



Rivista di diritto amministrativo

Publicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Piero Bontadini, Stefano Toschei,
Mauro Orefice e Domenico Mutino

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento

Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 1-2/2015

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Bonfiglio Salvatore, Carloni Enrico, Castiello Francesco, Cittadino Caterina, D'Alessio Gianfranco, Di Pace Ruggiero, Gagliarducci Francesca, Gardini Gianluca, Gattamelata Stefano, Greco Maurizio, Laurini Giancarlo, Mari Angelo, Marini Francesco, Mastrandrea Gerardo, Matera Pierluigi, Merloni Francesco, Nobile Riccardo, Palamara Luca, Palma Giuseppe, Panzironi Germana, Pasqua Simonetta, Patroni Griffi Filippo, Piazza Angelo, Pioggia Alessandra, Puliati Helene, Realfonzo Umberto, Schioppa Vincenzo, Sciascia Michel, Sestini Raffaello, Spagnoletti Leonardo, Staglianò Giuseppe, Storto Alfredo, Titomanlio Federico, Tomassetti Alessandro, Uricchio Antonio, Volpe Italo.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Luigi Ferrara, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Masimo Pellingra, Carlo Rizzo, Francesco Rota, Stenio Salzano, Ferruccio Sbarbaro, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Angelo Vitale, Virginio Vitullo.

La cosiddetta “certificazione etica” può costituire un requisito di accreditamento per la selezione dei contraenti della P.A.?

di Vincenzo Candido Renna*

Sommario

1. Etica e Pubblica amministrazione; 2. Requisiti per la partecipazione alle gare pubbliche; 2.1. Requisiti di ordine generale; 2.2. Requisiti di ordine speciale: capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, la certificazione di qualità; 3. Conclusioni.

ABSTRACT

Il rilievo dei dati sul sommerso criminale spinge ad interrogarsi sulle regole da applicare per restituire una dimensione di legalità al mercato in generale ed, in particolare, al mercato afferente l'esecuzione di opere e servizi pubblici. Il presente lavoro parte dalla normativa adottata negli ultimi anni per prevenire e contrastare la corruzione nelle amministrazioni e dagli strumenti da essa introdotti, e si sofferma in modo particolare sul cosiddetto “rating di legalità” per verificarne la possibile collocazione nell'alveo dei requisiti di accreditamento dei concorrenti, analizza la possibilità che esso sia configurabile o meno quale causa di esclusione e cerca di dimostrare la sua ascrivibilità ai requisiti di ordine speciale.

1. Etica e pubblica amministrazione

Il 6 giugno 2012, presso la Commissione parlamentare di inchiesta sul fenomeno della mafia e sulle altre associazioni criminali, l'allora Vice Direttore Generale della Banca d'Italia, Anna Maria Tarantola, ebbe modo di affermare che il valore medio del sommerso criminale, nel periodo 2005-2008, era stato pari al 10,9% del Pil. Ipotizzando che l'incidenza sia ancora a questi livelli, l'Ufficio studi della CGIA di Mestre stima che per il 2013 il valore economico dell'economia criminale si attesti attorno ai 170 miliardi di euro. Nella metodologia di calcolo eseguita dalla Banca d'Italia, così come stabilito dall'Ocse, si fa riferimento solo alle transazioni criminali avvenute dopo un accordo tra il venditore e l'acquirente ossia reati di natura economica quali riciclaggio e corruzione, non sono inclusi i reati "violenti" come i furti, le estorsioni, le rapine e l'usura.

L'enormità dei dati prima citati ci mette di fronte ad una realtà drammatica che pone dei seri interrogativi sul significato di Etica e sulle contromisure e/o regole da applicare per restituire una dimensione di legalità al mercato in generale ed, in particolare, al mercato afferente l'esecuzione di opere e servizi pubblici, oggetto della presente disamina.

Etica ed affari sono comunemente visti come due estremi non conciliabili¹. Nella letteratura economica corrente il mondo degli affari viene spesso rappresentato come un'arena in cui individui ed imprese si confrontano senza esclusione di colpi. Il resoconto dei rapporti fra etica e affari, proposto dai pensatori economici, attribuisce alla morale il compito di definire i fini socialmente utili da perseguire e all'eco-

nomia la scelta dei mezzi appropriati per il loro raggiungimento. L'etica, in questa visione, si pone o a monte o a valle dell'economia, ma non entra nella definizione dei meccanismi interni dove opera una mera razionalità strumentale.

La pubblica amministrazione rappresenta il terreno di incontro e, troppo spesso, di scontro tra etica ed affari.

Le inchieste giudiziarie, da "mani pulite" degli anni '90, alle ultime "tangentopoli", hanno evidenziato come il sistema degli appalti pubblici di forniture, lavori e servizi sia radicalmente inquinato da abusi e corrotte dalle molteplici forme e dimensioni, facendo assurgere l'Italia a posizione di triste primato tra i Paesi meno affidabili sotto il profilo etico.

In relazione alle finalità del presente articolo, appare utile, sebbene in estrema sintesi, offrire brevi cenni storici afferenti la P.A. italiana.

La P.A. nasce con il Regno dei Savoia per cui il modello amministrativo della casa reale viene esteso ed implementato all'intera penisola e riflette, pertanto, il sistema assolutistico piemontese, il quale sarà poi accentuato dal regime fascista e riconfermato dal regime repubblicano instaurato nel 1948. Le caratteristiche di questo modello sono quelle di un sistema assolutamente accentrato, operante attraverso un'organizzazione dipartimentale strutturata secondo linee gerarchiche, quasi di stampo militare, preoccupata più della correttezza formale del procedimento e degli atti che del conseguimento di obiettivi specifici e del miglioramento delle condizioni sociali.

Siffatto modello di P.A. trova vigore con l'approvazione della legge di unificazione amministrativa approvata il 22 marzo 1865 (n. 2248). Alla omogeneizzazione e accentramento del potere amministrativo centrale seguì, inoltre, un riordino del potere locale che impose la dipendenza degli enti locali dallo stato attraverso le prefetture. Le varie riforme apportate nel

* Avvocato, componente Organismo di Vigilanza ex D.Lgs. 231/01. Il lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blind peer review.

¹ A. PALUMBO, *Etica e Governance. Etica pubblica e applicata nella filosofia politica contemporanea*, www.academia.edu, p. 66.

corso dei decenni, come anche nel periodo repubblicano, più che ribaltare tale modello organizzativo, hanno accentuato la farraginosità e le inefficienze dell'azione amministrativa. Il regime fascista, oltre a rafforzare la centralizzazione dei poteri, introdusse la figura degli enti pubblici quali istituzioni parallele all'amministrazione centrale dello stato. Nel dopoguerra la costituente si impegnò a ripristinare il modello statale e di organizzazione amministrativa tipico della tradizione giuridico liberale, diametralmente separato e quasi contrapposto alla società civile seppure astrattamente concepito a sua garanzia.

Nell'Italia dopo guerra, al centro della vita della P.A., campeggiano l'atto amministrativo e i connessi profili del procedimento e della giustizia come garanzia del cittadino nei confronti dell'atto amministrativo.

