

Relazione per il seminario

PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE NELLA RIFORMA DELLA P.A. E NELLA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

organizzato da: *italiadecide* (Associazione per la qualità delle politiche pubbliche) ed
AEQUA, (Associazione per l'efficienza e la qualità nell'amministrazione)

lunedì 9 novembre 2015
Sala del Mappamondo - Camera dei deputati

(Gianfrancesco Fidone)

1. Introduzione. 2. La generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di corruzione. 3. La corruzione in relazione alle fasi della vita dell'appalto pubblico. 4. Linee di tendenza nella lotta alla corruzione nei contratti pubblici: irrigidimento delle procedure di affidamento e conseguente perdita di efficienza. 5. La riforma della disciplina anticorruzione: il potenziamento delle misure generali di prevenzione. 5.1. Misure specifiche per il settore della contrattualistica pubblica: la creazione di una disciplina anticorruzione “*fuori dalla gara*”. 6. La ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza. 6.1 *Best value* e integrità nel Regno Unito. 7. Il perseguimento dell'efficienza nel disegno di legge delega per il recepimento delle nuove direttive. 7.1 Le misure amministrative volte al contrasto della corruzione contenute nel disegno di legge delega. 8. Conclusioni: alcuni suggerimenti al Legislatore delegato.

1. Introduzione¹

Il presente scritto si propone di approfondire il rapporto tra le due patologie della contrattazione pubblica, ovvero l'inefficienza e la corruzione. Sul punto occorre preliminarmente affermare che si tratta di due patologie ben distinte, dal momento che può aversi inefficienza anche senza corruzione (cioè nel caso di funzionari perfettamente integri). Diversamente, è più difficile affermare che possa esservi corruzione che non generi inefficienza.

¹ La presente relazione trae frutto dagli studi comparati fatti nell'ambito del progetto, coordinato dai Prof.ri Manuel Férrez e Joaquín Tornos Mas, "*Avoiding Fraud in Cohesion Policy 2014-2020: a comparative Study on the correct observance and implementation of the public procurement EU regulations by managing and contracting authorities*", periodo 2013/2015, finanziato dal European Anti-fraud Office (OLAF) e dalla Fundación ESADE, Universidad Ramón Llull di Barcellona, al quale ho partecipato come *Investigador Principal (Director)*, su incarico della stessa Università ESADE. I contenuti sono poi maturati nell'ambito del tavolo di lavoro che si è costituito presso Italia Decide, diretto dal Presidente on. Luciano Violante e coordinato dal dott. Enrico Seta, che si ringraziano sentitamente dell'opportunità concessa.

Per vent'anni la tendenza del Legislatore, a partire dai noti fatti di Tangentopoli, è stata quella di contrastare la corruzione attraverso la privazione in capo ai funzionari pubblici della discrezionalità necessaria per fare scelte efficienti, attraverso l'irrigidimento delle procedure di acquisto e dei modelli contrattuali. Il Legislatore si è dunque sostituito all'Amministrazione, predeterminando procedure di gara e modelli contrattuali rigidi (che continuano a moltiplicarsi) che quest'ultima si trova solo ad applicare senza possibilità di fare le scelte opportune per il caso concreto. La discrezionalità amministrativa è stata, dunque, ritenuta occasione di corruzione.

La teoria economica dimostra però che procedure di aggiudicazione e meccanismi contrattuali rigidi e pieni di appesantimenti, che peraltro sono stati causa di incertezza normativa e si sono rilevati inadatti alla realizzazione di molte opere tanto da indurre spesso il ricorso a procedure derogatorie, generano inefficienza. Per i contratti complessi, inoltre, le procedure rigide (ad esempio le procedure aperte e ristrette) impediscono all'Amministrazione 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 apprendimento della pubblica amministrazione (ad esempio, il dialogo competitivo). Dunque, per tanti anni in Italia si è tentato di prevenire la corruzione rinunciando a priori all'efficienza. Tale filosofia di prevenzione, come dimostrano i ricorrenti scandali, non si è rivelata utile a contrastare il dilagare di fenomeni corruttivi².

Per porre rimedio a questa situazione, a partire dal 2012 è stata avviata una riforma (che contiene numerose disposizioni specifiche relative al settore degli appalti), che ha per la prima volta introdotto una disciplina organica volta alla prevenzione della corruzione. In tale contesto, ha assunto un ruolo centrale l'Autorità Anticorruzione (ANAC).

L'inefficienza, al contrario della corruzione che è per definizione un fenomeno nascosto, è riscontrabile nei dati che mostrano che in Italia le opere costano più che in altri Paesi, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. Dietro questi dati è stato ritenuto che si possano nascondere fenomeni corruttivi ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza fino a quando le indagini penali non li portino in evidenza³. Questo, peraltro, rende difficile ideare strumenti di prevenzione della corruzione e, soprattutto, verificare la loro efficacia.

