideranda nn. 47, 95, 96, 123 della medesima direttiva, nei quali è sottolineata l'essenzialità degli appalti per la promozione dell'innovazione. Analoghe previsioni si trovano anche nei consideranda nn. 4, 57, 101, 129 della direttiva 2014/25/UE e nel considerando 3 della direttiva 23/2014/UE.

¹⁴ A. PAJINO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi – Varenna, 17 - 18 e 19 settembre 2015, p. 5. E di "preziosa opportunità" parlano N. PARISI – M.L. CHIMENTI, *Il ruolo di A.N.AC. e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici*, in www.politicheeuropee.it.

ad evidenza pubblica e il gran numero di operatori economici coinvolti nelle stesse, unitamente all'imprescindibile presenza di un elevatissimo numero di stazioni appaltanti/amministrazioni pubbliche e la particolare importanza delle procedure di acquisto richiedono che il recepimento delle "nuove" Direttive costituisca nuovo trampolino di lancio dell'economia del Paese¹⁵.

Invero le critiche nei confronti del previgente codice dei contratti pubblici sono state formulate per lo più in relazione al suo funzionamento e alle sue conseguenze sui mercati e sull'etica pubblica; ciò posto, dunque, il recepimento delle nuove Direttive europee in materia di contratti pubblici "non costituisce soltanto una partita di settore, ma una vera e propria partita di sistema, che riguarda l'intero universo delle amministrazioni pubbliche"¹⁶.

Quanto all'impronta complessiva di dette direttive, esse si connotano, come sottolineato dall'ANAC nell'Atto di segnalazione 21 maggio 2014 n. 3, per il riconoscimento di un ruolo centrale alle scelte delle singole amministrazioni aggiudicatrici, laddove, invece, nel contesto normativo italiano fin ad ora vigente, si è cercato finora di limitare quanto più possibile la discrezionalità delle stazioni appaltanti¹⁷.

¹⁵ A. PAJNO – L. TORCHIA, in *Introduzione*, in A. PAJNO-L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, di prossima pubblicazione, su www.astridonline, p. 4.

¹⁶ A. PAJNO, *La nuova disciplina*, in op. cit., p. 7.

¹⁷ Se, come rileva la stessa Autorità, la regolamentazione "molto puntuale" che caratterizza il contesto normativo italiano è stata finora giustificata dal «condivisibile obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di infiltrazioni criminali», v'è sicuramente da chiedersi se tale obiettivo sia stato raggiunto, sì che il problema centrale, che si poneva nella successiva fase di recepimento delle direttive comunitarie, era quello di accertare se tale modalità di regolamentazione sia effettivamente funzionale all'obiettivo stesso. In termini S. CACACE, *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, consultabile sul sito www.giustizia-amministrativa.it.

2.3. La legge delega n. 11/2016

Sul piano interno, la legge delega n. 11 del 2016¹⁸, ha perseguito, sul piano dello strumento, la codificazione delle disposizioni di recepimento delle Direttive e quelle di riordino complessivo della materia, e sul piano degli obiettivi, quello della semplificazione e dell'accelerazione delle procedure nell'ottica della salvaguardia di valori fondamentali quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e dell'infiltrazione della criminalità organizzata, la tutela ambientale e sociale.

La l. n. 11/2016, più in generale, si preoccupa di garantire l'effettiva concorrenza delle procedure in quanto la promozione del valore della concorrenza può valere tanto a perseguire l'efficienza dell'affidamento (obiettivo dell'aggiudicazione) e, altresì, a contrastare la corruzione¹⁹.

¹⁸ Legge 28 gennaio 2016, n. 11 recante «Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 23 del 29/1/2016.

¹⁹ Sulla connessione tra la valorizzazione del principio di concorrenza e la prevenzione della corruzione, si veda M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna. L'a. afferma che «In effetti, contrasto alla corruzione e concorrenzialità delle gare pubbliche sembrano costituire, entro certi limiti, due facce della stessa medaglia. Infatti le regole di matrice europea, peraltro presenti in parte nella legislazione nazionale della contabilità pubblica, volte a rendere trasparenti e competitive le procedure di per sé scoraggiano azioni corruttive. Simmetricamente, anche le regole specifiche di matrice nazionale introdotte dalla recente normativa anticorruzione concorrono a migliorare il monitoraggio e a rendere ancor più trasparenti e competitive le medesime procedure e dunque mirano a realizzare ancor più pienamente gli obiettivi posti alle direttive europee. La disciplina generale delle gare pubbliche e la disciplina anticorruzione innescano dunque un circuito virtuoso di rafforzamento reciproco».

La richiamata legge delega si inserisce, dunque, nel solco della normativa in tema di prevenzione della corruzione già tracciata dalla legge n. 190/2012 che espressamente individua le procedure di affidamento dei contratti pubblici quali attività amministrative “a rischio di corruzione”.

La legge delega richiama le finalità anticorruptive in più punti del testo: in primo luogo coordina le finalità anticorruptive con il principio di trasparenza inserendo quest’ultimo tra i criteri che devono informare l’intera opera di recepimento delle direttive e, dunque, tra i principi che il Governo è tenuto ad adottare nel redigere il nuovo codice dei contratti pubblici; alla lettera b), dunque, la richiamata legge delega prevede che la finalità di riordino della disciplina di settore può essere raggiunta attraverso l’adozione di un unico testo normativo per i contratti di appalto e di concessione di recepimento delle Direttive europee «garantendo in ogni caso l’effettivo coordinamento e l’ordinata transizione tra la previgente e la nuova disciplina, anche in riferimento, tra l’altro, al coordinamento con le disposizioni in materia di [...] trasparenza e anticorruzione, al fine di evitare incertezze interpretative ed applicative, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea»; alla lettera q), è stato invece previsto, più puntualmente, tra i criteri direttivi della delega quello dell’«armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad essa prodromiche e successive, anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione, di evitare i conflitti d’interesse e di favorire la trasparenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione: 1) individuando espressamente i casi nei quali, in via eccezionale, è possibile

ricorrere alla procedura negoziata senza precedente pubblicazione di un bando di gara; 2) disciplinando le suddette procedure di gara e le relative fasi e durata, sia mediante l'unificazione delle banche dati esistenti nel settore presso l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), con esclusione della banca dati centralizzata di cui alla lettera z), sia con la definizione di idonee misure quali la previsione di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, [...]; 3) assicurando comunque la trasparenza degli atti ed il rispetto della regolarità contributiva, fiscale e patrimoniale dell'impresa appaltatrice; 4) imponendo il ricorso a conti dedicati per le imprese aggiudicatrici [...]; 5) prevedendo un sistema amministrativo, regolato sotto la direzione dell'ANAC, di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, [...]; 6) attribuendo piena accessibilità, visibilità e trasparenza, anche in via telematica, in relazione agli atti progettuali [...].».

Dunque, è la stessa legge delega che già riconosce alcuni strumenti idonei a prevenire la corruzione nello specifico settore degli appalti; rimedi questi, dunque, che hanno costituito il percorso sulla traccia del quale il Governo ha adottato, successivamente, il d.lgs. n. 50/2016 recante, appunto, il Nuovo Codice dei contratti pubblici.

La richiamata legge delega, dunque, si propone espressamente il recepimento di tutti quegli strumenti di flessibilità suggeriti dalle Direttive europee quali: la progressiva digitalizzazione delle procedure; la diretta proporzionalità dei requisiti di partecipazione alle procedure rispetto all'oggetto

dell'appalto; la riduzione degli oneri documentali ed economici per le imprese con la promozione dell'istituto del soccorso istruttorio con riguardo a violazioni non sostanziali; la riduzione e la professionalizzazione delle stazioni appaltanti e la creazione di un sistema di qualificazione delle stesse diversificato in ragione del diverso grado di complessità; l'efficientamento delle procedure utilizzabili da CONSIP e dagli altri soggetti aggregatori; l'utilizzo preferenziale dell'offerta economicamente più vantaggiosa che sia misurata sul rapporto qualità/prezzo, secondo criteri oggettivi e seguendo un approccio costo/efficacia.

2.4. Il nuovo Codice dei Contratti pubblici: il d.lgs. n. 50/2016

Il periodo di gestazione della richiamata legge-delega ha assorbito quasi tutto il biennio a disposizione per il recepimento delle direttive e il Governo ha dovuto velocemente approvare, in soli tre mesi, il nuovo Codice, che abroga il “vecchio”²⁰ e una buona parte del relativo Regolamento²¹, e che dovrà essere completato con circa 50 atti attuativi²².

²⁰ D.lgs. n. 163/2006.

²¹ D.p.r. N. 207/2010.

²² Si tratta di: 14 decreti del Ministro delle infrastrutture e trasporti; 15 atti dell'ANAC; 6 d.p.c.m.; 15 decreti di altri Ministri. In dettaglio:

- Decreti Del Ministro Infrastrutture E Trasporti
- art. 21 (pianificazione dei contratti pubblici)
- art. 23 (contenuto dei livelli della progettazione)
- art. 24 (requisiti delle forme organizzative dei progettisti)
- art. 38 (servizio contratti pubblici)
- art. 73 (indirizzi per la pubblicazione telematica di bandi e avvisi)
- art. 77 (tariffa per albo e compensi dei commissari di gara)
- art. 81 (documentazione da inserire nella banca dati nazionale degli appalti pubblici)
- art. 84 (modalità di qualificazione alternative per i lavori pubblici)
- art. 89 (individuazione delle opere superspecialistiche)

-
- art. 102 (modalità tecniche del collaudo)
 - art. 111 (attività del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione dei contratti di servizi e forniture)
 - art. 196 (albo nazionale dei responsabili lavori e collaudatori nel caso di affidamento a contraente generale)
 - art. 209 (compensi degli arbitri)
 - art. 214 (struttura tecnica di missione)
 - Linee Guida e altri atti dell'ANAC
 - art. 31 (compiti del RUP)
 - art. 36 (procedure dei contratti sotto soglia)
 - art. 38 (modalità attuative della qualificazione delle stazioni appaltanti)
 - art. 71 (bandi tipo)
 - art. 78 (requisiti per l'iscrizione nell'albo dei commissari di gara)
 - art. 80 (mezzi di prova delle cause di esclusione dalle gare)
 - art. 83 (qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori nei settori ordinari)
 - art. 83 (sistema di penalità e premialità e relative sanzioni)
 - art. 84 (rating di impresa)
 - art. 84 (sistema SOA, vigilanza sulle SOA, vigilanza sul sistema di qualificazione e controlli a campione)
 - art. 84 (revisione straordinaria delle SOA e proposte revisione sistema attuale di qualificazione)
 - art. 110 (requisiti per la partecipazione a gare e esecuzione appalti per operatori economici sottoposti a fallimento o altre procedure di soluzione crisi di impresa)
 - art. 177 (verifica rispetto percentuale di esternalizzazione affidamenti da parte dei concessionari)
 - art. 194 (criteri dell'albo stazioni appaltanti che fanno affidamenti in house)
 - art. 197 (requisiti di qualificazione del contraente generale)
 - Decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri
 - art. 22 (opere soggette a dibattito pubblico)
 - art. 25 (procedimenti semplificati di verifica preventiva dell'interesse archeologico)
 - art. 37 (centrali di committenza dei comuni non capoluogo di provincia)
 - art. 37 (requisiti delle centrali di committenza)
 - art. 41 (revisione accordi e convenzioni quadro)
 - art. 212 (organizzazione della cabina di regia)
 - Decreti di altri Ministri
 - art. 1 MINESTERI (appalti all'estero)
 - art. 24 MINGIUSTIZIA (corrispettivi per i progettisti)
 - art. 25 MIBAC (elenco soggetti qualificati)
 - art. 34 MINAMBIENTE (criteri di sostenibilità ambientale, percentuale prestazioni negli appalti)
 - art. 44 MINSemplificazionePA (digitalizzazione procedure contrattuali pubbliche)
 - art. 103 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione)
 - art. 104 MISE (polizze tipo per garanzia di esecuzione per lavori di particolare valore)
 - art. 114 MINSALUTE (servizio di ristorazione ospedaliera)

Il 19 aprile 2016, dunque il giorno successivo al termine di recepimento delle Direttive fissato per il 18 aprile²³, è stato pubblicato sulla Gazzetta ufficiale il d.lgs. n. 50/2016 recante il “nuovo” Codice dei Contratti pubblici²⁴.

Il decreto n. 50/2016 che rappresenta quella che è stata definita una “piccola rivoluzione copernicana” nel settore degli affidamenti pubblici²⁵ è entrato in vigore “brutalmente” senza alcun termine di *vacatio legis* e, dunque, il nuovo *corpus* normativo si applica alle procedure di gara bandite dal giorno successivo a quello della sua entrata in vigore (e, dunque, a tutte le gare pubblicate dal 20 aprile u.s. in poi).

-
- art. 144 MISE (buoni pasto servizio sostitutivo mensa)
 - art. 146 MIBAC (qualificazione per appalti relativi a beni culturali)
 - art. 159 MINDIFESA (appalti nel settore della difesa)
 - art. 185 MEF (definizione delle garanzie per obbligazioni delle società di progetto)
 - art. 201 DPR (approvazione PGTL)
 - art. 203 MININTERNO (monitoraggio infrastrutture e insediamenti prioritari)
 - art. 215 DPR (attribuzione ulteriori compiti al Consiglio superiore lavori pubblici).

²³ Il 18 aprile coincideva il termine per l’attuazione della delega da parte del Governo e il termine di recepimento per le Direttive Europee per gli Stati membri.

²⁴ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recante «Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture». Il “nome di battesimo” del nuovo codice è stato considerato troppo lungo e non necessario e ciò in quanto il d.lgs. n. 50 non ha preso né il nome chiesto dalla legge delega (codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione) né quello suggerito dal Consiglio di Stato (codice dei contratti pubblici).

²⁵ Audizione del Presidente dell’Autorità innanzi le Commissioni riunite Ambiente (VIII) della Camera e Lavori pubblici, Comunicazioni (8a) del Senato sullo schema di decreto per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, 17 marzo 2016, disponibile all’indirizzo www.anticorruzione.it.

Il nuovo Codice, in linea con i principi ispiratori della legge delega, prevede, tra i suoi ambiti centrali, quello della armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure.

Anche nell'immediato periodo successivo alla sua nascita, il neonato Codice è stato già oggetto di alcune critiche, da parte di chi ha fatto rilevare come l'idea di un codice snello è rimasto, ad oggi, allo stadio delle buone intenzioni, e ciò in quanto l'emanazione del nuovo Codice lascia aperti alcuni quesiti importanti²⁶: (i) competenza legislativa delle regioni sugli appalti. La materia dei contratti pubblici, pur non rientrando espressamente tra quelle riservate in via esclusiva allo Stato dall'art. 117 Cost., viene comunque ricondotta alle materie statali "tutela della concorrenza" ed "ordinamento civile". Ciononostante residuano spazi di intervento regionale, tanto che la Corte costituzionale è stata chiamata ripetutamente a regolare i confini²⁷; (ii) omesso coordinamento complessivo di tutte le

²⁶ R. DE NICTOLIS, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, Varenna, 22 settembre 2016.

²⁷ La competenza legislativa regionale può assumere valenza nell'ambito di specifiche fasi della procedura di gara rientranti nella competenza residuale in materia di "organizzazione amministrativa". La Corte costituzionale, con la sentenza n. 401/2007 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84, comma 2, 3 e 8, del d.lgs. n. 163/2006, relativo alla composizione delle commissioni aggiudicatrici. In particolare, in tale occasione, la Corte ha affermato che le citate disposizioni "attengono, più specificamente, all'organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti, da parte delle imprese concorrenti, per aggiudicarsi la gara". Nella stessa occasione, inoltre, la Corte ha evidenziato come le ultime fasi della gara - fase di conclusione ed esecuzione del contratto - rientra nella materia dell'ordinamento civile, in quanto l'autorità pubblica agisce nell'esercizio di "autonomie negoziali" e non di "poteri normativi". Sulla base di ciò, la Corte costituzionale ha escluso la configurabilità, in tale ambito, di una legislazione regionale, ammettendo soltanto che, «in relazione a peculiari esigenze di interesse pubblico», possano «residuare in capo alla pubblica amministrazione poteri riferibili, tra l'altro, a specifici aspetti organizzativi afferenti alla stessa fase esecutiva». In termini, inoltre, v. Corte cost. nn. 431/2007; 320/2008; 322/2008; 411/2008;

fonti preesistenti da riordinare o abrogare. I tempi stretti per l’emanazione del codice hanno lasciato aperti molti difetti di coordinamento con discipline preesistenti, lasciando intendere pericoli effetti abrogativi impliciti²⁸; (iii) pericolo di attuazione “differita” della riforma attraverso i 50 atti attuativi, che seguiranno *iter* differenti e hanno eterogenea natura giuridica²⁹; (iii) assenza nella legge delega di un criterio che imponesse il consolidamento del diritto giurisprudenziale³⁰.

160/2009; 283/2009; 45/2010; 186/2010; 221/2010; 7/2011; 43/2011; 53/2011; 114/2011; 184/2011; 328/2011; 52/2012, 74/2012; 131/2013; 220/2013, 229/2013; 274/2013; 97/2014; 33/2015; 38/2015; 124/2015, 7/2016.

²⁸ Molte sono le fonti preesistenti le cui previsioni operano spesso un rinvio “di tipo statico” ad articoli del previgente codice (es. il d.lgs. n. 208/2011 sui contratti della difesa e sicurezza). In tema di contratti di ricerca e sviluppo, inoltre, rimane da verificare se la legge n. 770/1986 sugli appalti di ricerca e sviluppo sia ancora in vigore o tacitamente abrogata; relativamente all’istituto del baratto amministrativo da un lato è rimasto in vigore l’art. 24 d.l. n. 133/2014, dall’altro il nuovo codice ha qualificato lo stesso istituto come “partenariato pubblico privato tipizzato” (art. 190); con riferimento ai buoni pasto sostitutivi del servizio di mensa rimane in vigore l’art. 14-viciester d.l. n. 115/2005 che prevede una fonte del potere regolamentare in materia di buoni pasto, diversa da quella prevista dall’art. 144 del codice; e ancora in relazione alla programmazione per servizi e forniture è rimasto in vigore il c. 505 della legge di stabilità per il 2016, che sulla programmazione per servizi e forniture dice cose diverse dal codice (art. 21); infine, in materia di regole processuali per le infrastrutture strategiche se il codice ha inteso superare il regime speciale a queste riservato, permangono nell’art. 125 c.p.a., le disposizioni processuali speciali, alimentandosi così i dubbi circa la loro vigenza o implicita abrogazione ad opera del codice.

²⁹ Il tema della natura giuridica delle linee guida è stato affrontato dal Consiglio di Stato nei pareri resi sullo schema di codice e sulle successive linee guida: v. Cons. St., sez. affari normativi, comm. spec. 1.4.2016 n. 855; Id., 2.8.2016 n. 1767; Id., 13.9.2016 n. 1903; Id., 14.9.2016 n. 1919; Id., 14.9.2016 n. 1920. V. anche C. DEODATO, Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto, in www.giustizia-amministrativa.it, 29.4.2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, ivi, 18.4.2016.

³⁰ È stato fatto notare come, in più occasioni, il codice non ha tenuto conto delle conclusioni cui era giunta la giurisprudenza amministrativa. Critica sul punto, R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice*, cit. che sottolinea come «Perciò alcune partite che potevano ritenersi chiuse, si riapriranno: ne sono esempi il soccorso istruttorio, in cui ora si impone di regolarizzare, a pena di esclusione, anche violazioni formali e inessenziali; l’esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia, estesa a quelli di “rilievo

Molte sono le norme del nuovo Codice accomunate dal chiaro spirito di prevenire fenomeni corruttivi e tutte rappresentano la risposta del Legislatore, europeo prima e nazionale dopo, alle richieste provenienti dalle organizzazioni internazionali di prevedere puntuali argini ai rischi corruttivi propri del settore degli appalti pubblici.

Almeno nelle intenzioni e dunque in attesa di valutare la concreta applicazione delle norme ivi contenute, sotto il profilo relativo alla prevenzione della corruzione, il d.lgs. n. 50/2016 è un testo che va certamente salutato con favore in quanto, come anticipato, contiene molte disposizioni intese a porre freno al fenomeno di dilagante corruttela: come più diffusamente si dirà nel prosieguo, in questo senso devono leggersi tutte le novità in materia di trasparenza ed accessibilità agli atti delle procedure (l'art. 29, per esempio, ha imposto l'obbligo all'amministrazione di pubblicare tutta una serie di atti di cui precedentemente non era prevista la pubblicità, quali gli atti di ammissione e di esclusione dei concorrenti); tutte le norme in materia di commissione di gara, quali l'albo dei commissari, la loro scelta tramite sorteggio e la loro selezione solo al termine della presentazione delle offerte; l'art. 42 sul conflitto di interessi; il sistema di scelta del contraente che vede quali procedure ordinarie la procedura aperta e quella ristretta, "relegando" le procedure speciali quali deroghe eccezionali; la positivizzazione dell'istituto di matrice giurisprudenziale dell'*in house providing*; il sistema delle modifiche contrattuali; e ancora, i criteri di selezione che vedono il prezzo più basso quale criterio utilizzabile solo alla presenza di puntuali condizioni; e infine,

transfrontaliero"; il silenzio del codice sulle pubblicità o riservatezza delle sedute di gara».

tutto il subprocedimento di valutazione dell'anomalia delle offerte.

2.5. Misure di prevenzione della corruzione nel Nuovo codice dei contratti pubblici.

Ciò che deve evidenziarsi è, senza dubbio, che i problemi più rilevanti delle procedure ad evidenza pubblica e le contraddizioni che contrassegnano la domanda e l'offerta in materia di contratti pubblici, incrociano i grandi temi che stanno alla base delle difficoltà dell'intero sistema amministrativo: il controllo della spesa pubblica, l'inflazione normativa, la discrezionalità amministrativa, il contrasto e la prevenzione della corruzione.

Dunque, probabilmente anche in ragione di ciò, il fenomeno corruttivo nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, intersecando - come detto - i principali profili di criticità dell'intero sistema, si rivela quanto mai complicato.

Non è un caso, infatti, che tra le pratiche corruttive particolarmente diffuse si annoverano attività particolarmente importanti quali: capitolati su misura per favorire determinate imprese; abuso delle procedure negoziate; conflitti di interesse nella valutazione delle offerte; offerte concordate; criteri di selezione o di valutazione poco chiari; partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato; l'abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive; la modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto³¹.

³¹ Allegato sull'Italia della relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, «Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione», Bruxelles, 3.2.2014 COM(2014) 38 final, ANNEX 12.

È da ammettersi che quello della corruzione non è un tema esclusivo del diritto amministrativo italiano; certo è che, come visto nel nostro Paese, la tematica della corruzione assume connotati e numeri del tutto singolari a cui, nonostante le molteplici iniziative legislative adottate, non si riesce a porre un freno.

Di fronte ad una situazione del genere occorre, in primo luogo, riflettere sull'efficacia dei controlli tradizionali, e, successivamente, analizzare i criteri seguiti per prevenire la corruzione, specie in un settore delicatissimo come quello degli appalti pubblici.

Una volta identificati, nel capitolo precedente, i più rilevanti elementi di difficoltà che sono stati nel concreto riscontrati e, dunque, individuati i maggiori rischi e fattori corruttivi che animano il settore degli appalti pubblici, possono ora verificarsi, alla luce di tale analisi, i relativi rimedi offerti dalla nuova disciplina europea e, dunque, dal Nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016.

Solo attraverso una capillare ed aggiornata analisi e ricostruzione delle aree maggiormente esposte, dei comportamenti devianti più diffusi e della conseguente elaborazione di una mappa dei “rischi” è possibile individuare interventi di tipo correttivo al fenomeno della corruzione.

Ciò è tanto più vero nella misura in cui si cerchi non solo e non tanto di reprimere il fenomeno quanto di prevenirlo, apparendo, in questo senso, ancor più essenziale la conoscenza per “anticipare” le contromisure atte a diminuire, se non a scongiurare, i rischi apprezzati in fase di analisi.

3. Rimedi atti a prevenire i fattori corruttivi

Esistono, come noto, diverse strategie normative per contrastare la corruzione³².

Tra queste vanno certamente annoverate almeno i seguenti metodi già variamente utilizzati dal legislatore nei recenti interventi normativi:

- utilizzazione di norme generali che impongono obblighi a soggetti pubblici e privati che negoziano e concludono contratti (obblighi di ostensione e di *disclosure*);
- compressione della discrezionalità della stazione appaltante;
- utilizzazione di norme sulla formazione etica dei dirigenti e formazione specifica dei funzionari.

D'altro canto, le leve e i pilastri della prevenzione della corruzione sono già state individuate nei seguenti fenomeni³³:

1. etica
2. trasparenza attraverso l'uso dell'ICT
3. semplificazione
4. controllo.

Tali pilastri costituiscono, dunque, le fondamenta su cui basare non solo la lotta alla cattiva amministrazione, ma anche la prevenzione della corruzione; i medesimi pilastri, inoltre, possono costituire utili strumenti anche e soprattutto nel settore degli appalti pubblici e di ciò ne è stato consapevole anche il Legislatore del Nuovo Codice dei Contratti pubblici.

³² F. DI CRISTINA, *Prevenire la corruzione e l'illegalità negli appalti pubblici: verso una nuova via europea?*, in A. DEL VECCHIO - P. SEVERINO (a cura di), *Contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, 2014, n. 325 ss.; A. PAJINO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione*, in op. cit., p. 12.

³³ L. GIAMPAOLINO, *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche*, cit.

3.1. Anticorruzione e semplificazione normativa

Come evidenziato nel II capitolo, una delle principali cause che favoriscono la diffusione di fenomeni corruttivi negli appalti è data dalla *iper*-regolamentazione del settore, soggetto a continue e non sempre univoche innovazioni legislative.

L'incertezza normativa, come anticipato, genera dubbi anche in termini di interpretazione giurisprudenziale che, proponendo orientamenti ermeneutici diversificati sulla corretta applicazione degli istituti, disorienta ancor più gli operatori del settore.

In tale contesto, dunque, il decreto legislativo n. 50/2016 opera un riordino della materia, attraverso l'adozione di un unico testo normativo che sostituisce il vigente Codice dei contratti pubblici e in parte, quantomeno in questa prima fase, il relativo Regolamento di attuazione³⁴.

La semplificazione opera non solo a livello legislativo, ma anche e soprattutto a livello procedimentale. Nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di aggiudicazione, infatti, si pongono alcuni importanti nuovi istituti e la revisione di altri già esistenti.

Ci si riferisce, innanzitutto, al nuovo impulso dato alle comunicazioni elettroniche; si pensi agli artt. 40³⁵ e 52³⁶ del

³⁴ Il Nuovo Codice si presenta più snello in quanto composto da un minor numero di articoli rispetto al previgente d.lgs. n. 163/2006 e sprovvisto di un proprio Regolamento di attuazione. Tale semplificazione procedurale, tuttavia, è stata criticata nella misura in cui è stato fatto notare come essendo la piena attuazione del Codice rimessa all'emanazione di tutta una serie di atti attuativi (decreti ministeriali, linee guida ecc.) quest'ultimi potrebbero tradire l'obiettivo di semplificazione e, al contrario, aggravare l'applicazione del Codice rimessa a fonti differenti.

³⁵ Art. 40 «Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione» del d.lgs. n. 50/2016: «1. Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti

nuovo Codice, evidente testimonianza della volontà del legislatore di creare un sistema basato sulla massima semplificazione, sull'immediatezza, sulla sicurezza e sulla standardizzazione dei processi comunicativo-informativi, che involga anche la presentazione delle offerte e delle domande di partecipazione.

Ne deriva un quadro in seno al quale l'utilizzo di mezzi elettronici, e dunque, la digitalizzazione delle procedure costituisce la regola³⁷, cui fanno eccezione casi specificamente disciplinati³⁸.

utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale. 2. A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici».

³⁶ Art. 52 «Regole applicabili alle comunicazioni» del d.lgs. n. 50/2016: «Nei settori ordinari e nei settori speciali, tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. [...]».

³⁷ Art. 52 «Regole applicabili alle comunicazioni» del d.lgs. n. 50/2016: «[...] In deroga al primo e secondo periodo, le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta esclusivamente nelle seguenti ipotesi: a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili; b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte della stazione appaltante; c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti; d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici; e) l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli

In tale quadro si inserisce, altresì, l'utilizzo dei cataloghi elettronici in tutte le procedure disponibili ove sia richiesto l'uso di mezzi di comunicazione elettronici, e ciò consente un aumento della concorrenza e dell'efficacia della commessa pubblica, soprattutto in termini di risparmi di tempo e denaro³⁹.

Il recepimento di tali disposizioni ovviamente necessita di una forte opera di sensibilizzazione delle diverse stazioni appaltanti e anche degli operatori economici, anche attraverso l'adozione di misure graduali volte a incentivare il processo di informatizzazione, invero già in atto, per quanto riguarda la verifica dei requisiti, attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP)⁴⁰ di cui già all'art. 6 *bis* del d.lgs. n. 163/2006.

operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso ai sensi del comma 6».

³⁸ Nel senso della necessaria digitalizzazione anche in funzione di prevenzione della corruzione negli appalti, v. G. RACCA, *Dall'autorità sui Contratti Pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Diritto Amministrativo*, 2-3/2015. L'A. sostiene che «La digitalizzazione degli atti e dei procedimenti amministrativi di gara, di stipula del contratto e di sua esecuzione, con il superamento del “mito” della riservatezza, apre a tutti l'analisi comparativa dei dati e dei flussi della massa di beni e servizi e lavori contrattati dalla pubblica amministrazione, può costituire la maggiore deterrenza a compiere atti corruttivi». In termini anche, L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, 2/3, 2015; M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione* (art. 1, commi 15-16 e 26-36), in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., 113 e ss.

³⁹ Art. 57, d.lgs. n. 50/2016 rubricato, appunto, «Cataloghi elettronici».

⁴⁰ La BDNCP è stata istituita dall'art. 62-bis del d.lgs. 82/2005, introdotto dall'art. 44 del decreto legislativo 30 dicembre 2010, n. 235 (Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante Codice dell'amministrazione digitale, a norma dell'articolo 33 della legge 18 giugno 2009, n. 69), «per favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione».

Invero, il ruolo di quest'ultima necessiterà di una profonda rivisitazione a seguito dell'entrata in vigore del Nuovo Codice; la rivisitazione complessiva della BDNCP dovrà essere effettuata sotto il profilo dei dati, dei processi, delle funzionalità, dei sistemi e dei relativi flussi di acquisizione dei dati, delle procedure di cooperazione applicativa, della reportistica e delle modalità di accesso e consultazione dei dati medesimi⁴¹.

Il ruolo delle banche dati ha un'indubbia rilevanza strategica anche nel contesto comunitario, soprattutto se si ha riguardo alle previsioni concernenti il sistema elettronico di informatizzazione delle procedure.