L'unica differenza rispetto al modello liberale riguarda il massiccio sviluppo degli enti pubblici secondo la logica tipica del periodo fascista; un processo questo che segue le trasformazioni intervenute con il *boom* economico degli anni '60 e che continuerà sino agli anni '90. In questo stesso periodo si assiste all'ingrossamento clientelare degli organici; processo questo che è continuato sino ai nostri giorni e che ha contribuito a svalutare la professionalità del ceto burocratico e a promuovere la deresponsabilizzazione. L'unico aspetto innovativo che si riscontra sul piano delle funzioni svolte dalla P.A. è conseguenza proprio dell'incremento notevole nel numero degli addetti. Si assiste in effetti all'assunzione, da parte della P.A., di un ruolo di salvaguardia dei livelli occupazionali complessivi ed anche strumento di *welfare* e pacificazione sociale, specie nel mezzogiorno del Paese. Il risultato è stato un meccanismo di selezione avversa, che ha innalzato i costi di governo in misura crescente e depresso lo sviluppo economico di intere regioni del paese. Il decentramento re-

gionale e la contrattazione collettiva, intervenuti a partire dagli anni settanta, più che opporsi a questo *trend*, lo hanno accentuato, sino al punto da dargli un aspetto patologico sconosciuto nel resto degli altri paesi occidentali. Le inchieste giudiziarie degli ultimi decenni attestano come la P.A. sia stata preda classi politiche criminali, che per ragioni meramente clientelari l'hanno ingrossata di personale dalle dubbie qualità, sia professionali sia etiche, mentre la contrattazione collettiva e gli istituti di diritto pubblico hanno reso tale ceto burocratico parassitario e irremovibile. L'inefficienza della P.A. ha inoltre favorito l'emergere di strutture amministrative parallele gestite direttamente dai politici ed ha trasformato i diritti di cittadinanza, garantiti a livello costituzionale, nell'oggetto di uno scambio politico di natura collusiva. In questo panorama desolato, l'unico intervento in controtendenza è stata la legge di riforma del procedimento amministrativo approvata nel 1990 (n. 241), la quale riafferma il ruolo di servizio pubblico della P.A. e istituisce forme e strumenti di partecipazione per i cittadini utenti. Nel novembre del 2000 il Consiglio dei Ministri ha infine approvato un nuovo decreto legislativo che aggiorna il codice di comportamento e ne rafforza l'efficacia giuridica – Codice di condotta elaborata dalla commissione studi presieduta dal prof. Sabino Cassese. Il codice inizia con l'affermazione dei valori che debbono ispirare i funzionari pubblici. Anche in questo caso si afferma il ruolo del funzionario come fiduciario del pubblico e si ricordano a quest'ultimo i doveri verso la Costituzione e la legge in generale. A tale preambolo segue l'elenco dei principi fondamentali dell'azione amministrativa a cui tutti si devono conformare: correttezza, efficienza e imparzialità. Seguono quindi articoli riguardanti: regali e altre utilità (art. 3), cosa rappresenta un comportamento non corretto e come evitare di dare anche solo l'impressione di im-

proprietà; conflitto di interessi (art. 4, 5, 6, 7 e 12); imparzialità e rapporti col pubblico (art. 8, 9 10, 11); valutazione dei risultati (art. 13). Irrisolti i temi delle tutele da riconoscere in favore dei cittadini che denunciano abusi e fenomeni di corruzione, così come il sistema delle sanzioni disciplinari è risultato soltanto astrattamente idoneo a svolgere una funzione special preventiva rispetto alle condotte delittuose. Arriviamo quindi ai giorni nostri con la legge n. 190/2012 recante "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione" e il decreto legislativo n. 33/2013 recante "Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni". In particolare si evidenzia che dall'approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione, occorsa il 12 settembre 2013, sono state previste alcune misure quali: l'inserimento nei contratti individuali di lavoro di una clausola che vieta per tre anni, a chi esce dalla P.A., di prestare attività lavorativa nei confronti dei destinatari di provvedimenti conclusi con l'apporto decisionale del dipendente, nonché la rotazione dei dipendenti e dei dirigenti per evitare abusi di posizione e ridurre di conseguenza i rischi di corruzione.

Le amministrazioni sono chiamate ad adottare criteri per un'effettiva rotazione, che coinvolgano non solo i dirigenti ma anche i responsabili del procedimento, nelle aree a più elevato rischio di corruzione.

E' stato emanato un Piano Nazionale Anticorruzione che prevede *inter alia*, che in prima applicazione, i piani triennali delle amministrazioni dovranno coprire il periodo 2013-2016, sicché dovranno anche indicare iniziative e misure anticorruzione adottate nel corso del 2013. Annualmente, poi, il piano triennale sarà aggiornato essendo «a scorrimento».

Destinatari del piano nazionale sono tutte le amministrazioni pubbliche, comprese regioni, enti locali ed enti del Sistema sanitario nazionale, che terranno conto delle indicazioni dell'intesa raggiunta in sede di Conferenza unificata il 24 luglio 2013. Ma, i contenuti del Piano nazionale, riguardano anche gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e a quelle da esse controllate ai sensi dell'art. 2359 c.c. per le parti in cui tali soggetti sono espressamente indicati come destinatari.

Gli obiettivi fondamentali del piano nazionale e dei piani attuativi triennali sono essenzialmente tre. Il primo è ridurre le opportunità che si manifestino al verificarsi di casi di corruzione; il secondo è l'aumento della capacità di scoprire casi di corruzione; il terzo, creare un contesto sfavorevole alla corruzione.

Ovviamente, le azioni indicate dal piano nazionale (che debbono comunque essere sviluppate e ampliate dai piani triennali di ciascun ente) sono molteplici.

Tra esse, fondamentale il coinvolgimento dei responsabili della prevenzione e del personale in iniziative di sensibilizzazione al fine di assicurare l'applicazione dei Codici di comportamento da parte di tutti i dipendenti.

Il Piano nazionale cerca anche concretezza. Per questo intende avviare un controllo sull'applicazione delle sanzioni disciplinari a carico dei dipendenti. Un invito indiretto a fare sì che i controlli anticorruzione funzionino davvero e scattino le sanzioni.

I piani debbono indicare in particolare i soggetti coinvolti nella prevenzione con i relativi compiti e le responsabilità; coloro che lavorano nelle aree di rischio definite dall'articolo 1, comma 16, della legge 190/2012 e ampliate da ciascun ente; le misure anticorruzione obbligatorie ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge e dal piano nazionale; i tempi e le modalità di riassetto organizzativo; il coordinamento

con il piano delle performance ed il sistema di valutazione.

Allo scopo di evidenziare gli oneri ricadenti sui dipendenti, il piano nazionale indica di inserire nei contratti individuali di lavoro una clausola che prevede il divieto di prestare attività lavorativa (a titolo di lavoro subordinato o di lavoro autonomo) per i tre anni successivi alla cessazione del rapporto nei confronti dei destinatari di provvedimenti adottati o di contratti conclusi con l'apporto decisionale del dipendente.

Inoltre, nei bandi di gara occorre far dichiarare agli operatori economici di non aver concluso contratti di lavoro subordinato o autonomo e comunque di non aver attribuito incarichi ad ex dipendenti che hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni nei loro confronti per il triennio successivo alla cessazione del rapporto.

Per favorire la denuncia di comportamenti corruttivi e tutelare i dipendenti che informino le autorità di tali casi, occorre prevedere «canali differenziati e riservati per ricevere le segnalazioni la cui gestione deve essere affidata a un ristrettissimo nucleo di persone (2/3).

Per arrivare ai giorni nostri, tratteremo in modo puntuale ed autonomo, della novità inerente il c.d. *Rating* di Legalità introdotto con l'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, c.d. «legge sulle liberalizzazioni» ovvero «Cresci Italia» convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e dal successivo Regolamento previsto dal Decreto del Ministero dell'Economia, n. 57 del 20 febbraio 2014.

Degno di menzione è l'istituzione ex art. 5 L. n. 125/2013 dell'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ex Civit) e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (A.N.A.C.). Dal 31 ottobre 2013, infatti, a seguito dell'entrata in vigore della legge 30 ottobre 2013, n. 125 con cui è stato convertito in legge

con modificazioni il d.l. n. 101/2013, recante «Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione delle pubbliche amministrazioni», le funzioni relative alla performance e alla valutazione di cui all'art. 13 del D.Lgs. n. 150/2009, inizialmente trasferite all'ARAN, sono rientrate nell'ambito di sua competenza.

L'attuale Governo ha emanato il D.L. 24.06.2014 n. 90 convertito con L. 11.08.2014 N.114 che, *inter alia*, all'art. 19, sopprime e conferisce i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture all'ANAC a quest'ultima, a mente dell'art. 30, sono attribuiti compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere EXPO Milano 2015. A tal fine si avvale di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza.

Per le finalità di cui al presente comma, l'Unità operativa speciale opera fino alla completa esecuzione dei contratti di appalto di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015 e comunque non oltre il 31 dicembre 2016.

Fatto questo preliminare excursus storico, ci proponiamo, di seguito, di apportare un contributo ermeneutico, più che una risposta, al quesito emarginato in rubrica, che riteniamo, per essere data, necessari, per un verso, dell'intervento del legislatore finalizzato a precisare gli ambiti applicativi e, per altro verso, del conforto interpretativo giurisprudenziale al momento pressoché inesistente.

