



Dipartimento di GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN  
DIRITTO E IMPRESA

XXVIII ciclo

**DISCREZIONALITÀ, LOTTA ALLA CORRUZIONE E TUTELA  
DELLA CONCORRENZA NEI CONTRATTI PUBBLICI**

TUTOR

Chiar.mo Prof.

Marcello CLARICH

DOTTORANDA

Dott.ssa

Francesca Scaramuzza

Anno Accademico 2015-2016

## RIASSUNTO

La presente tesi dottorale si propone di dar conto dei possibili rimedi per combattere la corruzione nel settore dei contratti pubblici, che, come noto, determina una perdita significativa in termini di percentuale di PIL, sotto forma di mancati investimenti esteri nel nostro Paese e una lievitazione dei costi delle Grandi Opere del 40%, il cui onere sui bilanci pubblici si aggira «nella misura prossima a 60 miliardi di euro l'anno», secondo le ultime stime del Procuratore Generale della Corte dei conti.

L'Italia, stando all'ultimo rapporto elaborato da *Transparency International*, relativo all'indice di percezione della corruzione del 2015, risulta al sessantunesimo posto, al pari di altre nazioni come Lesotho, Senegal, Sudafrica e Montenegro, mentre nel contesto europeo è la penultima nazione, appena prima della Bulgaria, che è il triste fanalino di coda. Nel primo capitolo della tesi si analizzano i costi della corruzione, la natura "sistemica" della stessa, in considerazione del carattere atavico del problema e si prospetta uno studio comparatistico con i sistemi anticorruzione di altre nazioni, come i Paesi scandinavi, notoriamente quasi immuni ai fenomeni corruttivi.

Nel nostro Paese, invece, la corruzione rappresenta una vera e propria zavorra, soprattutto perché spesso intesa come una pratica diffusa e tollerata dai cittadini, che si dicono semplicemente rassegnati, secondo le indagini ISTAT. A conferma del carattere preoccupante del fenomeno, basti pensare all'emersione degli ultimi fatti di cronaca legati alla realizzazione delle opere pubbliche, come

Expo 2015, Mose, *Mafia Capitale* o alla recente inchiesta ANAS che denotano una generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di illegalità.

Nel secondo e nel terzo capitolo della tesi si affronta il tema della tutela della concorrenza nei contratti pubblici, cercando di dar conto dell'originaria visione contabilistica della contrattualistica pubblica, che si è poi affrancata dal R.D. 2240/1923, sulla scia dell'intervento comunitario in materia, al punto da divenire una branca rilevante del diritto amministrativo.

Nell'ottica della tutela della concorrenza si è privilegiato il rispetto del formalismo e l'uso degli automatismi che hanno caratterizzato l'emanazione della c.d. "legge Merloni" e il successivo d.lgs. 163/2006.

Nel quarto capitolo si cerca di descrivere nel dettaglio il fallimento delle risposte legislative al fenomeno della corruzione. Il legislatore degli anni Novanta, in particolare, armato di uno "spirito purificatore", in seguito all'emersione degli scandali di "Tangentopoli", aveva tentato di combattere la corruzione attraverso un procedimento di iper-regolamentazione della disciplina e di ipertrofia normativa, che ha generato inefficienza del sistema, senza riuscire nell'intento di fronteggiare l'illegalità.

Il legislatore si è mostrato ostile all'uso della discrezionalità da parte della pubblica amministrazione, optando per la c.d. "tipizzazione dei modelli contrattuali" che garantiscono il rispetto della concorrenza tra gli operatori economici attraverso l'uso di automatismi e procedure rigide. Per molto tempo proprio la rigidità delle procedure ha causato un massiccio ricorso ad apposite deroghe, che si traducevano in affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, finendo per ricreare nuove occasioni di collusione. La deroga all'evidenza pubblica è stata pressoché costante nel tempo: si pensi al caso dell'emergenza rifiuti in

Campania che ha visto l'emanazione di un'ordinanza emergenziale per ogni anno, dal 2001 al 2005, oppure, ancora, all'applicazione della nozione di «grande evento» a fattispecie estremamente eterogenee tra loro (tra le tante, i lavori per il G8 del 2009 inizialmente previsto alla Maddalena, i mondiali di nuoto a Roma nello stesso anno, i lavori per l'Expo di Milano del 2015).

La c.d. “legge Merloni”, peccando di una “ingenuità paligenetica”, intendeva combattere la corruzione attraverso l’irrigidimento dei modelli e comprimendo gli spazi di discrezionalità in capo alla pubblica amministrazione. “Il legislatore italiano, al modello del “sarto” -che permette di cucire una procedura su misura rispetto all’oggetto del contratto - ha dimostrato di preferire quello dei “grandi magazzini” - in cui è disponibile una lunga serie di modelli procedurali tipizzati”. Evidentemente non si fida della capacità del sarto -amministrazione che potrebbe però garantire un prodotto di qualità di gran lunga superiore rispetto a quello offerto nei grandi magazzini.