Capovolgendo l'approccio tradizionale che si è già descritto, si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della

² Per questa parte del ragionamento, la relazione trae spunto da FIDONE G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Il Giornale di Diritto Amministrativo* n. 3/2015, pp. 325- 344.

³ CANTONE R. - DI FEO G., *Il male italiano*, Rizzoli, 2015, pp. 8 e ss. che utilizzano l'esempio della Metro C di Roma.

performance) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi. Se si conseguisse la piena efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica.

Una conferma della tesi sostenuta può essere la semplice osservazione che i Paesi che hanno dati migliori sull'efficienza della contrattazione pubblica (e più in generale dell'attività amministrativa) sono anche quelli nei quali è meno sentito il problema della corruzione e ove i cittadini la percepiscono meno.

Occorrerebbe, dunque, perseguire in primo luogo l'efficienza della contrattazione pubblica, attraverso una riforma della disciplina di settore che vada in tale senso. Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere.

Sotto tale prospettiva di osservazione si tenterà di esaminare l'attuale testo del disegno di legge delega per il recepimento delle nuove direttive europee, in corso di discussione in Parlamento e, in conclusione, di suggerire talune soluzioni al Legislatore delegato.

2. La generale permeabilità della contrattualistica pubblica a fenomeni di corruzione.

Negli ultimi anni in Italia sono emersi importanti fatti di corruzione legati alla realizzazione di opere pubbliche. Il riferimento è, ad esempio, alle opere di Expo Milano 2015, a quelle volte alla realizzazione del Mose di Venezia, ai fatti di "*Mafia Capitale*" a Roma. Tali fenomeni inducono a riflettere sul generale problema della corruzione negli appalti pubblici e sulle azioni del Legislatore, volte a contrastare tale fenomeno.

Deve, peraltro, essere ricordato che il concetto di corruzione è multilivello e oscilla fra dimensione giuridica, etica ed economica⁴. Tuttavia, nell'immaginario collettivo il termine

⁴ Tra i più recenti studi sulla corruzione, si possono menzionare: VANNUCCI A., *Atlante della corruzione*, Torino, Edizioni Gruppo Abele, 2012; PALAZZO F. (a cura di) *Corruzione pubblica. Repressione penale e prevenzione amministrativa*, Firenze, Firenze University Press, 2011; MATTARELLA B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*. Il Mulino, 2007; MERLONI F. – VANDELLI (a cura di) *La corruzione amministrativa*, Passigli, 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, Laterza, 1998); quella nominata dal Ministro della funzione pubblica e presieduta da Gustavo Minervini nello stesso anno; quella nominata dal

corruzione è spesso associato a specifiche fattispecie di reato, oggetto del diritto penale, da contrastarsi sul piano della sola repressione. A tale accezione restrittiva del termine si affianca una nozione di corruzione più ampia, che ha riguardo a varie forme di malcostume politico e amministrativo, più propriamente da ricondurre al diritto amministrativo, che può essere prevenuta attraverso l'applicazione di misure riconducibili a tale disciplina. Secondo l'ANAC (Autorità Nazionale AntiCorruzione) e il Dipartimento della Funzione Pubblica, il termine “*corruzione*” deve essere inteso come comprensivo: (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*”⁵. Dunque, tale formula censura anche l'utilizzo privato di funzioni pubbliche, pur non avente rilevanza penale. In tal senso, può essere utile richiamare quella prospettiva proposta delle scienze sociali che guarda alla corruzione come “*the abuse of entrusted power for private gain*” (“*l'abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale*”)⁶. In virtù di tale definizione, sarebbero quattro gli elementi che caratterizzano la corruzione ovvero: il potere affidato, il soggetto titolare del potere, l'abuso collegato ad un distorto esercizio del potere, il vantaggio privato conseguito⁷.

I motivi della concentrazione dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici appaiono diversi⁸: si tratta di un settore caratterizzato dall'utilizzo di ingenti somme di denaro

Ministro della funzione pubblica e presieduta da Roberto Garofoli nel 2011 (il cui rapporto è pubblicato in La prevenzione della corruzione. Per una politica di prevenzione, in http://www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzione-DEF.pdf).

⁵ Piano Nazionale Anticorruzione, anno 2013, p. 13 consultabile sul sito istituzionale dell'ANAC www.anticorruzione.it.

⁶ POPE J., “*Confronting corruption: The elements of a national integrity System*”, Trasparency International Source Book, 2000.