2. Requisiti per la partecipazione alle gare pubbliche

Per le finalità prefissate appare opportuno procedere, preliminarmente, alla disamina dei re-

quisiti richiesti dalla normativa vigente agli operatori economici per la partecipazione agli appalti pubblici al fine di verificare la possibilità di collocare il *rating* di legalità la c.d. «certificazione etica», nell'alveo dei requisiti di accreditamento dei concorrenti.

Per questa ragione affronteremo, seppur in rapida sintesi, la materia afferente la qualificazione dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche per l'affidamento di lavori servizi e forniture.

Nell'ambito degli appalti pubblici, com'è noto, ai fini della partecipazione alla gara i concorrenti devono possedere requisiti di ordine generale e requisiti di ordine speciale.

I requisiti soggettivi di ordine generale si differenziano da quelli di carattere tecnico ed economico. Mentre questi ultimi attengono, per un verso, al grado di esperienza e capacità professionale del concorrente e, per l'altro, alla sua solidità economica, i requisiti soggettivi definiti anche "di ordine pubblico" o di "moralità", si configurano come "norme a fattispecie esclusiva"², nel senso che il mancato possesso anche di uno solo di essi preclude la possibilità per il concorrente di partecipare alla procedura selettiva.

Tutt'altra funzione è svolta dai requisiti di qualificazione, che attengono invece alla idoneità e capacità tecnica di eseguire l'appalto per cui si concorre³.

Pertanto, sussiste radicale diversità funzionale tra la dichiarazione ex art.38 del codice degli appalti e la certificazione SOA avendo solo la prima la funzione di assicurare che le imprese concorrenti siano dotate dei requisiti di ordine generale, la cui sussistenza serve a garantire la stazione appaltante contro la possibile stipula di contratti con soggetti privi della necessaria affidabilità, per ragioni del tutto estranee alla

capacità tecnica, in quanto afferenti l'ordine pubblico, la moralità dei contraenti, la loro affidabilità economica, ed altro ancora.

2.1. Requisiti di ordine generale

Il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, meglio noto come "*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*", presenta profili di non lieve interesse sui quali, ai fini della presente disamina, appare doveroso soffermarsi.

Segnatamente, l'art. 38 del Codice dei contratti pubblici, che ha recepito la disciplina contenuta nell'art. 45 della Direttiva CE2004/18 e la disciplina previgente dettata dall'art. 75 del d.P.R. 554/99 per i soli lavori pubblici, dall'art. 12 del D.Lgs. 157/95 per i servizi e dall'art. 11 del D.Lgs. 358/92 per le forniture disciplina in modo unitario le cause di esclusione dalla gara per appalti di lavori, servizi e forniture⁴.

La predetta disposizione di legge, per le finalità ad esso sottese, ha natura di norma di ordine pubblico e si applica a prescindere dal suo richiamo o dal suo inserimento espresso tra le clausole che regolano la singola gara, in applicazione del principio di eterointegrazione delle norme imperative⁵.

La norma contiene un'elencazione di cause di esclusione che va anche al di là di quelle espressamente previste dalla richiamata normativa comunitaria. Tale caratteristica, aveva indotto la dottrina a porsi dubbi di compatibilità non tanto con il principio di tassatività delle cause di esclusione, ma soprattutto col principio generale di derogabilità delle direttive comunitarie, da ciò se ne era desunto che le ipotesi di esclusione previste dal diritto nazionale, non menzionate nella normativa europea, non potessero trovare applicazione, per gli appalti

² Cons. Stato, sez V, 23 agosto 2003, n. 4753, *Urbanistica e app.*, 2003, p. 1424.

³ TAR Palermo, sez. I, sent. n. 220 del 04/02/2011..

⁴ S. STICCHI DAMIANI, *I contratti di Appalto Pubblico*, 2010, p. 423 e ss..

⁵ Cons. Stato Sez. III, 15-01-2014, n. 123; TAR Campania Napoli, Sez. I, 1° marzo 2010, n. 1206; TAR Sicilia Palermo, Sez. I, 4 giugno 2009, 103.

sopra soglia, per i concorrenti di altri Stati membri dell'Unione⁶.

Sulla questione si registra un intervento della Corte di Giustizia, la quale, pur ribadendo la tassatività delle cause di esclusione dalle gare d'appalto previste dal diritto comunitario, ha precisato che ciò non osta a che gli Stati membri mantengano o stabiliscano altre misure di esclusione dirette a garantire il rispetto dei principi della parità di trattamento e della trasparenza, purché siffatte misure non eccedano quanto necessario per raggiungere tale obiettivo⁷.

La stazione appaltante deve verificare che il possesso dei requisiti di ordine generale da parte dei concorrenti sussista al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte o della domanda di partecipazione e perduri per tutto lo svolgimento della gara sino alla stipula del contratto. Per i subappaltatori, invece, i suddetti requisiti devono sussistere al momento del rilascio dell'autorizzazione al subappalto.

Circa le modalità di attestazione dei requisiti generali, l'art. 38, comma 2, cit., prevede che l'operatore economico può attestare il possesso di tutti i requisiti elencati nel comma 1 mediante dichiarazione sostitutiva, nella quale devono essere indicate anche le eventuali condanne per le quali sia stato accordato il beneficio della non menzione, in conformità all'art. 77 bis d.P.R. 445/2000.

Al principio di auto responsabilità del privato nell'ambito di un procedimento ad evidenza pubblica si collega l'istituto dell'autocertificazione attraverso il quale, si consente a chi partecipa ad una gara di rendere dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti

di ordine generale contemplati dall'art. 38 del codice degli appalti pubblici⁸.

L'omissione delle dichiarazioni, da rendere ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, costituisce di per sé motivo di esclusione dalla procedura ad evidenza pubblica⁹.

Resta fermo, in ogni caso, che la stazione appaltante deve procedere alle verifiche in ordine alla sussistenza dei requisiti dichiarati in conformità di quanto disposto dall'art. 38, comma 3, del Codice.

Sul punto, di recente, il Consiglio di Stato ha chiarito che, in materia di cause di esclusione dalle gare d'appalto per reati incidenti sulla moralità professionale, la verifica dell'incidenza dei reati commessi dal legale rappresentante dell'impresa sulla moralità professionale della stessa attiene all'esercizio del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione e deve essere valutata mediante la disamina in concreto delle caratteristiche dell'appalto, del tipo di condanna, della natura e delle concrete modalità di commissione del reato, non potendo il concorrente valutare da sé quali reati siano rilevanti ai fini della dichiarazione da rendere, ciò implicando un giudizio inevitabilmente soggettivo, inconciliabile con la finalità della norma¹⁰.

⁸ TAR Puglia Lecce, sez. I, sent. n. 1724 del 05/10/2011.

⁹ Cons. Stato, sez. III, 3 marzo 2011 n. 1371; Cons. Stato, sez. V, 23 maggio 2011, n. 3069.

¹⁰ Cons. Stato Sez. V, 17-06-2014, n. 3092 (Conferma della sentenza del T.a.r. Veneto - Venezia, sez. I, n. 455/2011). Sul concetto di "moralità professionale" si veda anche L. BELLAGAMBA, *La gara di appalto di lavori*, Milano, 2003, p. 135. Cons. Stato Sez. V, 30-04-2014, n. 2271. La dissociazione, non trattandosi di istituto giuridico codificato, può aver luogo in svariate forme, ma è certo che deve risultare esistente, univoca e completa. L'azione di dissociazione intrapresa, nel caso di specie, dalla società non è sufficiente a realizzare un'effettiva dissociazione dalla condotta dell'ex amministratore. È evidente che, se non si richiedesse un'effettività della dissociazione, la norma che vieta la partecipazione delle imprese alle gare d'appalto i cui amministratori siano incorsi in reati incidenti sull'amoralità professionale si presterebbe a facili elusioni

⁶ G. GRECO, *Le cause soggettive di esclusione*, in GAROFOLI – SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella Direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2005, p. 577 ss.

⁷ C. Giust. CE, 16 dicembre 2008, n. C-231/07, *Urbanistica e app.*, 2009, p. 807.