In tale contesto normativo la spinta verso l'informatizzazione delle procedure di gare e lo scambio di documentazioni e certificazioni rappresenta il fulcro di una leva particolarmente vantaggiosa per la rimozione del peso burocratico degli adempimenti posti a carico degli operatori

⁴¹ Nel corso dei prossimi anni l'assetto della BDNCP, infatti, dovrà essere profondamente rivisto e consolidato e ciò al fine di ottemperare ai nuovi compiti istituzionali attribuiti all'ANAC dal Nuovo Codice. In particolare, tra le principali novità normative a impatto sulla BDNCP si citano: l'accentramento in capo all'ANAC di tutte le informazioni relative alle procedure di gara e alle fasi ad essa prodromiche e successive che, a oggi contenute in altre banche dati gestite da amministrazioni, dovranno confluire nella BDNCP (art. 213); la previsione di una piattaforma digitale istituita presso l'ANAC nella quale dovranno essere pubblicati tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché all'affidamento delle relative procedure (art. 29); l'istituzione presso l'ANAC di un apposito elenco delle SA qualificate; l'introduzione di un diverso meccanismo di pubblicità degli avvisi e dei bandi che dovranno essere pubblicati, non più nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, ma sulla piattaforma digitale presso l'ANAC che sarà tenuta ad assicurarne la trasmissione telematica all'ufficio competente delle pubblicazioni dell'UE (artt. 72 e 73); l'istituzione presso l'ANAC dell'albo nazionale dei commissari di gara (art. 78); l'istituzione presso il MIT di una banca dati, denominata Banca dati nazionale degli OE, che sostituirà l'attuale sistema AVCPASS dell'ANAC (art. 81); l'istituzione presso l'ANAC dell'elenco delle SA che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in-house* (art. 192).

economici e delle stazioni appaltanti e si pone in perfetta sintonia con gli obiettivi di semplificazione e trasparenza avviati nel nostro ordinamento a partire dalla l. n. 190/2012.

Nell'ottica di una più ottimale "preparazione" e "svolgimento" dell'appalto, si pone, altresì, il nuovo istituto delle «consultazioni preliminari di mercato» di cui all'art. 66 del nuovo Codice⁴².

Il legislatore, con il citato articolo 66 introduce una (potenziale) fase propedeutica all'avvio della procedura di appalto. La norma, novità nell'ordinamento domestico – che quindi non ha omologo nel pregresso codice degli appalti e neppure trova criteri specifici nella legge delega n. 11/2016 – riprende la disposizione contenuta nell'articolo 40 della direttiva comunitaria 24/2014⁴³.

Esso costituisce una forma nuova di flessibilizzazione procedurale e sostanziale, attraverso la quale è espressamente prevista la possibilità di richiedere consulenze oltre che ad

⁴² Art. 66 «Consultazioni preliminari di mercato»: «1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. 2. Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza».

⁴³ In questo senso, si legge nella relazione tecnica che con la norma (art. 66) si prevede la «possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici, prima dell'avvio di una procedura di appalto, di svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi. A tal fine è espressamente previsto che le amministrazioni aggiudicatrici possano acquisire consulenze, relazioni o altre documentazione tecnica da parte di esperti».

esperti anche ad autorità indipendenti. A tal fine è da ritenersi preminente, anche in tale settore, il ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione, anche ai fini della riduzione del contenzioso in fase di gara, spesso originato dalla carenza di conoscenze adeguate per una corretta impostazione e definizione del disegno d’asta da parte delle stazioni appaltanti.

Sempre nell’ottica della semplificazione procedurale deve essere intesa la nuova modalità di pubblicità dei bandi e degli avvisi di gara. Ai sensi dell’art. 73 del Nuovo Codice, infatti, tali atti dovranno essere pubblicati sul profilo del committente e comunicati alla piattaforma digitale dell’ANAC⁴⁴, eliminandosi la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica Italiana.

3.2. Principio di trasparenza

I recenti interventi normativi in materia di appalti pubblici risultano tutti animati dai medesimi principi di semplificazione e trasparenza.

⁴⁴ Art. 73, co. 4. «Fermo restando quanto previsto all’articolo 72, gli avvisi e i bandi sono, altresì, pubblicati senza oneri sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l’ANAC, in cooperazione applicativa con i sistemi informatizzati delle regioni e le piattaforme regionali di e-procurement. [...]. Il predetto decreto individua la data fino alla quale gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici, entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell’Ufficio inserzioni dell’Istituto poligrafico e zecca dello Stato. La pubblicazione di informazioni ulteriori, complementari o aggiuntive rispetto a quelle indicate nel presente codice, avviene esclusivamente in via telematica e non comporta oneri finanziari a carico delle stazioni appaltanti. Fino alla data indicata nel decreto di cui al presente comma, si applica l’articolo 216, comma 11”. Ai sensi dell’art. 216, co. 11 “Fino alla data indicata nel decreto di cui all’articolo 73, comma 4, gli avvisi e i bandi devono anche essere pubblicati nella Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti. [...]».

In questo ambito un fattore di primario rilievo è svolto dalle disposizioni che impongono oneri pubblicitari in capo alle Stazioni appaltanti in quanto la trasparenza passa necessariamente attraverso la più ampia ostensione possibile.

Ecco allora come si spiegano le normative dedicate al più generale tema delle comunicazioni all'intero delle procedure ad evidenza pubblica e a cui un ruolo centrale dedica lo stesso d.lgs. n. 50/2016.

All'interno della categoria delle comunicazioni, invero, è possibile suddividere le stesse in due grandi classi: (i) le comunicazioni individuali, indirizzate a ciascun concorrente; (ii) le comunicazioni collettive, rivolte alla comunità degli operatori economici.

Proprio con specifico riferimento all'ultima categoria di comunicazioni v'è da sottolineare come la relativa disciplina deve essere inquadrata nel più generale tema della trasparenza dell'azione amministrativa⁴⁵.

⁴⁵ Per un'essenziale letteratura sul tema, nell'ampio panorama dottrinale: R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986, Milano, 1989, p. 15; G. PASTORI, *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528; R. LASCHENA - A. PAJNO, *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 5 ss.; S. AGRIFOGLIO, *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 46 ss.; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995; ID., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5945 ss.; G. ABBAMONTE, *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in AA.VV., *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milano, 1991, p. 13 ss.; G. VIRGA, *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, ivi, p. 353 ss.; F. M. NICOSIA, *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in *L'amministrazione pubblica italiana*, S. CASSESE e C.

La trasparenza amministrativa è un concetto multidimensionale, che ha diverse accezioni e sottende molteplici implicazioni.

Nel suo tradizionale significato, essa rappresenta un principio funzionale al controllo sugli atti posti in essere dalla P.A. in una chiave principalmente difensiva degli interessi giuridicamente rilevanti dei cittadini⁴⁶.

Nella sua nuova accezione la trasparenza è intesa come «accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche»⁴⁷.

FRANCHINI (a cura di), Bologna, 1994, p. 101 ss.; R. CHIEPPA, *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994, 613 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, p. 725 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001, p. 343 ss.; M.P. CHITI - G. PALMA (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, con scritti di M.R. SPASIANO, *Trasparenza e qualità dell'azione amministrativa*, D.U. GALETTA, *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, F. PINTO, *Trasparenza e responsabilità politica*, V. VENEZIANO, *La trasparenza dell'azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*; F. MERLONI - G. ARENA - G. CORSO - G. GARDINI - C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, 2008.

⁴⁶ In questo senso l'accesso agli atti amministrativi e il sistema di pubblicità degli atti delineato dal legislatore ne costituiscono, al contempo, corollario e strumento.

⁴⁷ Art. 1, d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 recante «Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni», così come modificato dall'art. 2, d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 recante «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche».

Le comunicazioni collettive nel settore degli appalti sono, dunque, prevalentemente funzionali a garantire la trasparenza amministrativa, intesa proprio in questa nuova accezione.

3.2.1. La trasparenza come strumento per la prevenzione della corruzione

La trasparenza rappresenta uno strumento principe nell'ottica di prevenzione dei fenomeni corruttivi; vi è anzi una relazione inversamente proporzionale tra i due termini: al crescere della trasparenza diminuisce proporzionalmente la corruzione. E ciò in quanto evidentemente risulta più facile “cadere in tentazione”⁴⁸, e dunque in episodi di illegalità e corruzione, quando ci si trovi sotto gli occhi di tutti⁴⁹. Ecco, dunque, come l'idea della “casa di vetro” che aveva in mente Filippo Turati rappresenta l'idea che una trasparenza completa e diffusa di tutti gli atti della pubblica amministrazione possa rappresentare un valido strumento deflattivo della corruzione. Di contro, invece, la corruzione presuppone e favorisce la diffusione di meccanismi decisionali opachi, non trasparenti e che, quindi, ingenerano nei cittadini la sfiducia nelle istituzioni; tutto “ciò dà luogo a un circolo vizioso, perché la sfiducia è a sua volta causa della diffusione di pratiche corruttive e determina una bassa percezione del disvalore del fenomeno e una progressiva assuefazione allo stesso”⁵⁰

⁴⁸ L'espressione è di V. FANTI, *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, consultabile sul sito www.giustamm.it, n. 3/2016.

⁴⁹ M. CLARICH, *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in “case di vetro”*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, 27 aprile 2013, n. 18, 64.

⁵⁰ F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, consultabile sul sito www.federalismi.it, 28 ottobre 2015, e in *Astrid Rassegna 2015*, n. 9. L'A. evidenziando il carattere diffuso del fenomeno

Consapevole di tale relazione, il Legislatore negli ultimi tempi è spesso intervenuto in materia, con risultati che non sempre hanno soddisfatto le aspettative⁵¹.

Dapprima con la legge n. 190/2012, il cui art. 15 prevede che «la trasparenza dell'attività amministrativa, che costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione, [...] è assicurata mediante la pubblicazione, nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione».

L'art. 1, co. 35 della stessa legge 190 contiene, poi, una delega al Governo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza per le pubbliche amministrazioni; delega che, come noto, ha trovato una definitiva attuazione con l'approvazione del d.lgs. n. 33/2013 (recentemente, peraltro, modificato dal d.lgs. n. 97 del 2016), recante il «riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni».

corruttivo parla di «democratizzazione» della corruzione stessa e, ancora, di «una socializzazione di massa alla pratica dell'illegalità».

⁵¹ Relazione annuale del Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone, 14 luglio 2016, Senato della Repubblica, Roma, p. 9, consultabile sul sito www.anticorruzione.it. Il Presidente ha rilevato come «L'inefficacia del sistema della trasparenza previsto dal d.lgs. 33/2013 - che si riverbera sulla qualità e sulla completezza dei dati pubblicati - risiede soprattutto nella sua scarsa accettazione da parte delle amministrazioni, che continuano a vederlo non come uno strumento che favorisce la partecipazione dei cittadini, ma come un aggravio burocratico, anche perché sono considerate troppe le informazioni da pubblicare».

Nella materia degli appalti, in particolare, la trasparenza costituisce il presupposto dell'imparzialità dell'Amministrazione e della non discriminazione dei concorrenti, favorendo innanzitutto la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di selezione del contraente. La trasparenza in ordine alla volontà di stipulare un contratto pubblico, realizzata attraverso la pubblicità, assicura, dunque, la concorrenza tra gli operatori economici interessati e la verifica della coerenza della scelta rispetto ai criteri dell'aggiudicazione e all'interesse pubblico perseguito.

Come già evidenziato, negli appalti pubblici, il margine di discrezionalità di cui godono le stazioni appaltanti comporta un facile sviamento verso l'illegalità, che può manifestarsi in ogni fase.

Il merito della legge anticorruzione è stato quello di evidenziare che gli obblighi di trasparenza e pubblicità, che venivano assicurati nella fase di selezione del contraente, devono essere pienamente rispettati anche e soprattutto nella fase di esecuzione della commessa e ciò in quanto è in questa fase che maggiormente si annidano i rischi di corruzione⁵².

Inoltre, il corretto esercizio dei criteri di selezione e la legittimità di tutta la procedura di evidenza pubblica – prodromica alla fase esecutiva – devono essere valutati anche sulla base delle modalità di esecuzione del contratto, che per svolgere realmente una funzione di prevenzione della corruzione

⁵² Le nuove direttive europee sui contratti pubblici hanno iniziato a disciplinare taluni profili inerenti la fase dell'esecuzione, ove, come già rilevato dall'ANAC, maggiori appaiono i rischi di inefficienza e corruzione. Sul punto, ANAC, Relazione annuale 2014, cit., 37 e 38; R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit.; ANAC, *Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015*, relative all'utilizzo improprio delle proroghe e dei rinnovi nei contratti pubblici.

deve risultare conforme a quanto stabilito in sede di aggiudicazione.

Eventuali modifiche sostanziali determinano vantaggi discriminatori in favore dell'aggiudicatario e una violazione del confronto concorrenziale realizzato in sede di gara: è il caso delle varianti in corso d'opera che, come visto, qualora comportino variazioni essenziali⁵³ oltre ad essere illegittime, possono essere strumento di illegalità e, dunque, vengono sanzionate con la nullità eludendosi altrimenti il principio dell'aggiudicazione con gara.

L'estensione dell'obbligo di trasparenza e gli strumenti che la attuano alla fase di esecuzione dei contratti pubblici costituisce un elemento di significativo cambiamento nel settore degli appalti, potendo tradursi, ancora una volta, in efficace strumento di prevenzione dell'illegalità.

Infatti, a tale fase sono collegati numerosi rischi corruttivi maggiormente difficili da circoscrivere e sanzionare, come, ad esempio, l'accettazione di prestazioni contrattuali di minore valore e qualità di quanto stabilito in sede di aggiudicazione. La normativa anticorruzione ha, dunque, introdotto la verifica di conformità della prestazione a quanto offerto in sede di gara, la trasparenza dei pagamenti, la rotazione dei responsabili del procedimento ed ha introdotto un sistema volto ad evitare occasioni di segretezza tra aggiudicatario e responsabile del procedimento.

⁵³ In questo senso, il contributo decisivo è stato fornito dalle nuove direttive europee, che hanno quantificato la modificazione essenziale nella variazione superiore al 10% del valore iniziale del contratto per gli appalti pubblici di servizi e forniture e superiore al 15% per gli appalti di lavori. Invero, non sempre risulta agevole individuare tali modificazioni soprattutto quando il corrispettivo non cambia ma viene ricevuta una prestazione di minor valore.

La rilevanza europea dei contratti pubblici e i numerosi interessi connessi hanno spinto, dunque, nella direzione di creare nuovi strumenti, per evitare che il dilagare sempre maggiore del fenomeno corruttivo nel nostro Paese determini di fatto l'esclusione dell'Italia dai mercati internazionali, con conseguenti ripercussioni sulle capacità competitive e sulle stesse possibilità di sviluppo sociale ed economico del Paese.

Con riferimento a tali procedimenti, dunque, maggiori sono gli oneri pubblicitari che la legge richiede che vengano assolti.

Così la legge anticorruzione prescrive che nei procedimenti ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali tutta una serie di informazioni quali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati alla gara; il nominativo del soggetto aggiudicatario; l'importo della relativa aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura e, infine, l'importo delle somme liquidate.

Le stazioni appaltanti sono tenute, altresì, a trasmettere, con una certa periodicità, le predette informazioni all'Anac, che, a sua volta, invia alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di ottemperare a tale obbligo di comunicazione e pubblicazione⁵⁴.

La legge anticorruzione, dunque, prevede un onere rafforzato di pubblicazione e informazione nel settore degli appalti in funzione di un monitoraggio costante e generalizzato

⁵⁴ Art. 1, co. 32, l. 6 novembre 2012, n. 90. Dunque, proprio a testimonianza dell'importanza dell'adempimento posto a carico delle stazioni appaltanti, il legislatore individua una forma di controllo di prima istanza, in capo all'Anac, e di seconda istanza, in capo alla Corte dei Conti, e attribuisce alla prima finanche un potere sanzionatorio.

sull'utilizzo delle risorse pubbliche da parte delle amministrazioni aggiudicatrici nonché sul perseguimento delle funzioni istituzionali in una chiave di prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Nella stessa ottica si muove, ovviamente, il d.lgs. n. 33/2013, che all'art. 37 (rubricato "obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture") così come recentemente modificato, stabilisce che, fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, ciascuna amministrazione pubblica i dati previsti dal richiamato art. 32 della l. 190/2012 e le informazioni oggetto di pubblicazione in base al d.lgs. n. 50/2016.

La pubblicazione deve avvenire nella *home page* dei siti istituzionali, in cui è collocata un'apposita sezione denominata "Amministrazione trasparente"⁵⁵. Essa ha il precipuo fine di dare un particolare risalto alle informazioni prescritte dalla normativa sulla trasparenza e, nella fattispecie, a quelle relative al settore degli appalti pubblici.

All'obbligo pubblicitario ricadente sulle pubbliche amministrazioni, di cui si è detto, fa da contraltare il diritto all'accesso civico, ovvero il diritto di chiunque di richiedere i suddetti dati o documenti, nei casi in cui ne sia stata omessa la pubblicazione⁵⁶. Si tratta di un istituto che trova il suo

⁵⁵ Art. 9, d.lgs. n. 33/2013.

⁵⁶ La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente, non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione, che si pronuncia sulla stessa. L'amministrazione procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della

equivalente in quella che nei sistemi anglosassoni è definita con l'acronimo di FOIA (Freedom Of Information Act)⁵⁷. L'accesso civico introdotto dallo schema di Decreto consiste, infatti, in un diritto di accesso del tutto indipendente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e che concerne tutti i dati e i documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni⁵⁸.

Il richiamato art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, inoltre, trova il suo corrispondente nel nuovo Codice degli appalti all'art. 29, recante, appunto, i «principi in materia di trasparenza»⁵⁹.

La norma dispone, in particolare, la pubblicazione (e l'aggiornamento) di tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla

normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale.

⁵⁷ V. sul punto, espressamente, nella Relazione illustrativa allegata al Decreto legislativo recante revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche.

⁵⁸ In tal senso di è espressa D.U. GALETTA, *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in www.federalismi.it, n. 5/2016, p. 8. Sottolinea a questo proposito il Consiglio di Stato nel suo parere che «Il passaggio dal bisogno di conoscere al diritto di conoscere (*from need to right to know*, nella definizione inglese F.O.I.A) rappresenta per l'ordinamento nazionale una sorta di rivoluzione copernicana, potendosi davvero evocare la nota immagine, cara a Filippo Turati, della Pubblica Amministrazione trasparente come una 'casa di vetro'». Così parere Consiglio di Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere del 24 febbraio 2016, n. 515/2016, p. 77, reperibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵⁹ Le misure di trasparenza e prevenzione della corruzione nelle commesse pubbliche sono concentrate in tutte le fasi dell'attività contrattuale della p.a. come regolate dal recente d.lgs. 50/2016 sono concentrate:

- nella pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21 e 22);
- nelle modalità di affidamento (art. 29);
- nella qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 38);
- nella procedura di affidamento (art. 53);
- nella selezione delle offerte (artt. 77 e 78);
- nell'esecuzione, in specie attraverso le previsioni volte al contenimento delle varianti (art. 106).

programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico, nel caso non siano considerati riservati o secretati.

Sono, inoltre, oggetto di pubblicazione:

- i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione;
- la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti.

Il livello di informazione garantito dal nuovo Codice è, dunque, indiscutibilmente esaustivo, coprendo l'intera procedura di gara e la fase prodromica della programmazione.

Il primo sicuro elemento di novità rispetto al previgente Codice è l'introduzione di una specifica disciplina degli obblighi di pubblicazione e informazione relativamente alla gara.

La prevenzione dei fenomeni corruttivi, di cui la trasparenza costituisce, come detto, un corollario, è una delle chiavi di lettura del nuovo Codice e, prima ancora, delle tre direttive comunitarie di cui lo stesso decreto costituisce recepimento.

In tal senso, il considerando 136 della direttiva 24/2014 UE prevede, ad esempio, che «la tracciabilità e la trasparenza del processo decisionale nelle procedure di appalto è essenziale per garantire procedure leali nonché combattere efficacemente la corruzione [...]».

Sulla medesima direttrice si muove, come anticipato, la legge delega n. 11 del 2016, la quale persegue, sul piano degli obiettivi, quello della semplificazione e accelerazione delle

procedure salvaguardando al contempo valori fondamentali, fra i quali la trasparenza, la prevenzione della corruzione e della infiltrazione della criminalità organizzata (vd. art. 1 lett. B).

Questa direttiva generale trova nel Codice dei contratti declinazione in diverse disposizioni normative⁶⁰, fra le quali assume una particolare pregnanza il citato art. 29 che impone un regime di pubblicità e informazione in materia di appalti speculare a quello delineato dall'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, anzi per certi versi potenziato dalla previsione di un obbligo di pubblicazione sul sito del MIT e dell'Anac.

Maggiormente collegata al tradizionale significato di trasparenza amministrativa è, invece, la disposizione di cui al II periodo del comma 1 del citato art. 29, che estende l'obbligo di pubblicazione anche in relazione ai provvedimenti di ammissione e di esclusione dalla procedura di gara degli operatori economici⁶¹.

In tal caso la pubblicità è concepita in vista di una specifica finalità. La funzione che tale tipo di pubblicità intende assolvere, infatti, è quella della esperibilità delle nuove forme di tutela giurisdizionale previste dall'art. 120 del c.p.a., come modificato dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016, che ha previsto la possibilità di impugnativa giurisdizionale del provvedimento di

⁶⁰ L'individuazione della trasparenza del d.lgs. n. 50/2016 quale misura di prevenzione della corruzione è stata recentemente riconosciuta anche dalla giurisprudenza, v. T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 09.06.2016, n. 508.

⁶¹ Art. 29, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 «[...] Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. [...]».

esclusione e - questo sì che è un elemento di assoluta novità - dell'ammissione delle offerte altrui⁶².

I principi di trasparenza in tema di appalti pubblici trovano specifica attuazione anche nella disciplina delle comunicazioni post gara.

Viene al riguardo in considerazione l'art. 98⁶³ del d.lgs. n. 50/2016 secondo cui la stazione appaltante è tenuta a dare pubblicità dell'esito della procedura di gara con cui viene

⁶² Nello specifico la norma prevede che: «2-bis. Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale [...]».

⁶³ Art. 98 «Avvisi relativi agli appalti aggiudicati», d.lgs. n. 50/2016, «1. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'articolo 72, conforme all'allegato XIV, Parte I, lettera D, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dall'aggiudicazione dell'appalto o dalla conclusione dell'accordo quadro. 2. Se la gara è stata indetta mediante un avviso di preinformazione e se l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso che non aggiudicherà ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di preinformazione, l'avviso di aggiudicazione contiene un'indicazione specifica al riguardo. 3. Nel caso di accordi quadro conclusi ai sensi dell'articolo 54, le stazioni appaltanti sono esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo e raggruppano gli avvisi sui risultati della procedura d'appalto per gli appalti fondati sull'accordo quadro su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati entro trenta giorni dalla fine di ogni trimestre. 4. Le stazioni appaltanti inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, conformemente a quanto previsto dall'articolo 72, un avviso di aggiudicazione di appalto entro trenta giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione. Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. In tal caso, inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre. 5. Fermo restando quanto disposto dall'articolo 53, talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici».

aggiudicato un appalto pubblico ovvero viene concluso un accordo quadro.

Tale adempimento si sostanzia nell'invio di un avviso (c.d. avviso di post-informazione) relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione e deve essere espletato entro trenta giorni (il previgente Codice prevedeva il termine più lungo di quarantotto giorni) dall'affidamento del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

L'omessa pubblicazione dell'avviso di post-informazione non è idonea a costituire un vizio del procedimento⁶⁴ e non è in grado di inficiare lo svolgimento delle operazioni che hanno condotto la stazione appaltante all'aggiudicazione della gara, in ragione anche del criterio sostanzialistico promosso dall'art. 21 *octies* della legge 241 del 1990⁶⁵.

Del resto, una spia che l'avviso di cui all'art. 98 del Codice abbia un valore di mera pubblicità notizia è costituita dal lungo termine stabilito per l'assolvimento del relativo obbligo di pubblicità (30 giorni). Diversamente quando il Legislatore – come avvenuto nell'art. 29 (termine di 2 giorni per la pubblicazione dei provvedimenti ivi richiamati) o nell'art. 76

⁶⁴ ANAC, parere n. 200 del 18.11.2010.

⁶⁵ Al più l'omissione dell'avviso post-gara può rilevare ad altri fini, ad esempio sulla valutazione in ordine alla tempestività del ricorso (cfr. Tar Campania – Napoli, sez. I, sentenza 581/2008). A tal ultimo riguardo va, tuttavia, precisato che l'avviso in questione produce meri effetti di pubblicità notizia, avendo gli obblighi di post informazione come esclusiva finalità la garanzia dell'operato delle stazioni appaltanti, nella misura in cui rendono edotti gli operatori economici delle modalità di svolgimento e degli esiti delle procedure, ponendo allo scoperto eventuali pratiche discriminatorie e protezionistiche e, più in generale, violazioni dei principi di derivazione comunitaria (cfr. Cons. St. sez. V, n. 3786/2002). Si tratta, quindi, di un semplice avviso, con esclusive finalità di trasparenza, che sicuramente può concorrere alla piena conoscenza del provvedimento da parte dei soggetti interessati, ma che non è certamente idoneo a soddisfare la finalità di legale conoscenza attribuita dall'art. 21 della L. 1034 del 1971 alla pubblicazione.

(termine non superiore a 5 giorni per l'inoltro della comunicazione dell'aggiudicazione) – ha voluto ricollegare alla pubblicazione o notifica di un atto posto in essere nel corso o al termine di una procedura ad evidenza pubblica l'effetto della decorrenza del termine per la presentazione di un ricorso giurisdizionale, ha sempre stabilito che il relativo onere fosse assolto entro un tempo brevissimo, in ragione della primaria esigenza di rapida definizione dei contenziosi in materia di appalti.

Particolarmente diffusivo è il regime di pubblicazione dell'avviso di post-informazione. In particolare, è previsto che esso sia pubblicato, laddove riguardi una gara di importo superiore alla soglia comunitaria, con le stesse modalità prescritte dall'art. 72 del Codice, secondo cui gli avvisi e i bandi sono redatti e trasmessi all'ufficio delle pubblicazioni dell'UE per via elettronica e pubblicati entro 5 giorni dalla loro trasmissione, con spese a carico dell'UE.

V'è da aggiungere che il regime volto alla trasparenza delle comunicazioni permea l'intero d.lgs. n. 50/2016 e, dunque, non solo le comunicazioni collettive ma anche la seconda categoria di comunicazioni citate in apertura e cioè le comunicazioni individuali di cui all'art. 76 del nuovo Codice.

La disposizione ricalca sostanzialmente l'articolo 79 del d.lgs. n. 163/2006, prevedendo anch'essa l'obbligo per le stazioni appaltanti di informare tempestivamente, secondo le modalità di pubblicazione previste nel Codice, ciascun candidato o ciascun offerente delle decisioni prese riguardo alla conclusione di un accordo quadro, all'aggiudicazione di un appalto o all'ammissione ad un sistema dinamico di acquisizione, ivi compresi i motivi dell'eventuale decisione di

non concludere un accordo quadro o di non aggiudicare un appalto per il quale è stata indetta una gara o di riavviare la procedura o di non attuare un sistema dinamico di acquisizione.

La norma richiamata, tuttavia, presenta alcuni aspetti innovativi; un primo elemento di novità di tale disposizione è, infatti, insito nella modalità con cui deve avvenire, in questo caso, la comunicazione e, dunque, «nel rispetto delle specifiche modalità di pubblicazione stabilite dal presente codice» (e non più, come nel previgente sistema, a richiesta di parte).

Tale comunicazione ristretta ai “candidati” e agli “offerenti” si caratterizza per una maggiore libertà nella scelta delle forme di pubblicità, sicché anche la mera pubblicazione sul profilo del committente potrebbe essere sufficiente all’assolvimento del prescritto obbligo.

La norma disciplina poi le comunicazioni individuali, distinguendo quelle “a richiesta” da quelle “d’ufficio”.

L’elemento di novità rispetto alla previgente disciplina, in questo caso, è che le suddette comunicazioni devono essere effettuate mediante posta elettronica certificata (prima era consentito l’uso della posta raccomandata e fax), in linea con una delle direttive della riforma: la digitalizzazione e, quindi, la semplificazione e velocizzazione delle procedure di gara e delle relative comunicazioni⁶⁶.

Le comunicazioni individuali (sia quelle “a richiesta” che quelle “d’ufficio”), anch’esse espressione di trasparenza amministrativa, rappresentano uno strumento di controllo delle operazioni di gara in una chiave difensiva degli interessi degli

⁶⁶ Sul principio della digitalizzazione delle procedure in funzione di semplificazione procedimentale, v. meglio *supra* paragrafo 3.1. D’altronde è ormai stato positivizzato all’interno della Pubblica Amministrazione il principio del “*digital first*” di cui al d.lgs. 26 agosto 2016, n. 179.

operatori economici che partecipano alle procedure ad evidenza pubblica.

Più in particolare, deve evidenziarsi come la comunicazione a richiesta svolge una funzione acceleratoria del contenzioso in considerazione del brevissimo tempo entro cui deve essere assolta; nonostante tale precipua funzione, tuttavia, la stessa non fa decorrere il termine per l'impugnazione degli atti di gara⁶⁷.

Come anticipato, fermo il regime di pubblicità delineato dall'art. 29 e di informazione individuale comunque previsto dall'art. 76, comma 5, lett. b), la stazione appaltante deve dare avviso (si tratta di un'altra ipotesi di comunicazione d'ufficio) ai concorrenti, a mezzo PEC, del provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla procedura, in relazione ai requisiti morali e a quelli di qualificazione (economico-finanziari e tecnico-professionali), indicando l'ufficio o il

⁶⁷ Sul punto la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che «Il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva decorre dal ricevimento della comunicazione obbligatoria di cui all'art. 79, comma 5, d.lgs. n. 163/2006 e non dal ricevimento della comunicazione di cui all'art. 79, comma 2, che è eventuale in quanto fornita a seguito di richiesta scritta dell'interessato» (cfr. TAR Parma, Sezione I - Sentenza 15/04/2011 n. 98). Solo le comunicazioni individuali d'ufficio o obbligatorie sono, dunque, preordinate a «realizzare l'effetto della conoscenza legale dell'atto di aggiudicazione in capo al non aggiudicatario [...] al fine della celere decorrenza dei termini per il ricorso giurisdizionale e al fine di porre l'aggiudicazione e l'esecuzione del contratto al riparo da ricorsi proposti a notevole distanza di tempo. La comunicazione d'ufficio si traduce, pertanto, in un meccanismo acceleratorio del contenzioso» (cfr. R. DE NICTOLIS, *Comunicazioni, verbali, informazioni, spese degli atti di gara*, in *Trattato sui contratti pubblici*, M.A. SANDULLI – R. DE NICTOLIS – R. GAROFOLI (a cura di), Milano, 2008, 2037). Esse non sono quindi né superflue né ripetitive delle informazioni rese previa istanza di parte. In proposito viene in considerazione l'art. 120, comma 5, del d.lgs. n. 104/2010 (come modificato dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016), secondo cui «per l'impugnazione degli atti» di gara «il ricorso principale [...] e i motivi aggiunti, ...devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente [...] dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (leggasi: di cui all'articolo 76, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016) [...] ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto».

collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti (art. 76, c. 3)⁶⁸.

Quindi la pubblicazione sul profilo del committente viene sostanzialmente doppiata da una comunicazione individuale obbligatoria.