⁷ Secondo la teoria economica, la corruzione nasce da un *rapporto di agenzia* sussistente tra amministratori - *agent* (ad esempio, i politici, il sindaco, ecc.) e amministrati - *principle* (destinatari dell'attività amministrativa, che, ad esempio usufruiranno dell'opera pubblica o del servizio). Infatti, gli amministratori e i politici sono soggetti che dovrebbero realizzare l'interesse della collettività amministrata e da questa sono direttamente scelti (nel caso dei politici con le elezioni) ovvero indirettamente (nel caso in cui gli amministratori pubblici siano assunti da altri amministratori pubblici che dovrebbero sempre curare l'interesse pubblico della collettività amministrata e, in questo caso, si avrebbe un ulteriore problema di agenzia). In tale rapporto di agenzia si ha un'asimmetria informativa a danno del *principle* - collettività amministrata, che riguarda l'operato degli amministratori - *agent*. Conseguentemente, non è detto che gli amministratori pubblici tutelino l'interesse degli amministrati (ad esempio, nelle procedure volte all'aggiudicazione di un contratto, nella sua esecuzione o nelle rinegoziazioni). Potrebbe succedere, infatti, che approfittando dello svantaggio informativo della collettività amministrata l'amministratore (che dovrebbe rappresentarla e curarne l'interesse) favorisca il proprio vantaggio personale in danno all'interesse pubblico. In tale contesto, dunque, si possono inserire fenomeni corruttivi, dal momento che, in assenza di controlli adeguati e di informazione dei cittadini rappresentati, il funzionario potrebbe trovare conveniente farsi corrompere e realizzare il proprio interesse (coincidente con quello del privato) e non con quello della collettività amministrata. Sul punto, si confrontino Napolitano G., *Analisi Economica del diritto pubblico*, Il Mulino, 2009, pp. 203 e ss.; Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Il Mulino, 2014, pp. 28 e ss..

⁸ Il tema della corruzione nella contrattualistica pubblica è stato, tra gli altri, trattato da: SANDULLI M.A. - CANCRINI A., *I contratti pubblici*, in MERLONI F., VANDELLI L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli Editori, 2010, 437 ss.; VANNUCCI A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in COMPORTE G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; RACCA G.M.,

pubblico, che attirano interessi illeciti; esiste una 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 (anche, come si è visto, per l'effetto di disposizioni di legge derogatorie alla disciplina generale); la complessità della disciplina e il quadro di instabilità normativa che caratterizza il settore, favoriscono il verificarsi di fenomeni patologici. Il presupposto di fondo è che quanto più è opaca e non trasparente l'azione delle stazioni appaltanti e meno sottoposta ad adeguati controlli (resi più difficili dalla scarsità di informazioni del controllore, dalla complessità dei contratti e dalla inefficacia dei poteri dello stesso controllore), tanto più concreto è il rischio di corruzione.

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.

Per avere un'idea della consistenza del fenomeno, precisando che si tratta di dati fondati sulla percezione degli intervistati e non di dati reali, può essere fatto riferimento allo speciale Eurobarometro del 2013. Tale sondaggio mostra la grande percezione della corruzione negli appalti, sia nel caso di autorità centrali che locali⁹. Infatti, per il 70% degli intervistati italiani la corruzione è diffusa negli appalti pubblici gestiti da autorità nazionali, contro il 56% della media UE (solo il 9% afferma che sia rara e lo 0% che non esista). Per il 69% degli intervistati italiani, la corruzione è diffusa negli appalti gestiti dalle Autorità regionali o locali, contro il 60% della media UE (solo l'11% ritiene che sia rara e il 2% che sia inesistente).

La rilevanza del fenomeno corruttivo nel settore degli appalti si è stata desunta da alcuni riscontri empirici. Ad esempio, l'alta velocità in Italia è costata 47,3 milioni di euro al chilometro per il tratto Roma - Milano, 74 milioni a chilometro per il tratto tratta Torino – Novara, 79,5 milioni a chilometro per il tratto Novara-Milano e 96,4 milioni a chilometro per il tratto Bologna - Firenze. Tali dati sono allarmanti, considerando che analoga opera è costata appena 10 milioni a chilometro della tratta Parigi-Lione, 9,8 milioni a chilometro per il tratto Madrid – Siviglia e 9,3 milioni per il tratto della Tokyo-Osaka¹⁰. E' chiaro che tali differenze possono dipendere da molti diversi fattori di inefficienza e non necessariamente da fenomeni corruttivi ma il dato resta certamente allarmante.

La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), in Mattarella B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013. Si veda anche CLARICH M., *The rules on public contracts in Italy after the Code of Public Contracts*, in *Italian Journal of public law*, 2013 p. 43-56.