Per effetto del D.Lgs. 113/2007, è stata introdotta nell'art. 38 del Codice la lettera m bis), con la previsione, quale ulteriore causa di esclusione dalla partecipazione alle gare, dell'esistenza di provvedimenti sanzionatori dell'Autorità di vigilanza per i lavori pubblici (oggi A.N.A.C.), che abbia disposto la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA per accertata falsità della documentazione prodotta o delle dichiarazioni rese dal concorrente ai fini del rilascio dell'attestazione medesima.

Il possesso dei requisiti partecipativi devono essere posseduti dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, ma per tutta la durata del contratto di appalto. Pertanto, le stazioni appaltanti devono avere cura di mantenere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esclusione dell'appalto, la qualificazione richiesta dal bando¹¹.

Nell'articolo 38 comma 1 lett. m) fa il suo ingresso il D.Lgs. 231/01¹² allorché si prevede

e le attività di dissociazione rivestirebbero la qualità di mere 'operazioni di facciata', consentendo invece il perpetrarsi di illeciti e il rischio che si assuma quale contraente con la P.A. un soggetto che dovrebbe essere qualificabile come inaffidabile, proprio il rischio che, ai sensi dell'art. 38, del D.Lgs. n. 163/2006 il legislatore intende scongiurare.

¹¹ TAR Campania, sent. n. 4293 del 01/09/2011.

¹² Il Decreto Legislativo n. 231 dell'8 giugno 2001 ("Decreto"), ha introdotto la "*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'art. 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*". L'ambito di operatività del Decreto è piuttosto vasto e colpisce tutti gli enti forniti di personalità giuridica, le società, le associazioni, anche prive di personalità giuridica, gli enti pubblici economici, gli enti privati concessionari di un pubblico servizio. Sono, invece, esclusi lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli enti pubblici non economici, gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale (per esempio i partiti politici e i sindacati). La natura di questa nuova forma di responsabilità degli enti è di genere "misto". L'ente, infatti, risponde di un illecito amministrativo ed è punito con una sanzione amministrativa. Tuttavia, l'accertamento dell'illecito avviene nell'ambito del processo penale, l'Autorità compe-

quale specifica clausola di esclusione dalle gare, l'applicazione della sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del suddetto decreto.

2.2 Requisiti speciali: capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, la certificazione di qualità

I requisiti di ordine speciale consentono alle stazioni appaltanti di selezionare i contraenti tra quelli in grado di espletare a regola d'arte le prestazioni oggetto di gara e di garantire l'adempimento delle obbligazioni scaturenti dal contratto d'appalto.

Pertanto, mentre i requisiti di ordine generale sono previsti da norme imperative a presidio dell'interesse pubblico, la fissazione dei requisiti di ordine speciale rientra nella discrezionalità della stazione appaltante, avuto riguardo alle caratteristiche specifiche dell'appalto.

Nell'ambito delle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, pertanto, le stazioni appaltanti devono valutare l'affidabilità delle imprese sotto il duplice profilo della solidità economica del concorrente e della sua capacità professionale ovvero della sua preparazione tecnica, esperienza, idoneità a svolgere la prestazione oggetto dell'appalto.

Il Legislatore, al riguardo, ha previsto un ventaglio di criteri predeterminati, condizionanti l'ammissione alla gara, che, tuttavia, non vincolano la discrezionalità della stazione appaltante nella scelta dell'offerta migliore, fermo restando, in ogni caso, il limite del rispetto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza.

tente a contestare l'illecito è il Pubblico Ministero e l'Autorità competente ad irrogare le sanzioni è il giudice penale. La responsabilità amministrativa dell'ente è autonoma rispetto a quella della persona fisica che commette il reato e sussiste, quindi, anche se l'autore del reato non è stato identificato o se il reato si sia estinto per una causa diversa dall'amnistia. La responsabilità dell'ente si aggiunge e non sostituisce quella della persona fisica autrice del reato.

Come statuito dalla giurisprudenza amministrativa *“per l’affidamento di pubblici appalti, le pubbliche amministrazioni possono prevedere ed imporre prescrizioni ed adempimenti a carico delle imprese partecipanti, ulteriori rispetto a quelli previsti dalle leggi, con il solo limite del rispetto della par condicio e della pertinenza e congruità rispetto allo scopo perseguito ovvero requisiti di partecipazione e di qualificazione più rigorosi e restrittivi di quelli minimi stabiliti dalla legge, purché tali ulteriori prescrizioni si rivelino rispettose dei principi di proporzionalità e di ragionevolezza, non limitino l’accesso alla procedura e siano giustificate da specifiche esigenze imposte dal peculiare oggetto dell’appalto”*¹³.

La ragionevolezza e la proporzionalità del requisito richiesto vanno valutate con riferimento all’oggetto specifico dell’appalto, all’importo dello stesso e alle caratteristiche peculiari delle prestazioni oggetto di affidamento¹⁴.

Nell’ambito della riforma del sistema dei lavori pubblici avviata, già, con la L. 109/1994, più volte oggetto di modifiche e integrazioni, fino appunto al “codice dei contratti pubblici”, il legislatore nazionale ha introdotto una essenziale innovazione del sistema di verifica della idoneità delle imprese a progettare e realizzare opere pubbliche.

Il precedente sistema di qualificazione delle imprese, basato su un unico organismo pubblico e centralizzato, l’Albo nazionale costruttori, è stato sostituito con la legge Merloni Ter con un sistema di qualificazione diffuso, affidato a più soggetti privati, quali le Società Organismi di Attestazione (SOA). Tali società private trovano ora disciplina, nel codice dei contratti, agli artt. 40 e ss. del Codice dei contratti pubblici. A queste il Legislatore affida il compito di attestare l’esistenza di requisiti generali e specifici c.d. requisiti tecnici in capo ai soggetti che

richiedendo l’attestazione. Con l’attestazione gli operatori economici acquisiscono un requisito obbligatorio ed imprescindibile per la partecipazione alle gare pubbliche per l’esecuzione dei lavori pubblici.

Il legislatore disegna dunque un sistema che viaggia su due binari paralleli, da un lato gli organismi di certificazione rilasciano all’impresa la certificazione di sistema qualità o la dichiarazione di “presenza di elementi significativi e correlati del sistema qualità”, dall’altro le SOA, autorizzate dall’Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ora ANAC e iscritte in un apposito albo, verificano e attestano che l’impresa possieda i requisiti generali e speciali e la certificazione o dichiarazione rilasciata dagli organismi di certificazione.

Per requisiti speciali in tema di lavori pubblici si intendono il *know-how*, e quindi l’esperienza tecnica maturata in relazione ad una tipologia specifica di opere c.d. categoria di lavori, che il legislatore distingue in due tipologie: generali e speciali e con riferimento a quest’ultime, in base ad una soglia di importo c.d. classifica, determinata sulla base delle certificazioni dei lavori eseguiti rilasciate dalle stazioni appaltanti nel corso dell’attività della impresa.

Nell’ipotesi di pubbliche forniture e prestazione di servizi, per i quali non vale il sistema di qualificazione previsto in materia di lavori pubblici, gli artt. 41 e 42 del codice dei contratti disciplinano le modalità con le quali le imprese possono attestare il possesso di requisiti di capacità economica e finanziaria nonché tecnica e professionale¹⁵.

Con riferimento alla qualità ed alle norme di gestione ambientale, gli artt. 43 e 44 del Codice degli appalti pubblici disciplinano le modalità di verifica ed acquisizione della documentazione comprovante il possesso di certificazioni conformi agli standard internazionali dei si-

¹³ TAR Sicilia Palermo, Sez. III, 25 luglio 2006, n. 1768.

¹⁴ Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 206; TAR Napoli, Sez. I, 10 maggio 2006, n. 4052.

¹⁵ GAROFOLI - FERRARI, *Codice degli appalti pubblici e nuova direttiva ricorsi*, 2009, 373 e ss.

stemi di qualità ISO 9001 – ISO 14001 ovvero EMAS, oppure OHSAS 18001, SA8000¹⁶.

Anche nel caso delle forniture e dei servizi, la certificazione di qualità, dunque, riguarda non il dato statico di ciò che dall'impresa è stato fatto o la quantità dimezzi da essa messi a disposizione, bensì l'aspetto dinamico e qualitativo del modo in cui l'impresa svolge la propria attività secondo i principi della cd. "qualità totale" o "sistema di qualità". Il requisito della qualità, pertanto, rappresenta una "qualità intrinseca" dell'impresa, concernente la capacità individuale di organizzazione efficiente ed efficace delle risorse a disposizione. Proprio in considerazione di tali caratteristiche, il possesso della certificazione di qualità viene ritenuto, da giurisprudenza e prassi, quale requisito di partecipazione di natura soggettiva.