3.3. Istituzione dell'albo dei commissari

⁶⁸ I descritti elementi, pertanto, sono ritenuti idonei dalla prevalente giurisprudenza (*ex multis*, Cons. St., 7 maggio 2012, n. 2609) a permettere una compiuta cognizione dell'atto lesivo (quella "piena conoscenza" cui fa riferimento l'art. 41, co. 2, del d.lgs. n. 104/2010), così da legittimare l'esperimento dell'azione di annullamento entro il termine di trenta giorni decorrente dalla notificazione della comunicazione in questione, che, a sua volta, dev'essere eseguita entro cinque giorni dall'adozione della determinazione di aggiudicazione, giusta il già citato comma 5, lett. a) dell'art. 79. Questa opzione ermeneutica si inserisce in quel filone giurisprudenziale (cfr. *ex plurimis*, Cons. St., 5 novembre 2012, n. 5588.), valido non solo in materia di gare, secondo cui la lesione della sfera giuridica del destinatario di una statuizione amministrativa - idonea in sé a legittimare la proposizione del ricorso *ex art. 100 c.p.c.* («per proporre una domanda o per contraddire alla stessa è necessario avervi interesse») – si inverte a condizione che la statuizione in parola contenga elementi essenziali, quali l'indicazione dell'autorità emanante, l'oggetto, nonché la parte precettiva, per mezzo della quale l'atto amministrativo incide in via autoritativa ed unilaterale sul patrimonio dell'amministrato. Sulla tematica relativa al *dies a quo* del termine di impugnazione del provvedimento di aggiudicazione in assenza di un'effettiva possibilità di conoscenza di eventuali profili di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione è stata investita l'Adunanza Plenaria (Cons. St., Ad. Pl., 20 maggio 2013, n. 1) la quale tuttavia ha omesso di pronunciarsi sul punto, argomentando che analogo quesito era oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia. Il Giudice europeo si è quindi pronunciato sulla questione pregiudiziale, statuendo che i «ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni» e che «una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare "motivi aggiunti" nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti [...] Gli offerenti sarebbero costretti a impugnare *in abstracto* la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso».

Il nuovo Codice introduce, anche in coerenza con quanto stabilito nei criteri delega contenuti nella l. n. 11/2016⁶⁹, rilevanti ed innovative disposizioni in materia di nomina delle commissioni di gara ed in specie, in ambito sopra soglia comunitario (art. 35).

Tutte le novità in ordine ai tempi e alle modalità di nomina dei commissari di gara e, in generale, allo svolgimento delle sedute della commissione devono certamente leggersi sotto la lente di ingrandimento della volontà del legislatore di prevenire fenomeni corruttivi.

L'art. 77 individua le modalità di composizione della commissione di aggiudicazione per le ipotesi in cui gli appalti debbano essere aggiudicati in base al criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

La citata disposizione costituisce uno dei punti innovativi della riforma degli appalti pubblici, sottraendosi la scelta dei commissari di gara alle stazioni appaltanti, in funzione delle esigenze di trasparenza, imparzialità e competenza professionale dei commissari di gara.

⁶⁹ Secondo il criterio di cui alla lettera hh) dell'articolo 1 della legge 11/2016, il Governo è stato delegato a prevedere la creazione, presso l'ANAC, di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, prevedendo, tenuto conto, a seguito di apposite verifiche, delle precedenti attività professionali dei componenti e dell'eventuale sussistenza di ipotesi di conflitti d'interesse:

- 1) ai fini dell'iscrizione all'albo specifici requisiti di moralità, di competenza e di professionalità nello specifico settore cui si riferisce il contratto, nonché le cause di incompatibilità e di cancellazione dal medesimo albo;
- 2) l'assegnazione dei componenti alle commissioni giudicatrici mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati indicati alle stazioni appaltanti in numero almeno doppio rispetto ai componenti da nominare e comunque nel rispetto del principio di rotazione;
- 3) che l'ANAC adotti con propria determinazione la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento.

Si tratta di un indubbio strumento che si aggiunge agli altri che l'ordinamento appronta per la prevenzione e la lotta alla corruzione e alla infiltrazione criminale nella gestione delle gare pubbliche.

Il successivo art. 78 prevede, inoltre, l'istituzione di uno specifico albo dei componenti delle commissioni giudicatrici, di cui al precedente art. 77.

Esso recepisce il criterio hh.3) della legge di delega che, tuttavia, ha demandato all'ANAC il solo compito di «adott[are] con propria determinazione la disciplina generale per la tenuta dell'albo, comprensiva dei criteri per il suo aggiornamento».

A tal riguardo, ai sensi dell'articolo 78 si dispone che è istituito presso l'ANAC, che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

Ai fini dell'iscrizione nel suddetto albo, i soggetti interessati devono essere in possesso di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto - secondo i criteri e le modalità che l'Autorità ha recentemente definito con la linea guida n. 5⁷⁰.

In primo luogo, tale linea guida stabilisce che l'albo dei commissari è suddiviso in due sezioni: una ordinaria contenente l'elenco degli esperti che possono essere selezionati o dall'Autorità a seguito di richiesta delle stazioni appaltanti o

⁷⁰ Linee guida n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici», approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016.

direttamente dalle stesse e una speciale per le procedure bandite da Consip, da Invitalia S.p.A. e dai Soggetti Aggregatori Regionali⁷¹.

L'Autorità ha, inoltre, previsto che vengano assolti precisi obblighi di pubblicità: le stazioni appaltanti, infatti, sono tenute ad indicare nei documenti di gara informazioni dettagliate sulla composizione della commissione giudicatrice, sulle modalità di scelta degli eventuali componenti interni e di nomina del presidente, nonché sulle funzioni e compiti della commissione. Più precisamente, l'Amministrazione deve indicare il numero di membri della commissione giudicatrice; le caratteristiche professionali dei commissari di gara che devono essere esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto; il numero di componenti interni della commissione (contemperando le esigenze di contenimento dei costi, insite nella scelta di commissari interni, con quelle di imparzialità e prevenzione della corruzione⁷²); le modalità di selezione dei

⁷¹ In caso di affidamento di contratti d'importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria o per quelli che non presentano particolare complessità, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare componenti interni, nel rispetto del principio di rotazione. La stessa ANAC nella linea guida ha statuito che non sono di particolare complessità le procedure interamente gestite tramite piattaforme telematiche di negoziazione e quelle che prevedono l'attribuzione di un punteggio tabellare secondo criteri basati sul principio on/off (in presenza di un determinato elemento è attribuito un punteggio predeterminato, senza alcuna valutazione discrezionale, in assenza è attribuito un punteggio pari a zero) sulla base di formule indicate nella documentazione di gara.

⁷² Proprio nell'ottica preventiva di fenomeni corruttivi, l'ANAC ha sul punto statuito che "In ogni caso, la nomina di commissari interni, una volta entrato a regime il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui all'art. 38 del Codice, può essere effettuata solo quando nell'Albo vi siano un numero di esperti della stazione appaltante sufficiente a consentire il rispetto dei principi di indeterminatezza del nominativo dei commissari di gara prima della presentazione delle offerte (di cui all'art. 77, comma 7 del Codice) e della rotazione delle nomine (di cui all'art. 77, comma 3 del Codice). Nelle more le stazioni appaltanti procederanno alla nomina degli interni iscritti all'albo, nei limiti delle disponibilità in organico". Linea guida n. 5, cit.

componenti, esterni e interni, prevedendo che la nomina dei commissari avviene dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte (e tale “cadenza temporale” della nomina assolve certamente a una funzione di prevenzione della corruzione, evitando il rischio che un operatore economico, conoscendo prima il nominativo del commissario, possa con quest’ultimo stipulare un accordo illecito).

Inoltre, per quanto riguarda i componenti esterni, l’art. 77 del Codice stabilisce che la stazione appaltante procede con sorteggio pubblico alla scelta dei candidati e, seppur le stazioni appaltanti rimangono libere di scegliere quando richiedere all’ANAC la lista dei candidati, l’Autorità ha statuito che «è opportuno che questa avvenga in prossimità della seduta in cui si aprono le offerte tecniche»; sedute di cui deve essere data pubblicità ai concorrenti.

Sempre sulla stazione appaltante incombe l’obbligo di pubblicare tempestivamente sul profilo del committente la composizione della commissione giudicatrice, i *curricula* dei componenti, il compenso dei singoli commissari e il costo complessivo, sostenuto dall’amministrazione, per la procedura di nomina.

L’Autorità ha statuito che «Ai fini della prevenzione della corruzione la commissione e i singoli commissari segnalano immediatamente all’Autorità e, ove ravvisino ipotesi di reato, alla Procura della Repubblica competente qualsiasi tentativo di condizionamento della propria attività da parte di concorrenti, stazione appaltante e, in generale, di qualsiasi altro soggetto in grado di influenzare l’andamento della gara».

L’operatività della richiamata linea guida, di natura vincolante, è rimandata, in quanto tale atto di *soft law* rinvia a

un regolamento di organizzazione dell'ANAC, che viene a sua volta subordinato al D.M. del MIT che fisserà le tariffe di iscrizione all'albo dei commissari.

3.4. La programmazione delle acquisizioni

La programmazione delle acquisizioni rappresenta una condizione essenziale perché il settore degli appalti pubblici possa essere efficace; la corretta individuazione dei fabbisogni, da intendersi come specificazione tecnica dell'oggetto della commessa e come identificazione delle alternative più aderenti ai bisogni da soddisfare, rappresenta, inoltre, un valido strumento nell'ottica dell'ottimale perseguimento del fine pubblico della stazione appaltante.

Visto in tale ottica, il processo di individuazione e qualificazione dei fabbisogni richiede l'analisi delle esigenze nell'ambito degli obiettivi che la stazione appaltante deve raggiungere; analisi questa che non sempre è relativa ad un solo oggetto di acquisto, ma spesso fa parte di un complesso di fabbisogni che contribuiscono, nel loro insieme, al raggiungimento dell'obiettivo. Così concepita, anche la programmazione delle acquisizioni potrebbe esporsi al rischio corruttivo. Invero, anche sotto questo aspetto, la corruzione favorisce l'innescarsi di processi di distorsione della domanda: la programmazione di opere da realizzare e di beni e servizi da acquistare risulta finalizzata al conseguimento di vantaggi pecuniari da parte degli agenti pubblici incaricati di formularla. La Corte dei Conti ha osservato in passato che «spesso traspare dai programmi la riluttanza a compiere scelte precise, a beneficio di iniziative meno mirate che, se da un lato hanno il pregio di non pregiudicare specifiche istanze, dall'altro non

possono certo incidere in modo significativo su determinate realtà economiche⁷³»; la corruzione è uno dei fattori che spinge gli esponenti politici ed i dirigenti amministrativi a non irrigidire le scelte da effettuare entro piani prestabiliti, facendo crescere il potere discrezionale degli enti pubblici nell'attività contrattuale e portando al totale fallimento degli interventi di programmazione di lungo periodo, così da favorire investimenti da effettuare, al contrario, durante il breve periodo.

Per questo motivo l'attività di identificazione dei fabbisogni va allocata in un ambito di "programmazione" della domanda all'interno degli obiettivi. È, dunque, tale programmazione che, correttamente, la nuova normativa prende in considerazione, non solo per i lavori pubblici (programmazione triennale), ma anche per servizi e forniture (programmazione biennale)⁷⁴.

L'art. 21 del Codice, dedicato, appunto, alla programmazione degli acquisti, non entra nella previsione delle modalità operative del sistema, limitandosi a fornire i principi regolatori; spetterà poi ai responsabili delle amministrazioni curare che la spesa venga fatta secondo modalità che assicurino il raggiungimento degli obiettivi nel rispetto delle norme.

La programmazione, dunque, rappresenta un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce anche concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione

⁷³ Relazione al Parlamento della Corte dei Conti relativa all'anno 1987, p. 438 s.

⁷⁴ Art. 21, co. 1, d.lgs. n. 50/2016.

amministrativa. In ragione dell'assolvimento di tale funzioni, essa non si identifica più in una pura tempificazione degli acquisti, bensì in un'analisi critica per ottimizzare la probabilità di raggiungere gli obiettivi ed il rapporto benefici/costi⁷⁵.

Dunque, nel d.lgs. n. 50/16, la programmazione non ha il ruolo di momento di identificazione dei fabbisogni e di "progettazione" (in senso lato) degli appalti, ma ha un ambito più ristretto, focalizzato nel «rispetto dei documenti programmatori e sulla coerenza con il bilancio».

Implementare un processo di programmazione, che parta dalla considerazione degli obiettivi da perseguire, permette agli appalti pubblici di ottimizzare la qualità della spesa (rapporto costi/qualità) e l'*enforcement* della trasparenza dei meccanismi di scelta.

3.5. Utilizzo delle centrali di committenza

Come anticipato, uno dei principali rischi di corruzione è stato individuato nell'elevato numero di stazioni appaltanti spesso prive delle conoscenze e delle competenze tecniche adeguate alla gestione della procedura ad evidenza pubblica.

Il legislatore, oramai da qualche anno, ha inteso rispondere a tale problematica promuovendo – e anzi obbligando – il ricorso alle centrali di committenze.

Quest'ultime, come già avviene nelle più avanzate esperienze europee⁷⁶, sono chiamate ad operare sul mercato

⁷⁵ AVCP, "Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture", Determinazione n. 5 del 6.11.2013.

⁷⁶ G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. PIOGGIA - S. CIVITARESE MATTEUCCI - G. M. RACCA, M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, 2011, 198-2013.

europeo come “intermediari” o “grossisti”, creando anche sinergie tra centrali di diversi Stati membri che permettono di accrescere la conoscenza dei mercati e di definire le migliori strategie per la riqualificazione della spesa e l’innovazione.

È stato evidenziato, infatti, come lo spreco nel settore appalti è stato ricollegato per l’80% all’incapacità e solo per il 20% alla corruzione⁷⁷; da ciò la necessità di formare i funzionari e costituire strutture complesse capaci di svolgere tale funzione.

La previsione di un limitato numero di amministrazioni aggiudicatrici dotate di professionalità adeguate si pone, dunque, l’obiettivo di superare la carenza di risorse e/o di capacità organizzative.

Senza una reale attuazione dei principi costituzionali tuttavia, lo strumento dell’aggregazione della domanda potrebbe non sortire gli effetti auspicati, ma anzi traducendosi in una mera sommatoria di gare singole induce ad un ancor più grave rischio di “sommatoria di tangenti”⁷⁸.

Proprio nell’ottica di ridurre il numero delle Stazioni Appaltanti e qualificare le stesse sulla base di criteri di qualità, efficienza, professionalità, il d.lgs. n. 50/2016⁷⁹ prevede una generale riorganizzazione delle loro funzioni disponendo, in coerenza con il criterio di delega, anche l’obbligo per i comuni

⁷⁷ O. BANDIERA - A. PRAT - T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278-1308; G. RACCA, *Dall’autorità sui Contratti Pubblici*, cit.

⁷⁸ G. RACCA, *Dall’autorità sui Contratti Pubblici*, cit.

⁷⁹ L. DONATO, *Introduzione*, in *Banca d’Italia. Eurosystema, La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, n. 80, 2016, p. 11. L’A. ha evidenziato come, nelle nuove Direttive del 2014, l’attenzione si sposta «dal procedimento di gara ai soggetti»; alle stazioni appaltanti infatti è assegnato un ruolo fondamentale nel raggiungimento dell’obiettivo di semplificazione ed efficienza avuti di mira dalla riforma dei contratti pubblici.

non capoluogo di provincia di ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze, a livello di unioni dei comuni, ove esistenti, o ricorrendo ad altro soggetto aggregatore⁸⁰ e impone, per lo svolgimento in via autonoma di procedure di selezione di importo superiore a determinate soglie, la necessità di possedere idonea qualificazione⁸¹.

⁸⁰ Art. 37 «Aggregazioni e centralizzazione delle committenze» prevede che «1. Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'articolo 38. 2. Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedura ordinaria ai sensi del presente codice. 3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. 4. Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità:

- a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;
- c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56. [...]

⁸¹ Art. 38, co. 3 d.lgs. n. 50/2016 prevede che «La qualificazione ha ad oggetto il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro in relazione ai seguenti ambiti:

- a) capacità di programmazione e progettazione;
- b) capacità di affidamento;

A tal fine è prevista l'istituzione di un elenco delle Stazioni Appaltanti qualificate, tenuto dall'ANAC, ed è previsto altresì che la qualificazione sia conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. I requisiti tecnico-organizzativi per l'iscrizione nell'elenco summenzionato saranno determinati dall'ANAC con apposite linee guida in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalità.

La prima scelta del nuovo Codice è stata, dunque, quella di stabilire una soglia entro la quale i principi di concentrazione prima illustrati non valgono. Una scelta questa molto discussa⁸², ma in qualche modo giustificata dalla necessità di garantire un livello minimo di autonomia evitando complessità organizzative in relazione ad acquisti minori.

Le cose cambiano, invece, al superamento della soglia (40.000 euro per forniture o servizi; 150.000 euro per i lavori) secondo quanto previsto al co. 2 dell'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016.

Le strade in questo caso sono diverse a seconda dell'importo del contratto:

c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura, ivi incluso il collaudo e la messa in opera».

⁸² L'allora Presidente dell'ANCI, Piero Fassino, all'indomani dell'attivazione del disegno di legge delega, aveva dichiarato che «le stazioni appaltanti possono essere anche meno. L'importante è selezionare bene gli ambiti. Se si prendono a riferimento città metropolitane e vecchie province si arriva anche a 120 enti abilitati a bandire le gare. Aggregare è giusto, ma bisogna fare attenzione alla dimensione degli appalti che si intende assegnare tramite centrale. E ciò in quanto per le gare inferiori ai 40.000 euro far gestire alla Consip o un'altra centrale forniture o interventi di riparazione di questa dimensione significa spendere di più per la gara che per ottenere la prestazione».

- contratti di importo più basso: possibilità di procedere in autonomia;
- contratti di importo intermedio, ma sempre inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in assenza di qualificazione *ex art. 38*, è obbligatorio il ricorso alle centrali di committenza (o ad altre stazioni appaltanti qualificate);
- contratti di importo intermedio, inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, in presenza di qualificazione *ex art. 38*, ove disponibili, è obbligatorio il ricorso agli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate;
- contratti di importo superiore alla soglia comunitaria, obbligo di rivolgersi alle centrali di committenza o alle stazioni appaltanti qualificate, salvo che la singola stazione appaltante sia in possesso essa stessa della relativa qualificazione.

In questo quadro normativo piuttosto articolato e complesso, deve evidenziarsi come si aggiunge la disciplina speciale dettata dal d.lgs. n. 66/2014 relativamente ai contratti, superiori alle soglie stabilite, aventi ad oggetto determinate categorie di beni e di servizi.

Una seconda scelta del legislatore de nuovo Codice è stata quella di creare una diretta relazione tra centrale di committenza e qualificazione della stazione appaltante⁸³.

⁸³ Si pensi che l'attività di centralizzazione assume un'importanza ancor più importante nei casi in cui le centrali di committenza sono chiamate a gestire il contratto. Tale attività può verificarsi attraverso due "classiche" e differenti modalità: (i) le centrali procedono all'acquisizione di forniture o servizi destinati a stazioni appaltanti; (ii) le centrali concludono, quali

Questo stretto legame identifica la volontà del legislatore di aggregare gli acquisti su soggetti che dimostrino il possesso dei requisiti di professionalità ed esperienza descritti dall'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016⁸⁴.

Peraltro, la portata di tale innovazione sembrerebbe andare oltre l'obiettivo dichiarato dal Legislatore della sola riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica. L'aggregazione della domanda e, dunque, la centralizzazione delle stazioni appaltanti, appare collegata non solo al tema dell'efficienza degli affidamenti, ma anche a quello della lotta alla corruzione.

Con riferimento al primo profilo, la richiamata centralizzazione potrebbe garantire maggiore informazioni alla P.A. che, riducendo la fisiologica asimmetria informativa che nel rapporto con i privati vede la P.A. in una posizione di sfavore, consentirebbe alle stazioni appaltanti di aggiudicare contratti più efficienti in ragione, appunto, delle maggiori informazioni di cui dispongono.

Dall'altro lato, l'aggregazione della domanda riduce il numero delle procedure contrattuali e, dunque, il numero dei

“intermediari”, contratti (SDAPA, Accordi Quadro) per conto delle amministrazioni aggiudicatrici).

⁸⁴ L'importanza assunta dalle centrali di committenza porta con sé una serie di interrogativi primo fra i quali v'è certamente quello relativo alla natura pubblica o privata delle stesse; e, ancora, si tratta di un'attività sottratta al mercato o aperta ad esso? Rispondendo a tali quesiti è stato già evidenziato come «Il criterio della qualificazione può far pensare a un mercato regolato, in cui tutti i soggetti che mostrano di avere i necessari requisiti possono prestare il servizio, mentre il criterio della specializzazione, soprattutto territoriale, fa pensare a un regime di monopolio, in cui l'attività è riservata a soggetti pubblici. In astratto, entrambe le prospettive sono ammissibili, e infatti entrambe sono contemplate dalla direttiva del 2014 [...]», B.G. MATTARELLA, *Le centrali*, cit. L'A., sottolineando l'approccio prudente delle Direttive comunitarie in materia, evidenzia come in linea di massima deve essere affermata la concorrenza tra le centrali di committenza sia in ambito europeo, sia in ambito nazionale, pur se in tale ultimo ambito rimangono le discipline speciali che impongono il ricorso obbligato a una specifica centrale di committenza.

soggetti da controllare e, dunque, rappresenta un rimedio più efficace nella lotta alla corruzione.

La centralizzazione delle committenze, infine, assolve anche sotto diverso profilo l'obiettivo di prevenzione e ciò in quanto eliminandosi in radice la stessa possibilità delle amministrazioni di scegliere da sé il contraente viene eliminata la stessa possibilità di concludere contratti inutili⁸⁵.

3.6. Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti

Un primo importante rimedio nell'ottica di prevenire e contrastare la corruzione, strettamente collegato con il criterio guida della legge delega della riduzione e specializzazione delle stazioni appaltanti, è stato rinvenuto dal legislatore del Nuovo Codice nella qualificazione delle Stazioni Appaltanti.

Si tratta, invero, di una novità di assoluto rilievo che, sulla scia della spinta europea, risponde all'esigenza sempre più sentita di arginare l'assenza di specializzazione delle stazioni appaltanti lamentata ormai da troppo tempo.

Rilevante nell'ottica preventiva, dunque, è tale scelta di prevedere un sistema di qualificazione delle pubbliche amministrazioni modellato sul sistema già adottato per gli operatori economici (articoli 37 e 38): anche le stazioni appaltanti, come le imprese, dovranno quindi dimostrare di rispettare requisiti prefissati dall'ANAC, che redigerà un apposito elenco in cui saranno incluse anche le centrali di committenza⁸⁶.

⁸⁵ B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione*, cit.

⁸⁶ L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, Quaderni di ricerca giuridica della consulenza

Il possesso della relativa qualificazione assume un'importanza vitale per le stazioni appaltanti in quanto alle stesse, in assenza della predetta qualificazione, sarà impedita la possibilità di procedere ad affidamenti di importi superiori a 40.000,00 euro per forniture e servizi e 150.000,00 euro per i lavori.

Secondo quanto previsto dall'art. 38 è istituito presso l'ANAC un apposito albo delle stazioni appaltanti qualificate (di cui fanno parte anche le centrali di committenza), mentre ottengono la qualificazione di diritto – e, dunque, senza necessità di alcun controllo preventivo da parte dell'Autorità – il MIT, Consip, Invitalia, l'Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa e i soggetti aggregatori regionali (art. 38, co. 1, d.lgs. n. 50/2016)⁸⁷.

legale, Banca d'Italia, n. 80, 2016; L. FIORENTINO, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 4, 443 ss.

⁸⁷ Ai sensi dell'articolo 9 del d.l. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla l. 23 giugno 2014, n. 89 «nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 33-ter del decreto-legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, operante presso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, è istituito, senza maggiori oneri a carico della finanza pubblica, l'elenco dei soggetti aggregatori di cui fanno parte Consip S.p.A. e una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell'articolo 1 comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296». Tale norma prevede, infatti, che «ai fini del contenimento e della razionalizzazione delle spese per l'acquisto di beni e servizi, le regioni possono costituire centrali di acquisto anche unitamente ad altre regione, che operano quali centrali di committenza ai sensi dell'articolo 33 del codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in favore della amministrazioni ed enti regionali, degli enti locali, degli enti del Servizio sanitario nazionale e delle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio». Sul tema delle stazioni uniche appaltanti regionali, v. F. GALLO, *Stazione unica appaltante e centrale di committenza: lo sviluppo degli istituti nella prospettiva di riorganizzazione dei livelli di Governo*, in *Rassegna Avv. Stato*, 2014, 2, p. 250; F. CACCO, *La stazione unico appaltante*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2012, 2, p. 23; F. DI LASCIO, *Le centrali di committenza regionali*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nelle Repubbliche federale*, Bologna, 2011, p. 135.

La norma dispone che «la qualificazione è conseguita in rapporto agli ambiti di attività, ai bacini territoriali, alla tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo» dunque, introduce, in via generale i criteri che dovranno successivamente orientare l'attribuzione della qualificazione e, contestualmente, rinvia ad un successivo dpcm la definizione dei “requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco di cui al comma 1, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione»⁸⁸.

I criteri che il dpcm avrà il compito di specificare dovranno necessariamente essere di ordine generale, veri principi del sistema di qualificazione, in quanto gli stessi dovranno poi essere meglio specificati dall'ANAC a cui lo stesso art. 38 demanda la specificazione delle modalità attuative del sistema di qualificazione, sulla base dei criteri stabiliti dal d.p.c.m. e dallo stesso Codice.

Oltre ai criteri generali stabiliti dal dpcm e a quelli specifici puntualizzati dall'ANAC, il nuovo Codice fissa “a monte” alcuni principi stabilendo che il sistema di valutazioni per le PP.AA. sarà condizionato dalla complessità dei contratti e dalle fasce di importi degli stessi, secondo alcuni parametri di base (strutture organizzative stabili; presenza di dipendenti con competenze specifiche; sistema di formazione e aggiornamento del personale; indicazione del numero di gare svolte nel triennio e delle loro caratteristiche; rispetto dei tempi previsti per il pagamento di imprese e fornitori) e altrettanti requisiti premianti (valutazione positiva dell'ANAC in ordine all'attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione

⁸⁸ Art. 38, co. 2, d.lgs. n. 50/2016.

della legalità; presenza di sistemi di gestione della qualità conformi alla norma UNI EN ISO 9001 degli uffici e dei procedimenti di gara, certificati da organismi accreditati per lo specifico scopo ai sensi del regolamento CE 765/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio; disponibilità di tecnologie telematiche nella gestione di procedure di gara; livello di soccombenza nel contenzioso; applicazione di criteri di sostenibilità ambientale e sociale nell'attività di progettazione e affidamento)⁸⁹.

Una volta ottenuta la qualificazione, la stessa ha una validità quinquennale e potrà essere rivista a seguito di apposita verifica, anche a campione, da parte dell'ANAC o su richiesta della stazione appaltante.

Da ultimo, è importante evidenziare che la valutazione positiva della stazione appaltante viene comunicata dall'Autorità all'amministrazione di appartenenza della stazione appaltante perché quest'ultima ne tenga conto comunque ai fini della valutazione della *performance* organizzativa e gestionale dei dipendente coinvolti⁹⁰.

⁸⁹ Il Sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti abilita, così, a gestire diverse classi di importo di appalti:

sotto i 150.000 euro, possono operare autonomamente tutte le stazioni appaltanti;

sopra i 150.000 euro, possono operare autonomamente solo le stazioni appaltanti; quelle non qualificate devono, invece, rivolgersi a una centrale di committenza o aggregarsi con o più stazioni appaltanti qualificate;

per i lavori di manutenzione ordinaria tra i 150.000 euro e un milione di euro, le stazioni appaltanti devono comunque utilizzare, in via autonoma, strumenti di negoziazione messi a disposizione da centrali di committenza qualificate e, solo in caso di indisponibilità di tali strumenti, svolgere procedure ordinarie;

I Comuni non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto ai punti a) e c), devono comunque operare in forma aggregata, ricorrendo a: centrali di committenza o soggetti aggregatori qualificati; Unioni/aggregazioni/consorzi di Comuni costituite e qualificate come centrali di committenza; stazioni uniche appaltanti costituite presso enti di area vasta.

⁹⁰ Art. 38, co. 9, d.lgs. n. 50/2016.

Questo nuovo sistema recepisce una precedente idea dell'Avcp, che, in una segnalazione⁹¹ al Parlamento nel 2012, chiedeva di «istituire uno sportello unico di rilevazione delle stazioni appaltanti, prevedendo un obbligo preventivo annuale di iscrizione in un apposito registro tenuto dall'Autorità. Tale rilevazione deve essere correlata al rilascio del CIG (Codice Identificativo Gara). [...] L'obbligo di iscrizione nel registro delle stazioni appaltanti è funzionale all'introduzione di un sistema che ne valuti le capacità amministrative e gestionali e le classifichi per classi di importo o per tipologia di contratti, così da consentire che ogni amministrazione indichi gare e gestisca contratti in relazione alle proprie capacità strutturali, in modo rispettoso della normativa e, soprattutto, in modo efficiente, efficace e trasparente».

Se ci si interroga sullo scopo avuto di mira dal Legislatore con il sistema delle qualificazioni, non conoscendo al momento quale sarà l'architettura effettiva del sistema di qualificazione, sulla base di alcune esperienze internazionali (tra cui UNDP⁹², World Bank) può dirsi che l'*assessment* delle competenze è

⁹¹ Segnalazione ai sensi dell'art. 6, comma 7, lettera f), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 "Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici" A.S. n. 1 del 2012 p. 6-7.

⁹² Il Programma delle Nazioni Unite per lo sviluppo (United Nations Development Programme - UNDP) è un organo sussidiario dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite istituito con la risoluzione 2029 (XX) del 22 novembre 1965, a seguito della fusione del Programma ampliato di assistenza tecnica e del Fondo speciale.

L'UNDP coordina l'assistenza tecnica prestata dal sistema delle Nazioni Unite ai paesi in via di sviluppo (Cooperazione allo sviluppo), gestisce numerosi fondi fiduciari, approva i programmi nazionali di sviluppo presentati dai membri dell'ONU beneficiari degli aiuti in quanto paesi meno avanzati, stanziando i relativi fondi e sovrintende all'esecuzione dei progetti a livello nazionale, collaborando a tal fine con gli istituti specializzati e le organizzazioni non governative. Dal 2000 è impegnato nella realizzazione degli obiettivi di sviluppo del Millennio definiti nella risoluzione 55/2 dell'Assemblea generale dell'8 settembre 2000.

funzionale allo sviluppo delle stesse. L'UNDP, nelle proprie linee guida, è molto chiaro nell'affermare che l'*assessment* è un insieme di attività basate su criteri espliciti, che sintetizzano le migliori prassi gestionali (inclusive di componenti legali, amministrative, manageriali) e non la soluzione di per sé. Trattandosi di un processo dinamico e non di un "*one-time event*", il processo di *assessment* deve essere costruito avendo in mente che cosa significa gestire in modo efficiente ed efficace il processo di acquisto, quali sono le competenze richieste, come e in quale direzione si vuole fare evolvere il sistema.

Il passaggio da un sistema atomistico, in cui ciascun ente si occupava dei propri acquisti, a un sistema a rete, in cui le stazioni appaltanti sono chiamate a collaborare su più livelli differenziandosi e specializzandosi, per funzionare richiede un disegno strategico condiviso che non può "limitarsi" alle esigenze di controllo dei comportamenti individuali – corruzione – e della spesa.

Quello relativo alle qualificazioni delle stazioni appaltanti, in ambito nazionale, seppur costituisce una novità del nuovo Codice da salutare certamente con favore vista la sua funzione di riduzione e specializzazione delle stazioni appaltanti, d'altro canto rappresenta un quadro la cui operatività risulta posticipata al momento dell'adozione dei vari atti di dettaglio che il MIT e l'ANAC dovranno adottare⁹³.