Gli studi economici dimostrano che l’uso corretto della discrezionalità non può che apportare benefici in termini di maggior consapevolezza delle scelte affrontate dalla P.A. e di riduzione delle asimmetrie informative che caratterizzano i rapporti pubblico-privato.

La presente trattazione ha cercato di dar conto della distinzione tra i fenomeni della corruzione e dell’inefficienza, illustrando che andrebbero combattuti con differenti soluzioni.

Mentre la corruzione è per definizione un fenomeno nascosto, l'inefficienza è riscontrabile nei fatti e nelle statistiche: in Italia si spende più che in altri Paesi per la costruzione delle opere, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. E’ possibile che questi dati celino fenomeni corruttivi ma di ciò non può aversi certezza fino a quando non emergano con le indagini penali ed è in ciò

che si annovera l'essenza del problema, ossia la difficoltà di ideazione di strumenti di prevenzione della corruzione e, soprattutto, di verifica della loro efficacia.

Con il presente lavoro, si argomenterà che occorre uno stravolgimento dell'approccio di analisi del fenomeno corruttivo, tale per cui il perseguimento dell'efficienza possa avere come conseguenza la riduzione della corruzione.

Il miglioramento dell'efficienza, la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi e in definitiva il conseguimento della *performance* possono ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi che si nascondono molto spesso dietro all'inefficienza stessa.

Con la presente trattazione si illustrerà che se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica. L'argomentazione suesposta trova conferma nei dati statistici, secondo i quali i Paesi notoriamente più efficienti sotto il profilo della contrattazione pubblica sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno.

La presente tesi cercherà di dimostrare che la lotta ai fenomeni corruttivi andrebbe effettuata *fuori* dalle gare, posto che occorrerebbe perseguire in primo luogo l'efficienza della contrattazione pubblica attraverso una riforma della disciplina di settore. Ciò non toglie che qualsiasi misura idonea alla prevenzione della corruzione andrebbe salutata con favore, purché non abbia come effetto indiretto la perdita dell'efficienza, instaurando un circolo vizioso caratterizzato da sacche di inefficienza dietro alle quali si annidano fenomeni corruttivi.

Nel corso della trattazione si riscontrerà come l'abuso della discrezionalità, specialmente nelle procedure negoziate, possa giustamente prestare il fianco a critiche. Al fine di ovviare al

problema, si osserverà che appare opportuna una maggiore responsabilizzazione delle stazioni appaltanti, atteso che la prevenzione della corruzione dovrebbe fondarsi su strategie idonee a contemperare regolazione pubblicistica ed efficienza di mercato, accompagnate da strutturati sistemi di controlli e sanzioni. Si auspica, dunque, che discrezionalità e responsabilità si muovano di pari passo.

Il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica presuppone che la procedura di affidamento debba avere come finalità esclusiva, attraverso la messa in concorrenza, la selezione dell'offerta migliore. In tal modo, funzionalizzando la concorrenza agli obiettivi di efficienza si andrebbero anche a ridurre gli spazi entro i quali può avere luogo la corruzione.

La presente tesi mira dunque a sostenere che la maniera migliore per combattere la corruzione sia quella fondata sul perseguimento dell'efficienza, con il principio di concorrenza quale utile strumento per il conseguimento di tale obiettivo.

In un'ottica di tipo preventivo e non repressivo sembra muoversi la legge 6 novembre 2012, n. 190 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" che ha apportato un deciso cambiamento di rotta nell'ambito della lotta alla corruzione, con l'introduzione di nuovi istituti giuridici e strumenti *ad hoc*, come i cd. "piani anticorruzione" e un rafforzamento del ruolo dell'ANAC, che svolge attività di vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa, con la possibilità di esercitare poteri sanzionatori. Degni di menzione sono anche i "patti di integrità", previsti dalla legge 190/2012, che rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare condotte adeguate per tutti i concorrenti.

I protocolli di legalità sanciscono un comune impegno ad assicurare legalità e trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa.

La riforma è inoltre intervenuta per garantire l'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle gare, attraverso la predisposizione di "*white lists*", elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposte all'azione della criminalità organizzata. Agli elenchi sono iscritti gli operatori che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa.

Dopo avere analizzato le novità apportate dalla c.d. legge anticorruzione, il quinto capitolo illustrerà i principi informatori delle nuove direttive 23/2014/UE e 24/2014/UE in materia di contrattualistica pubblica, che attribuiscono maggiore flessibilità alle stazioni appaltanti e incentivano l'adozione delle procedure discrezionali, come il partenariato per l'innovazione o espandono i casi di attuazione del dialogo competitivo, privilegiano il soccorso istruttorio, censurando gli automatismi, in una nuova ottica in cui il principio di concorrenza sembra forse recessivo.