Occorre aggiungere, poi, che le SOA si limitano ad accertare che l'impresa ne sia in possesso e quindi che gli enti a ciò deputati l'abbiano rilasciata. Pertanto, secondo il vigente regime normativo, alla contrattazione con la pubblica amministrazione possono accedere solo imprese in possesso di una qualificazione che comprova la capacità delle stesse di poter correttamente adempiere le obbligazioni assunte¹⁷.

3. Il rating di legalità ed il modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01.

I requisiti presupposti per la partecipazione alle gare pubbliche, appena esaminati, per certi versi condizioneranno la nostra riflessione costituendo, di per sé, una cinta muraria, che, tuttavia, come cercheremo di illustrare *infra* è tutt'altro che granitica, presentando, anzi, non pochi pertugi, che ci consentiranno di concludere per l'ammissibilità di ritenere il rating di legalità come requisito di ordine speciale.

Soccorre verso questo orientamento la recente approvazione del *Regolamento dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, che detta i criteri di attribuzione del "Rating di legalità" portato dal Decreto del Ministero dell'Economia, n. 57 del 20 febbraio 2014 contenente l'individuazione delle modalità in base alle quali si tiene conto del rating di legalità introdotto con l'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. Il provvedimento succitato contiene numerosi spunti interessanti soprattutto perché esplicita i benefici che discendono, o che dovrebbero discendere, dall'attribuzione del rating.

Tra gli effetti più significativi, vi è la previsione di un sistema di premialità nell'ambito delle richieste di un finanziamento pubblico, nonché in sede di accesso al credito bancario, ovvero nell'ipotesi di partecipazione a gare per l'affidamento di forniture/servizi/lavori pubblici secondo i criteri fissati dal D.Lgs. 163/06 s.m.i.¹⁸. Tale beneficio può consistere in una

¹⁸ Cons. di Stato - Parere n. 2697 del 2013. La sezione consultiva degli atti normativi del Consiglio di Stato ha espresso parere favorevole con osservazioni sullo schema di decreto interministeriale predisposto per l'attuazione dell'art. 5-ter del D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 convertito con modificazioni in L. 24 marzo 2012 n. 27, concernente l'individuazione delle modalità del rating di legalità attribuito alle imprese per la concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni e per l'accesso al credito bancario. In conformità a quanto previsto dalla normativa, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha approvato con propria delibera n. 24075 dd. 4 novembre 2012, il regolamento previsto dalla disciplina legislativa succitata, secondo cui "al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di segnalare al Parlamento le modifiche normative necessarie al perseguimento del sopraindicato scopo anche in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione ed all'attribuzione, su istanza di parte, di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale che raggiungano un fatturato minimo di due milioni di euro, riferito alla singola impresa o al gruppo di appartenenza, secondo i cri-

¹⁶ Cons. Stato, Sez. V Sent., 10-02-2009, n. 756; T.A.R. Piemonte Torino Sez. I, 08-03-2013, n. 300.

¹⁷ Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 550.

preferenza in graduatoria, nell'attribuzione di un punteggio suppletivo ovvero nella riserva di una quota di risorse finanziarie. Sul fronte bancario, con modalità che dovranno essere individuate nell'ambito di ciascun istituto di credito, si prevede una riduzione nei tempi di istruttoria e dei costi di finanziamento. Al riguardo, pur essendo prevista la vigilanza della Banca d'Italia, si sottolinea la mancanza di un vero e proprio sistema sanzionatorio nei confronti delle banche nel caso in cui l'attribuzione del *rating* non produca gli effetti di risparmio previsti.

Nel complesso si ritiene che l'entrata in vigore del decreto possa suscitare nuovo e più diffuso interesse sul "*rating* di legalità", istituto che prevede tra i vari requisiti, per l'ottenimento del punteggio più elevato, anche l'adozione di un modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01, nonché un sistema di *Corporate Social Responsibility* o l'acquisizione di indici di sostenibilità tramite organizzazioni internazionali e l'adozione di codici etici.

Nella domanda di attribuzione del *rating*, da inviarsi telematicamente all'Autorità, le imprese dovranno dichiarare l'assenza di sentenze di condanna o di adozione di misure cautelari in relazione sia al compimento degli illeciti di cui al D.Lgs. 231/2001, sia per i reati tributari di cui al D.Lgs. 74/2000; se si tratta di imprese collet-

tive, detta dichiarazione dovrà riguardare anche gli amministratori, il direttore generale, il direttore tecnico, il rappresentante legale, nonché i soci-persone fisiche titolari di una partecipazione di maggioranza, anche relativa.

Le imprese dovranno dichiarare, altresì, l'assenza, nel biennio antecedente alla richiesta di *rating*, di provvedimenti di condanna nei loro confronti per illeciti *antitrust* gravi, per l'accertamento di un maggior reddito imponibile rispetto a quello dichiarato, per il mancato rispetto della legge sulla salute e sicurezza nei luoghi di lavoro, nonché per le violazioni in materia di obblighi retributivi, contributivi e assicurativi e di obblighi concernenti il pagamento delle ritenute fiscali sui dipendenti e collaboratori.

Ancora, ai fini dell'ottenimento del *rating*, è necessario che tutti i pagamenti di importo superiore a 1.000 euro siano stati effettuati mediante strumenti tracciabili e che l'impresa non sia stata destinataria né di provvedimenti di revoca di finanziamenti pubblici, né di comunicazioni o informazioni antimafia interdittive in corso di validità. La domanda di attribuzione del *rating* dovrà essere redatta mediante compilazione del *format* pubblicato sul sito dell'Autorità Garante Concorrenza Mercato¹⁹.

Al possesso dei suddetti requisiti, attestati per lo più mediante autocertificazione del rappresentante legale dell'impresa, corrisponderà l'attribuzione, da parte dell'Autorità, di un punteggio base pari ad una stella; tale punteggio potrà incrementarsi con l'attribuzione di un segno "+", laddove l'impresa richiedente soddisfi una ulteriore serie di requisiti, tra i quali: la adesione a codici etici di autoregolamentazione adottati dalle associazioni di categoria; l'iscrizione in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa

teri e le modalità stabilite da un regolamento dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Al fine dell'attribuzione del rating, possono essere chieste informazioni a tutte le pubbliche amministrazioni. Del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario, secondo le modalità stabilite con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze e del Ministro dello sviluppo economico, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione. Gli istituti di credito che omettono di tener conto del rating attribuito in sede di concessione di finanziamenti alle imprese sono tenuti a trasmettere alla Banca d'Italia una dettagliata relazione sulle ragioni della decisione assunta".

¹⁹ A. DE VIVO, *Dal 4 luglio nuove regole per il rating di legalità*, *Eutecne Info*, giugno 2014.

(*white list*); e ancora l'adozione di una funzione o struttura organizzativa, anche in *outsourcing*, che espleti il controllo di conformità delle attività aziendali a disposizioni normative applicabili all'impresa, ovvero di un modello organizzativo ai sensi del DLgs. 231/2001.

Il conseguimento di tre segni "+" comporterà l'attribuzione di una stella aggiuntiva, fino ad un massimo di tre stelle.

Ai fini dell'attribuzione del *rating*, l'Autorità potrà compiere tutte le verifiche ritenute opportune presso le pubbliche amministrazioni. In caso di esito positivo, l'impresa richiedente verrà iscritta in un apposito elenco detenuto in una apposita sezione del sito dell'AGCM.

Il *rating* ha durata biennale e può essere rinnovato su richiesta; può altresì essere revocato nel caso in cui si accerti la falsità delle dichiarazioni rilasciate dall'impresa, così come può essere sospeso in caso di rinvio a giudizio di quest'ultima o di adozione di misure cautelari personali o patrimoniali nei suoi confronti.

Infine, la perdita di uno o più requisiti può comportare una riduzione del punteggio attribuito. Di tutti i provvedimenti adottati – attribuzione, sospensione, revoca – e della loro decorrenza verrà data notizia nel suddetto elenco.