⁹ Si tratta di un sondaggio della Commissione Europea, fondato sulla percezione della corruzione da parte degli intervistati nei diversi Stati membri. Tali dati, dunque, non devono considerarsi pienamente attendibili, soprattutto se singolarmente considerati. Tuttavia, possono dare un'idea indicativa del fenomeno misurato, soprattutto attraverso la comparazione tra i singoli Paesi.

¹⁰ La fonte di tali dati è: CICCIONI I., *Il libro nero della TAV*, 10.09.2011, su www.ilfattoquotidiano.it. Gli stessi dati sono citati anche dal documento della Commissione Europea COM(2014) 38 final Bruxelles, 3.2.2014 - ANNEX 12 - Allegato sull'Italia della Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo - Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione.

L'esperienza ha anche insegnato che negli anni '90, successivamente ai noti fatti di Tangentopoli, si verificò un drastico abbattimento dei costi rilevato per la realizzazione dei lavori pubblici, probabilmente anche per effetto della nota inchiesta giudiziaria di “*Mani pulite*”. Ad esempio, è stato osservato che se la realizzazione del passante ferroviario a Milano nel periodo precedente a tali fatti (anni precedenti al 1992) era costata quasi 100 miliardi di lire a chilometro, per effetto dell'inchiesta, il prezzo sostenuto per i medesimi lavori si ridusse drasticamente anche in misura del 45-50%¹¹.

I dati riportati (a titolo meramente esemplificativo e senza alcuna pretesa di fornire una misurazione reale del fenomeno) danno l'idea di quanto sia rilevante il problema della corruzione nella contrattualistica pubblica in Italia.

3. La corruzione in relazione alle fasi della vita dell'appalto pubblico.

Tutte le fasi della contrattazione pubblica (da quella di preparazione e programmazione dei contratti a quella di progettazione, dall'aggiudicazione all'esecuzione) si prestano al verificarsi di fenomeni corruttivi. Tale affermazione trova conferma nello speciale Eurobarometro del 2013 che mostra che gli italiani ritengono le seguenti pratiche particolarmente diffuse nelle gare d'appalto pubbliche: capitolati su misura per favorire determinate imprese (52%); abuso delle procedure negoziate (50%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (45%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (55%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (52%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (38%)¹².

Cercando di fare una breve analisi che tenga conto altresì dei rilievi fatti dalla (soppressa) AVCP nel corso degli ultimi anni, si possono individuare, senza pretesa di esaustività, una serie di istituti *critici*, che vanno collocati nelle diverse fasi della vita di un contratto pubblico.

La fase precedente all'aggiudicazione, ovvero quella dell'individuazione del fabbisogno e della programmazione e progettazione dell'intervento, appare decisamente trascurata dal Legislatore, (soprattutto a confronto con quella successiva dell'aggiudicazione del contratto) ed è,

¹¹ Fonte: dossier “*Corruzione. La tassa occulta che impoverisce e inquina il Paese*”, curato da Associazione Libera e Legambiente.

¹² Le percentuali corrispondono alla somma tra chi ritiene tali pratiche molto diffuse e abbastanza diffuse. I dati non sono molto distanti da quelli della media Europea: capitolati su misura per favorire determinate imprese (57%); abuso delle procedure negoziate (47%); conflitto di interesse nella valutazione delle offerte (54%); turbativa d'asta (52%); criteri di selezione o di valutazione poco chiari (51%); partecipazione degli offerenti nella stesura del capitolato (48%); abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (46%); modifica dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto (44%)

invece, ad alto rischio di corruzione. I fenomeni più diffusi sono i bandi su misura e le specifiche tecniche su misura: una stazione appaltante, al momento della redazione della *lex specialis* di gara e dei documenti tecnici, che delineano il contratto di cui ha bisogno, potrebbe richiedere prestazioni, caratteristiche, requisiti che, seppur in apparenza pensati per una gara pubblica, in realtà sono predisposti *ad hoc* per una o più imprese pre-individuate le quali divengono le uniche concretamente candidate ad aggiudicarsi il contratto. In questo modo, si vanificano gli strumenti di trasparenza e di controllo predisposti per la fase di aggiudicazione determinando la violazione della concorrenza e degli interessi degli altri operatori economici, sostanzialmente impossibilitati a vincere la gara.

La fase di aggiudicazione del contratto appare anch'essa esposta al rischio di corruzione, seppure è quella più regolata a livello europeo e nazionale e più assoggettata alle regole di trasparenza e pubblicità, oltretutto ai maggiori controlli anche giurisdizionali (per effetto del controllo incrociato tra concorrenti). Come si tenterà di dimostrare nei successivi paragrafi, non appare condivisibile l'approccio sino ad oggi seguito dal Legislatore di contrastare la corruzione attraverso la privazione della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti. Inoltre, è di certo sproporzionata l'attenzione che il Legislatore dedica a tale fase, in comparazione con quella precedente della preparazione del contratto e con quella successiva dell'esecuzione.