⁹³ In generale nel senso dell'incertezza normativa che, in attesa dell'emanazione dei vari atti attuativi, permea l'intero settore della contrattazione pubblica, v. P. URBANI – R. MOTOLESE, *Enti locali e lavori pubblici nel nuovo Codice dei contratti degli appalti e delle concessioni (d.lgs. 50/2016)*, in *Paper Italiadecide, L'attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, 3 ottobre 2016, Sala degli Atti Parlamentari - Senato della Repubblica. Gli autori evidenziano come «Per quanto risulti pregevole l'intento del Legislatore di fluidificare la disciplina del Codice per mezzo di atti di normazione secondaria, non può

Dunque, per quanto innovative appaiano le disposizioni del Codice, una piena valutazione delle stesse risulterà possibile solo quando sarà definitivamente portato a termine il procedimento di riforma, per mezzo dell'attuazione dei dovuti decreti e linee guida.

3.7. Vigilanza ANAC e valore delle linee guida

Come visto, già la l. n. 190/2012, il d.lgs. n. 33/2013 e la l. n. 90/2014, avevano attribuito all'Autorità Nazionale Anticorruzione nuovi e incisivi poteri nell'ottica di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici, missione se non esclusiva certamente fondamentale assolta dall'ANAC.

Nello specifico, con riguardo al settore degli appalti pubblici, sul piano delle competenze e funzioni, l'art. 19 del d.l. n. 90/2014 prevede il trasferimento all'ANAC dei poteri di vigilanza propri dell'AVCP⁹⁴. Si tratta, in particolare, di poteri

che destano una certa perplessità la sensibile mole di documenti attuativi che concorreranno effettivamente a definire il nuovo quadro della disciplina in esame. Documenti che, nell'intreccio di pareri e valutazioni da acquisire da parte di una pluralità di soggetti, non può che inevitabilmente ritardare la piena realizzazione del nuovo sistema. [...] Solo, infatti, in presenza di un completo quadro regolamentare sarà possibile definire le opportune misure attuative del sistema che, tenendo conto dell'attuale situazione delle stazioni appaltanti, realizzi quella vera e propria riforma "copernicana" che attraverso una reale palingenesi dell'amministrazione, assicuri la creazione di un sistema, efficiente e professionale, di stazioni appaltanti».

⁹⁴ Cfr. G. ABBATINO – N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 152; M. CORRADINO – I. LINCESSO, *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC*, in R. CANTONE – F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 18-20; F. DI CRISTINA, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione - la nuova vita dell'anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11, 1019. F. DI LASCIO – B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 454; G. RACCA, *Dall'autorità sui Contratti Pubblici*, cit., *Sulle funzioni dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici*, cfr.: S. TORRICELLI, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia*, in R. F.

di vigilanza sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente e sui contratti di lavori, servizi e forniture; di segnalazione al Governo e al Parlamento di fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa; di formulazione di proposte al Governo; di predisposizione della relazione annuale alle Camere; di svolgimento di accertamenti ispettivi, di irrogazione di sanzioni pecuniarie ed interdittive.

Sempre nell'ottica di prevenire la corruzione, deve leggersi la previsione delle “*white list*” presso le Prefetture, di cui alla l. 190/2012⁹⁵. Si tratta di elenchi di imprese che certificano l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa negli appalti e che devono essere consultate da parte delle stazioni appaltanti per le verifiche in tal senso. Tuttavia, tali liste risultano obbligatorie esclusivamente in relazione ai settori ritenuti più a rischio.

L'attribuzione di poteri in materia di contrasto della corruzione è una novità assoluta rispetto al quadro delle competenze dell'AVCP e rappresenta una risposta alle critiche che da tempo venivano rivolte all'organismo indipendente in merito alla carenza di poteri di tipo inibitorio, capaci di incidere

ACEVEDO – P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2014, 493-509.

⁹⁵ Art. 1, commi 52, 52bis, 53, 54, 55 e 56, L. n. 190/2012. Tali elenchi prefettizi erano già stati previsti da discipline di settore (si ricordano i provvedimenti per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo di cui all'art. 16, d.l. 28 aprile 2009, n. 39, e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per i lavori relativi all'Expo 2015 ai sensi dell'art. 3-*quinquies* d.l. 25 settembre 2009, n. 135 e D.P.C.M. 18 ottobre 2011; per il Piano straordinario carceri di cui all'art. 17-ter d.l. 30 dicembre 2009, n. 195 e per i lavori di ricostruzione delle zone colpite dal sisma in Emilia Romagna, Lombardia e Veneto ai sensi dell'art. 5-bis, d.l. 6 giugno 2012, n. 74, come modificato dall'art. 11 d.l. 10 ottobre 2012, n. 174) e dall'art. 4, comma 13 del d.l. 13 maggio 2011, n. 70.

direttamente sugli appalti pubblici nel caso di scoperta di condotte illecite da parte degli operatori.

In passato, infatti, l'AVCP, qualora avesse accertato la sussistenza di condotte illecite, poteva unicamente denunciare le eventuali irregolarità riscontrate agli organi amministrativi e giurisdizionali competenti.

Con l'introduzione della nuova Autorità e l'unificazione delle strutture, è mutata la prospettiva dalla quale guardare al controllo in funzione di prevenzione delle condotte di corruzione: non si intende più perseguire una logica di tipo formale, sugli esatti adempimenti posti in essere nell'ambito di gare e concessioni; l'obiettivo è, viceversa, quello di individuare - appunto in funzione preventiva - indici di anomalia negli appalti, così da consentire all'A.N.AC. di determinare linee generali di indirizzo sul piano della regolazione.

Nel nuovo quadro normativo delineato dal Codice dei Contratti all'Autorità nazionale Anticorruzione (di seguito Anac o Autorità) è stato affidato un ruolo fondamentale se non addirittura "pervasivo".

E ciò in quanto, non è peregrino affermare che il successo del Codice e la sua effettiva attuazione dipenderà in larga parte anche dalle modalità attraverso le quali l'Autorità opererà e dagli atti che adotterà nei confronti degli operatori economici e delle stazioni appaltanti.

All'Anac sono, come noto, attribuiti diversi compiti: di regolazione⁹⁶, di amministrazione attiva, di segnalazione, di

⁹⁶ Cfr. R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, CEDAM, Padova, 2011, 99-106; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti* (dir. cost.), in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; M.

vigilanza, di collaborazione, sanzionatori, di precontenzioso e di raccomandazione.

Anche nella nuova veste conferitale dal d.lgs. n. 50 di cui si è già parlato nel I Capitolo, l'Autorità, da una parte, svolge interventi *ex ante* come autorità di regolazione (con l'adozione di atti vincolanti e non vincolanti), dall'altra, conserva poteri di intervento esercitabili *ex post*, sanzionatori, di precontenzioso, di raccomandazione.

La novità di maggior rilievo, non solo in ragione della nuova fisionomia che la stessa Autorità è destinata ad assumere, ma anche in ragione dell'operatività dell'intero sistema delle procedure ad evidenza pubblica, è rappresentata dal nuovo potere regolatorio che il legislatore ha attribuito all'ANAC, finalizzato alla semplificazione delle norme e alla flessibilità nell'attuazione delle stesse.

Proprio i richiamati obiettivi hanno indotto il Legislatore a sostituire il Regolamento di attuazione del nuovo Codice (sulla scia del d.p.r. n. 207/2010) con la prassi, i decreti ministeriali e gli strumenti di regolazione flessibile dell'ANAC.

Tali strumenti dovrebbero risultare meno prescrittivi, più flessibili e, dunque, in grado di garantire un aggiornamento costante e coerente con i fisiologici mutamenti di un sistema in continua evoluzione.

D'ALBERTI, Autorità indipendenti (dir. amm.), in Enc. giur. Treccani; IV, Roma, 1995; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, 2009; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti* (aggiornamento), in *Digesto pubbl.*, Torino, 2008, I, 54 ss.

Tuttavia, rispetto al sistema tradizionale delle fonti, da più parti è stato sollevato il dubbio che una siffatta normazione secondaria possa condurre al rischio di una diminuzione delle garanzie procedurali e di una violazione dei principi di democraticità e legalità. Occorre, dunque, bilanciare la pervasività dei nuovi poteri regolatori con il rispetto delle regole poste a tutela di imprese e amministrazioni per l'adozione di norme che incidono sulla loro operatività.

A completare il quadro, vi sono poi le linee guida che saranno adottate dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) su proposta dell'ANAC e sottoposte al parere delle Commissioni parlamentari. Vengono così a delinearsi tre tipologie di linee guida:

- i decreti ministeriali contenenti le linee guida adottate su proposta dell'ANAC e sottoposti a parere delle Commissioni parlamentari;
- le linee guida “vincolanti” dell'ANAC;
- le linee guida non vincolanti dell'ANAC.

Secondo quanto indicato dal Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 1 aprile 2016 reso sullo schema di decreto legislativo, le linee guida (e gli atti a esse assimilati) dell'ANAC vanno ricondotte alla categoria degli atti di regolazione delle autorità indipendenti, che non sono regolamenti in senso proprio ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”⁹⁷.

⁹⁷ In attuazione delle previsioni contenute nel Nuovo Codice, alla data del 31 dicembre 2016, l'Autorità ha adottato le seguenti 6 linee guida:

- Linee guida n. 1: indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria. Delibera n. 973 del 14 settembre 2016. Pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 228 del 29 settembre 2016;

In particolare, anche alla luce del parere del Consiglio di Stato che si è espresso su tali linee guida, emergono alcuni elementi critici relativi sia le linee guida c.d. vincolanti, sia quelle c.d. non vincolanti.

Ciò che emerge è che questi atti, comunque di natura amministrativa e come tali impugnabili, se vincolanti, non esentano le stazioni appaltanti dalla verifica discrezionale della applicabilità delle stesse al caso concreto, e quindi non rendono di per sé legittimi gli atti dalle stesse adottati in applicazione delle linee guida medesime. In altri termini, l'atto non è legittimo per il solo fatto che la linea guida vincolante è stata applicata dalla stazione appaltante. Se tutto ciò non esclude a priori la discrezionalità della stazione appaltante, d'altra parte tale ragionamento determina una situazione di incertezza per gli operatori economici che non possono fare affidamento su un quadro regolatorio certo e stabile.

-
- Linee guida n. 2: offerta economicamente più vantaggiosa. Delibera n. 1005 del 21 settembre 2016. Pubblicate nella Gazzetta Ufficiale Serie Generale n. 238 dell'11 ottobre 2016;
 - Linee guida n. 3: nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni. Delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016;
 - Linee guida n. 4: procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici. Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016;
 - Linee guida n. 5: criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici. Delibera n. 1190 del 16 novembre 2016;
 - Linee guida n. 6: indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c). Delibera n. 1293 del 16 novembre 2016. L'Autorità, inoltre, già in data 29 aprile 2016, aveva pubblicato sette documenti di consultazione propedeutici all'emanazione delle relative linee guida.

Per quanto attiene alle linee guida non vincolanti, le stesse costituiscono, come sostiene il Consiglio di Stato, un parametro sulla cui base valutare la legittimità dell'operato della stazione appaltante, con il rischio che le stazioni appaltanti medesime ne facciano pedissequa applicazione, per non incorrere in vizi, limitando in tal modo, da una parte, la discrezionalità della stazione appaltante, con effetto negativo sull'efficacia delle scelte, dall'altra, generando ulteriore incertezza nell'operatore economico che si trova costretto ad impugnare questi atti laddove ne voglia contestare l'applicazione.

Due, dunque, sono le contrapposte esigenze: a fronte dell'esigenza di chiarezza e precisione nella definizione di atti fondamentali per l'attuazione del Codice, vi è la necessità di rendere maggiormente stabile il quadro di riferimento, sia per le stazioni appaltanti che per gli operatori economici.

E pertanto, in linea generale, occorre: (i) che le linee guida, vincolanti e non, siano chiare, esaustive ed adottate con tempestività e rispondano ai principi di ragionevolezza ed efficacia; (ii) che i poteri dell'Autorità siano esercitati con rigore, trasparenza e competenza tecnica, nonché in coordinamento con i poteri delle altre autorità indipendenti (in particolare dell'Agcm), per evitare sovrapposizioni, duplicazioni, contraddizioni⁹⁸; (iii) che gli atti di regolazione siano condivisi con gli stakeholder pubblici e privati; (iv) che il potere di raccomandazione sia coordinato con le norme che regolano l'esercizio dell'azione amministrativa; (v) che i poteri

⁹⁸ D. DE GRAZIA, *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. SORACE (a cura di) *Amministrazione pubblica dei contratti*, Napoli, 2013, 155; S. SCOCA, *L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli*, in C. FRANCHINI, (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., II, 1313 e ss.

dell'Anac siano esercitati in modo tale da non “esautorare” le competenze e funzioni delle stazioni appaltanti, cui dovrebbe essere lasciato un margine di discrezionalità che possa dalle stesse essere esercitato senza incorrere in sanzioni o richiami o essere penalizzati sul piano reputazionale (art. 36 del Codice) e, sul lato degli operatori economici, senza limitare la libertà d'impresa o generare situazioni di disparità di trattamento; (vi) che detti poteri siano soggetti ad uno stretto controllo di legalità, legittimità ed anche di efficacia.

Non deve dimenticarsi che l'Autorità è qualificata come Autorità indipendente ed ha lo *status* delle altre autorità amministrative indipendenti, che si caratterizzano per porsi al di fuori del circuito rappresentativo e che fondano la loro legittimazione, nei procedimenti seguiti, nella partecipazione, nell'efficacia degli atti, nei controlli diffusi, nella tecnicità.

Peraltro, da più parti si sono posti dubbi sulla qualificazione delle linee guida come atti di regolazione delle Autorità indipendenti e dubbi sulla legittimazione dell'Autorità ad adottarli⁹⁹, in ragione, in particolare per alcune di esse, dell'assenza del carattere settoriale e tecnico che possa giustificare la rimessione all'ANAC della regolazione o della

⁹⁹ Sul tema della natura giuridica della linee guida, v. C. DEODATO, *Le linee Guida dell'Anac una nuova fonte del diritto?*, cit., consultabile sul sito giustizia-amministrativa.it; L. TORCHIA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Diritto Amm.*, 5/2016; V. anche V. ITALIA, *Le “linee guida” e le leggi*, Giuffré, 2016; V. ITALIA, *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, relazione tenuta presso l'IGI il 9.2.2016; C. CONTESSA, *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, ivi, 18.4.2016; R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, ivi, 28.4.2016; G. MORBIDELLI, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, Relazione tenuta a Varenna il 22.9.2016; F. CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno “L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia”, Lecce, 28-29 ottobre 2016.

mancanza di un mercato in cui vi è una necessità di una regolazione autonoma dal Governo (ad es. linee guida sulle Soa, sui requisiti di partecipazione, qualificazione imprese ecc.).

Porre particolare attenzione a questi aspetti e, in particolare, al controllo sulle attività delle Autorità, che se pur diffuso ossia attribuito a diversi soggetti, deve essere incisivo e concreto, è di vitale importanza per evitare fenomeni distorsivi del mercato degli appalti e delle concessioni regolato dal Codice.

Invero, non si nasconde un certo “timore” nella circostanza che una Autorità, priva di legittimazione democratica, abbia poteri così penetranti e soprattutto possa incidere, con il sistema di qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti, sia sulla domanda che sull’offerta nel mercato degli appalti pubblici.

Non si deve, a tal riguardo dimenticare onde evidenziare ancora una volta i dubbi di legittimità di tutti i poteri attribuiti alla richiamata Autorità, che l’ANAC da un lato qualifica le stazioni appaltanti e, dall’altro lato, sempre l’ANAC ha il potere di comminare le sanzioni alle stesse; sanzioni che, legittime o meno che siano, incidono sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, pregiudicando la stessa possibilità di svolgere le stesse funzioni di stazione appaltante.

Accanto alle materie affrontate con le prime linee guida, l’Autorità è chiamata a disciplinare ulteriori ambiti, tra i quali il sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici; l’art. 83, co. 2, del Nuovo Codice prevede che l’Autorità disciplini, entro un anno, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del loro possesso; i livelli *standard* di

qualità dei controlli che le SOA devono effettuare; i casi di sospensione o annullamento delle attestazioni, di decadenza delle autorizzazioni degli organismi di certificazione.

Dall'ordinaria precedente attività di vigilanza già attribuita all'ANAC il passo in avanti che il Codice ha fatto è stato quello di attribuire alla citata Autorità l'esercizio di poteri direttamente vincolanti in capo alle stazioni appaltanti e, dunque, di incidere fortemente anche sugli operatori economici. Si tratta di poteri che appaiono configurare l'Autorità come un *unicum* tra le Autorità indipendenti, tant'è che anche alla luce delle nuovi vesti attribuitegli molti sono stati i dubbi circa la natura giuridica dell'Autorità in parola.

Proprio nell'ottica di bilanciare tale rafforzamento del ruolo dell'ANAC, il Codice ha contestualmente previsto alcuni contrappesi: così da un lato ha sancito l'impugnabilità di tutti gli atti dell'ANAC davanti agli organi della giustizia amministrativa, dall'altro lato, ha provveduto ad istituire una Cabina di regia presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (art. 212)¹⁰⁰. In particolare a tale Cabina di regia si affida il compito di monitoraggio, analisi e verifica di impatto, attuazione e manutenzione della riforma¹⁰¹. E ancora in funzione di contrappesi devono leggersi la cogestione di alcune tipologie di linee guida attraverso il potere di proposta dell'ANAC e di decisione finale del Ministero delle infrastrutture; il parere delle

¹⁰⁰ Ai sensi dell'art. 212, co. 5, del d.lgs. n. 50/2016 è stato, inoltre, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 293 del 31 agosto 2016 il dpcm 10 agosto 2016 recante «Composizione e modalità di funzionamento della Cabina di regia».

¹⁰¹ E ciò evidentemente verificandone: lo stato di attuazione, le difficoltà di applicazione al fine di promuovere soluzioni correttive, esaminando le proposte di modifica; coordinando la fase di adozione degli atti attuativi; promuovendo l'informatizzazione delle procedure elaborando un piano nazionale.

commissioni parlamentari su alcuni ambiti di linee guida dell'ANAC e infine, anche su richiesta dell'Anac, il “controllo” consultivo del Consiglio di Stato sulle linee guida vincolanti e non.

Vasti comunque sono gli ambiti di intervento attribuiti alla “nuova” Autorità, ma ciò che è importante rilevare è che, proprio in base missione svolta dall'Autorità Anticorruzione, tutti i poteri che il nuovo Codice gli attribuisce risultano esercitati nell'ottica della lotta alla corruzione. Tale attribuzione, dunque, si fonda sull'idea di base che qualsivoglia tipologia di intervento nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica risulti diretto a prevenire o sanare situazioni distorte, di corruzione e illegalità.

Sotto altro profilo, considerata l'entità e l'incisività dei poteri menzionati nonché i soggetti coinvolti nel loro esercizio, occorre pensare ad alcune misure correttive/integrative/di controllo che possano ridurre il rischio di un esercizio non corretto degli stessi o comunque non adeguato ai fini previsti.

Proprio a testimonianza del forte impatto che i “nuovi” poteri dell'ANAC hanno sugli operatori economici deve ricordarsi quello associato all'attribuzione del *rating* reputazionale.

La riforma attuata con il Codice ha istituito, presso l'Autorità, infatti, il *rating* reputazionale¹⁰², ovvero un sistema di valutazione (basato su penalità e premialità) basato sul

¹⁰² Nell'ultima relazione annuale 2016, anche l'ANAC in proposito ha evidenziato l'assoluta novità costituita dal *rating* reputazionale sottolineando che «Per quanto riguarda il sistema di premialità e penalità degli OE, o *rating* di impresa, si tratta di un'assoluta novità che richiederà indubbiamente una fase di sperimentazione, sia per individuare gli indicatori che possono concorrere a definire l'affidabilità e la correttezza delle imprese, sia per individuare i dati e l'algoritmo di calcolo del *rating*».

curriculum dell'impresa sulla base di parametri oggettivi e misurabili nonché su accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione degli appalti ad essi affidati¹⁰³.

3.8. Il conflitto d'interesse

Certamente da salutare con favore nell'ottica di prevenire fenomeni corruttivi risulta tutta la disciplina contenuta nel nuovo Codice in tema di conflitti di interesse.

In questo ambito, in primo luogo, v'è da evidenziare come la previsione di una disciplina dettagliata in tema di conflitti di interesse risulta essere una chiara e puntuale richiesta delle Direttive europee agli Stati membri circa l'adozione di «adeguate misure nazionali per prevenire, individuare e porre

¹⁰³ Art. 83, co. 10 d.lgs. n. 50/2016 «È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti».

rimedio in modo efficace ai conflitti d'interessi»¹⁰⁴ in cui possa trovarsi il personale di un'amministrazione aggiudicatrice.

In questo senso la Commissione Europea ha evidenziato come il concetto di conflitto di interessi copre almeno i casi in cui il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che per conto dell'Amministrazione interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o è in grado di influenzarne il risultato ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di evidenza pubblica¹⁰⁵.

Più nel dettaglio un conflitto di interessi può dirsi sussistente nelle ipotesi in cui l'esercizio imparziale e obiettivo delle funzioni di un agente risulta compromesso da motivi personali, da affinità politica o nazionale, da interessi economici o da qualsiasi altra comunanza d'interessi con il destinatario.

Il conflitto di interessi, dunque, è la situazione in cui l'interesse secondario di un decisore pubblico tende a interferire con l'interesse primario dell'amministrazione pubblica, verso cui il primo ha precisi doveri e responsabilità. Inteso in tal senso, evidentemente il conflitto di interessi può intersecarsi con il concetto di corruzione, ma non combaciare con esso.

¹⁰⁴ Art. 35, Direttiva 2014/23/UE (“direttiva concessioni”); art. 24, Direttiva, 2014/24/UE (“direttiva appalti”); art. 42, Direttiva 2014/25/UE (“direttiva settori speciali”).

¹⁰⁵ Commissione Europea, «Appalti pubblici – Orientamenti per i funzionari responsabili degli appalti sugli errori più comuni da evitare nei progetti finanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei», 2015, consultabile sul sito www.ec.europa.eu.

Affinché ci sia un conflitto di interessi è necessaria la contestuale presenza di tre elementi chiave: (i) un rapporto di agenzia, e dunque una relazione tra un soggetto delegante (principale) e uno delegato (agente), in cui il secondo ha il dovere fiduciario di agire nell'interesse (primario) del primo; (ii) la presenza di un interesse secondario nel soggetto delegato (di tipo finanziario o di altra natura); (iii) la tendenza dell'interesse secondario a interferire con l'interesse primario.

Nella corruzione, di contro, difetta il terzo elemento: mentre il conflitto di interessi è una situazione di rischio in cui l'interesse secondario tende a interferire con l'interesse primario, nella corruzione la situazione di rischio si è già trasformata in un abuso di potere, che ha visto prevalere l'interesse secondario su quello primario¹⁰⁶. In altre parole, la corruzione è la degenerazione di un conflitto di interessi, in quanto c'è sempre il prevalere di un interesse secondario su uno primario. Il conflitto di interessi, invece, segnala solo la presenza di interessi in conflitto (anche solo in modo potenziale o apparente) e configura tutta una più ampia congerie di relazioni che non necessariamente costituiscono reato.

Affinché vengano “bannate” (e, dunque, prevenute) ipotesi di conflitto di interessi che potrebbe poi tradursi in fenomeni corruttivi risulta necessario in primo luogo che chiunque abbia un potenziale conflitto di interessi non svolga alcun ruolo nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica; sarà

¹⁰⁶ G. CARNEY, *Working Paper, Conflict of interest: Legislators, Minister and Publical Officers*, in www.trasparenza.org (1998) secondo cui «[...] la corruzione è la fase finale del conflitto di interessi. Si può dire che tutti i casi di corruzione includono il conflitto di interessi, mentre non è sempre vero il contrario. Inoltre, la corruzione è molto spesso un crimine, mentre il conflitto di interessi incorpora un'ampia gamma di comportamenti, la maggior parte dei quali non costituisce reato [...]».

indispensabile, inoltre, la previsione di adeguati ed efficienti sistemi di controlli e di formazione del personale idonei ad assicurare che tutti i principali attori in grado di influire sulle decisioni fondamentali dell'appalto siano consapevoli del loro obbligo di agire in modo integro e imparziale; che, infine, dall'altro lato, al momento della presentazione dell'offerta, anche gli operatori economici dichiarino l'eventuale presenza di qualsivoglia situazione di conflitto di interessi all'interno della procedura di gara cui si accingono a partecipare¹⁰⁷.

Prima di procedere ad esaminare le “nuove” disposizioni che il d.lgs. n. 50/2016 ha dedicato al tema nell'ottica preventiva di cui si discute, può fin d'ora sottolinearsi come già prima dell'introduzione di tale recente normativa, l'ordinamento disponeva di una variegata disciplina sul punto dando così attuazione agli articoli 54, 97 e 98 della Costituzione: e così, l'art. 6 *bis* della l. 7 agosto 1990, n. 241 regola i conflitti di interesse¹⁰⁸; gli artt. 53, co. 3-*bis*, e 53, co. 16-*ter*, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 disciplinano il regime delle incompatibilità e il cumulo di impieghi e incarichi (si veda tutta la disciplina del c.d. *pantouflage*¹⁰⁹); l'art. 54 del medesimo decreto legislativo

¹⁰⁷ Sul punto si è già pronunciata la Corte di Giustizia, nel caso C-538/13, *eVigilo*, nel quale la Corte ha stabilito che incombe sull'amministrazione aggiudicatrice l'obbligo di verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e di adottare misure adeguate al fine di prevenire e individuare i conflitti di interessi e porvi rimedio (cfr. in particolare si veda il punto 44 della citata sentenza). Sul punto, l'OLAF, Ufficio europeo per la lotta antifrode, ha elaborato una guida pratica, inoltre, recante “Individuazione dei conflitti di interessi nelle procedure d'appalto nel quadro delle azioni strutturali”.

¹⁰⁸ Parere ANAC, 25/02/2015, AG11/2015/AC.

¹⁰⁹ Art. 53, comma 16 *ter*, d.lgs. n. 165/2001, «I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi

rimanda al codice di comportamento dei dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni.

Inoltre, già l'ormai abrogato d.lgs. n. 163/2006 disciplinava specifiche situazioni di conflitto di interessi, imponendo in presenza di esse o cause di incompatibilità a svolgere una certa funzione o l'obbligo di astensione o un divieto di partecipazione: così è, ad esempio, per le disposizioni contenute nell'art. 84, co. 4, 5, 6, 7, relative ai membri della commissione giudicatrice; nell'art. 141, co. 5, relativo alla nomina del collaudatore nei lavori pubblici; e ancora nell'art. 90, co. 8, relativo agli incarichi di progettazione.

A proposito di questi ultimi la norma stabiliva il divieto generale (a carico dei soggetti affidatari della progettazione) di affidamento degli appalti e concessioni, nonché di subappalti e cottimi; il divieto si estendeva anche al soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di

poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti.». Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 1, comma 42, della l. 190/2012, con finalità di contenimento del rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro. In particolare, come chiarito dall' Allegato 1 del PNA predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica e approvato con la Deliberazione della CIVIT n. 72 dell'11.9.2013, «il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente precostituirsi delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti». Al fine di chiarire alcuni aspetti dell'istituto del *pantouflage* disciplinato dalla norma in esame, l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) ha adottato una serie di pareri sulla normativa (AG2 del 4 febbraio 2015, AG8 del 18 febbraio 2015, AG74 del 21 ottobre 2015) nonché una serie di orientamenti (orientamenti nn da 1 a 4 e 24 del 2015).

progettazione. Inoltre, i predetti divieti sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti¹¹⁰.

Oggi, la nuova disciplina relativa ai conflitti di interesse¹¹¹ è, in primo luogo, contenuta nell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016.

Il comma 1 della disposizione in esame attribuisce espressamente alla stazione appaltante il compito prevedere «misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici». Il successivo co. 2, dopo aver fornito una generale definizione di conflitto di interessi prevede che in ogni caso devono considerarsi tali tutte le ipotesi quelle che determinano l'obbligo di astensione di cui all'art. 7 dPr 16 aprile 2013, n. 62¹¹².

¹¹⁰ In ossequio ai principi comunitari in tema di libera concorrenza e di parità di trattamento, la presunzione *iuris et de iure* presente nel dettato normativo di cui al comma 8, è stata stemperata dal successivo comma 8-bis, introdotto dalla legge 30 ottobre 2014, n. 161, in base al quale i divieti previsti nel comma 8 non trovano applicazione nel caso in cui i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento dell'incarico di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori.

¹¹¹ Le previsioni del d.lgs. n. 50/2016 in materia, come espressamente previsto dalla Relazione illustrativa del consiglio di stato sulla schema di Codice «completano quanto già previsto dalla disciplina nazionale in materia di conflitti di interesse e di lotta alla corruzione».

¹¹² Dpr 16 aprile 2013, n. 62 recante «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165».

Tale rinvio è già stato considerato dalla giurisprudenza¹¹³, di tipo «ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall'uso della locuzione “in particolare”».

Lo stesso art. 42, inoltre, al comma 3 prevede l'obbligo di astensione dalla partecipazione alla procedura quale modalità idonea ad evitare che il conflitto di interessi possa tradursi in un'ipotesi di corruzione¹¹⁴; tale obbligo di astensione da un punto di vista del diritto amministrativo, è posto a tutela di un pericolo astratto e presunto che non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l'omessa astensione.

Altra fondamentale disposizione nell'ambito di ipotesi di conflitto che potrebbero venire a verificarsi nel corso della procedura ad evidenza pubblica idonei ad evolversi in una patologica situazione di corruzione è rappresentata dal già richiamato dall'art 67 del nuovo codice recante «Partecipazione precedente di candidati o offerenti».

La disposizione citata detta importanti indicazioni in relazione alle cautele da adottare nel caso di partecipazione alla gara di operatori che abbiano partecipato alla fase propedeutica della consultazione preliminare di mercato prevista dal precedente art. 66.

Come si legge nella relazione tecnica al nuovo codice, l'articolo 67 – che non trovava una corrispondente disposizione

¹¹³ TAR Pescara, 9 gennaio 2017, n. 21.

¹¹⁴ Lo stesso TAR Pescara, 9 gennaio 2017, n. 21 ha attribuito all'art. 42 in questione un'ampia portata considerando come lo stesso si riferisca al personale in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno giocoforza un maggior «interesse finanziario, economico o altro interesse personale».

nel vecchio codice - recepisce l'articolo 41 della direttiva 2014/24/UE, in materia di partecipazione precedente di candidati o offerenti, prevedendo misure volte a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente che abbia fornito la documentazione riguardante le consultazioni preliminari di mercato o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, e disponendo, come minima misura adeguata, la comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente stesso alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione.

Solo nel caso in cui non sia in alcun modo possibile assicurare il rispetto del principio della parità di trattamento la norma prevede che il candidato o l'offerente interessato sia escluso dalla procedura, garantendo però, la possibilità di provare che la partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza.

Critico circa le cautele adottate dall'art. 67 si è subito mostrato il Consiglio di Stato che, in sede di parere n. 855/2016, ha evidenziato – vanamente – che tale disposizione «non indica quali possano essere le “misure adeguate” per garantire che la concorrenza non sia falsata».