Il *rating* di legalità rappresenta, quindi, il naturale approdo per le imprese che intraprendono la strada delle *compliance* aziendali e soprattutto dell'implementazione del modello organizzativo 231. La norma introdotta dal decreto liberalizzazioni si pone diversi importanti obiettivi: il primo rendere conveniente per l'impresa agire nel rispetto delle regole e delle leggi; il secondo l'introduzione di una sorta di "bollino blu" e quindi di riconoscimento *erga omnes* di siffatto approccio.

Non vi è chi non veda l'importanza di predisporre un sistema di controlli paragonabile a quello riservato da parte degli analisti finanziari e/o dalle società di *rating* finanziario alle

aziende quotate in borsa, ovvero ai titoli di debito pubblico che, per le imprese operanti nel settore dei lavori, servizi, forniture pubbliche si riversa a misurare indici reputazionali di altro tipo sulla base di una verifica e monitoraggio costante di: *status* giudiziario dei vari responsabili delle società, certificati antimafia, implementazione di modelli organizzativi finalizzati alla prevenzione dei crimini, adozione di codici di condotta, sottoscrizione di protocolli di legalità e partecipazione e sostegno ad iniziative pubbliche finalizzate alla prevenzione e repressione di reati di criminalità organizzata, riciclaggio²⁰.

A nostro avviso le norme testé esaminate, pur in carenza di una specifica previsione normativa militano in favore di un riconoscimento del *rating* di legalità quale requisito di ordine speciale attestante una capacità tecnico-organizzativa paragonabile alla certificazione di qualità, pur in assenza di specifiche disposizioni di legge comunitaria o nazionale specifiche.

Se è vero come è vero, per consolidato orientamento giurisprudenziale²¹ che, la P.A. gode di discrezionalità strumentale relativamente alla previsione dei requisiti di partecipazione alla gara, nonché della fissazione dei criteri di valutazione delle offerte, che possono essere ulteriori rispetto a quelli minimi imposti dalla legge purché teleologicamente tesi ad individuare il contraente, tecnicamente, moralmente e finanziariamente più affidabile è possibile

²⁰ D. MASCIANDARO, *Tre strumenti per la legalità e la crescita*, *Il Sole 24 Ore*, 30 marzo 2012; A. MONTANTE, *Rating antimafia ecco come fare*, *L'Unità*, 2 febbraio 2012; P. GRASSO, *La crisi aiuta la mafia. Decisivo agevolare le imprese oneste*, *L'Unità* 5 febbraio 2012; L. MANCINI, *Le whit list stentano a decollare*, *Il Sole 24 ore*, 23 luglio 2012.

²¹ Cons. Stato, Sez. V, 17-07-2014, n. 3769 Conferma della sentenza del T.a.r. Puglia - Bari, sez. II, n. 227/2014); Cons. Stato, Sez. III, 08-07-2014, n. 3484; T.A.R. Sardegna, Cagliari Sez. I, 01-04-2014, n. 250

ascrivere il *rating* di legalità, quale requisito di capacità tecnico organizzativa.

Quanto testé sostenuto, di fatto, non costituisce una novità, basti pensare che in molte normative regionali, a dire il vero antecedenti alla legge che ha introdotto il *rating* di legalità, la sola adozione del modello organizzativo, implementato ex D.Lgs. 231/01, costituisce condizione necessaria per essere ammessi alla partecipazione di gare di appalto sebbene in specifici settori di mercato²².

Fuor di dubbio che l'adozione del modello organizzativo ex D.Lgs. 231 rappresenta uno strumento utile, in grado di contribuire alla costruzione di una interfaccia più trasparente tra pubblico e privato, garantendo il principio di trasparenza previsto, tra l'altro, dal codice dei contratti pubblici, all'art. 2.

Gli Enti Locali, per altro, si stanno orientando, sempre più a diventare garanti dell'applicazione dei principi di legalità delle

organizzazioni che interagiscono con essi, a tutela e garanzia del buon utilizzo del denaro pubblico e quindi del buon andamento della P.A. e della trasparenza.

In effetti l'esercizio della discrezionalità strumentale da parte della P.A., in materia di appalti, risponde ad una duplice esigenza:

- 1) Selezionare il migliore contraente a garanzia della corretta esecuzione dell'appalto;
- 2) Garantire la massima trasparenza del procedimento di selezione dei concorrenti da parte della stazione appaltante e quindi conseguire il buon andamento e l'imparzialità, principi presidiati dalla carta costituzionale e dalla normativa comunitaria²³.

²³ Per trasparenza dell'azione amministrativa si intende l'obbligo di garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza. In tal senso, la trasparenza si conforma come visibilità del procedimento, anche attraverso la pubblicità delle fasi procedurali. Il principio di trasparenza si esplica anche attraverso l'istituto dell'accesso, che ha trovato una sua prima disciplina nell'art. 22 e ss. della legge sul procedimento amministrativo (L.241/90 e s.m.i). Rispetto al principio di trasparenza l'accesso si pone quale strumento di controllo dell'operato della pubblica amministrazione e di conoscibilità degli atti amministrativi. In tal senso viene garantito il principio di trasparenza che è corollario del principio di buon andamento anch'esso previsto e tutelato dalla Costituzione. La trasparenza dell'attività pubblica riporta ad un altro principio fondamentale per lo svolgimento delle gare pubbliche, quale, il principio di buon andamento della pubblica amministrazione. Il buon andamento e la trasparenza dell'amministrazione sono principi tendenzialmente solidali, nel senso che la migliore garanzia dell'uno, in generale, giova anche alla tutela dell'altro. Il buon andamento della pubblica amministrazione richiede che sia rispettato il contraddittorio tale da consentire al privato concorrente di difendersi rispetto a conseguenze pregiudizievoli che possono derivargli dall'azione dell'Autorità. La regola di buon andamento della pubblica amministrazione è divenuta regola dell'ordinamento generale ed azionabile dal privato interesse, lungo un percorso di oggettivizzazione dell'interesse pubblico. Sul punto si veda anche L. R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, ed ancora, F. BENVENUTI, *Eccesso di potere come vizio della funzione*, in *Rass. dir. pub.*, 1950, 1, ID; *Funzione amministrativa proce-*

²² La Regione Lombardia, ha definito come requisito obbligatorio di accreditamento per tutti gli enti accreditati IFL la "compliance 231", promuovendo presso gli enti la sua implementazione. Decreto dirigenziale n.5808/2010, rubricato "Approvazione dei requisiti e delle modalità operative per la richiesta di iscrizione all'albo regionale degli operatori pubblici e privati per i servizi di istruzione e formazione professionale e per i servizi al lavoro in attuazione della D.G.R. N. VIII del 23 dicembre 2009". La Regione Abruzzo, a sua volta, ha previsto l'obbligo di conformarsi al D.Lgs. 231/2001 per tutti coloro che intendano operare in regime di convenzione con la stessa Regione. Con la l.r. 15/2008 la Regione Calabria, ancora, ha introdotto l'obbligo per le imprese operanti in regime di convenzionamento con la stessa Regione di adeguare i propri modelli di organizzazione al Decreto 231 del 2001, subordinando a tale conformazione la possibilità di rinnovare le convenzioni o di stipularne di nuove. Infine, la Regione Sicilia (Decreti dell'Assessore per al salute nn. 1179 e 1180 del 22 giugno 2011, rubricati rispettivamente "Determinazione dell'aggregato di spese regionali delle case di cura accreditate di media e alta specialità per l'anno 2011") ha introdotto, con normativa regolamentare a contenuto premiale, un incremento del budget per le strutture accreditate all'erogazione di prestazioni sanitarie che si siano dotate del modello 231.

Tuttavia l'esercizio della discrezionalità strumentale delle stazioni appaltanti, nell'individuare requisiti e parametri di valutazione aggiuntivi rispetto a quelli minimi di legge, trovano un argine rilevante nei principi che presidiano la concorrenza la cui tutela impone che la scelta di criteri e requisiti aggiuntivi sia logica, ragionevole e proporzionata all'oggetto dell'appalto²⁴.

in virtù del principio della massima partecipazione alle gare d'appalto ed il *favor* alla tutela della concorrenza i giudici del Tar Sicilia²⁵

dimento e processo, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; G. PASTORI, *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964; Cons. Stato Sez. VI, 18-07-2014, n. 3864; Cons. Stato Sez. V, 28-04-2014, n. 2191.