In tale fase, vi può essere l'elusione dei principi di gara. Sebbene, infatti, 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 considerati superiori. Il riferimento è alle deroghe per situazioni di urgenza o emergenza, che permettono all'Amministrazione di agire in maniera meno trasparente a causa della necessità di un intervento tempestivo e rapido¹³. Altre deroghe sono previste dallo stesso Codice, che esclude espressamente alcune categorie di contratti dall'applicazione delle proprie disposizioni, pur richiedendo il rispetto dei principi fondamentali della materia, fra cui la trasparenza e la pubblicità dell'azione amministrativa¹⁴.

¹³ 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 nel caso del Mose.

¹⁴ È quanto accade per i servizi di cui all'allegato IIB del Codice, per i contratti segreti, per alcune tipologie di contratti in settori speciali, e altri casi previsti dalla legge. La fuga dal Codice in tali casi – nonostante l'elevato valore degli importi interessati – non è assistita da controlli adeguati sull'azione amministrativa che, dunque, si presta a essere terreno più fertile per la corruzione. Si pensi, ad esempio, che i contratti segreti sono del tutto sottratti alla vigilanza dell'AVCP (oggi ANAC) e solo dal 2010 sono sottoposti all'obbligo di richiesta del Codice identificativo della gara (CIG), che permette un monitoraggio attenuato da parte dell'Autorità.

Altra criticità è quella dell'abuso della discrezionalità dell'Amministrazione. Gli istituti dell'aggiudicazione del contratto caratterizzati da un'ampia discrezionalità sono particolarmente pericolosi per la stazione appaltante poiché rischiano di tradursi in un abuso di tale potestà di scelta da parte delle stesse. Il pericolo è ancora maggiore nell'ambito della contrattazione senza gara, dove la mancanza di pubblicità e di adeguati controlli, uniti alla scarsa concorrenza, rendono più esposta l'azione amministrativa. Per tali ragioni si possono ritenere a rischio corruzione il momento della valutazione delle offerte; le procedure negoziate, soprattutto quelle senza una previa pubblicazione del bando (in tali casi, l'Amministrazione ha ampia libertà di scelta sia in merito ai soggetti da coinvolgere nelle contrattazioni sia in merito a come comportarsi durante le stesse, senza che siano previste particolari forme di pubblicità di tali scelte); l'affidamento diretto, nel quale manca una vera e propria procedura ma è l'Amministrazione che sceglie discrezionalmente a chi affidare il contratto¹⁵.

Non meno pericolosa è, però, la tendenza opposta dell'eccessiva fiducia negli automatismi. Ad esempio, l'automatica esclusione delle offerte anomale è un criterio che non solo viola i principi di concorrenza e *par condicio* fra gli operatori, ma si presta altresì a forme di collusione tra gli offerenti che possono, accordandosi, manipolare a piacimento le soglie di anomalia; il criterio del prezzo più basso (a torto considerato come criterio più sicuro rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa) può determinare il fatto che un operatore economico offra un prezzo molto basso per aggiudicarsi il contratto, consapevole che, poi, in fase di esecuzione, potrà farlo aumentare attraverso riserve e altre forme di compensazione. Inoltre, il prezzo più basso avvantaggia le imprese connesse alla criminalità organizzata, che dispongono di ingenti capitali e possono, quindi, operare in condizioni più vantaggiose di altri operatori economici, anche per riciclare denaro sporco.

In ultimo, nella fase di aggiudicazione possono verificarsi fenomeni di collusione fra le imprese, che possono accordarsi in modo tale da spartirsi il mercato.

Rispetto alla fase dell'aggiudicazione dei contratti, deve anche essere accolta favorevolmente la disposizione di cui all'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 IRPEF) che ha disciplinato la figura dei "*soggetti aggregatori*" per l'acquisizione di beni e servizi¹⁶. Senza entrare nel dettaglio di tale complessa disciplina, nell'ambito dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (già istituita con l'art.

¹⁵ Secondo i dati dell'AVCP, le segnalazioni che pervengono all'Autorità si concentrano in alcuni settori dove è più facile il ricorso all'affidamento diretto (fonte Relazione annuale 2013 dell'AVCP).

¹⁶ Sul punto si rinvia a: 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.

33-ter del d.l. 18.10.2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla l. 17.12.2012, n. 221) è creato un nuovo elenco ove dovranno iscriversi i “*soggetti aggregatori*”. Hanno l’obbligo di iscriversi in questo particolare elenco la Consip S.p.A.¹⁷ e “*una centrale di committenza per ciascuna regione, qualora costituita ai sensi dell’articolo 1, comma 455, della legge 27 dicembre 2006, n. 296*”¹⁸.