Secondo il legislatore una misura adeguata si risolve nella comunicazione da parte del RUP delle informazioni pertinenti, e/o la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte, alla platea di partecipanti o di soggetti eventualmente invitati al procedimento.

Vale la pena rammentare a proposito che la norma deve coordinarsi con quanto previsto dall'art. 80 co. 5, lett. d) del codice a mente del quale la stazione appaltante può escludere l'operatore economico o il subappaltatore nel caso in cui la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile.

Certamente, dunque, anche quanto previsto dall'art. 67 deve leggersi nell'ottica di prevenzione dei fenomeni corruttivi che, come oramai più volte detto, anima tutto il nuovo Codice. Non può trascurarsi, tuttavia, che la medesima disposizione potrebbe determinare un effetto deterrente.

La partecipazione di operatori economici ad una fase propedeutica alla redazione degli atti tecnici e/o ad alcuni aspetti della gara con il conseguente dovere di "subire" la circostanza che anche gli altri appaltatori possano conoscere il contributo tecnico fornito, già di per sé rende la partecipazione poco appetibile. Non solo, la medesima circostanza pare inoltre foriera di equivoci e di contenzioni smisurati.

Risulta evidenza anche valenza "dissuasiva" a partecipare alle consultazioni, dal momento che, a fronte della mancanza di specifiche garanzie, la conseguenza potrebbe essere quella della preclusione della partecipazione alla gara.

Deve ammettersi in questo senso, tuttavia, che la norma ha voluto procedimentalizzare l'esclusione anche al fine di evitare penalizzazioni precisando che «in ogni caso, prima di provvedere alla [...] esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a dieci giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di

aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza».

In aggiunta, disposizioni specifiche si rinvengono negli artt. 24, c.3 e 7 e 77, c. 4, 5, 6 e 9, rispettivamente quanto alle incompatibilità specifiche per i dipendenti *part-time* della p.a., per gli affidatari di incarichi di progettazione e per i commissari di gara.

L'art. 24 c. 7 è stato specificamente implementato in accoglimento di un rilievo del parere del Consiglio di Stato, con l'inserimento di una previsione che era stata poco tempo prima inserita all'interno del d.lgs. n. 163/2006 per scongiurare una procedura di infrazione comunitaria¹¹⁵. Si tratta in particolare del “vecchio” art. 90, c. 8-*bis*, inserito della legge europea 2013-*bis*¹¹⁶, a tenore del quale i divieti per gli affidatari di incarichi di progettazione di ricevere in affidamento degli appalti o concessioni di lavori ad essi relativi «non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori».

Inoltre, l'art. 57, c. 4, lett. e), della Direttiva 2014/24/UE prevede che non si faccia luogo all'esclusione dell'operatore economico dalla gara quando la situazione di conflitto di interessi in cui versa può essere risolta «efficacemente con altre misure meno intrusive» rispetto alla sanzione espulsiva.

3.9. Il nuovo ruolo del soccorso istruttorio

¹¹⁵ Eu Pilot 4860/13/MARKT.

¹¹⁶ L. 30.10.2014, n. 161.

All'interno del d.lgs. n. 50/2016 risulta modificata anche la fisionomia del soccorso istruttorio, istituito questo, come noto, volto a consentire agli operatori economici, in sede di gara, di integrare eventuali domande di partecipazione che risultano essere incomplete e/o irregolari, evitando in tal modo l'esclusione dalla procedura di gara¹¹⁷.

La *ratio* principale dell'istituto in questione è quella di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione alla gara, ampliando così le possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico, in ossequio al principio del *favor participationis*¹¹⁸.

L'istituto in parola, promanante dalla Direttiva n. 71/305/CEE del 26.07.1971, trova oggi la propria disciplina all'interno dell'art. 83, comma 9, del nuovo Codice¹¹⁹ che contiene rilevanti novità rispetto alla precedente disciplina contenuta nel d.lgs. n. 163/2006¹²⁰.

Un primo aspetto “innovativo” riguarda certamente la sanzione, sia sotto il profilo dei casi di irrogazione della stessa sia in ordine alla sua entità: l'art. 38, co. 2 *bis*, del vecchio

¹¹⁷ R. GALLI, *Nuovo corso di diritto amministrativo*, CEDAM, 2016, 1236. L'a. evidenzia come l'istituto in questione «rappresenta un logico corollario dei principi di imparzialità, di buon andamento, del giusto procedimento e di leale collaborazione tra P.A. e privati» (art. 97 Cost.), consentendo all'Amministrazione di ovviare alle carenze dell'istruttoria procedimentale e, quindi, di pervenire a complete ed adeguate valutazioni comparative dell'interesse pubblico e degli altri interessi coinvolti nel procedimento.

¹¹⁸ In tale ottica il soccorso istruttorio è espressione ed attuazione del principio di derivazione comunitaria di massima concorrenza (Artt. 101 e ss T.U.E.).

¹¹⁹ Esso, a sua volta, è il frutto del recepimento, nell'ordinamento interno, dell'art. 56, para 3, della Direttiva 24/2014/UE (Direttiva Appalti).

¹²⁰ Art. 38, co. 2 *bis*, del d.lgs. n. 163/2006 (comma introdotto a sua volta dall'art. 39 del d.l. n. 90/2014 convertito nella l. n. 114/2014 «Semplificazione degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici»).

codice prevedeva che, qualora la domanda di partecipazione fosse carente di documenti o dichiarazioni richieste dalla legge o dal disciplinare di gara, a pena di esclusione, l'operatore economico dovesse essere invitato dalla Stazione Appaltante a regolarizzare la propria posizione, procedendo alle integrazioni stesse. A fronte della regolarizzazione lo stesso operatore economico era tenuto a versare un certo importo a titolo di sanzione, non inferiore all'uno x mille dell'importo dell'appalto e fino ad un massimo di € 50.000.¹²¹

¹²¹ Proprio in merito alla corresponsione della suddetta sanzione che è sorto un lungo dibattito tra l'orientamento unanime della giurisprudenza e l'ANAC (Determinazione n. 1 /2015). Infatti secondo la giurisprudenza la sanzione andava applicata non solo quando il concorrente, incorso in un'irregolarità essenziale, avesse deciso di avvalersi del soccorso istruttorio, integrando o regolarizzando la dichiarazione resa, ma anche nell'ipotesi in cui l'operatore economico, non avvalendosi del soccorso istruttorio, venisse, di conseguenza, escluso dalla procedura di gara. In tal senso si sosteneva che è l'essenzialità dell'irregolarità a determinare in sé e per sé l'obbligo del concorrente di pagare la sanzione pecuniaria prevista nel bando di gara, a prescindere dalla circostanza che questi decidesse di aderire o meno all'invito, da parte della stazione appaltante, di sanare l'irregolarità medesima. Solo di fronte ad un'irregolarità non essenziale il concorrente non sarebbe tenuto a pagare la sanzione e, d'altra parte, la Stazione Appaltante non sarebbe tenuta ad esercitare il soccorso istruttorio. L'esclusione, invece, ad avviso del suddetto indirizzo giurisprudenziale, sarebbe una conseguenza sanzionatoria diversa e in parte autonoma da quella pecuniaria; il concorrente, infatti, sarebbe incorso nell'esclusione solamente in caso di mancata ottemperanza all'invito di sanare l'irregolarità stessa da parte della stazione appaltante che avrebbe dovuto necessariamente esercitare. Quindi, il legislatore, con la previsione di cui all'art. 38, comma 2bis, del d.lgs. n. 163/2006, ha voluto introdurre una sanzione pecuniaria la cui ratio giustificatrice si rinveniva nel concetto stesso di essenzialità dell'irregolarità: la sanzione non è sostitutiva né alternativa all'esclusione ma colpirebbe l'irregolarità in sé e per sé considerata, indipendentemente dal fatto che veniva sanata o meno dall'operatore economico. Nella stessa direzione si è mossa anche la Corte dei Conti. Nella relazione del Procuratore Generale, all'inaugurazione dell'anno giudiziario 2015, infatti, si legge che «[...] la sanzione è dovuta anche ove il concorrente decida di non rispondere all'invito a regolarizzare. Il mancato introito della stessa può essere fonte di responsabilità amministrativo-contabile». L'ANAC, al contrario, emanò la Determinazione n. 1/2015 e ritenne che la sanzione sarebbe strettamente correlata alla sanatoria delle irregolarità riscontrate; cosicché, in caso di mancata regolarizzazione, si sarebbe proceduto solo all'esclusione del concorrente dalla gara. Successivamente, con Comunicato del Presidente dell'Autorità del 25/03/2015, si è precisato che «il nesso tra la sanzione e la sanatoria nascerebbe, da un alto,

Esaminando, invece, la nuova disposizione contenuta nell'art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, emergono una serie di differenze e novità rispetto alla disciplina previgente.

Si stabilisce, infatti, che:

- la sanzione è dovuta solo in caso di domanda incompleta;
- la sanzione non può essere superiore a € 5.000;
- la sanzione dovrà essere versata dall'operatore partecipante solo qualora questo decida di procedere alla regolarizzazione della domanda¹²².

Quest'ultima in particolare rappresenta una novità assai rilevante la cui *ratio* giustificatrice va rinvenuta nel rispetto

dall'esigenza di evitare eccessive ed immotivate vessazioni delle imprese e, dall'altro, dal principio di primazia del diritto comunitario che impone di interpretare la normativa interna in modo conforme a quella comunitaria, anche se in corso di recepimento. Ed infatti la Direttiva appalti 2014/24/UE (in corso di recepimento all'epoca della Determinazione ANAC n. 1/2015) prevedeva la possibilità di integrare o chiarire i certificati presentati relativi al possesso dei requisiti generali e speciali senza il pagamento della sanzione». Inoltre, la medesima Direttiva prevede all'art. 59, para 4, in materia di Documento di gara unico europeo (DGUE) che «l'amministrazione aggiudicatrice possa chiedere a offerenti e candidati, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura», senza disporre il pagamento di alcuna sanzione. Quest'ultimo è stato, poi, l'orientamento del legislatore interno, nonostante la Legge Delega n. 11/2016 e il Parere consultivo del C.d.S. n. 855/2016 abbiano invitato il Governo a prevedere la totale gratuità del soccorso istruttorio, in ossequio, tra l'altro, al cosiddetto divieto di "goldplating".

¹²² Cons. St., sez. V, 22 agosto 2016, n. 3667; TAR Roma, sez. III, 12.09.2016 n. 9656 già intervenuta interpretando la nuova normativa prevista dal d.lgs. n. 50/2016 e statuendo che «la sanzione dovuta alla stazione appaltante per sanare le irregolarità o l'incompletezza documentale dovrà essere versata solo per le ipotesi in cui l'operatore economico intenda proseguire nella gara, costituendo tale sanzione una sorta di corrispettivo in favore della stazione appaltante, connesso all'aggravamento del procedimento derivante dal ricorso al soccorso istruttorio; viceversa qualora il partecipante non intenda avvalersi di tale beneficio, preferendo non proseguire la propria partecipazione alla gara, la procedura selettiva proseguirà più velocemente».

della libera iniziativa economica e dell'autonomia decisionale delle imprese.

Il nuovo Codice circoscrive comunque la portata dello strumento del soccorso istruttorio il quale non trova applicazione di fronte a carenze documentali insanabili e, in tal senso, il d.lgs. n. 50 ha il pregio di precisare cosa debba intendersi per irregolarità insanabili definendole, appunto, come carenze afferenti all'offerta tecnica ed economica e, più genericamente, quali carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016).

Di fondamentale importanza, soprattutto nell'ottica di prevenzione della corruzione, appare dunque proprio l'aver espressamente escluso l'applicazione del soccorso istruttorio con riferimento a carenze offerenti l'offerta tecnica e quella economica; e ciò in ragione non solo del principio di parità dei concorrenti che sarebbe certamente lesa se, per il tramite del soccorso istruttorio, fosse consentita a un concorrente di sanare oltre il termine di presentazione delle offerte, lacune sostanziali dell'offerta tecnica o di quella economica¹²³, ma anche – come anticipato – in funzione di prevenzione di fenomeni corruttivi in quanto godendo i commissari di maggiore discrezionalità nella valutazione delle offerte tecniche e di quelle economiche

¹²³ In termini, già prima dell'emanazione del d.lgs. n. 50/2016, v. *ex multis*, TAR Roma, 30.03.2015 n. 4712 che nell'escludere l'applicabilità del soccorso istruttorio in relazione all'offerta economica ha giustificato tale conclusione «non potendo ammettersi integrazioni dell'offerta volte a colmare una iniziale e sostanziale inadeguatezza della stessa, consentendo all'offerente di apportare correzioni sostanziali in danno di altre concorrenti, potendo unicamente la stazione appaltante richiedere o la concorrente provare, anche con integrazioni documentali, che la propria offerta era, sin dal principio e nella realtà effettuale, conforme a quanto richiesto dalla *lex specialis* e che tale non appariva per la presenza di un mero vizio formale o di un errore materiale».

(rispetto alla valutazione della documentazione amministrativa che per così dire risulta più “automatica”) è proprio in queste occasioni che si sarebbero potuti annidare accordi occulti e illeciti.

Da un punto di vista sostanziale la nuova Direttiva appalti e lo stesso art. 83, comma 9 del nuovo Codice si contraddistinguono per aver ampliato il novero delle fattispecie “regolarizzabili”, nell’ottica di privilegiare gli aspetti sostanziali rispetto agli adempimenti di natura strettamente formale. Così, se la precedente Direttiva ammetteva esclusivamente la possibilità per gli operatori economici di “integrare” o “chiarire” certificati e/o documenti presentati, salvo poi le modifiche apportate nel corso degli anni da vari interventi legislativi, la Direttiva 24/2014/UE consente altresì di “presentare” e “completare” le informazioni o la documentazione richiesta dall’amministrazione aggiudicatrice.

Con riferimento invece alle irregolarità formali caratterizzate dalla non essenzialità delle dichiarazioni prodotte in gara è previsto la regolarizzazione senza applicazione la sanzione.

Il nuovo codice, infine proceduralizza la regolarizzazione successiva all’esercizio del soccorso istruttorio prevedendo che il RUP, in presenza di irregolarità sanabili¹²⁴, assegna all’operatore economico un termine, non superiore a 10 giorni, entro cui dovrà procedere alle integrazioni.

Sotto questo aspetto, la novità consiste nel fatto che l’operatore economico, che intende regolarizzare e conseguentemente pagare la sanzione per rimanere in gara, deve

¹²⁴ A fronte di irregolarità insanabili, invece, si procederà all’immediata esclusione del concorrente.

allegare oltre alla documentazione integrativa anche il documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione¹²⁵.

3.10. La valutazione delle offerte anormalmente basse

Certamente innovativo nell'ottica di prevenzione della corruzione risulta la normativa introdotta dal d.lgs. n. 50/2016 in materia di giudizio delle offerte anormalmente basse.

Sul punto, innovativo appare quanto disposto all'art. 97 del nuovo Codice il quale prevede che quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso¹²⁶, l'ente appaltante può decidere di escludere automaticamente le offerte "anomale"; ovvero, le offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla "soglia di anomalia", calcolata in base al comma 2 dello stesso articolo 97.

Come visto, i problemi di corruzione e in generale di illegalità connessi al subprocedimento di anomalia delle offerte sono da sempre state connesse al pericolo che gli operatori economici, conoscendo in anticipo i metodi di calcolo dell'anomalia dell'offerta e le modalità di valutazione delle stesse utilizzassero tali dati illecitamente per "predeterminare",

¹²⁵ Infatti nel d.lgs. n. 163/2006 tale onere non era previsto, la posizione dell'operatore economico veniva regolarizzata pur senza aver pagato la sanzione, fermo restando la possibilità per la stazione appaltante di escutere la cauzione presentata dal partecipante. Dunque il nuovo codice prevede espressamente l'esclusione dalla gara dell'impresa che integri la documentazione ma ometta di allegare l'attestato di avvenuto pagamento della sanzione.

¹²⁶ E, dunque, ai sensi dell'art. 95 comma 4, possono essere aggiudicati al prezzo più basso: a) gli appalti di lavori fino ad un milione di Euro; b) i servizi e le forniture «con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono stabilite dal mercato»; c) i servizi e le forniture di importo inferiore alla c.d. "soglia comunitaria" (209.000,00 € per gli appalti ordinari, 418.000,00 € per i settori speciali), caratterizzati da elevata ripetitività.

con l'accordo occulto dei commissari o di altri operatori economici, le offerte che sarebbero state certamente considerate anomale e quelle che, invece, - in base alla manipolazione intervenuta sulla base dell'accordo - sarebbe state valutate come congrue dalla commissione di gara.

Proprio al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo dell'anomalia, il nuovo Codice impone alla stazione appaltante, quale evidente misura di prevenzione della corruzione, di procedere, in sede di gara, al sorteggio del metodo di determinazione della soglia di anomalia tra 5 ipotesi, che sottendono differenti metodi matematici di calcolo della stessa essendo basati su differenti operazioni di correzione delle medie dei ribassi.

La prima ipotesi coincide con il metodo attualmente vigente; le altre, sempre partendo dalla media aritmetica dei ribassi percentuali, modificano tale soglia con differenti indicazioni quali l'incremento del 20%, il decremento di un valore percentuale, l'incremento con lo scarto aritmetico dei ribassi moltiplicato per un coefficiente a sua volta sorteggiato dalla commissione, *etc.*¹²⁷.

Pur trattandosi di operazioni strettamente aritmetiche, si deve constatare che ciascuno dei metodi risulta in sé assolutamente casuale, dipendendo non da valori prefissati, bensì dalle offerte che concretamente pervengano in gara; ciò

¹²⁷ In particolare, dei cinque metodi:

- tre (lettere a, b ed e) mantengono il sinora vigente meccanismo di “media con taglio delle ali, corretta con ulteriore media al rialzo” (c.d. “Media mediata, con taglio delle ali”), correggendolo però alle lettere b ed e con un'ulteriore operazione, eventuale (lettera b) o necessaria (lettera e);
- uno (lettera c) muove dalla media delle percentuali di ribasso, senza il taglio delle ali, maggiorandola del 20%;
- uno (lettera d), infine, muove dalla media degli sconti, in valori assoluti, riducendola del 20%.

impedisce ai concorrenti di formulare un'offerta che, a priori, possa avere minori o maggiori probabilità di risultare aggiudicataria, a seconda del metodo concretamente applicato.

Inoltre, anche la scelta tra un metodo e l'altro risulta del tutto casuale, dato che il metodo deve essere individuato mediante sorteggio, prima dell'apertura delle buste e quindi dopo che i concorrenti hanno presentato offerta.

Il sistema delineato dal Legislatore del nuovo Codice, dunque, impedisce di fatto al concorrente sia di sottoscrivere un cartello con altri operatori economici partecipanti, sia di stabilire la propria offerta sull'analisi dei ribassi di mercato svincolate dalla reale incidenza dei costi nella gara specifica.

Dunque, il meccanismo del sorteggio effettuato solo successivamente al termine di presentazione delle offerte evita in radice la stessa possibilità di pervenire ad un accordo illecito.

L'obiettivo che la nuova normativa si pone, dunque, è la formulazione di offerte serie, congrue, sostenibili, che consentano la migliore realizzabilità e qualità dell'intervento.

Al contrario, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, il metodo di determinazione dell'anomalia risulta invariato rispetto a quanto già disposto nel d.lgs. n. 163/06.

Rimane sempre e comunque l'importantissimo e delicato compito della stazione appaltante di valutazione della congruità dell'offerta.

3.11. La fase esecutiva: varianti, risoluzione, rinegoziazione, proroghe, rinnovi

Il nuovo Codice dei contratti modifica anche la disciplina relativa alle varianti in corso d'opera; tale intervento,

restringendo l'ambito di ammissibilità dell'istituto in parola, si pone in linea con le finalità anticorruptive avute di mira dalle Direttive prima e dalla legge delega dopo.

Conformemente all'art. 72 della Direttiva n. 2014/24 UE e all'art. 89 della direttiva n. 2015/25/UE, la disciplina delle varianti nei contratti di lavori pubblici è considerata, nel nuovo codice, nell'ambito delle «modifiche di contratti durante il periodo di validità» (art. 106).

Si tratta di una norma complessa ed eterogenea in quanto prende in considerazione sia le modificazioni soggettive del contratto sia le variazioni oggettive al progetto sia le variazioni oggettive sul corrispettivo sia, infine, le variazioni sulla durata del contratto.

In base ai principi e criteri direttivi della legge delega, il nuovo Codice deve contenere: 1) misure per limitare il ricorso alle varianti progettuali in corso d'opera; 2) la distinzione tra variazioni sostanziali e non sostanziali; 3) la necessaria preventiva approvazione - con adeguata motivazione e giustificazione (per circostanze impreviste e imprevedibili) - da parte del Responsabile del procedimento ("RUP"); 4) la facoltà della stazione appaltante di risolvere il contratto quando siano superate determinate soglie rispetto all'importo originario; 5) la necessità di assicurare la qualità della progettazione, con la connessa responsabilità del progettista per errori progettuali; 6) l'obbligo delle stazioni appaltanti di comunicare all'ANAC l'approvazione di varianti, con la conseguente statuizione di un regime sanzionatorio in caso di tardiva o mancata ottemperanza al detto obbligo.

L'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 recepisce ognuno di tali criteri, dando così seguito a quelle istanze europee volte a

delimitare, entro confini determinati, l'ambito di applicazione delle modifiche contrattuali.

V'è da dire, tuttavia, che nell'art. 106 del nuovo Codice mancano totalmente i riferimenti ai soggetti competenti ad introdurre modifiche, anche se per le varianti, assume rilievo preminente la figura del RUP.

In proposito, rileva l'art. 1 lett. ee) della legge delega n. 11/2016 in cui si prevede un effetto sostitutivo dell'approvazione della variante da parte del RUP rispetto a tutte le autorizzazioni e agli atti di assenso. Inoltre, deve evidenziarsi come ai sensi dell'art. 101, comma 1, del nuovo Codice l'esecuzione dei contratti è diretta dal RUP¹²⁸.

Si delinea, così, un ruolo centrale del RUP che deve anche essere visto in relazione alla volontà del legislatore di tenere in ambiti circoscritti le varianti, con conseguente obbligo di motivazione a carico del RUP nel caso di modifiche oggettive al contratto.

L'art. 106 del Codice, in attuazione dei richiamati principi e criteri direttivi della Legge delega e in recepimento delle direttive comunitarie, stabilisce dunque i casi ed i limiti entro cui si può procedere alla modifica (oggettiva o soggettiva) in corso di esecuzione, senza dover risolvere il contratto ed esperire una nuova procedura di affidamento.

Ciò è possibile per:

1) modifiche (a prescindere dal loro importo) già previste nei documenti di gara in clausole chiare, precise e inequivocabili, in maniera tale da essere conoscibili da parte di

¹²⁸ Ai sensi dell'art. 106, co. 8, il RUP, in caso di mancata comunicazione all'ANAC delle modifiche contrattuali, sia assoggettato a sanzioni pecuniarie per ogni giorno di ritardo.

tutti i concorrenti nel rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento¹²⁹.

2) lavori, servizi o forniture supplementari che si rendano necessari in corso di esecuzione e che non erano inclusi nell'oggetto dell'appalto iniziale¹³⁰.

3) varianti in corso d'opera vere e proprie determinate da circostanze sopravvenute impreviste e imprevedibili per la stazione appaltante¹³¹. Anche per le varianti resta fermo il limite costituito dalla natura generale del contratto, che non può comunque essere alterata per effetto delle modifiche in esame, nonché – per quanto riguarda i settori ordinari – l'ulteriore limite quantitativo rappresentato dal 50% dell'importo originario del contratto (art. 106, comma 7 del Codice), che non può essere superato.

¹²⁹ Ciò avviene ad esempio per le clausole di revisione prezzi, che negli appalti di lavori è ammissibile (in aumento o diminuzione) per variazioni superiori al 10% rispetto ai prezzi adottati per la stima; in tal caso, la revisione è consentita in misura pari alla metà di tale eccedenza. Per i contratti relativi a servizi o forniture stipulati dai soggetti aggregatori si applicano, invece, le disposizioni dell'art. 1, co. 511, della Legge di stabilità 2016 (l. 28/12/2015, n. 208). Resta fermo il limite costituito dalla natura generale del contratto, che non può comunque essere alterata per effetto delle modifiche in esame.

¹³⁰ Per i settori ordinari sussiste anche un limite di importo. Difatti, la modifica dovuta all'affidamento di lavori, servizi o forniture supplementari non può superare il 50% dell'importo originario del contratto (art. 106, comma 7 del Codice). Da evidenziare al riguardo, che tale limite appare in effetti "elastico", atteso che la stessa legge prevede che possano esservi più modifiche successive e che, in tal caso, il detto limite del 50% debba applicarsi al valore di ciascuna modifica. Il ricorso a più modifiche successive, evidentemente, non può essere fatto con finalità elusive della normativa dettata dal Codice (aggirando ad es. l'obbligo di affidamento mediante gara).

¹³¹ Nel caso di concessioni la modifica è ammessa solo quando le circostanze sopravvenute abbiano il carattere dell'imprevedibilità per la stazione appaltante (art. 175 del Codice), non anche quando siano impreviste.

4) modifiche non rientranti nella definizione di modifiche sostanziali fornita dall'art. 106, comma 4 del Codice¹³².

5) modifiche determinate da errori progettuali che pregiudicano la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione a condizione che non superino determinati importi previsti dallo stesso art. 106¹³³.

6) modifiche soggettive nel caso in cui ciò sia previsto sin dall'inizio nei documenti di gara; ovvero quando la sostituzione sia dovuta ad operazioni societarie (fusioni, scissioni, cessioni etc.), ovvero a causa di morte o ad insolvenza o sia disposta per contratto; ovvero ancora la stessa stazione appaltante assume gli obblighi del contraente nei confronti dei subappaltatori dello stesso.

I casi soprarichiamati devono considerarsi tassativi, essendo preclusa alla stazione appaltante altra modifica del contratto al di fuori dei casi espressamente previsti¹³⁴.

Fermi restando gli obblighi di pubblicità in sede europea¹³⁵, per le modifiche determinate dalla necessità di eseguire prestazioni supplementari ovvero determinate da cause impreviste ed imprevedibili (varianti in corso d'opera propriamente dette), l'art. 106 del Codice ribadisce e generalizza

¹³² In base all'art. 106, comma 4 del Codice, una modifica (del contratto o dell'accordo quadro) è sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti (rinviando quindi all'apprezzamento discrezionale della stazione appaltante).

¹³³ L'importo della modifica deve essere contenuta al di sotto di entrambi i seguenti valori: a) le soglie stabilite dall'art. 35 e b) il 15% dell'importo iniziale del contratto in caso di lavori e del 10% per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture.

¹³⁴ Resta fermo il diritto (potestativo) della stazione appaltante di disporre, ove necessario, un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto (c.d. quinto d'obbligo), che l'appaltatore ha l'obbligo di eseguire alle stesse condizioni previste nel contratto originario, senza potersi sottrarre all'esecuzione, facendo valere la risoluzione del contratto.

¹³⁵ V. All. XIV del Codice, artt. 72 e 130.

gli obblighi di comunicazione all'ANAC, stabiliti dalla normativa previgente.

Già l'art. 37 della l. 90/2014 aveva, infatti, previsto, quale misura di prevenzione della corruzione, l'obbligo di comunicazione delle varianti in corso d'opera all'ANAC.

Con tale strumento il Legislatore aveva già voluto introdurre uno strumento specifico per aggirare il rischio di corruzione che potrebbe annidarsi nelle varianti in corso d'opera posto che il funzionario o il direttore dei lavori potrebbe certificare la necessità di una variante senza che la stessa sia supportata da ragioni di fatto in concreto verificabili. Ed è la diretta proporzionalità tra aumento di spesa per l'amministrazione e prezzo dello scambio occulto a rappresentare un indice del rischio¹³⁶.

La comunicazione all'ANAC della variante pone al riparo dal rischio che venga certificata una variante non giustificata dal momento che il controllo dell'Autorità si erge, anche in questa occasione, a rimedio cautelativo in funzione di prevenzione.

Con riferimento a tali comunicazioni, l'ANAC, con comunicato del Presidente del 23.11.2016¹³⁷, ha reso disponibile il nuovo Modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera dei contratti di lavori da compilarsi a cura del responsabile del procedimento ("RUP") e da inviare entro 30 giorni dall'approvazione della variante in corso d'opera da parte della

¹³⁶ Rapporto della Commissione per lo studio e la elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella Pubblica Amministrazione, 2012.

¹³⁷ Il Comunicato del Presidente del 23.11.2016, depositato l'1 dicembre 2016 relativo alla «Trasmissione delle varianti in corso d'opera ex art.106, co.14, del d.lgs.50/2016» «In ragione della nuova disciplina dell'art.106 del d.lgs. 18.4.2016, n.50 rispetto all'art. 132 del d.lgs.163/2006 e all'art. 37, d.l. 90/2014, convertito in legge n.114/2014» ha fornito in allegato il nuovo Modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera.

stazione appaltante (*ex art.106, comma 14, d.lgs. n. 50/2016*), a pena delle sanzioni amministrative pecuniarie in caso di ritardo (*ex art. 213, comma 13, d.lgs. n. 50/2016*¹³⁸).

Il Modulo prevede che siano fornite, come indicato nel Comunicato ANAC, «anche alcune brevi informazioni (non documentazione) tese a facilitare il coordinamento tra le varianti in corso d'opera propriamente intese e gli altri istituti di modifica del contratto nella fase di esecuzione».

3.12. Subappalto

Come visto, il subappalto rappresenta un istituto per mezzo del quale è possibile che si raddoppino i rischi corruttivi nella misura in cui l'aggiudicatario, sulla base della discrezionalità di cui dispone(va) nella scelta del subappaltatore, potrebbe far “entrare” nella filiera illecita, e in generale coinvolgere nel contratto, soggetti non qualificati o inaffidabili.

La “nuova” normativa dettata dal Codice in materia di subappalto costituisce una delle novità più rilevanti del nuovo assetto normativo, essendo diverse le prescrizioni che, proprio al precipuo fine di prevenire rischi corruttivi, si preoccupano di limitare ed esaurire già al momento di presentazione delle offerte la discrezionalità dell'operatore economico che intenda avvalersi, in fase esecutiva, dell'istituto del subappalto.

In via generale, l'impianto del nuovo Codice opta per un limite complessivo di subappalto – sia per lavori che per servizi e forniture – nella misura del 30% dell'importo contrattuale¹³⁹.

¹³⁸ Sanzione che va da 250,00 a 25.000,00 € per il rifiuto od omissione e da 500,00 a 50.000,00 qualora siano forniti dati o informazioni non veritieri.

¹³⁹ Cfr. art. 105, co. 2, d.lgs. n. 50/2016.

Nel settore dei lavori - per disciplina transitoria e in attesa di una generale revisione del quadro delle categorie di opera - al suddetto limite complessivo del 30% dell'importo contrattuale si affiancano i limiti di subappaltabilità indicati nell'art.12, co. 1, della l. n. 80 del 23 maggio 2014, ossia quelli relativi al sistema di categorie di opera, con la precisazione che i due limiti dovranno coesistere¹⁴⁰. Sotto questo aspetto, dunque, la contestuale presenza di limitazioni provenienti da più parti tendono a limitare la discrezionalità dell'appaltatore che non potrà più, come nel precedente regime, subappaltare liberamente.