²⁴ T.A.R. Lombardia, Milano Sez. I, 18-06-2007, n. 5269

²⁵ T.A.R. Palermo, sez. III, 4 febbraio 2011, n. 227 "... Con il quarto motivo di ricorso (Illegittimità della *lex specialis* – Sul contenuto a pena di inammissibilità della busta A – Documentazione amministrativa – Documento previsto dall'articolo 11, punto VIII e dall'articolo 11 del Capitolato speciale d'appalto – Adozione del modello di gestione e controllori cui al D.Lgs. n. 231/2001 – Eccesso di potere per violazione della par condicio e del principio del *favor participationis*) si lamenta che la *lex specialis* della procedura impone di produrre la documentazione comprovante l'adozione di un modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal D.Lgs. n. 231/2001. Detta previsione sarebbe illegittima perché pretende il possesso di un requisito che rientra nella facoltà dei partecipanti e non risponde ad un preciso interesse dell'Amministrazione essendo finalizzata a liberare la società dalla responsabilità amministrativa conseguente alla commissione di reati da parte dei propri dipendenti/incaricati. Ritene il Collegio che anche detta censura sia fondata. Invero, la legge individua dei principi in materia di requisiti di ordine generale, in particolare di requisiti di carattere morale, necessari per la partecipazione alle gare strumentali alla stipula di contratti con la P.a.: detti principi sono contenuti nell'articolo 38 D.Lgs. n. 163/2006, richiamato anche dall'articolo 4 del bando di gara. Il rispetto dei precetti richiamati appare ad avviso del Collegio sufficiente per la partecipazione alla gara di cui trattasi, non essendo ragionevole imporre agli offerenti – quale sostanziale requisito di partecipazione – l'adozione del modello di gestione, organizzazione e controllo dell'impresa in conformità a quanto previsto dal D.Lgs. n. 231/2001. Peraltro, va aggiunto che il riferi-

hanno ritenuto illegittimo l'inserimento, nella *lex specialis*, da parte della stazione appaltante, della dimostrazione del possesso del requisito scaturente dall'adozione del modello organizzativo ex D.Lgs. 231.

Sulla stessa lunghezza d'onda autorevole dottrina, che, segnatamente, condivide le preoccupazioni della giurisprudenza di evitare, sulla scorta delle indicazioni comunitarie, che la prescrizione di specifiche modalità di attestazione del possesso dei requisiti di partecipazione si risolva in strumenti discriminatori degli operatori economici, in violazione dei principi della concorrenza e del *favor participationis*²⁶.

Successivamente a siffatti orientamenti, contrari al riconoscimento del modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01 quale requisito di ammissione e/o comunque qualificazione suscettibile di valutazione in sede di gara pubblica, è intervenuto il legislatore, dapprima con il c.d. «Cresci Italia» decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 e, successivamente, con il regolamento adottato con il Decreto del Ministero dell'Economia, n. 57 del 20 febbraio 2014.

mento alla citata disciplina è già contenuto in seno ai requisiti di carattere generale dei quali l'impresa deve provare il possesso, allorché è stabilito che va disposta l'esclusione dalla gara dei soggetti "nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c), del decreto legislativo dell'8 giugno 2001 n. 231 [...]" (articolo 38, comma 1, lettera m) D.Lgs. n. 163/2006)."

²⁶ P.L. PORTALURI, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex D.Lgs. n. 231\01*, in *Interessi e formanti giurisprudenziali: l'anti Ranelletti: l'autore sottolinea, inter alia, "... la disciplina dettata dal D.Lgs. 231/01 s'inscrive nel ben più ampio fenomeno della capture che il diritto amministrativo va dispiegando nei confronti del diritto delle imprese. Percepibile è la diffusione, nel diritto societario, di logiche, meccanismi ed istituti tipici del diritto amministrativo: fra questi la tendenza a <<procedimentalizzare>> l'attività della società (come accade per l'ente pubblico), funzionalizzandone gli schemi gestionali interni allo scopo di renderli trasparenti e dunque sindacabili dall'esterno"*.

De iure condendo la c.d. «Legge di stabilità di rimando al c.d. decreto Sblocca Italia»²⁷, tra le varie misure di rilancio del mercato delle infrastrutture ed opere pubbliche dovrebbe prevedere espressamente il riconoscimento del *rating* di legalità come requisito soggettivo obbligatorio per la partecipazione alle gare d'appalto e con l'obbligo del ricorso al sorteggio in ipotesi di parità di punteggio dei concorrenti.

La normativa testé citata ed il regolamento appena adottato colmano di fatto le lacune che rendevano impervia la possibilità per le stazioni appaltanti di esercitare la discrezionalità strumentale prima citata gravando i concorrenti dall'onere di dimostrare il possesso di requisiti aggiuntivi quali il modello organizzativo ex D.lgs. 231/01 ora assorbito all'interno del riconoscimento del *rating* di legalità.

In particolare, viene meno la carenza di validazione pubblicistica del c.d. requisito etico in quanto il regolamento di cui al Decreto del MEF prima citato attribuisce all'Autorità Garante della concorrenza dei mercati²⁸ il ruolo

di verificare la sussistenza dei requisiti idonei al riconoscimento del *rating* di legalità, tra questi anche l'implementazione del modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01 dei codici etici, dei protocolli di legalità.

A differenza della situazione antecedente all'introduzione del *rating* di legalità, per cui sostanzialmente la dimostrazione di quello che per semplificare abbiamo chiamato "requisito o certificazione etica" era rimessa esclusivamente ad una autodichiarazione certificativa da parte dell'operatore economico partecipante alla gara, che implicava una verifica *ex post* in ordine alla veridicità della dichiarazione²⁹, oggi la stazione appaltante si affida all'attestazione (il c.d. bollino blu) del *rating* rilasciata dall'Autorità Garante della concorrenza, che presuppone un procedimento di verifica e de-

clausole vessatorie inserite nei contratti con i consumatori. A partire dal 13 giugno 2014 l'Autorità vigila sul rispetto delle norme sui diritti dei consumatori che recepiscono la nuova Direttiva comunitaria Consumer Rights. Dal 2004 applica la legge sul conflitto di interessi dei titolari delle cariche di Governo, l'Antitrust, di seguito all'emanazione del d.lgs. 13 agosto 2010, n.141 cura inoltre l'applicazione della disciplina sulle pratiche commerciali scorrette poste in essere da un operatore del mercato finanziario, assoggettato alla disciplina del testo unico bancario, che offre ai consumatori servizi accessori all'acquisto di beni presso esercizi commerciali. Cons. Stato, Sez. VI, 22-07-2014, n. 3896 (Conferma T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 6354/2011 e T.A.R. Lazio - Roma, Sez. I, n. 6360/2011).

²⁹ Verifica, allo stato, oggettivamente inutile, in quanto le norme che disciplinano il modello organizzativo ex D.Lgs. 231/01 si rifanno alle linee guida di Confindustria da ultimo approvate dal Ministero di Grazia e Giustizia in data 21 luglio 2014 e come le norme tecniche inerenti i sistemi di gestione di: qualità, ambiente, sicurezza, responsabilità sociale disciplinati da standard della serie UNI EN ISO 9001 -14001, EMAS, OHSAS 18001, SA 8000 etc.. non vincolano gli operatori economici (eccetto le imprese quotate in Borsa) a dotarsene ed applicarle. La differenza tra il modello organizzativo 231 e le norme della qualità sta proprio nell'assenza di un ente terzo valutatore e all'uopo riconosciuto convenzionalmente dalla P.A., ecco cristallizzata la funzione di validazione pubblicistica da parte dell'Autorità Garante della concorrenza col decreto sulle liberalizzazioni.

²⁷ Decreto legge 12 settembre 2014 n. 133, G.U. 212 del 12 settembre 2014 Misure urgenti per la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive.