Peraltro, la portata di tale innovazione appare andare oltre l’obiettivo dichiarato dal Legislatore della sola riduzione e razionalizzazione della spesa pubblica. In realtà, la centralizzazione delle stazioni appaltanti è collegata tanto al tema dell’efficienza degli affidamenti, quanto a quello della lotta alla corruzione. Quanto al primo aspetto, la centralizzazione delle stazioni appaltanti può garantire maggiore informazione e consapevolezza alla Pubblica Amministrazione che si accosta a un appalto pubblico, riducendo la fisiologica asimmetria informativa a danno della Pubblica Amministrazione nei confronti dei privati e consentendo alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare contratti più efficienti grazie alle maggiori informazioni (specializzazione) di cui dispongono. Dall’altro lato, l’accorpamento delle centrali di committenza riduce il numero dei soggetti da controllare e monitorare e consente un più efficace contrasto alla corruzione, anche attraverso la scelta di pubblici amministratori affidabili¹⁹.

La fase di esecuzione del contratto è senza dubbio la fase più critica, nella quale l’AVCP ha rilevato il maggior numero di segnalazioni²⁰. Anche la 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*”²¹.

¹⁷ La Consip S.p.A. (nata come Concessionaria Servizi Informativi Pubblici) è una società per azioni, di cui unico azionista è il Ministero dell’economia e delle finanze, e svolge attività di consulenza, assistenza e supporto in favore delle Amministrazioni Pubbliche per l’acquisto di beni e servizi. La società, inoltre, svolge funzioni centrali di committenza nazionale.

¹⁸ 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 (Art. 9, comma 6, l. 89/2014).

¹⁹ Anche altri 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*, CAVALLO PERIN R., RACCA G.M., *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, in *Diritto amministrativo*, 2010, 325-354; RACCA G.M., *Le prospettive dell’aggregazione nell’amministrazione dei contratti pubblici*, in *Aperta Contrada* (www.apertacontrada.it), 2014.

²⁰ Relazione annuale 2013 Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

²¹ Relazione della Commissione Europea sulla corruzione, 3.02.2014, COM 2014/38, annex 12 sull’Italia. (Si confronti anche “*Public Procurement in Europe: cost and effectiveness*”, 2011, su www.ec.europa.eu. Può anche essere citato, a titolo meramente esemplificativo, un dato fornito dal quotidiano *La Repubblica* (Fonte: www.larepubblica.it 22

Il motivo di tale permeabilità di tale momento agli eventi corruttivi è semplice: si tratta della fase della vita dell'appalto meno regolata, dove si ha una minore applicazione della trasparenza dell'azione amministrativa, una minore garanzia della concorrenza e, soprattutto, un minor numero di controlli. Tale mancanza può giustificarsi in sede comunitaria, ove le direttive si occupano solo della fase della scelta del contraente, per il fatto che la fase di esecuzione di regola non pone un problema legato al mercato unico e alla concorrenza. Meno spiegabile è la scelta del Legislatore interno che all'esecuzione dei contratti di appalto dedica solo poche disposizioni che spesso regolano sotto aspetti di dettaglio²².

Sono molteplici i momenti della fase dell'esecuzione del contratto che si prestano a forme di manipolazione dell'interesse pubblico in nome di interessi privati.

Uno di tali momenti è quello della modifica dei termini contrattuali dopo l'aggiudicazione: attraverso l'istituto delle varianti in corso d'opera 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; tali modifiche non sono sottoposte ad attenti controlli e spesso sono decise a seguito di un confronto personale fra la stazione appaltante e l'appaltatore, dunque, senza la pubblicità e la trasparenza necessaria. 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. Queste 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, sono terreno fertile per fenomeni corruttivi che possono dare la possibilità all'appaltatore di ottenere un riequilibrio finanziario delle operazioni che gli sono richieste o, in ogni caso, un aumento dei ricavi dovuti per il contratto.

Anche il subappalto, presenta il rischio che l'aggiudicatario coinvolga nel contratto soggetti non qualificati e inaffidabili. Tale rischio dipende dalla discrezionalità della scelta dei subcontraenti, con la possibilità di eludere il principio di trasparenza e aumenta quanto più è lunga e articolata la filiera della subcontrattazione. Tali problematiche sono connesse anche all'avvalimento, istituto in forza del quale l'operatore economico che difetta di alcuni requisiti di

dicembre 2011) secondo il quale le indagini svolte da più Procure nel triennio 2007-2010 su 33 grandi opere affidate hanno svelato come il costo sostenuto dalle casse dell'Erario sia passato dagli iniziali 574 milioni di euro a 834 milioni finali, con un aumento, quindi, pari al 45% del valore iniziale dell'aggiudicazione.