Le direttive in questione sono in primo luogo volte al perseguimento dell'efficienza, della semplificazione, della trasparenza e della riduzione degli oneri burocratici.

La trattazione intende dar conto delle innovazioni apportate dalla legge 28 gennaio 2016, n. 11, di recepimento delle direttive che dovranno essere implementate entro il 18 aprile.

Al riguardo, il giudizio, seppure parziale, poiché al momento in cui si scrive si è nel pieno dell'attività di recepimento, sembra senz'altro positivo. Sono da salutare con favore l'opera di snellimento della mole degli articoli del codice dei contratti pubblici e la

sostituzione del D.P.R. 207/2010 con linee guida di carattere generale proposte dall'ANAC e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, che sono trasmesse prima dell'adozione alle competenti Commissioni parlamentari per il parere. Si tratta di un'operazione di *soft law*, di matrice anglosassone, per cui gli indirizzi dell'Autorità non saranno vincolanti e sarà fatta salva la facoltà per l'operatore economico di discostarsi, motivando, dagli stessi, nell'ottica di "*comply or explain*".

E' di sicura efficacia la "stretta" sulle varianti in corso d'opera, con le quali si dà 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, vanificando in questo modo l'intera procedura pubblica eventualmente bandita. Con la legge 11/2016 si prevede la trasmissione all'ANAC – unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento - della comunicazione delle varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto, entro il termine di trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.

E' inoltre rilevante il contenimento delle procedure derogatorie, limitate a poche eccezioni relative alla materia della protezione civile, che pure andranno regolamentate.

In un'ottica di perseguimento dell'efficienza del sistema, al fine di combattere indirettamente anche la corruzione, non si è limitata l'analisi alle sole disposizioni derivanti dalle direttive europee, ma con la presente tesi si effettuerà un'indagine di tipo comparatistico, attingendo anche dal sistema britannico del c.d. "*Best Value*", che è riuscito perfettamente nell'opera di capovolgimento del rapporto tra corruzione ed efficienza. Se il legislatore italiano tende a contrastare i fenomeni corruttivi ingessando il sistema a scapito dell'efficienza,



quello britannico pone in essere la medesima opera di contrasto, perseguendo *in primis* l'efficienza e ingenerando un circolo virtuoso grazie al quale si ridurrebbero notevolmente gli spazi per i fenomeni corruttivi, se non altro perché la corruzione diventerebbe inutile.

Con il presente lavoro si argomenterà come quindi la maniera migliore per combattere la corruzione sia quella fondata sul perseguimento dell'efficienza, con il principio di concorrenza quale utile strumento per il conseguimento di tale obiettivo.

E' proprio in quest'ottica che sembrano andare le principali disposizioni delle direttive europee in materia di contrattualistica pubblica.

In conclusione, si analizzeranno le disposizioni del D.lgs 198/2009, recante "Attuazione dell'articolo 4 della legge 4 marzo 2009, n. 15", in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici", che ha ad oggetto non già l'atto ma l'*attività* amministrativa nel suo complesso e va ad assoggettare l'attività amministrativa ad una pretesa giudiziale azionabile dai suoi destinatari, in un'ottica di un'"*amministrazione di risultato*". Essa si instaura nell'ambito della c.d. "Riforma Brunetta", tesa al raggiungimento di un sensibile aumento della produttività dei dipendenti pubblici, con conseguente aumento dell'efficienza dell'azione amministrativa in generale che reca in sé la riduzione degli spazi di attuazione dei patti corruttivi.

Senonché, l'entrata in vigore della disposizione sulla c.d. *class action* pubblica è subordinata all'emanazione, tuttora mai avvenuta, di futuri decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri.

In conclusione, la presente tesi tenterà di presentare delle proposte volte al raggiungimento dell'efficienza di sistema che recano come conseguenza indiretta anche la riduzione degli episodi corruttivi, in primo luogo implementando i principi informatori del c.d. "*Best*

*Value*” anglosassone, oppure adoperandosi per la definitiva entrata in vigore del ricorso per l’efficienza della pubblica amministrazione o attraverso una commistione di entrambi i sistemi.

L’occasione del recepimento delle direttive europee infatti potrebbe essere propizia per l’adozione di misure che garantiscano maggiore efficienza di sistema, snellimento delle procedure, maggiore discrezionalità per le stazioni appaltanti, bilanciata da sistemi di controlli della *performance*, che potrebbero avere come effetto indiretto la riduzione degli spazi in cui si annidano i fenomeni corruttivi.