Rimane da chiedersi se le predette limitazioni possano trovare fondamento nelle direttive e se anzi le stesse non contravvengano al divieto – imposto dalla Legge Delega al legislatore del Codice - di cd. *gold plating*, ossia il già citato divieto di “restrizione” della normativa interna rispetto allo *standard* fissato dal legislatore comunitario.

Altra importante novità del nuovo Codice in tema di subappalto è quella relativa all'obbligo del concorrente – almeno nelle gare sopra soglia comunitaria – di indicare in via definitiva al momento di presentazione delle offerte il nominativo di tre subappaltatori cui in fase di esecuzione potrà essere affidata l'esecuzione delle attività dichiarate come subappaltabili (obbligo che diventa mera facoltà nelle gare sotto soglia comunitaria).

¹⁴⁰ Pertanto ad oggi, in tema di lavori, il concorrente dovrà – a seconda dello specifico appalto – valutare la propria partecipazione tenendo in considerazione due livelli: da un lato dovrà tener presente il sistema di cui all'art. 12, c. 1, della Legge n. 80 del 23 maggio 2014 per subappalti di “categoria”; d'altro canto dovrà prestare attenzione a che la somma dei singoli subappalti di “categoria” non superino l'importo totale di subappalto del 30% dell'importo contrattuale.

L'aver imposto l'indicazione della terna dei subappaltatori, dunque, limita ed esautora la discrezionalità del concorrente e ciò in quanto in fase esecutiva all'aggiudicatario non sarà permesso non solo di affidare in subappalto attività non dichiarate come subappaltabili già in fase di partecipazione (divieto questo già previsto dall'art. 118 del d.lgs. n. 163/2006), ma anche di scegliere, in base alle condizioni economiche e di mercato del momento (e si consideri che la fase esecutiva potrebbe anche intervenire dopo un lasso di tempo considerevole rispetto al momento di presentazione delle offerte), il soggetto cui affidare le attività in subappalto.

In un primo momento, e in attesa delle pronunce della giurisprudenza in merito all'obbligatoria indicazione della terna, deve rilevarsi come alcune stazioni appaltanti (anche di grandi dimensioni, quali Consip) hanno sottolineato, in sede di chiarimento, come l'indicazione della terna comporta l'obbligo del concorrente di indicare un numero massimo di tre nominativi ben potendo, di contro, l'impresa indicare un numero di subappaltatori inferiori alla terna (in tale modo comunque riducendo le proprie facoltà di scegliere, in sede di esecuzione, i nominativi del subappaltatori cui affidare parte delle attività dichiarate)¹⁴¹.

¹⁴¹ V. Gara Banca d'Italia «Procedura aperta in modalità telematica per la realizzazione del sistema di gestione delle macchine virtuali dei data center della Banca d'Italia - G005/16» nell'ambito della quale, in sede di chiarimento, è stato formulato il seguente quesito «Con riferimento alla gara in oggetto, si chiede di confermare che in merito alla possibilità di avvalersi di subappalto (art. 105 comma 6), vista la soluzione tecnica progettuale individuata dal fornitore, sia possibile indicare un numero di subappaltatori inferiore a 3». La Stazione appaltante ha fornito la seguente risposta «Nel caso in cui, per il particolare tipo di lavorazione che si intende subappaltare, non sia possibile per l'operatore economico individuare una terna di subappaltatori, è ammessa l'indicazione di un numero di subappaltatori inferiore a tre. Si rammenta che l'autorizzazione al subappalto può essere

Sempre con riferimento all'indicazione della terna dei subappaltatori, alcune stazioni appaltanti hanno chiarito come l'indicazione della predetta terna deve riferirsi ad ogni singolo servizio, potendosi verificare l'ipotesi in cui, volendo un operatore economico subappaltare tre diverse attività (ovviamente sempre nel limite del 30%), lo stesso dichiara il nominativo di 9 subappaltatori (3 per ogni attività) potendo, inoltre, in tale caso, anche indicare lo stesso nominativo per diverse attività¹⁴².

Che la predetta indicazione della terna vada riferita al singolo servizio/attività da affidare deve desumersi, nel silenzio della norma e fintanto che la giurisprudenza si esprima sul punto, dalla legge delega n. 11/2016 che in materia di subappalto prevede delega il Governo a definire i «casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; [...]»¹⁴³.

concessa solo nel caso in cui il subappaltatore rientri tra quelli indicati dall'affidatario in sede di gara».

¹⁴² V. Gara Consip «Gara a procedura aperta ai sensi del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., per l'affidamento di servizi di conduzione dell'infrastruttura ICT, di sviluppo di progetti di IT Innovation, di conduzione, gestione e manutenzione di impianti per INAIL - ID: 1815» nell'ambito della quale, in sede di chiarimento, è stato richiesto di «chiarire se sia necessario indicare i subappaltatori per ciascuna attività da subappaltare oppure se sia sufficiente farlo a livello di intera fornitura». Consip, in sede di risposta, ha evidenziato che «Si precisa che va indicata una terna di subappaltatori per ogni attività (e prestazioni accessorie), come definita al punto II.2.2. del bando di gara, che si prevede di affidare a terzi. Si ammette la possibilità che ciascuna terna si componga di uno o più operatori economici in comune».

¹⁴³ Art. 1, co. 1, lett. rrr), l. 28 gennaio 2016, n. 11, «rrr) introduzione nei contratti di lavori, servizi e forniture di una disciplina specifica per il subappalto, prevedendo in particolare: l'obbligo per il concorrente di indicare in sede di offerta le parti del contratto che intende subappaltare; l'espressa individuazione dei casi specifici in cui vige l'obbligo di indicare, in sede di offerta, una terna di nominativi di subappaltatori per ogni tipologia di attività prevista in progetto; [...]».

Infine, sempre sul tema dell'indicazione della terna, va segnalato che tale obbligo soggiace alla condizione per cui nell'appalto non «sia necessaria una particolare specializzazione»: nell'attuale sistema appare doversi escludere che l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori possa trovare applicazione nel caso di categorie di opere cd. Superspecialistiche.

Ulteriore elemento critico nella nuova disciplina del subappalto si ravvisa nella circostanza per la quale il concorrente che indica fin da subito i propri subappaltatori, soggiace al rischio di vedersi escluso laddove uno o più subappaltatori incorrano in uno dei motivi di esclusione dettati dall'art. 80 del nuovo Codice, la cui operatività è appunto estesa anche ai subappaltatori.

Ciò, da un lato, comporta che il subappaltatore – pur non assumendo il ruolo di partecipe alla gara – incide nella qualificazione morale del concorrente, costringendo probabilmente le Commissioni di Gara a dover verificare i requisiti morali/generali delle imprese subappaltatrici indicate.

D'altro canto, in assenza di una norma specifica, non si comprende quale potrebbe essere l'effetto - sulla procedura di gara e/o sul contratto - dell'emersione in capo ai subappaltatori indicati/adoperati di una causa di esclusione. Difatti, mentre per l'avvalimento il legislatore ha specificato un vero e proprio obbligo di sostituzione dell'ausiliario nel caso di mancato possesso di un requisito generale/speciale (cfr. art. 89 c. 3 del d.lgs. n. 50/2016), per il subappaltatore che incorra in tale situazione nulla è previsto.

Sul punto, è stato già rilevato come l'elemento di maggiore criticità legato ai requisiti di carattere generale di cui

all'art. 80 del nuovo Codice risulta proprio l'estensione di tale previsione anche ai subappaltatori previsti dall'art. 105, comma 6 (terna di subappaltatori da indicare necessariamente per gare sopra soglia); ed è stato, dunque, proposto di chiarire che l'indicazione in parola non varrebbe ai fini della verifica dei requisiti di moralità per l'ammissione in gara, ma ai fini della verifica per l'autorizzazione al subappalto¹⁴⁴.

Un'ultima novità in tema di subappalto, questa certamente positiva, riguarda il pagamento diretto dei subappaltatori.

L'art. 105 c. 13 del nuovo Codice prescrive che la Stazione Appaltante corrisponda direttamente al subappaltatore l'importo delle prestazioni eseguite, in tre casi:

1. quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
2. in caso inadempimento da parte dell'appaltatore;
3. su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.

Seppure i casi *sub* 2) e 3) lascino un certo margine di incertezza interpretativa ed operativa, il cambio di rotta del legislatore rispetto alla previgente normativa è evidente nella misura in cui certifica un vero e proprio diritto del subappaltatore ad ottenere un pagamento diretto.

La nuova normativa in tale di subappalto appena riassuntivamente descritta comporta conseguentemente un naturale ampliamento dell'ambito di giurisdizione del giudice amministrativo in materia di «procedure ad evidenza pubblica».

¹⁴⁴ Paper di Italiadecide “*L’attuazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: Problemi, Prospettive, Verifiche*”, consultabile sul sito <http://www.appaltiecontratti.it/>, p. 50.

In primo luogo, ciò si verificherà nelle ipotesi in cui vige l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara; tutto ciò, ovviamente, in disparte la questione esegetica, allo stato priva di soluzione, del difetto dei requisiti dei subappaltatori e della esclusione del concorrente principale senza possibilità di indicare sostituti diversi da quelli compresi nella terna (v. il combinato disposto degli artt. 105, c. 6 e c. 12, 80, commi 1, 5, 14)¹⁴⁵.

Il nuovo tipo di contenzioso impegnerà i giudici amministrativi, che proprio recentemente, per il tramite dell'Adunanza Plenaria, avevano risolto un contrasto di giurisprudenza, affermando che non risulta necessaria l'indicazione in gara dei nomi dei subappaltatori, nemmeno nel caso di subappalto necessario, e che il difetto di requisiti del

¹⁴⁵ L'art. 80, c. 1, nonché l'art. 80, c. 5, prevedono che le cause di esclusione ivi previste comportano l'esclusione del concorrente principale, non solo se riguardano lo stesso concorrente principale, ma anche se riguardano un subappaltatore, nei casi in cui è obbligatorio indicare in gara una terna di subappaltatori (art. 105, c. 6). Si pone tuttavia un problema di coordinamento di tali previsioni con l'art. 105, c. 12, a tenore del quale «L'affidatario deve provvedere a sostituire i subappaltatori relativamente ai quali apposita verifica abbia dimostrato la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80». Tale previsione costituisce trasposizione dei pertinenti articoli delle direttive, secondo cui ogni qualvolta le stazioni appaltanti sono tenute, in base alle leggi nazionali, a verificare le cause di esclusione anche nei confronti dei subappaltatori, esse chiedono agli operatori economici di sostituire i subappaltatori che risultano privi dei requisiti generali. Le direttive sembrano dunque consentire la possibilità di sostituire i subappaltatori privi dei requisiti anche quando i loro nomi vanno indicati in gara. Sicché, le disposizioni dell'art. 80, c. 1 e c. 5, che sembrano invece prevedere la esclusione del concorrente per difetto dei requisiti del subappaltatore, senza possibilità di sostituirlo, potrebbero anche prestarsi a dubbi di compatibilità comunitaria. E' peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

subappaltatore non comporta esclusione del concorrente principale¹⁴⁶.

3.13. Strumenti pattizi di prevenzione della corruzione

Una più diffusione e capillare azione di prevenzione della corruzione passa, si è visto, non solo dal rafforzamento degli strumenti normativi (come quelli previsti dal Nuovo Codice), ma anche di carattere pattizio, attraverso una corresponsabilizzazione di tutte le parti contraenti.

Ciò ha spinto alcune stazioni appaltanti a inserire nei bandi alcune delle cosiddette “clausole di legalità” in materia di anticorruzione (si pensi a quanto previsto dal d.lgs. n. 165/2001 (c.d. “*pantouflage/revolving door*”), oppure a richiedere l’impegno dei concorrenti a rispettare i principi e i valori contenuti nel Codice Etico e nel Piano della Prevenzione della Corruzione, nonché a tenere una condotta in linea con il Modello 231 eventualmente adottato dalla Stazione appaltante.

Dunque, la necessità di ampliare e rafforzare l’ambito di operatività delle misure di prevenzione e di contrasto alle diffuse forme di illegalità nel settore dei pubblici appalti – anche oltre il tradizionale campo delle infiltrazioni mafiose – ha portato allo

¹⁴⁶ Cons. St., Ad. Plen., 2.11.2015 n. 9; la questione era stata rimessa alla Plenaria da Cons. St., sez. IV, 3.6.2015, n. 2707 e da Cons. St., sez. V, 17.6.2015, n. 3069; sulla questione della necessità o meno di indicazione dei nominativi dei subappaltatori in caso di c.d. subappalto necessario, prima di tale plenaria, v., nel senso della necessità di indicazione: Cons. St., sez. IV, 3.3.2016, n. 879; Id., sez. V, 21.7.2015, n. 3615; Id., sez. IV, 4.5.2015, n. 2223; Id., sez. V, 25.2.2015, n. 944; Id., sez. V, 10.2.2015, n. 676; Id., sez. III, 26.11.2014, n. 5856; Id., sez. V, 28.8.2014, n. 4405; Id., sez. IV, 26.8.2014, n. 4299; Id., sez. IV, 26.5.2014, n. 2675; Id., sez. IV, 13.3.2014, n. 1224; Id., sez. III, 5.12.2013, n. 5781; Id., sez. III, 4.9.2013, n. 4431; Id., sez. V, 21.11.2012, n. 5900; Id., sez. VI, 2.5.2012, n. 2508; nel senso della non necessità di indicazione dei nominativi in gara: Cons. St., sez. IV, 4.5.2015, n. 2223; Id., sez. V, 7.7.2014, n. 3449; Id., sez. V, 19.6.2012, n. 3563.

sviluppo e alla diffusione di strumenti di carattere pattizio quali i protocolli di legalità/Patti d'Integrità che nel corso degli ultimi anni hanno consentito di elevare la cornice di sicurezza nel comparto.

Più nel dettaglio, i patti di integrità¹⁴⁷, normativamente previsti dall'art. 1, comma 17, l. n. 190/2012, rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione della corruzione e sostanzialmente volte a valorizzare comportamenti eticamente corretti per tutti i partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica. Tale Patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai concorrenti e che permette un controllo reciproco tra le Parti dando loro la possibilità di prevedere al suo interno sanzioni in caso di elusione o violazione del Patto stesso.

I patti di integrità vengono stipulati sulla base dei protocolli di legalità. Si tratta di accordi stipulati tra le Prefetture e le amministrazioni locali, al fine di rinforzare gli obblighi di cooperazione tra le amministrazioni pubbliche nel contrasto alla corruzione e soprattutto ai tentativi di infiltrazioni mafiose all'interno del sistema degli appalti pubblici. Proprio all'interno di questi protocolli vengono definite le clausole "comportamentali" da inserire all'interno dei patti esaminati in precedenza, e successivamente nei bandi di gara, e da imporre alle parti coinvolte nella contrattazione pubblica; difatti, anche il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità, comporta l'esclusione del contraente dalla gara o la

¹⁴⁷ E richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera C.I.V.I.T. n. 72 dell'11.09.2013.

risoluzione del contratto se stipulato, oltre all'applicazione delle relative sanzioni pecuniarie¹⁴⁸.

Anche i protocolli di legalità (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010) sanciscono, dunque, un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo e il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro.

Nei protocolli le Amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate.

Accanto alle dichiarazioni di natura comportamentale, tese a rafforzare gli impegni alla legalità e alla trasparenza, le pattuizioni contenute nei documenti in questione consentono alle stazioni appaltanti di avvalersi di un regime sanzionatorio che spazia dall'esclusione in fase di partecipazione alla gara¹⁴⁹ nel caso di mancata sottoscrizione/accettazione del patto, alla revoca dell'aggiudicazione con conseguente applicazione delle

¹⁴⁸ Per un maggiore approfondimento sul tema in analisi, cfr. G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art.1 commi 14-25, 32 e 52-58), in *La legge anticorruzione, prevenzione e repressione della corruzione*, B.G. MATTARELLA- M. PELISSERO, (a cura di), cit., pp. 130-140.

¹⁴⁹ La possibilità di prevedere che la mancata sottoscrizione del patto importi l'esclusione del concorrente, anche alla luce del principio della tassatività delle clausole di esclusione, si giustifica in quanto gli strumenti in questione sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e le norme che li prevedono devono essere considerate imperative e di ordine pubblico. In tal senso, AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante «Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici», spec. parte II, punto 3.

misure accessorie (escussione della cauzione e segnalazione all'ANAC) e, infine ,alla risoluzione del contratto eventualmente stipulato, nei casi in cui venga accertata la violazione delle clausole pattuite.

4. Cenni di diritto comparato

Il fenomeno della corruzione rappresenta, come anticipato, una consuetudine globalmente diffusa, la cui genesi risale nel tempo. Già nell'800 Alexis De Tocqueville rimproverava al generale Jackson l'introduzione di pratiche corruttive nel governo centrale degli Stati Uniti che, a seguito della propria elezione, aveva garantito posizioni di prestigio ai propri sostenitori politici¹⁵⁰.

Se la *ratio* della diffusione del fenomeno si rivela concetto semplice, in quanto la stessa determina indubbi effetti vantaggiosi per coloro i quali la praticano nell'espletamento della loro pubblica attività, nel corso degli anni, tuttavia, tale fenomeno ha subito significative evoluzioni.

Durante l'ultimo ventennio, il mercato - luogo degli scambi per eccellenza - è stato influenzato dal processo di globalizzazione che ha determinato una capillare diffusione e penetrazione di principi e regole di libera concorrenza del mercato all'interno della pubblica amministrazione.

In sede europea, come visto anche con le recenti Direttive 2014, il legislatore ha predisposto un'articolata disciplina dei *public procurement* volta a fornire alle amministrazioni aggiudicatrici adeguati strumenti normativi durante la delicata fase dell'aggiudicazione, affinché sia garantito il rispetto di

¹⁵⁰ A. DE TOQUEVILLE, *Scritti politici*, Novara, 2013.

principi di concorrenza, imparzialità ed economicità, e si rifugge da probabili influenze politiche, pratiche corruttive, ovvero infiltrazioni da parte della criminalità organizzata.

All'interno del sistema dei Paesi aderenti all'Ocse, i contratti conclusi dalle pubbliche amministrazioni rappresentano una fetta consistente di mercato, il cui valore supera il 16% del PIL¹⁵¹. La ragione sottesa a siffatta elevata percentuale risiede nella spinta che il commercio internazionale ha causato nel circuito degli scambi negoziali transnazionali, tra stazioni appaltanti ed imprese private appartenenti a diverse nazionalità. Non stupisce, pertanto, che tali negozi siano sempre più di frequente soggetti a specifici *standard* e regole definiti al di fuori del contesto nazionale.

Tra queste regole rilevano quelle volte a limitare le diffusissime pratiche nazionali discriminatorie.

Proprio al precipuo fine di limitare tali pratiche, e in risposta a rinnovate istanze di libertà di circolazione di merci, capitali e persone, si è avvertita l'esigenza di predisporre strumenti volti a tutelare la correttezza delle operazioni contrattuali nel commercio internazionale ed a favorire così una più penetrante integrazione dei mercati, in ciò tentando di favorire lo sviluppo di Paesi economicamente più arretrati.

A tal uopo gli Stati hanno predisposto una serie di strumenti di natura pattizia volti a fissare regole e standard comuni di carattere vincolante.

Uno dei primi meccanismi approntati a livello internazionale è stato il *Government Procurement Agreement* (Gpa), stipulato al termine dell'Uruguay Round a Marrakesh,

¹⁵¹ In www.oecd.org.

nell'aprile del 1994¹⁵². Quest'ultimo si inserisce nel novero degli Accordi dell'Uruguay Round, che hanno istituito la *World Trade Organization*, la quale ricomprende al suo interno, nel primo allegato dell'Accordo che la istituisce, il GATT¹⁵³.

Il Gpa ha natura di accordo plurilaterale e non multilaterale, e pertanto non vincola tutti i Paesi membri della WTO, ma solamente quelli che lo hanno sottoscritto. E tra questi, ciascuno nella misura espressamente pattuita, in virtù della flessibilità che lo caratterizza¹⁵⁴.

In ragione della natura non obbligatoria, inoltre, allo stesso ha aderito solo una modesta percentuale dei 132 Stati della WTO¹⁵⁵.

Il Gpa, retto dai medesimi principi che sottostanno alla legislazione europea, non contiene tuttavia alcuna espressa disposizione che contenga misure volte a prevenire o contrastare

¹⁵² Il Gpa è un accordo caratterizzato da un testo breve, e la cui struttura è data da un preambolo, ventiquattro articoli e quattro appendici per ogni singola Parte che lo abbia sottoscritto. In particolare, la prima appendice contiene l'elenco dei Paesi cui si applica l'Accordo ed i relativi limiti di valore monetario che variano a seconda dell'oggetto del contratto e del soggetto acquirente. Essa si compone di cinque allegati, ognuno dei quali indica, tramite un sistema di liste positive e negative, gli enti e le pubbliche amministrazioni tenuti al rispetto di quanto pattuito, e i servizi inclusi o meno nel circuito del Gpa. Una Nota generale, infine, individua le eccezioni e le deroghe apposte alle concessioni generali, nonché le concessioni particolari di cui beneficiano i singoli Stati.

¹⁵³ Il GATT 1994 ricomprende i contenuti del GATT 1947 e le relative note interpretative, le decisioni delle Parti Contraenti, nonché i protocolli emendativi emanati dal 1947 sino al 1994.

¹⁵⁴ H. CAROLI CASAVOLA, *L'internazionalizzazione della disciplina dei contatti delle pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2006, 193.

¹⁵⁵ Ad oggi si contano, infatti, solamente tredici Stati contraenti e l'Unione Europea. Gli Stati firmatari dell'Accordo, che si affiancano all'UE, sono Canada, Corea, Giappone, Hong Kong per conto della Cina, Islanda, Israele, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto di Aruba, Singapore, Stati Uniti e Svizzera.

l'insorgere del fenomeno corruttivo all'interno delle procedure contrattuali¹⁵⁶.

Le uniche previsioni che possono influire indirettamente sulla lotta alla corruzione, difatti, sono quelle che tutelano la trasparenza e la pubblicità delle operazioni, in quanto volte a limitare il potere discrezionale delle amministrazioni relativamente ai criteri di aggiudicazione delle offerte ed alle modalità di valutazione delle stesse ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto. E certamente, le ragioni sottese al vuoto normativo in materia di lotta alla corruzione risiedono nel potenziale forte effetto deterrente che le disposizioni avrebbero sull'adesione all'Accordo dei Paesi in via di sviluppo, profondamente restii a partecipare al Gpa a causa delle forti limitazioni che ciò comporta alle regole interne di mercato.

Ciò posto, appare, a questo punto, interessante valutare come le disposizioni in tema di anticorruzione nello specifico settore degli appalti provenienti dall'Unione Europea o dalle organizzazioni internazionali sono state recepite in altri ordinamenti giuridici diversi da quello italiano.

Si prenderà, dunque, come riferimento la Francia quale Stato membro dell'Unione Europea per confrontare come le medesime disposizioni comunitarie imposte dalle Direttive 2014 sono state recepite nell'ordinamento francese e dunque quali differenze nel recepimento di medesime disposizioni sussistono tra l'ordinamento italiano e quello d'oltralpe; per una disamina comparata di più ampio respiro e, dunque, trascendendo i confini dell'Unione, sarà interessante analizzare come termine

¹⁵⁶ Sul tema si veda S. J. EVENETT, *Multilateral disciplines and government procurement, in Development, trade and the WTO: a handbook*, Washington, Worldbank, 2003, p. 417 e ss.; H. CAROLI CASAVOLA, *L'internazionalizzazione della disciplina*, op. cit..

di paragone la legislazione anticorruzione messa in atto dagli Stati Uniti nella lotta alla corruzione negli appalti pubblici.

4.1. Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti in Francia

Anche nell'ordinamento francese dove, grazie a una migliore efficacia dei controlli e a una migliore conoscenza dei meccanismi di frode, il numero dei casi di frode e di corruzione portati alla luce è nettamente aumentato, i casi più gravi di corruzione pubblica riguardano gli appalti pubblici, settore nel quale la regolamentazione è complessa e non garantisce né la trasparenza né la libertà d'accesso e di uguaglianza per i candidati.

L'identificazione preventiva dei meccanismi di corruzione e la centralizzazione delle informazioni costituiscono, anche per il sistema francese, un efficace strumento preventivo di lotta alla corruzione.

Ecco, dunque, le ragioni della genesi del Servizio Centrale della Prevenzione della Corruzione (SCPC). Fondato nel 1993¹⁵⁷, SCPC è un servizio interministeriale che fa capo al

¹⁵⁷ *Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dont les modalités d'application ont été fixées par le décret n° 93-232 du 22 février 1993.* L'articolo 1, comma 1, l. 1993 recita: «[l'SCPC deve] centralizzare le informazioni necessarie all'individuazione e alla prevenzione dei fatti di corruzione attiva e passiva, di traffico d'influenza commessi da persone che esercitano una funzione pubblica o da gruppi di interesse privati, di concussione, di acquisizione illegale di interessi o di pregiudizio alla libertà e all'uguaglianza dei candidati negli appalti pubblici». Allorché raccoglie informazioni che mettono in evidenza fatti di corruzione, l'SCPC deve deferire il caso al Procuratore della Repubblica e, una volta aperta l'istruttoria, a quest'ultimo viene automaticamente revocata la competenza (art. 2 e 3).

ministro della Giustizia¹⁵⁸. Il suo compito consiste nel raccogliere e consolidare le informazioni rilevanti sulla prevenzione della corruzione e di conseguenza coadiuvare le autorità giudiziarie e amministrative. Ogni anno SCPC pubblica un *report* in cui include informazioni su atti di corruzione individuati, il loro trattamento da parte della autorità giudiziaria, nonché notizie della lotta alla corruzione, *best practices* e suggerimenti su come migliorare i processi esistenti. Nel Marzo 2015 SCPC, spinto dalla necessità di sviluppare delle proprie raccomandazioni in tema di prevenzione della corruzione nelle transazioni commerciali¹⁵⁹, ha pubblicato le “*French Guidelines*”. Le linee guida esprimono espressamente il principio della “tolleranza zero” dinanzi agli episodi di corruzione.

Il legislatore francese, dunque, con la creazione del citato SCPC, non ha voluto introdurre un controllo supplementare rispetto alla legislazione repressiva già vigente, quanto piuttosto rispondere a un obiettivo di centralizzazione dell’informazione in un’ottica di prevenzione della corruzione.

Malgrado i lodevoli sforzi compiuti dall’SCPC, i dati sulla portata delle reti e degli episodi di corruzione non sono raccolti sistematicamente. Nel corso degli anni, infatti, è stata

¹⁵⁸ È diretto da un magistrato dell’ordine giudiziale, e composto da altri magistrati e da impiegati statali provenienti dai diversi ministeri (Economia, Interno, Giustizia, Pubblica istruzione).

¹⁵⁹ Lo scopo delle linee guida è quello di fornire raccomandazioni, che non sono giuridicamente vincolanti, per le organizzazioni che elaborano i propri programmi per prevenire e individuare la corruzione a livello nazionale e transnazionale. Essi sono dotati di cinque allegati, tra cui un glossario di terminologia, i reati di corruzione, consigli pratici, i principali riferimenti normativi e un elenco delle organizzazioni consultate. Queste linee guida per la prevenzione della corruzione sono liberamente disponibili sul sito web: <http://www.justice.gouv.fr/le-ministere-de-la-justice-10017/service-central-de-prevention-de-la-corruption-12312/>.

manifestata più volte l'intenzione di rivedere e ampliare le competenze dell'SCPC, non avendo lo stesso i poteri adatti a far fronte all'attuale necessità di prevenire la corruzione, sia essa pubblica o privata, nazionale o internazionale¹⁶⁰.

Con specifico riferimento alla legislazione in funzione di prevenzione della corruzione, la legislazione francese copre un ampio ventaglio di questioni legate alla lotta alla corruzione, sebbene a livello nazionale non esista una specifica strategia anticorruzione. Nel 2007 la Francia ha attuato una riforma legislativa di ampia portata, in seguito alle raccomandazioni del GRECO e dell'OCSE, che contemplava una nuova legge anticorruzione¹⁶¹ contenente, tuttavia, principalmente disposizioni penali.

Solo recentemente la Francia ha ampliato la propria legislazione anti-corruzione al fine di raggiungere gli stessi standard degli Stati Uniti (FCPA), del Regno Unito (UK Bribery Act), del Brasile (Clean Company), dell'Italia (D.Lgs. n. 231/01 – L. 190/12). È stato così istituzionalizzato il Compliance Programs e l'attività professionale di compliance sulla prevenzione della corruzione. Tali programmi dovranno comprendere un Codice di Condotta, corsi di formazione, due diligence, una “*whistleblowing line*” e altre caratteristiche tipiche dei modelli di prevenzione¹⁶².

¹⁶⁰ Rivela il dato lo stesso SCPC: cfr. la relazione dell'SCPC (2011), p. 9-10.

¹⁶¹ Loi no. 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption <http://www.textes.justice.gouv.fr/lois-et-ordonnances-10180/loi-relative-a-la-lutte-contre-la-corruption-13707.html>.

¹⁶² Inoltre, l'azienda dovrà creare una mappatura dei suoi rischi di corruzione che dovrà prendere in considerazione anche gli eventi del passato, come elementi influenzanti gli esiti dell'analisi dei rischi. La responsabilità di impostare un Compliance Program sarà sia dei dirigenti che dell'azienda stessa. Non riuscire a impostare un Compliance Program può portare a una sanzione amministrativa fino a 200.000,00 euro ai dirigenti ed un

Di fronte alla pressione delle organizzazioni internazionali e non-profit che da tempo criticavano la mancanza di applicazione delle leggi anti-corruzione, il 9 dicembre 2016, il Presidente della Repubblica Francese ha promulgato la “Legge n. 2016-1691 sulla trasparenza, la lotta alla corruzione e la modernizzazione dell’economia” (cosiddetta Sapin II¹⁶³) e la “Legge n. 2016-1690” sulle competenze e la giurisdizione del “Défenseur des droits” per l’orientamento e la protezione degli informatori (“*lanceurs d’alerte*” – “*whistleblowers*”).

Sapin II crea innanzitutto un’apposita Agenzia Nazionale Anticorruzione¹⁶⁴ incaricata di prevenire e individuare la corruzione, e introduce una nuova sanzione penale di “*compliance obbligatoria*”¹⁶⁵

La legge, intesa come uno strumento di prevenzione, prevede obblighi concreti per le imprese (le aziende con oltre 500 dipendenti o un fatturato annuo di oltre 100 milioni di euro

1.000.000,00 di euro nei confronti della società. Quello che salta agli occhi è che la sanzione non è penale e che il tempo assegnato a seguire le raccomandazioni può essere molto lungo per cui, molto probabilmente, le aziende francesi non saranno eccessivamente “stimolate” ad impostare rapidamente un Compliance Program. Inoltre, a differenza di quanto previsto dall’UK Bribery Act o dal Brasil Clean Company Act o dal D.Lgs. 231/01 in Italia (dove, addirittura il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo redatto ai sensi dell’art. 6 può avere efficacia esimente), non è espressamente indicato che avere impostato un Compliance Program sarà preso in considerazione nel quadro di un potenziale accordo finalizzato alla riduzione delle sanzioni, anche se difficilmente i giudici francesi si discosteranno molto da quanto fatto dai loro colleghi stranieri.

¹⁶³ JORF n° 0287 Du 10 décembre 2016, n° 2 texte, ELI: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2016/12/9/ECFM1605542L/jo/texte>.

¹⁶⁴ Agence Française Anticorruption (AFA).