²² Si pensi agli artt. da 113 a 120 del d.lgs. 163/2006 e, per i soli appalti di lavori, da 126 a 141, che devono ritenersi, in linea di principio, applicabili anche alle concessioni, fatte salve le disposizioni speciali dettate per la concessione di lavori dall'art. 148 del Codice e dagli artt. da 156 a 160, in relazione alla finanza di progetto.

carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo richiesti dal bando può usufruire di quelli che gli mette a disposizione un'altra impresa (c.d. ausiliaria) per potersi aggiudicare il contratto.

Per quanto riguarda la definizione delle controversie, l'arbitrato (per lungo tempo esito normale dei contratti pubblici) ha portato quasi sempre alla soccombenza della Pubblica Amministrazione²³. I problemi legati all'arbitrato sono anche dovuti alla poca trasparenza sulle nomine degli arbitri e sui compensi che spettano agli stessi²⁴.

Soprattutto in fase di esecuzione dei contratti, appare necessario garantire maggiore trasparenza e controlli più adeguati. E' necessario che la trasparenza si traduca in misure concrete delle stazioni appaltanti, il cui operato deve essere conoscibile e conosciuto, anche attraverso la diffusioni del contenuto dei contratti e degli atti aggiuntivi. Al contempo, i controlli (anche giudiziali) dovrebbero essere effettivi, tempestivi ed efficaci. Su tali aspetti, con riguardo alla fase dell'esecuzione dei contratti, il diritto interno appare particolarmente inadeguato.

Come si osserverà più avanti, alcune delle più recenti misure anticorruptive introdotte dal Legislatore hanno correttamente riguardato la fase dell'esecuzione dei contratti e i momenti critici che si sono individuati.

4. Linee di tendenza nella lotta alla corruzione nei contratti pubblici: irrigidimento delle procedure di affidamento e conseguente perdita di efficienza.

Gli scandali recenti dimostrano che a distanza di oltre vent'anni da "*Tangentopoli*" e dalle indagini "*Mani Pulite*" (che fecero emergere una complessa rete di corrottele nel mondo degli appalti e che determinarono la fine della c.d. "*prima Repubblica*" e la dissoluzione di molti dei partiti politici che avevano governato l'Italia nel precedente quarantennio), i medesimi problemi ancora persistono.

Dopo quei fatti, la disciplina dei lavori pubblici fu profondamente innovata con la legge 11 febbraio 1994, n. 109 c.d. "*Merloni*". Tale disciplina, ispirata dalla generalizzata sfiducia nei confronti delle stazioni appaltanti e delle imprese, fu animata da un animo purificatore e finalizzata al contrasto della corruzione. Essa si fondava, peraltro, su due discutibili presupposti: a) la convinzione che i fenomeni corruttivi riguardassero per lo più l'assegnazione degli appalti (con sottovalutazione della fase dell'esecuzione del contratto); b) la convinzione che la discrezionalità

²³ Relazione annuale 2009 Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP).

²⁴ Con la l. 6.11.2012, n. 190 (legge anticorruzione), che si descriverà nel par. 5, sono state introdotte norme per la trasparenza della nomina degli arbitri e che limitano i compensi degli stessi.

amministrativa fosse fonte di corruzione e che, al contrario, meccanismi automatici di aggiudicazione, a seguito di procedure di affidamento rigide ed ingessate, potessero ridurla. Ne conseguì una legge che ha disciplinato (salvo qualche eccezione) la sola fase dell'aggiudicazione dei contratti con l'irrigidimento delle procedure e il dichiarato intento di azzerare la discrezionalità amministrativa.

Tale spirito purificatore non mutò natura con il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 «*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*», con il quale Legislatore ha riunito in un unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici, attuando il recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE. E' nota, infatti, la resistenza del nuovo Codice al recepimento degli istituti flessibili (ad esempio, il dialogo competitivo) disciplinati dalle direttive del 2004. Peraltro, la redazione del Codice, ha costituito il momento iniziale di una serie interminabile di correttivi e ed emendamenti che hanno dato grande incertezza agli operatori del settore.

Dunque, nell'ultimo ventennio, nel settore dei contratti pubblici, la lotta alla corruzione in Italia è stata principalmente intrapresa attraverso l'irrigidimento delle procedure amministrative, la privazione della discrezionalità amministrativa, la creazione di automatismi per l'aggiudicazione dei contratti²⁵.