²⁸ L'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, meglio nota come Antitrust, è stata istituita in Italia nel 1990. E' un'istituzione indipendente, che prende le sue decisioni sulla base della legge, senza possibilità di ingerenze da parte del Governo né di altri organi della rappresentanza politica. L'Autorità garantisce il rispetto delle regole che vietano le intese anticoncorrenziali tra imprese, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni in grado di creare o rafforzare posizioni dominanti dannose per la concorrenza, con l'obiettivo di migliorare il benessere dei cittadini. Nel 1992 è stata affidato all'Antitrust il compito di contrastare la pubblicità ingannevole delle aziende. Dal 2007 l'Autorità tutela i consumatori (e dal 2012 anche le microimprese) dalle pratiche commerciali scorrette delle imprese. Per garantire che il confronto sul mercato avvenga lealmente interviene anche contro la pubblicità comparativa che getta discredito sui prodotti dei concorrenti o confonde i consumatori. Dal 2012 è stata affidata all'Antitrust la tutela amministrativa contro le

libazione trasparente e prodromico al rilascio del rating.

4. Conclusioni.

In attesa di leggere e commentare le misure della «Legge di Stabilità» riteniamo di poter concludere che, alla luce della normativa sul rating di legalità, le stazioni appaltanti sono sin d'ora legittimate ad inserire tra i criteri aggiuntivi nella *lex specialis* il possesso della da noi declinata «certificazione etica».

Al contempo, riteniamo che, a presidio dei principi di derivazione comunitaria che tutelano la concorrenza ed in omaggio al principio del *favor participationis* non è possibile, per le stazioni appaltanti, inserire il precisato requisito tra quelli necessari all'ammissione in sede di gara a pena di esclusione.

Tuttavia, i dubbi ermeneutici che, si pongono in ordine ad una presunta lesione alle norme sulla concorrenza scaturente dal riconoscimento del requisito etico, quale requisito di partecipazione alla gara, vengono meno non solo per quanto sopra esposto, ma anche per le seguenti ulteriori considerazioni.

A differenza dei dibattiti economici sul tema, l'analisi sull'etica applicata alla P.A. sotto un profilo più squisitamente giuridico non ha come obiettivo la valutazione circa l'efficienza relativa di forme produttive diverse, bensì la relazione intercorrente tra efficienza e qualità dei servizi e giustizia, tra libertà di concorrere ed equità, tra diritti e benessere.

Troppo spesso Etica ed affari sono visti quasi come un ossimoro; come due estremi inconciliabili³⁰.

³⁰ A. PALUMBO, *Op. cit.*, 66 "Nella letteratura economica corrente il mondo degli affari viene spesso rappresentato come un'arena in cui individui ed imprese si confrontano senza esclusione di colpi. Il resoconto dei rapporti fra etica e affari proposto dai pensatori economici neoclassici attribuisce alla morale il compito di definire i fini socialmente utili da perseguire e all'economia la scelta dei mezzi appropriati per il loro raggiungimento".

A tal proposito, degno di nota sembra essere il dibattito che ha caratterizzato la sociologia moderna in relazione alla riferibilità del concetto di morale alle imprese³¹ e le scienze giuridiche sul concetto di punibilità degli enti³².

³¹ A. PALUMBO, *Op. cit.*, 71 "Fra coloro che contrariamente a Ladd sostengono la possibilità di attribuire responsabilità morale alle imprese abbiamo il filosofo Peter French (1979). Anche per French la moderna società per azioni è una organizzazione burocratica che opera per mezzo di una razionalità strumentale. Diversamente da Ladd, French vede però l'agire burocratico-razionale come la condizione necessaria per perseguire fini che sono indipendenti dalle volontà dei singoli. L'impresa ha quindi una personalità autonoma rispetto a quella dei membri e responsabilità morali chiaramente identificabili. Per Ken Goodpaster (1983), l'attribuzione di responsabilità morale non deriva dall'essere l'impresa una persona morale, ma dall'identità fra processo deliberativo dell'individuo e processo deliberativo dell'organizzazione. Secondo Goodpaster gli elementi che caratterizzano un processo deliberativo responsabile sono quattro: 1) percezione; 2) ragionamento; 3) coordinazione; 4) attuazione. Questi elementi sono necessari per la realizzazione di qualsiasi azione moralmente responsabile. Ciò consente a Goodpaster di definire un 'principio di proiezione' il quale afferma che: "non solo è appropriato descrivere l'organizzazione in analogia con l'individuo, ma è anche appropriato normativamente rafforzare le attitudini morali nell'organizzazione in analogia con l'individuo".

³² F.C. BEVILACQUA, *I Presupposti della responsabilità di reato negli enti, - I Modelli organizzativi ex D.Lgs. 231/01 Etica di Impresa e punibilità degli enti* Milano, 2005, 117 e ss. "La ritrosia dell'ordinamento giuridico italiano all'adozione di un modello di responsabilità per gli enti dipendeva dalla forte tradizione dogmatica espressa dall'adagio "societas delinquere non potest. Primo pilastro di questo dogma continua ad essere secondo alcuni, l'articolo 27 della costituzione: La responsabilità penale è personale (comma 1); Le pene..devono tendere alla rieducazione del condannato. (...) L'intento del legislatore del d.lgs. 231/01 era quello di salvaguardare il rispetto della Costituzione ed in particolare del principio di personalità della responsabilità penale, intesa non solo nella sua lettura minima come responsabilità per fatto proprio ma anche e soprattutto come responsabilità personale colpevole. Il legislatore ha quindi scartato l'opzione di adottare un tipo di responsabilità par ricochet, per ricaduta automatica e diretta dalla responsabilità penale della persona fisica, come ad esempio avviene per la persone morale in Francia (art. 121-2 code pénal del 1994) ed ha invece cercato di individuare una peculiare colpevolezza dell'ente. (...) Come rilevavano i membri della Commissione Grosso si tratta di una <<responsabilità punitiva>>, un istituto ancorato a presupposti penalistici (commissione di un reato) e governato dalle

Del resto la normativa nazionale da noi prima esaminata deriva da fonti normative di diritto internazionale e comunitario³³ per cui lo sforzo da ultimo operato dal legislatore Italiano con il decreto «Cresci Italia» e *de iure condendo* con lo «Sblocca Italia e Legge di Stabilità» segna un avanzamento sostanziale in ordine al *favor* verso un rapporto tra P.A. ed operatori economici sempre più improntato ad un approccio etico, che sottende il rispetto di altri principi fondamentali quali la trasparenza e il principio di equità.

Come rilevato da autorevole orientamento dottrinario³⁴, nell'ordine giuridico, il ruolo dell'equità è quello di dare rilievo alle regole che si formano nella coscienza sociale rispetto a quelle del diritto legale.

L'equità come regola giuridica che si impone perché l'ordine sociale non solo la pratica – come si direbbe della consuetudine o della

prassi – ma l'avverte come sanzione dei valori concreti di una società reale.

Ci pare inconfutabile che le norme c.d. etiche di recente emanazione, oggetto della presente disamina, registrino proprio questo tipo di condivisione in seno alla società, sia sul versante degli operatori economici e dei cittadini che sul versante della autorità e più in generale della P.A.

L'applicazione rigorosa delle norme e dei principi qui esaminati consentirà, ci auguriamo in tempi relativamente brevi, di constatare che la virata etica del mercato degli appalti pubblici diventerà il punto di forza dell'economia nazionale ed un argine concreto al potere economico dilagante della criminalità organizzata.

garanzie forti del diritto penale, ma che rispetto al diritto penale classico presenta inevitabili diversità, dovute alle diversità dei destinatari". Cassazione, 30.01.2006, n. 3615, G. Dir., 2006, 15, 60 "(...) ad onta del nomen iuris, la nuova responsabilità, nominalmente amministrativa dissimula la sua natura sostanzialmente penale".

³³ La responsabilità amministrativa delle persone giuridiche è stata introdotta nell'ordinamento italiano in esecuzione di diverse Convenzioni internazionali quali la Convenzione di Bruxelles del 26 luglio 1995 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità europea, la Convenzione di Bruxelles del 26 maggio 1997 sulla lotta alla corruzione di funzionari pubblici sia della Comunità europea che degli Stati membri, la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche ed internazionali, la Convenzione ed i Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15.11.2000 ed il 31.05.2001, ratificato con legge n. 146 del 2006. Rilevanti si presentano le disposizioni contenute nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla criminalità informatica redatta a Budapest nel novembre 2001 e quella per la prevenzione del terrorismo firmata a Varsavia nel 2005, e la Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione di Merida del 2003.

³⁴ A. P. L.R. PERFETTI, *Op. cit.*