¹⁶⁵ Essa ha il diritto di ottenere informazioni, condurre interviste ed effettuare ispezioni in loco.

Non ha poteri investigativi e non può imporre sanzioni penali, bensì amministrative. Il suo mandato è triplice: (i) fornire una guida aggiornata e supporto alle aziende in relazione agli obblighi di prevenzione; (ii) sanzionare violazioni degli obblighi di prevenzione, utilizzando anche avvisi formali, ingiunzioni o multe fino a 1 milione di Euro contro le aziende e 200.000,00 euro contro gli individui; (iii) monitorare i “piani di rimedio” (con costi a carico della società).

dovranno adottare un adeguato Sistema di Gestione della Compliance e del Rischio Corruzione (Anti-Bribery and Compliance - ABC) in assenza del quale la società ed i suoi amministratori saranno ritenuti responsabili¹⁶⁶) e sanzioni anche in assenza di un reato presupposto compiuto a monte.

Per quanto riguarda il *whistleblowing*, costringendo tutte le aziende con più di 50 dipendenti a stabilire un meccanismo di whistleblowing ed a fornire “protezione contro le ritorsioni” garantendo la riservatezza degli informatori, la Sapin II introduce ampie garanzie per gli stessi¹⁶⁷.

Come anticipato, i casi di corruzione più gravi, anche nell'ordinamento francese, riguardano il settore degli appalti pubblici. Un rapido sguardo al “peso” che tale settore ha nell'economia francese dimostrerà l'importanza della normativa di prevenzione: nel 2011 i contratti pubblici per opere, forniture e servizi rappresentavano il 18,5% del PIL della Francia¹⁶⁸. Il valore delle gare d'appalto pubblicate nella Gazzetta ufficiale

¹⁶⁶ Uno strumento molto interessante previsto sempre dalla Legge Sapin II, è la cosiddetta “Convention judiciaire d'intérêt publicil”, agli addetti ai lavori più nota come Deferred Prosecution Agreement (DPA), un accordo che consente una via più "sbrigativa" per gestire la materia anticorruzione, che non richiede alcuna ammissione di colpa e la cui attuazione sarà subordinata all'attuazione di un adeguato programma di prevenzione della corruzione sotto il monitoraggio dell'AFA per un massimo di tre anni; al pagamento di una multa limitata al 30% del fatturato annuo della società; e, in alcuni casi, un risarcimento aggiuntivo per le vittime.

¹⁶⁷ Vi sono alcune differenze tra il regime di whistleblowing francese dai suoi omologhi del Regno Unito e degli Stati Uniti. In primo luogo, il regime si applica solo ai soggetti disinteressati. La legge non protegge o incentiva la denuncia da parte di soggetti implicati nei fatti corruttivi, in quanto la definizione, “riportando disinteressatamente e agendo in buona fede” preclude esplicitamente l'implicazione diretta. In secondo luogo, l'informatore deve avere conoscenza diretta dei fatti. E ancora sul piano delle differenze, gli informatori ricevono l'immunità dai procedimenti penali. Infine, la legge offre protezione a coloro che sono accusati di essere coinvolti, garantendo l'anonimato fino a quando i fatti sono dimostrati.

¹⁶⁸ Tali percentuali sono variate da 17,7% nel 2007 a 18,9% nel 2010. http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf.

dell'Unione europea in percentuale della spesa totale per i contratti di opere, forniture e servizi era del 18,3% nel 2010¹⁶⁹.

Dato che le perplessità rilevate nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica francesi si presentavano del tutto simili a quelle riscontrate nel nostro ordinamento¹⁷⁰, è stato salutato con favore il processo di riforma della disciplina dei

¹⁶⁹[Http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf). Secondo quanto riportato dalla Commissione Europea nell'Allegato sulla Francia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, Bruxelles, 3.2.2014 COM(2014) 38 final, ANNEX 10, secondo il sondaggio Eurobarometro 2013 sulla corruzione nel mondo imprenditoriale, il 50% degli intervistati ritiene che la corruzione sia un fenomeno diffuso negli appalti pubblici gestiti dalle autorità nazionali, mentre il 51% è della stessa opinione per quanto riguarda gli appalti pubblici gestiti dalle autorità locali. In particolare, gli intervistati francesi affermano che nelle procedure di appalto pubblico sono diffuse le seguenti pratiche illegali: offerte collusive (55% contro una media UE del 52%); conflitti d'interessi nella valutazione delle offerte (53% contro una media UE del 54%); criteri di selezione o valutazione poco chiari (50% contro una media UE del 51%); abuso di procedure negoziate (49% contro una media UE del 47%); capitolati d'oneri su misura per imprese specifiche (47% contro una media UE del 57%); abuso di motivi di emergenza per evitare procedure concorrenziali (46% contro una media UE del 46%); coinvolgimento di offerenti nella preparazione del capitolato d'oneri (41% contro una media UE del 48%) e modifiche ai termini del contratto dopo la sua conclusione (41% contro una media UE del 44%). I risultati del sondaggio, pur non avendo necessariamente un legame diretto con la corruzione, illustrano i fattori di rischio che aumentano la vulnerabilità alla corruzione nelle procedure di appalto pubblico e indicano che i fattori di rischio associati agli appalti pubblici riguardano nella maggior parte dei casi il traffico di influenza e i conflitti d'interessi.

¹⁷⁰ Difficoltà o carenze individuate nel sistema francese: il concetto non sufficientemente chiaro di conflitto di interessi; mancata applicazione di sanzioni contro il pubblico ufficiale incriminato; controlli deboli in materia di appalti pubblici; mancata applicazione delle norme sugli appalti in alcune strutture statali (autorità indipendenti); pressioni esercitate sui funzionari pubblici; assenza di un principio di obbligatorietà di una preventiva dichiarazione d'onorabilità per ogni membro dell'impresa; mancato obbligo di sottoporre gli appalti ad accertamenti sistematici a campione. Proposte migliorative: sistematizzare sessioni di formazione per operatori privati; assicurare la protezione degli agenti; accelerare la stesura del codice di condotta specifico per gli ufficiali di appalti pubblici; implementare il contraddittorio; stabilire il principio di rotazione periodica degli agenti.

contratti pubblici francese imposto dal recepimento delle Direttive europee 2014¹⁷¹.

Così, l'ordonnance n. 2015-899 del 23.07.2015 relativa agli appalti pubblici, successivamente confermata dal Decret 2016-360 del 25.03.2016¹⁷², recepisce le Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE¹⁷³ e contestualmente abroga il «Code des Marchés Publics»¹⁷⁴. L'Ordonnance 2016 – 65 del 29.1.2016 e il

¹⁷¹ «Nelle intenzioni del Governo francese, il recepimento deve essere l'occasione per una riforma del diritto dei contratti pubblici (appalti, partenariati pubblico-privati e concessioni), seguendo due linee guida. Da un lato, la razionalizzazione delle fonti normative e dei principali istituti; dall'altro lato, gli obiettivi mutuati dalle stesse direttive, quali semplificazione, flessibilità, innovazione, competitività e utilizzazione strategica della domanda pubblica. Da rilevarsi, poi, l'impegno ad evitare, tanto nei confronti delle stazioni appaltanti che degli operatori economici, fenomeni di gold plating. Assenti, invece, temi quali la riduzione dei centri di spesa e la professionalizzazione della domanda pubblica, che, al contrario, rivestono per il panorama italiano una rilevanza strutturale. L'ordinamento degli appalti pubblici è attualmente caratterizzato soprattutto da norme regolamentari, che, in quanto tali, sono emendabili direttamente dal Governo. In particolare, il testo normativo più importante, ossia il codice degli appalti pubblici codice, è di natura esclusivamente regolamentare». In tal senso M. URBANI, *Francia: stato dell'arte del recepimento delle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, in PAJNO A., TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, cit., p. 58.

¹⁷² Il contestuale Decret 2016 – 361 del 25.03.2016, invece, è relativo agli appalti pubblici di difesa e sicurezza.

¹⁷³ L'ordonnance n. 2015-899 del 23.07.2015 è stata assunta dal Governo sulla base della delega dell'art. 42 della legge n° 2014-1545 del 20 dicembre 2014, relativa alla semplificazione e trasparenza del diritto delle procedure amministrative).

¹⁷⁴ Decret 2006-975 del 1.8.2006 recante il Codice degli appalti pubblici. Altre le discipline rilevanti: Ordonnance n. 2005-649 del 6.06.2005 relativa agli appalti pubblici riguardanti alcune persone pubbliche o private non sottoposte al Codice degli appalti; Decret 2015-1163 del 17.09.2015 che modifica alcune soglie relative agli appalti pubblici. In generale, a proposito dei *marchés publics* in Francia, v. R. NOGUELLOU, France, in R. NOGUELLOU - U. STELKENS, *Droit comparé des Contrats Publics / Comparative Law on Public Contracts*, cit., 682 ss.; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, III ed., Paris, 2011, part. 209 ss., 367 ss.; S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, IV ed., Paris, 2012; C. LAJOYE, *Droit des Marchés publics*, V ed., Paris, 2012. La 'filosofia' sottesa alla disciplina è assai simile a quella italiana: secondo F. LICHÈRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics*, in J.-B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007, 947, «le droit française des marchés publics est [...] historiquement et

successivo Decret 86/2016 del 1.2.2016 hanno, successivamente, completato il processo di riforma con il recepimento della Direttiva 23/2014/UE.

V'è da dire che, aldilà degli interventi normativi appena citati, l'ordinamento francese aveva già adottato, all'indomani dell'emanazione delle Direttive, alcuni atti normativi che applicavano specificatamente alcuni istituti. Così è accaduto, per esempio, per il partenariato per l'innovazione, introdotto già nel settembre 2014, con il decreto n. 2014-1097, recante “*Misure di semplificazione applicabili agli appalti pubblici*”, al fine di dare attuazione alle direttive comunitarie “*in maniera accelerata*”, e comunque anticipata rispetto all'adozione del nuovo codice degli appalti.

La tempestività del legiferare, in un settore chiave come quello dell'innovazione, rappresenta un fattore cruciale per la buona riuscita delle politiche.

Una seconda prospettiva di comparazione dei diversi modelli di adattamento delle direttive sugli appalti investe le modalità con le quali sono stati redatti gli atti normativi interni.

Nel nostro Paese, come noto, la tendenza degli ultimi anni è nel senso del consolidamento codicistico, attraverso la confluenza delle varie disposizioni all'interno di un *corpus* unico. Una scelta questa che semplifica il lavoro di reperimento delle fonti. In Francia, invece, il legislatore ha preferito distribuire la trasposizione delle direttive in una pluralità di provvedimenti, ben quattordici. In alcuni casi ciò si è coniugato alla volontà di anticipare, come visto, la messa a regime di

structurellement un droit de la demande, tourné vers la protection des acheteurs publics contre les tiers et contre eux-mêmes». Nello stesso senso, M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297.

determinati istituti, mentre in altre circostanze ha favorito la semplicità di lettura delle norme.

Aldilà delle differenti modalità di recepimento, anche la Francia ha dovuto riadattare il proprio ordinamento giuridico in materia di procedure ad evidenza pubblica al fine di renderlo conforme a quanto statuito dalle Direttive europee del 2014 in materia.

La richiamata Ordonnance n. 2015-899 contiene principalmente disposizioni “di principio”, da rendere concretamente applicabili mediante molteplici decreti (“par voi réglementaire”).

In primo luogo, in materia di semplificazione la soluzione adottata è stata quello di predisporre un unico testo per tutti i tipi di procedura (in precedenza erano previsti due diversi testi: il Codice degli appalti e l’*ordonnance* del 6 giugno 2006 quest’ultima applicabile solo in relazione ad alcune persone giuridiche pubbliche o private) e di acclarare la giurisdizione amministrativa in materia.

In relazione, invece, alla scelta delle procedure, l’ordinamento francese conosce la generale differenza tra le procedure formali¹⁷⁵ (applicabile per le procedure il cui valore superi le soglie di rilevanza comunitaria e distinte tra procedure applicabili alle amministrazioni aggiudicatrici e quelle applicabili agli enti aggiudicatori) e le procedure “adattate”¹⁷⁶ (applicabili agli appalti sotto soglia comunitaria; agli appalti di

¹⁷⁵ Code des marchés publics, 2016 (Décret 2016-360) applicable à compter du 01/04/16, Titre III: Passation du marché public, Chapitre II: Choix de la procédure, Section 1: Procédures formalisées.

¹⁷⁶ Code des marchés publics, 2016 (Décret 2016-360) applicable à compter du 01/04/16, Titre III: Passation du marché public, Chapitre II: Choix de la procédure, Section 2: Procédure adaptée.

servizi sociali e altri servizi specifici; e agli appalti di servizi giuridici di rappresentazione).

Una novità del nuovo Codice riguarda la suddivisione in lotti o meglio il rafforzamento e la promozione dell'istituto in parola. Per favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, la suddivisione in lotti viene rinforzata: non solo l'indizione di una gara unitaria deve essere motivata dalla stazione appaltante, ma viene generalizzata la suddivisione in lotti (precedentemente non prevista nel testo dell'Ord. Giugno 2006).

Così come in Italia, anche in Francia il legislatore – nel recepire puntuali moniti del legislatore europeo – ha dato ulteriore enfasi al principio di dematerializzazione degli avvisi di gara per via elettronica prevedendo che gli avvisi destinati alla Gazzetta Ufficiale dell'U.E sono trasmessi per via elettronica all'Ufficio delle Pubblicazioni dell'UE. Viene, dunque, fornita la definizione di «*dématérialisation des procédures*»¹⁷⁷.

In Francia, già dal 1° gennaio 2012, per tutti i contratti superiori a € 90.000, le amministrazioni aggiudicatrici erano tenute ad accettare richieste e offerte per via telematica, in quanto gli appalti elettronici costituivano nell'ottica del legislatore già prima del recepimento delle Direttive 2014, un importante strumento di prevenzione per ridurre i rischi di

¹⁷⁷ Code des marchés publics, 2016 (Décret 2016-360), artt. 38 ss. Viene, quindi, previsto che tutti i documenti di gara sono messi a disposizione dell'O.E gratuitamente sul profilo del Committente; in tutte le procedure di gara, le comunicazioni e gli scambi di informazioni possono essere effettuati per via elettronica.

corruzione e contribuire a migliorare ulteriormente i meccanismi di controllo¹⁷⁸.

4.2. Il sistema di prevenzione della corruzione negli appalti negli USA

La corruzione, lo si è già detto, rappresenta un problema che accomuna, seppur con differenti proporzioni e manifestazioni del fenomeno, i Paesi di tutto il mondo.

E seppur la letteratura sulla natura, sugli effetti e sulle conseguenze della corruzione è assai estesa, non esiste una “medicina universale” per curare la corruzione; ciò è dato dal fatto che tante, forse troppe, sono le variabili del fenomeno.

Di conseguenza, ogni nazione, settore o area richiede un approccio e una soluzione diversa e “personalizzata”.

L’approccio che il sistema americano ha adottato per contrastare la corruzione risale all’800 rappresenta una metodologia che, in seguito, è stata variamente seguita da altri Paesi e dalle stesse organizzazioni internazionali impegnate nella lotta alla corruzione.

Anche in America, come in Italia, la corruzione si manifesta principalmente nel settore del *public procurement*. E ciò in quanto, anche oltreoceano, gli appalti pubblici rappresentano – per le forti interazioni tra pubblico e privato e

¹⁷⁸ *Annual Public Procurement Implementation Review 2012* (Relazione annuale sull’attuazione degli appalti pubblici), SWD(2012) 342 final: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf. Inoltre, il codice penale francese prevede una specifica disposizione che qualifica come reato la violazione delle norme sugli appalti pubblici, nota come “*délit de favoritisme*”. In base alla giurisprudenza, una violazione delle norme sugli appalti pubblici non qualificabile come corruzione può comunque essere punita come “*délit de favoritisme*”.

per gli importi connessi – l’attività di governo più vulnerabile, rispetto ad altri servizi, alle pratiche corruttive.

Non si può non evidenziare come il governo americano è il maggior acquirente di beni e servizi al mondo; le commesse delle agenzie federali, militari e civili, ammontano a oltre 400 miliardi di dollari l’anno e costituiscono uno dei principali motori dell’intera economia americana.

Storicamente, il settore degli appalti pubblici negli Stati Uniti è stato legato all’approvvigionamento di beni e servizi militari e la prima regolamentazione formale degli appalti è stata emanata nel 18° secolo. Fin da quel momento è stata fortemente avvertita la necessità di prevenire frodi e corruzione, richiedendo ai funzionari di registrare tutte le informazioni connesse a tutti gli acquisti pubblici.

In generale, la strategia governativa in materia di contratti di appalto mira a scoraggiare la fuoriuscita di capitali dagli Stati Uniti, con il preciso obiettivo di salvaguardare l’occupazione nazionale. A ciò si accompagna il costante tentativo di favorire le imprese di piccole e medie dimensioni, in modo da preservare quella che è considerata la spina dorsale dell’economia americana.

Tale obiettivo è raggiungibile attraverso un sistema di controlli che sovrintende il *procurement* statunitense estremamente pervasivo. La struttura del mercato degli appalti degli Stati Uniti condivide con quella italiana l’estrema frammentarietà e decentralizzazione. Ciononostante, il controllo

sui contratti pubblici¹⁷⁹ è in parte politico ed in parte affidato a regolatori di settori¹⁸⁰.

Sul piano della disciplina di settore, la particolare suddivisione del territorio federale in 50 Stati diversi comporta una molteplicità delle procedure di assegnazione delle commesse d'appalto e i contratti assegnati dalle autorità locali – stati, contee e città – sono soggetti a regolamenti propri e diversificati.

Oltre che ad esigenze di centralizzazione del *procurement* federale, le scelte organizzative dell'amministrazione dei contratti negli Stati Uniti rispondono all'esigenza di minimizzare i rischi di corruzione e attribuire anche ai privati la “scoperta in flagranza” degli agenti pubblici.

Per quanto riguarda la moderna disciplina degli appalti negli Stati Uniti, il sistema è governato dal Regolamento Federal Acquisition - FAR, dal 1984 con l'obiettivo di essere un sistema uniforme di norme in materia di appalti per la *government*, che persegue i seguenti obiettivi: fornire i migliori servizi e prodotti per i clienti; mantenere la fiducia del pubblico; soddisfare la clientela.

Un dettaglio importante, è che il citato FAR (parte 9.103¹⁸¹) impone alle pubbliche amministrazioni di contrarre solo con contraenti di provata lealtà e affidabilità. Ciò impone

¹⁷⁹ K.V. THAI, D.A. DRABKIN, *US federal government procurement*, in L. KNIGHT *et al.*, *Public Procurement. International Cases and Commentary*, Routledge, 2007, 89-103.

¹⁸⁰ Alcune commissioni permanenti del Congresso e, *ratione materiae*, l'Acquisition Regulatory Councils (Federal Acquisition Regulatory Council, Defence Acquisition Regulatory Council, Civilian Acquisition Regulatory Council) che uniformano le scelte di quantità e qualità degli affidamenti alle direttive dell'Office of Management and Budget.

¹⁸¹ Il sistema FAR è codificato al titolo 48, capitolo 1, del Code of Federal Regulations. Tali requisiti possono essere trovati nel Code of Federal Regulations al 48 C.F.R. 31.

alle stazioni appaltanti di comprovare l'affidabilità del concorrente prima di aggiudicazione dell'appalto, sulla base di aspetti quali l'etica, l'integrità e la capacità di eseguire la commessa nel rispetto della legge.

Così, la logica è che prima di firmare un contratto le aziende potenziali aggiudicatrici devono essere sottoposte a valutazione da parte della stazione appaltante. L'obiettivo è quello di assicurare la capacità delle prestazioni e per evitare di attribuire un vantaggio ad una società incapace. L'idea è che i prezzi più bassi del processo di offerta possono essere costosi se la società non è in grado di fornire beni o servizi offerti in sede di gara.

Senza dubbio, la strategia di prevenzione della corruzione in questione permette così alle stazioni appaltanti un maggiore grado di conoscibilità dei potenziali propri contraenti.

È stato correttamente già evidenziato, tuttavia, come in tali situazioni deve essere effettuato un sapiente bilanciamento tra il valore della reputazione consolidata e la piena concorrenzialità del mercato; e ciò in quanto è evidente che qualora venisse attribuito un peso eccessivo ai criteri reputazionali automatici sarebbe innalzata una vera e propria barriera all'ingresso di nuove imprese¹⁸².

L'esperienza del *Procurement* statunitense suggerisce alcune delle condizioni necessarie affinché i sistemi valutativi

¹⁸² F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, cit., p. 197. L'a. evidenzia, inoltre, come «la predisposizione di parametri oggettivi non può basarsi solo ed esclusivamente sulla reputazione dei soggetti: se si accetta che la reputazione sia una mera valutazione sociale, deve accettarsi anche che i parametri della reputazione difficilmente potranno essere oggettivi».

della reputazione siano efficaci¹⁸³: tali condizioni si sostanziano nella fusione di di elementi oggettivi (qualità della prestazione eseguita, rapporto tra costo complessivo finale e costo iniziale stimato, rapporto tra tempi effettivi di esecuzione e tempi iniziali stimati) con elementi soggettivi (comportamento complessivo dell'appaltatore).

Quella dell'affidabilità delle imprese risulta essere una tematica particolarmente sentita nel sistema delle procedure ad evidenza pubblica americane anche sotto diverso profilo.

Gli appalti delle opere pubbliche negli Stati Uniti sono, infatti, accompagnati da c.d. *performance bond* che sostanzialmente rappresentano una sorta di garanzia contro il rischio di inadempimento.

L'impresa aggiudicataria sottoscrive una polizza che impegna una controparte (il *surety*, di solito un'impresa di assicurazione specializzata) a completare il lavoro nei tempi e costi promessi dall'aggiudicatario e in sua vece, in caso di inadempimento di quest'ultimo. Il *surety* ha, pertanto, tutto l'interesse a scremare il mercato e a far pagare un prezzo più alto alle imprese ritenute meno affidabili. Il *bond* è pari all'integrale valore del contratto. In tal modo, tutto il rischio di mancato completamento dell'opera passa dall'amministrazione al *surety*¹⁸⁴.

¹⁸³ E. IOSSA - P. REY, *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper, n. 155, 2010.

¹⁸⁴ Sul piano generale, la garanzia globale di esecuzione è un istituto di matrice anglosassone, frequentemente utilizzato nei contratti internazionali, diretto a fornire al committente non soltanto forme di tutela di natura meramente patrimoniale, come tali limitate al ristoro del pregiudizio subito da parte del committente; quanto, soprattutto, a garantire – attraverso un meccanismo di supplenza rispetto all'appaltatore eventualmente inadempiente – anche l'effettiva realizzazione dell'opera. In sostanza,

L'assicurazione si pone, in quest'ottica, come valido strumento preventivo perché consente di affidare la procedura al minor prezzo rinviando la procedura di selezione a un terzo, esterno all'amministrazione. Nessuna assicurazione, infatti, assicurerebbe un'impresa di discutibile affidabilità assumendosene i rischi. Così si eliminano in radice le possibilità di corruzione e si accorciano i tempi, non essendo previsto il ricorso al giudice amministrativo nei confronti di un atto di una compagnia assicurativa privata.

Un eventuale aspetto problematico, soprattutto nella realtà italiana, è stato individuato nella difficoltà che avrebbero le imprese di medio piccole dimensioni ad accedere ai *bonds*, problematica che si pone in contrasto con il principio di più ampia partecipazione e di tutela delle PMI sostenuto anche al livello comunitario.

Un'alternativa, peraltro adottata dal sistema italiano, è quella di richiedere la prestazione di polizze fideiussorie, contratti a titolo oneroso tramite i quali un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto creditizio) garantisce che dal comportamento del contraente non deriverà a un terzo soggetto (il beneficiario della prestazione) un danno economico per l'inadempimento di un'obbligazione nei suoi confronti. In questo caso l'intermediario che sottoscrive il contratto non fa una valutazione discrezionale del rischio d'impresa, ma attesta solo la presenza del capitale da immobilizzare.

La fideiussione, tuttavia, risulta cosa ben diversa dall'assicurazione: è evidente, in primo luogo, che se non si

nell'ipotesi di risoluzione del contratto con l'originario appaltatore, l'effettiva realizzazione della prestazione contrattuale potrà trovare comunque attuazione, per il tramite dell'istituto di credito garante.

vogliono escludere *a priori* le piccole e medie imprese, il valore della fideiussione richieste sarà relativamente basso offrendo così poca garanzia all'amministrazione. Dunque, questo sistema risulta meno soddisfacente, in quanto l'annullamento del rischio di inadempimento richiederebbe fideiussioni di valore elevato che, tuttavia, ridurrebbero notevolmente la liquidità delle imprese e sarebbero sostenibili solo da poche di esse con grandi dimensioni; ma soprattutto, attraverso la fideiussione l'amministrazione otterrà al massimo un risarcimento non già il completamento effettivo dell'opera.

Tuttavia, in prospettiva e dopo un'adeguata fase di sperimentazione, potrebbe essere opportuna un'estensione – almeno parziale – della garanzia globale di esecuzione, che vada però di pari passo con la creazione di un mercato per le garanzie assicurative sul modello dei *performance bond* impiegati negli Stati Uniti¹⁸⁵.

Un'altra particolarità nella disciplina di settore che connota il richiamato Federal Acquisition Rules (FAR), infatti, è la gestione degli appalti in caso di situazioni emergenziali. Dall'analisi di tale disciplina emerge come nelle circostanze eccezionali espressamente individuate nelle FAR - fra cui rientrano le *emergency declaration on major disaster declaration* dichiarate dal Presidente degli Stati Uniti - le amministrazioni pubbliche vengono dotate di uno speciale diritto-dovere di ricorrere ad alcune “*flexibilities*” nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

¹⁸⁵ F. DECAROLIS - C. GIORIANTONIO - V. GIOVANNIELLO, *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, Banca d'Italia Eurosystema 83, 2010, in www.bancaditalia.it.

In particolare, in capo all'Amministrazione viene riconosciuto il potere discrezionale di derogare in eccesso alle soglie di valore massimo previste dalla normativa per l'accesso a procedure di affidamento di tipo semplificato, allo scopo di rendere possibile l'utilizzo di tali procedure anche per appalti di maggior valore¹⁸⁶.

Inoltre, qualora fosse intervenuta la declaratoria presidenziale dello stato di emergenza o di catastrofe, le FAR prevedono la possibilità di ricorrere a una procedura semplificata di tipo ristretto, mediante la quale il contratto dovrà essere affidato, in via preferenziale, a organizzazioni locali, piccole e medie imprese e operatori economici individuali¹⁸⁷. In presenza di uno stato di emergenza, poi, l'Amministrazione dovrà affidare il contratto preferibilmente a soggetti operanti sul territorio colpito dall'emergenza, in forma singola o associata (cd. *local area setasides*, di cui alla FAR 6.208 e *Subpart 26.2*), o potrà scegliere di ricorrere all'affidamento diretto del contratto a specifici soggetti, scelti adottando un criterio di valutazione preferenziale, caratterizzato da un'ampia discrezionalità riconosciuta in capo all'ente aggiudicatore (*evaluation preference*, di cui alla FAR 26.202-2).

Altra importante prescrizione prevista dalla normativa federale in materia di *procurement* delle emergenze consiste nell'obbligo, per le stazioni appaltanti che procedano all'affidamento degli appalti in forma semplificata, di consultare una lista di operatori pre-selezionati, iscritti nel Disaster

¹⁸⁶ Cfr. FAR Subpart 18.2; trattasi, in particolare, delle procedure denominate *micro-purchase procedure*, *simplified acquisition procedure*, *purchase order procedure* e *simplified procedure for certain commercial items*.

¹⁸⁷ FAR 18.203 e la *Emergency Acquisition Guide* emanata dall'Office of Federal Procurement Policy –OFPP.

Response Registrye individuabili sulla base delle competenze specifiche dichiarate da ciascun operatore, con particolare riguardo alla prestazione di opera e servizi in circostanze eccezionali¹⁸⁸.

Dal breve quadro riassuntivo sopra esposto, che riguarda solamente alcune delle peculiarità che caratterizzano il sistema americano di prevenzione della corruzione negli appalti pubblici - anch'esso non esente dalle critiche di chi lo considera ancora debole e inadeguato, specialmente nella fase di esecuzione¹⁸⁹ - appare chiaro come esistano alcuni aspetti che potrebbero ispirare importanti cambiamenti anche all'interno del nostro Paese, che presenta non pochi aspetti di analogia rispetto al "fenomeno americano", fra cui la compresenza di molteplici realtà geo-politiche e la conseguente eterogeneità dei potenziali fattori di rischio presenti sul territorio.

Un brevissimo cenno, inoltre, merita la disciplina del *whistleblower* americano nello specifico settore degli appalti. Invero, l'istituto del *whistleblowing*, lo si è visto, trova le proprie origini nel sistema statunitense in cui l'approccio che emerge è quello di forzare l'auto-segnalazione da parte delle organizzazioni altamente motivate - tra cui le imprese appaltatrici. Nel sistema federale degli Stati Uniti, il governo ha recentemente avviato un sistema di auto-segnalazione obbligatoria da parte dei contraenti, da attivare nel momento in

¹⁸⁸ Il Registro è consultabile mediante accesso al System for Award Management (SAM), un portale telematico che mette in contatto operatori privati e committenti pubblici, al fine di agevolare le procedure di affidamento dei contratti pubblici.

¹⁸⁹ Come riconosciuto più volte dal Government Accountability Office (GAO) che rappresenta una sezione investigativa del Congresso degli Stati Uniti d'America dedicata all'auditing e alla valutazione.

cui dovessero venire a conoscenza, tra l'altro, di episodi di frode o di talune attività criminali¹⁹⁰.

5. Conclusioni

Volendo usare le parole del Presidente dell'ANAC Raffaele Cantone, la corruzione «è un sistema gelatinoso in cui si fa persino fatica a dire chi è il corrotto e chi il corruttore»¹⁹¹.

In un simile contesto, la legge certamente rappresenta uno strumento idoneo a dettare principi e fissare regole di condotta, ma occorre che le strategie di contrasto alla corruzione vengano differenziate anzitutto per settore, per poi essere adattate ai singoli contesti, dal momento che le Pubbliche Amministrazioni svolgono compiti diversi tra loro ed hanno dimensioni diverse.

È ingenuo pensare che esista una soluzione semplice e definitiva per combattere la corruzione, non esiste, una “medicina miracolosa”: ogni misura di contrasto all'illegalità presenta vantaggi i cui effetti devono sempre misurarsi con la camaleontica natura del fenomeno corruttivo, che tende ad adattarsi alle misure anticorruptive per paralizzarne gli effetti positivi. Per evitare tutto ciò l'unico modo è quello di seguire passo dopo passo i cambiamenti repentini della sistematicità del fenomeno corruttivo ed escogitare rimedi sempre più efficaci e attuali.

In questo percorso sembra essersi inserito il Legislatore del Nuovo Codice dei contratti pubblici che ha introdotto, per

¹⁹⁰ L. E. HALCHIN, *CRS Report for Congress Prepared for Members and Committees of Congress, Transforming Government Acquisition Systems: Overview and Selected Issues*, 20 June 2013, in <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>.

¹⁹¹ Presentazione al Parlamento della Relazione annuale 2014, 2 luglio 2015.

ogni fase della procedura di gara, nuove disposizioni aventi il dichiarato intento preventivo.

Così relativamente alla fase della programmazione e della preparazione della procedura, si sono già analizzate, in questo senso, le prescrizioni relative all'obbligo di programmazione esteso ai servizi e alle forniture, le norme che impongono la scelta dei commissari tramite sorteggio, quelle che prevedono il ricorso alle centrali di committenze e la qualificazione delle stazioni appaltanti e ancora la promozione del principio di trasparenza esteso ad ogni fase della procedura di gara.

Con riferimento, invece, alla fase della partecipazione, lo si è visto, il legislatore ha introdotto l'obbligo per i partecipanti di indicare, già al momento della presentazione delle offerte, la terna dei subappaltatori di cui si vorranno avvalere in sede di esecuzione; e ha imposto che il criterio di calcolo dell'anomalia dell'offerta venga indicato in seguito alla presentazione delle offerte; infine, per quanto riguarda la fase dell'esecuzione contrattuale, tutta la disciplina limitativa delle varianti in corso d'opera sposa la filosofia anticorruptiva dell'intero impianto codicistico.

Le nuove misure descritte hanno, dunque, costituito un indubbio cambiamento di tendenza rispetto al precedente assetto della normativa anticorruzione per il settore della contrattualistica pubblica.

E questo in quanto, a parere di chi scrive, la corruzione deve essere combattuta senza rinunciare *a priori* all'efficienza dei contratti, attraverso dunque, misure che non riducano la discrezionalità nelle procedure di gara, ingessandone le regole.

Altrimenti opinando, si dovrebbero considerare le regole di gara come una sorta di "bacchetta magica" risolutiva dei

problemi di corruzione e inefficienza; ma - è evidente - questo non è possibile.

Dunque, è fuori dalle regole della gara che occorre individuare misure contro la corruzione che abbiano come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

Tali misure possono e devono riguardare il contesto nel quale la gara si svolge; ne sono un esempio le già ricordate regole sulla composizione della commissione aggiudicatrice e sull'estrazione dei commissari; il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando e in generale di tutti gli atti di gara (compresi oggi i provvedimenti di esclusione e di ammissione); l'affidabilità dei concorrenti e la qualificazione delle stazioni appaltanti; il contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.

Tutto ciò, pertanto, tralasciando le regole di gara *stricto sensu* intese (ovvero la tipologia di gara, le modalità di selezione o, ancora, il criterio di scelta del contraente) che invece, condizionando l'esito della procedura, devono tendere alla selezione del miglior offerente e dunque alla scelta della migliore commessa per la Pubblica Amministrazione.

Dunque, è al di fuori della gara che occorre creare un contesto che sterilizzi le procedure dai rischi corruttivi.

L'illustrata riforma della disciplina Anticorruzione all'interno delle procedure ad evidenza pubblica, iniziata nel 2012 proseguita nel 2014 e conclusa (?) con l'introduzione del Nuovo Codice, sembra andare in tale senso.

Così, a testimonianza di quanto riferito, va detto che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione, nel d.l. 90/2014 e ora nel d.lgs. n. 50/2016 (norme sulla risoluzione dei contratti, sul commissariamento delle imprese sulla trasmissione all'ANAC delle varianti) riguardano la fase dell'esecuzione dei

contratti che, come si è osservato, costituisce la fase più critica dei contratti pubblici.

In molti passaggi di siffatta analisi, spesso, è stato evidenziato il carattere tipicamente seriale assunto dalla corruzione, con la gravissima conseguenza di essere stata in grado di contagiare un'ingente parte della sfera pubblica e delle imprese private e, soprattutto, di avere letteralmente "anestetizzato" la coscienza della collettività, ingenerando in essa assuefazione e quasi un totale senso di rassegnazione dinanzi a tale fenomeno. Il comune senso di rassegnazione espresso dinanzi agli innumerevoli casi di malcostume politico ed amministrativo costituisce uno dei più rilevanti sintomi della profonda crisi della certezza del diritto, la quale caratterizza l'epoca attuale che fa da contorno alla vita di ogni singolo consociato.

Le nuove sfide che il diritto si ritrova ad affrontare dovranno avere come finalità comune quella di iniziare ad abbattere questo profondo senso di sfiducia, cogliendo le occasioni che si presentano dinnanzi ad esso come, ad esempio, le novità di contrasto del reato di corruzione derivanti dalla sfera normativa internazionale o dai modelli di controllo assunti in contesti geografici diversi dal nostro.

In conclusione, alla luce dell'analisi condotta, un quesito: è possibile ricostruire quel senso di fiducia che la collettività dovrebbe riporre nelle istituzioni e far "risorgere" quel senso di "giustizia sociale" a supporto alla giustizia sostanziale?

Quesiti questi invero già sollevati da Piero Calamandrei, che negli anni quaranta del secolo scorso, scriveva: «Ma siamo poi nel vero a difendere la legalità? È proprio vero che per potere riprendere il cammino verso la "giustizia sociale" occorre

prima ricostruire lo strumento della legalità e della libertà? Siamo noi i precursori dell'avvenire o i conservatori di un passato in dissoluzione?»¹⁹².

La risposta non può che essere ricercata nel tempo, consapevoli però che – per riprendere le parole di Mahatma Gandhi – «Il futuro dipende da ciò che fai oggi».

In questo senso, ci si auspica allora che l'occasione data dall'introduzione del Nuovo Codice dei contratti con tutte le “nuove” misure anticorruptive ivi previste possa segnare il definitivo cambio di rotta rispetto alle passate tendenze e pervenire ad un sistema degli appalti pubblici che sia efficiente ed impermeabile alla corruzione.

¹⁹² P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Bari, 2008.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAMONTE G., *La funzione amministrativa tra riservatezza e trasparenza. Introduzione al tema*, in *L'amministrazione pubblica tra riservatezza e trasparenza. Atti del XXXV Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione - Varenna 1989*, Milano, 1991;
- ABBATINO G.- PARISI N., *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in CANTONE R.- MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- AGRIFOGLIO S., *La trasparenza dell'azione amministrativa e il principio del contraddittorio: tra procedimento e processo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991;
- AINIS M., *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Roma-Bari, Editori Laterza, 1997;
- AINIS M., *La selva oscura dei 100mila codici*, in *La Repubblica*, 24.8.2016;
- AMARELLI G., *Profili pratici della questione sulla natura giuridica della responsabilità degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006;
- AMATO G., in *Legge anticorruzione/2: l'analisi delle norme penali*, in *Guida al Diritto*, 48, 2012;
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXI agg., Roma 1995;
- ARENA G., *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE, *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, Giuffrè, 2006;
- BACCARINI S., *Giudice amministrativo e discrezionalità tecnica*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2001;
- BALBI G., *Alcune osservazioni in tema di riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. trim.*, n. 3-4/2012;
- BANDIERA O. - PRAT A.- VALLETTI T., *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009;

- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1764;
- BERGOGLIO FRANCESCO, J. M., *Guarire dalla corruzione*, Roma, EMI, 2013;
- BILARDO F., PROSPERI M., *Piano nazionale e piani decentrati anticorruzione. La riforma anticorruzione in una visione integrata giuridica e organizzativa in 100 domande e 100 risposte*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013;
- BONFIGLI S., *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in MERLONI F. – VANDELLI L., *La corruzione amministrativa: cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, PassigliEditore, 2010;
- BRACONNIER S., *Précis du droit des marchés publics*, IV ed., Paris, 2012;
- CACCO F., *La stazione unico appaltante*, in *Contr. Stato e Enti Pubbl.*, 2012;
- CALAMANDREI P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma-Bari, Editore Laterza, 2013;
- CALAMANDREI P., *Fede nel diritto*, Bari, Editore Laterza, 2008;
- CANNADA BARTOLI E., *A proposito di tutela della riservatezza e trasparenza amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1999;
- CANTONE R. - COCCAGNA B., *I poteri del presidente dell'Anac nel d. l. n. 90/2014*, in CANTONE R. - MERLONI F. (a cura di), *La Nuova Autorità Nazionale Anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- CANTONE R. - DI FEO G., *Il male italiano, liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, Rizzoli, 2015;
- CANTONE R.– MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- CARDONE A., *La "normalizzazione" dell'emergenza. Contributo allo studio del potere extra ordinem del Governo*, Torino, Giappichelli, 2011;

- CARINGELLA F.- TARANTINO L., *Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, Milano, IPSOA, 2001;
- CARLONI E., *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Ist. fed.*, 2013;
- CARLONI E., *L'amministrazione aperta. Regole strumenti limiti dell'open government*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014;
- CAROLI CASAVOLA H., *L'internazionalizzazione della disciplina dei contatti delle pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pub.*, 2006;
- CASARTELLI G.- PAPI ROSSI A., *La tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (art.1.51)*, in *Le misure anticorruzione. Legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013;
- CASSESE S., «*Maladministration*» e rimedi, in *Foro.it*, 1992, V, c. 243;
- CAVALLO PERIN R., *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in MERLONI F.- CAVALLO PERIN R. (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, FrancoAngeli, 2009;
- CAVALLO PERIN R., RACCA G. M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2010;
- CAVALLO PERIN R., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull'avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Napoli, Jovene Editori, 2011;
- CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in MERLONI F. - VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Bagno a Ripoli, Passigli, 2010;
- CERULLI IRELLI, *Note in tema di discrezionalità e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984;
- CHIEPPA R., *La trasparenza come regola della pubblica amministrazione*, in *Dir. econ.*, 1994;

- CHITI M.P. - PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006;
- CINTIOLI F., «Discrezionalità tecnica (dir. amm.)», in *Enc. dir., Annali II*, 2;
- CINTIOLI F., *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, Relazione tenuta al convegno “L'amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma “Madia””, Lecce, 28-29 ottobre 2016;
- CLARICH M., *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005;
- CLARICH M., *Contratti pubblici e concorrenza*, relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 17-19 Settembre 2015, Villa Monastero, Varenna. CLARICH M., *I nuovi obblighi sulla diffusione delle informazioni trasformano gli uffici pubblici in “case di vetro”*, in *Guida al diritto, Il Sole 24 ore*, 27 aprile 2013, n. 18, 64;
- CLARICH M., *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002;
- CONTESSA C., *Dalla legge delega al nuovo codice: opportunità e profili di criticità*, in CONTESSA C. - CROCCO D., *Il nuovo codice degli appalti commentato*, Roma, Dei S.r.l., 2016;
- CORRADINO M. - LINCESSO I., *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC*, in CANTONE R. - MERLONI F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- D'ALBERTI M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008;
- D'ALBERTI M., voce *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995;
- D'ALTERIO E., *I codici di comportamento e la responsabilità disciplinare*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO, (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013;

- D'ALTERIO E., *I nuovi poteri dell'Autorità nazionale anticorruzione post fata resurgam*, in *Giornale dir. amm.*, 2015, 6;
- DE GRAZIA D., *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in SORACE D. (a cura di) *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013;
- DE MAGLIE C., *L'etica e il mercato*, Milano, Giuffrè, 2002;
- DE NICTOLIS R., *Comunicazioni, verbali, informazioni, spese degli atti di gara*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. SANDULLI-DE NICTOLIS R.- GAROFOLI R., Milano, 2008, Giuffrè;
- DE NICTOLIS R., *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, Atti del convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 22 settembre 2016;
- DE PRETIS D., *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, CEDAM, 1995;
- DE TOQUEVILLE A., *Scritti politici*, Novara, UTET, 2013;
- DE VERO G., *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008;
- DE VERO G., *Riflessioni sulla natura giuridica della responsabilità punitiva degli enti collettivi*, in G. DE FRANCESCO (a cura di), *La responsabilità degli enti: verso un modello di giustizia punitiva*, Torino, Giappichelli, 2004;
- DELLA PORTA D. –VANNUCCI A., *The moral (and immoral) cost of corruption*, in U. VON ALEMANN, *Dimensionen politischer Korruption*, Wiesbaden, 2005.
- DELLA PORTA D., VANNUCCI A., *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 1, 1997;
- DI CRISTINA F., *I piani per la prevenzione della corruzione (art. 1, commi 5-14)* in B.G. MATTARELLA E M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013;
- DI CRISTINA F., *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2012;

- DI CRISTINA F., *La prevenzione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione nella legge n. 190 del 6 novembre 2012*, in *Studium iuris*, n. 6, 2013;
- DI CRISTINA F., *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione - la nuova vita dell'anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 11;
- DI LASCIO F. - NERI B., *I poteri di vigilanza dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015;
- DI LASCIO F., *Le centrali di committenza regionali*, in L. FIORENTINO (a cura di), *Gli acquisti delle amministrazioni pubbliche nelle Repubbliche federale*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- DI NICOLA A., *Dieci anni di lotta alla corruzione in Italia*, in BARBAGLI M. (a cura di), *Rapporto sulla criminalità in Italia*, Bologna, Il Mulino, 2003;
- DOLCINI, VIGANÒ, *Sulla riforma in cantiere dei delitti di corruzione*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. trim.*, n. 1/2012;
- DONATO L., *Introduzione*, in *Banca d'Italia. Eurosystem, La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale*, n. 80, 2016;
- DONATO L., *La riforma delle stazioni appaltanti, ricerca della qualità e disciplina europea*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, n. 80, 2016 Banca d'Italia;
- EVENETT S. J., *Multilateral disciplines and government procurement*, in *Development, trade and the WTO: a handbook*, Washington, Worldbank, 2003;
- FERRARO F.- GAMBACURTA S., *Anticorruzione, Commento alla riforma, La legge 6 novembre 2012, n. 190 e i provvedimenti attuativi*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2013;
- FIDONE G. - MATALUNI F., *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro Amministrativo*, 11/2014;

- FIDONE G., *Prevenzione della corruzione nella riforma della p.a. e nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Atti del Convegno organizzato da italiadecide ed AEQUA, Camera dei deputati, 9.11.2015;
- FILIPPETTI I., *Osservatorio appalti pubblici e legalità*, in *Urb. app.*, 2008;
- FIORENTINO L., *Il “modello Consip” e le politiche di razionalizzazione della spesa*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006;
- FIORENTINO L., *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2016, 4;
- FIORENTINO L., *Razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni e contenimento dei costi di funzionamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2007, 3;
- FOÀ S., *Le novità del d.l. 90/2014 in materia di appalti*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 11/2014;
- FRASCHINI G., PARISI N., RINOLDI D., *Protezione delle “vendette civiche”, il ruolo del whistleblowing in Italia*, a cura di Transparency International Italia, dicembre 2009;
- GALANTINO L., *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, Giappichelli, 2012;
- GALETTA D.U., *Accesso civico e trasparenza della Pubblica Amministrazione alla luce delle (previste) modifiche alle disposizioni del Decreto Legislativo n. 33/2013*, in *www.federalismi.it*, n. 5/2016;
- GALETTA D.U., *Trasparenza e governance amministrativa nel diritto europeo*, in CHITI M.P. - PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell’azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006;
- GALLI R., *Nuovo corso di diritto amministrativo*, Padova, CEDAM, 2016;
- GALLO F., *Stazione unica appaltante e centrale di committenza: lo sviluppo degli istituti nella prospettiva di riorganizzazione dei livelli di Governo*, in *Rassegna Avv. Stato*, 2014, 2;

- GARDINI G., BATTINI S. (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta, Quaderni della Spisa*, Bologna, Bonina university Press, 2012;
- GAUDIERI F., *I soggetti preposti all'attività amministrativa di prevenzione e repressione della corruzione*, in A. JAZZETTI - A. BOVE (a cura di), *La legge anticorruzione, II*, Napoli, Giapeto Editore, 2015;
- GIANI L., *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, Giappichelli, 2002;
- GIANNELLI A., *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013;
- GIANNINI M.S., *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1939;
- GIULIANI B.– MANTINI P.– PANETTA C., *Il settore dei contratti pubblici (2014/2015: novità legislative e giurisprudenza rilevante*, in CARINGELLA F. - GIUSTINIANI M. (a cura di), *I contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2015;
- GIUSTINIANI M., *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in CARINGELLA F. - GIUSTINIANI M. – TORIELLO O., *La Riforma Renzi nella Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014;
- GNES M., *Limiti e tendenze dei poteri di urgenza*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo dell'emergenza*, Milano, Giuffrè, 2006;
- GRECO G., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014;
- GRECO G., *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014;
- GUETTIER C., *Droit des contrars administratifs*, III ed., Paris, 2011;
- IOSSA E. - REY P., *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, *CEIS Research Paper*, n. 155, 2010;

- ITALIA V. (a cura di), *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2005;
- ITALIA V., *Le “linee guida” e le leggi*, Milano, Giuffrè, 2016;
- ITALIA V., *Le linee guida del codice degli appalti pubblici*, Relazione tenuta presso l’IGI il 9.2.2016;
- KLITGAARD, *Controlling corruption, Berkley and Los Angeles*, University of California Press, 1988;
- KLITGAARD, *International cooperation against corruption*, in *Finance & Development*, 1988, 3-6, in COMPORI G.D. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011;
- LA ROSA G., *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012;
- LACAVALA C., *Le nuove procedure, la partecipazione e l’aggiudicazione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 11/2014;
- LAJOYE C., *Droit des Marchés publics*, V ed., Paris, 2012;
- LAMBSDORFF J.G., *Institutional Economics of Corruption and Reform*, Cambridge, 2007, 16;
- LASCHENA R. - PAJNO A., *Trasparenza e riservatezza nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1990;
- LAZZARA P., *“Discrezionalità tecnica” e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. proc. amm.*, 2000;
- LAZZARA P., *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Padova, CEDAM, 2011;
- LAZZARA P., *Discrezionalità tecnica*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010;
- LICHÈRE F., *L’influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics*, in. AUBY J.B. - DUTHEIL DE LA ROCHÈRE J., *Droit administratif européen*, Bruxelles, 2007;

- LIGUORI F., *Le valutazioni tecniche complesse dell'AGCM e il giudice amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013;
- LONGOBARDI N., *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2009;
- LUCIANI M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *associazionedeicostituzionalisti.it, spec. 49 ss.*;
- MACCHIA M., *La corruzione e gli strumenti amministrativi a carattere amministrativo*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE - F. SAITTA, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, Giuffrè, 2014;
- MAIELLO V., *La natura (formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale) della responsabilità degli enti nel d.lgs. n. 231/2001: una «truffa delle etichette» davvero innocua?*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001;
- MANACORDA S., *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, 1999;
- MANETTI M., *Poteri neutrali e Costituzione*, Milano, Giuffrè, 1994;
- MANETTI M., voce *Autorità indipendenti* (dir. cost.), in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997;
- MANFREDI G., *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urbanistica e appalti*, 2015;
- MANFREDI G., *Poteri di ordinanza, legalità, "stato governativo"*, in *Amministrare*, 2013;
- MANGANARO F., *Corruzione e criminalità organizzata*, in *L'area grigia della ndrangheta*, LA CAMERA C. (a cura di), Reggio Calabria, Aracne Editrice, 2012;
- MANNOZZI G., *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008;
- MATTARELLA B.G., *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 2015;

- MATTARELLA B.G., *Il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 10/2013;
- MATTARELLA B.G., *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 5/2016;
- MATTARELLA B.G., *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, Il Mulino, 2011;
- MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Bologna, Il Mulino, 2007;
- MATTARELLA B.G., *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Corruzione contro Costituzione*, n. 1-2/2012 di *Percorsi costituzionali* 1-2/2012;
- MELE G., *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, Relazione al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, 2006;
- MERLONI F. - ARENA G. - CORSO G. - GARDINI G. - MARZUOLI C. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008;
- MERLONI F. - VANDELLI L. (a cura di) *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli Editori, 2010;
- MERUSI F., *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000;
- MIDENA E., *Il trasferimento al Dipartimento della funzione pubblica delle funzioni in materia di performance*, in CANTONE R. - MERLONI F. (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015;
- MINERVINI P., *La patologia dei contratti con la pubblica amministrazione*, in FRANCHINI C., (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007;
- MOLITERNI A., *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012;
- MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli'*, Relazione tenuta al Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 22.9.2016;

- MORTATI C., *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941;
- NICOSIA F. M., *Principio di trasparenza dell'azione amministrativa ed obbligo di motivazione. Il diritto di accesso*, Napoli, 1992;
- NOGUELLOU R., *France*, in R. NOGUELLOU - U. STELKENS, *Droit comparé des Contrats Publics / Comparative Law on Public Contracts*, Bruxelles, Bruylant, 2010;
- PAJINO A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi – Varenna, 17 - 18 e 19 settembre 2015.
- PALAZZO F. (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011;
- PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Dir. pen. Contemporaneo*, riv. Trim., 2012;
- PALAZZO F., *Concussione, corruzione e dintorni: una strana vicenda*, in *Diritto penale contemporaneo-Riv. trim.*, n. 1/2012;
- PANETTA C., *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in www.giustamm.it, n. 7/2016;
- PASTORI G., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *Dir. proc. amm.*, 1987;
- PATRONI GRIFFI F., *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, consultabile sul sito www.federalismi.it, 28 ottobre 2015, e in *Astrid Rassegna 2015*;
- PINTO F., *Trasparenza e responsabilità politica*, in CHITI M.P. - PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell'azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006;
- PIZZOTTI S., *La natura della responsabilità delle società, nel d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231*, in *Resp. civ. prev.*, 2002;
- POTO M., *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto pubbl.*, Utet, Torino, 2008, I;

- PROTTO M., *La discrezionalità tecnica sotto la lente del G.A.*, in *Urbanistica e appalti*, 2001;
- RACCA G. M. - CAVALLO PERIN R., *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. PIOGGIA, S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. M. RACCA, M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2011;
- RACCA G. M., *La prevenzione e il contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013;
- RACCA M. G., *Dall'autorità sui Contratti Pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Diritto Amministrativo*, 2-3/2015;
- RISSO F., *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012;
- SALERNO A., *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte con l'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, in *Nuovo dir. amm.*, 2015, n. 2;
- SANDULLI A., *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in CASSESE S. - FRANCHINI C. (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Bologna, Il Mulino, 1994;
- SAVINO M., *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione* (art. 1, commi 15-16 e 26-36), in B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013;
- SCOCA S., *L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli*, in FRANCHINI C., (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, Torino, Giappichelli, 2007;
- SEPE S., *Cultura ed etica dei dirigenti pubblici in Italia: il ruolo della formazione*, in *Rivista della Corte dei Conti*, 5, 1992;

- SICILIANO C., *Capitolo XVII – La procedura negoziata*, in SAITTA F. (a cura di), *Il nuovo codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – commentario sistematico*, Padova, CEDAM, 2008;
- SICILIANO C., *Come promuovere la cultura dell’etica e della legalità per uno sviluppo sostenibile delle comunità*, in *Labour & Law Issues –Issn 2421–2695*, vol. 2, n. 2, 2015;
- SPASIANO M. R., *Il principio del buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, Napoli, Jovene, 2011;
- SPASIANO M.R., *Trasparenza e qualità dell’azione amministrativa*, in CHITI M.P. - PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell’azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006;
- STORTONI L. - TASSINARI D., *La responsabilità degli enti: quale natura? Quali soggetti*, in *Ind. pen.*, 2006;
- TACITO, *Corruptissima re publica plurimae leges*, *Annales*, Libro III, 27;
- THAI K.V. - DRABKIN D.A., *US federal government procurement*, in L. KNIGHT et al., *Public Procurement. International Cases and Commentary*, Routledge, 2007;
- TIRABOSCHI M. – VERBARO F., *La nuova riforma del lavoro pubblico*, Milano, Giuffrè, 2010;
- TITOMANLIO R., *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013;
- TORCHIA L., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giorn. Diritto Amm.*, 5/2016;
- TORCHIA L., *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Diritto Amministrativo*, 2/3, 2015;
- TORRICELLI S., *L’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia*, in ACEVEDO R. F. - VALCARCEL FERNANDEZ P. (a cura di) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2014;

- TRAVI A., in particolare in *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico - scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 439 ss., e in *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia “amministrativa”?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006;
- TRIMARCHI BANFI F., *In tema di trasparenza amministrativa e di diritto alla riservatezza*, in AA.VV., *Studi in onore di E. Casetta*, I, Napoli, 2001;
- URBANI P.– MOTOLESE R., *Enti locali e lavori pubblici nel nuovo Codice dei contratti degli appalti e delle concessioni (d.lgs. 50/2016)*, in *Paper Italiadecide, L’attuazione del nuovo Codice dei contratti pubblici: problemi, prospettive, verifiche*, Sala degli Atti Parlamentari - Senato della Repubblica. 3 ottobre 2016;
- VANNUCCI A. - CUBEDDU R., *Lo spettro della competitività: le radici istituzionali del declino italiano*, Catanzaro, 2006;
- VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, Torino, EGA-Edizioni Gruppo Abete, 2012;
- VANNUCCI A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in COMPORTI G.D. (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011;
- VENEZIANO V., *La trasparenza dell’azione amministrativa tra tutela del diritto di accesso e tutela del diritto alla riservatezza: alla ricerca di un equilibrio*; in CHITI M.P. - PALMA G. (a cura di), *I principi generali dell’azione amministrativa*, Napoli, Jovene, 2006;
- VIGANÒ, *La riforma dei delitti di corruzione*, in R. GAROFOLI-TREU (a cura di), *Libro dell’anno del diritto*, Treccani, 2013;
- VILLATA R., *La trasparenza dell’azione amministrativa*, in *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna-Villa Monastero, 18-20 settembre 1986;
- VINCIGUERRA, in *Prevenzione e repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione (Legge 190/2012). Una prima lettura delle disposizioni penali*, in *Giur. it.*, 12, 2012;
- VIOLANTE L., *Corruzione e mafia*, in M. D’ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, Il Mulino, 1994;

- VIRGA G., *Trasparenza della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale*, in *Nuova rass.*, 1989.

SITOGRAFIA

- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015*, su www.anticorruzione.it;
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Comunicato del Presidente, Indagine sulla corretta applicazione delle regole riguardanti l'individuazione dell'importo stimato dell'appalto in relazione alle soglie comunitarie*, 16 aprile 2015, su www.anticorruzione.it.
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Relazione annuale 2014*, Roma, Camera dei deputati, 2 luglio 2015, su www.anticorruzione.it;
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Relazione annuale del Presidente*, Senato della Repubblica, Roma, 14 luglio 2016, su www.anticorruzione.it;
- AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Audizione del Presidente dell'Autorità*, innanzi le Commissioni riunite Ambiente (VIII) della Camera e Lavori pubblici, Comunicazioni (8a) del Senato, 17 marzo 2016, disponibile all'indirizzo www.anticorruzione.it;
- AVCP, *Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture*, Determinazione n. 5 del 6.11.2013, su www.anticorruzione.it;
- BRUZZONE G., CASSELLA M., MARZULLI R., *Il divieto di gold plating*, in PAJNO A.- TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici, le regole, i controlli, il processo, di prossima pubblicazione*, su www.astridonline;
- CACACE S., *La disciplina dei contratti pubblici dopo il d.lgs. n. 50 del 2016: motivi di esclusione e criteri di selezione*, su www.giustizia-amministrativa.it;
- CANTONE R., *Introduzione, Segnalazioni di illeciti e tutela del dipendente pubblico. L'Italia investe nel Whistleblowing importante strumento di prevenzione della corruzione*, in <http://www.anticorruzione.it>;

- CARNEY G., *Working Paper, Conflict of interest: Legislators, Minister and Publical Officers*, in www.trasparency.org (1998);
- CAVALLO PERIN R., *Relazione al convegno “Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive”*, Consiglio di Stato - Roma, 14 maggio 2014, su http://www.ius-publicum.com/repository/uploads/18_11_2015_18_40_Atti_del_C_onvegno_Consiglio_di_Stato_14_05.pdf;
- COMPORTI G.D., *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015;
- COTTONE N., *Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi»*, in *IlSole24Ore*, 25.6.2009, in <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/06>;
- DECAROLIS F. - GIORANTONIO C. - GIOVANNIELLO V., *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers)*, Banca d'Italia Eurosystema 83, 2010, in www.bancaditalia.it;
- DEODATO C., *Le linee Guida dell'Anac una nuova fonte del diritto?*, su www.giustizia-amministrativa.it;
- FANTI V., *La pubblicità e la trasparenza amministrativa in funzione del contrasto alla corruzione: una breve riflessione in attesa del legislatore delegato*, su www.giustamm.it, n. 3/2016;
- GAROFOLI R., *La nuova disciplina dei reati contro la P.A.*, in www.neldiritto.it, nonché in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- GIAMPAOLINO L., *Gli investimenti nelle Opere Pubbliche nel contesto del contenimento della spesa e lo scenario delle realizzazioni delle opere pubbliche in Italia. Le più frequenti criticità riscontrate e le criticità sistemiche: dalla iperregolamentazione all'invasività giudiziaria. La corruzione e i “quattro pilastri” per la sua lotta: l'etica, la trasparenza attraverso l'uso dell'ICT, la semplificazione e il controllo*, *Lectio Magistralis*, tenuta a Napoli, il 6 maggio 2011 nell'ambito del Convegno “Grandi infrastrutture e opere per lo sviluppo locale: garanzie e risultati”, disponibile su www.giustamm.it;

- GIAMPAOLINO L., *La prevenzione della corruzione negli appalti pubblici*, Lezione tenuta il 12 aprile 2016 presso il Provveditorato alle opere pubbliche per il Lazio, l’Abruzzo e la Sardegna, in Roma, nell’ambito del Corso appalti e contratti di lavori, MIT-SNA, in www.giuristidiamministrazione.com.
- GIAMPAOLINO L., Relazione del Presidente della Corte dei Conti, in occasione dell’inaugurazione dell’anno giudiziario 2013, in www.cortedeiconti.it.
- GOLDMAN E., ROCHOLL J., J. So, *Political Connections and the Allocations of Procurement Contracts*, aprile 2008, in <http://ssrn.com/abstract=965888>;
- HALCHIN L. E., *CRS Report for Congress Prepared for Members and Committees of Congress, Transforming Government Acquisition Systems: Overview and Selected Issues*, 20 June 2013, in <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R43111.pdf>;
- ITALIADECIDE, Paper “*L’attuazione del Nuovo Codice dei Contratti Pubblici: Problemi, Prospettive, Verifiche*”, in <http://www.appaltiecontratti.it/>;
- LAMORGESE A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, in www.giustizia-amministrativa.it;
- LOMBARDO F., *Il rischio di corruzione negli appalti dal punto di vista della magistratura contabile*, in www.cameraamministrativaromana.it;
- MANGANARO F., *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, n.11-2014;
- MERLONI F., Intervento al seminario *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione*, in iuspublicum.com;
- PAJNO A. –TORCHIA L., in *Introduzione*, in A. PAJNO-L. TORCHIA (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, di prossima pubblicazione, su www.astridonline.

- PANETTA C., *La qualificazione delle stazioni appaltanti*, in www.giustamm.it, n. 7/2016;
- PARISI N. - CHIMENTI M.L., *Il ruolo di A.N.AC. e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici*, in www.politicheeuropee.it;
- RACCA G. M., *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, in www.apertacontrada.it, 2014;
- SICILIANO C., *Il sistema sull'anticorruzione: da (apparente) complicazione a strumento di compliance gestionale e di riallocazione delle risorse pubbliche per uno sviluppo sostenibile*, in www.opencalabria.com.
- SICILIANO C., *La corruzione nuoce gravemente alla salute*, in www.opencalabria.com;
- SPENA A., *Per una critica dell'art. 319-quater c.p. Una terza via tra concussione e corruzione?*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it;
- URBANI M., *Francia: stato dell'arte del recepimento delle nuove direttive europee sui contratti pubblici*, in PAJNO A. - TORCHIA L. (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici: le regole, i controlli, il processo*, su www.astridonline.