E' però dimostrato che, in presenza di uno svantaggio informativo dell'amministrazione nei confronti del privato appaltatore, una selezione che si fondi solo su criteri automatici quali il prezzo conduce ad una scelta inefficiente (ovvero si verificano fenomeni riconducibili alla c.d. "*selezione avversa*")²⁶. Non è questo il luogo appropriato ove approfondire tale ragionamento ma, a titolo esemplificativo, si può fare riferimento al "*mercato dei limoni*" ("*market for lemons*") del premio Nobel George Akerlof²⁷. Anche dal "*teorema di equivalenza*" dell'altro premio Nobel William

²⁵ La prevenzione della corruzione attraverso la riduzione della discrezionalità amministrativa trova, peraltro, fondamento in VANNUCCI A., *La corruzione in Italia: cause, dimensioni, effetti*, in La legge anticorruzione, Giappichelli, 2013, che fornisce la seguente funzione della corruzione totale. $Ct = f(R; D; I; -A; -CM; Ct-1, t-2, \dots)$. In tale modello, *Ct* è la corruzione totale di un dato Paese; *R* è l'ammontare di rendite create dall'intervento pubblico, a seguito di attività redistributive o regolative dello Stato, ovvero prodotte da restrizioni concorrenziali nei mercati; *I* è la possibilità dei funzionari di utilizzare come risorsa di scambio *informazioni riservate e confidenziali* che possono essere impiegate a vantaggio del corruttore, aumentando la sua probabilità di ottenere una rendita quale esito finale della procedura; *D*, ossia il grado di *discrezionalità* nell'esercizio, da parte dei decisori pubblici, del potere di creare, distribuire o espropriare tali rendite; *CM* è il costo morale, ovvero il disvalore sociale per la corruzione; *Ct-1, t-2, ...*, corrisponde alla c.d. eredità della corruzione, ovvero le caratteristiche e dall'estensione dello *sviluppo passato della corruzione* che condizionano la presenza e l'efficacia relativa di "strutture di governo" che regolano i rapporti tra i protagonisti degli scambi occulti. Dunque, tra le variabili che incidono sulla corruzione vi sarebbe anche la discrezionalità dei funzionari.

²⁶ Gli economisti definiscono effetto di selezione avversa (*adverse selection*) quell'effetto per il quale hanno più probabilità di partecipare allo scambio volontario quei soggetti [compratori o venditori] che meno possiedono le qualità preferite. Ad esempio, ad esempio: Frank R.H. "Microeconomia", Milano, 2004 (versione italiana).

²⁷ ACKERLOF G., *The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*, in Quarterly Journal of Economics, 1970. La parola "*lemon*" è usata nel gergo americano per indicare un'automobile che è scoperta difettosa solo dopo che è stata comprata e potrebbe essere tradotta in italiano con il termine, altrettanto gergale, di "*bidone*". George Akerlof, Michael Spence, and Joseph Stiglitz hanno ricevuto nel 2001 il Premio Nobel per l'Economia per le loro ricerche sulle asimmetrie informative. Si immagini un mercato ad alta asimmetria informativa a danno del

Spencer Vickrey²⁸, fondamentale nella teoria delle aste, si può dedurre, senza entrare nel dettaglio, che (in assenza delle condizioni ipotetiche che giustificano l'equivalenza, non riscontrabili in natura) il tipo di procedura di aggiudicazione deve essere con attenzione scelto in relazione all'oggetto del contratto.

Dunque, la scelta più opportuna della procedura di aggiudicazione di un contratto pubblico dovrebbe dipendere dal caso concreto, ossia dalle caratteristiche del mercato e da quelle del bene da aggiudicare e non essere predeterminata in astratto *ex ante*. Limitando il ragionamento ai modelli di gara che sono contemplati dal diritto positivo, la scelta da effettuarsi riguarda da un lato il criterio di selezione e all'altro la procedura di gara. Se, ad esempio, per contratti con oggetto beni standardizzati può essere vero che il miglior criterio di selezione dell'offerta è quello del prezzo minimo, per contratti meno semplici, che hanno ad oggetto beni con caratteristiche peculiari, sarà da ritenersi preferibile il criterio (più flessibile) dell'offerta economica più vantaggiosa²⁹.

Il punto di arrivo del ragionamento è che per appalti complessi, ove lo svantaggio informativo della pubblica amministrazione sulla qualità e le caratteristiche del bene da appaltare è particolarmente ampio, occorre ricorrere a procedure flessibili (alternative a quelle aperte o ristrette) quali il dialogo competitivo o le negoziazioni competitive che consentano all'amministrazione di apprendere (e migliorare la propria informazione iniziale) in corso di procedura³⁰. La scelta finale

compratore rispetto al venditore, quale è quello delle automobili usate, nel quale solo i venditori conoscono esattamente la qualità dell'automobile in loro possesso mentre i compratori non hanno strumenti adeguati per risconrarla. In tale mercato, se il compratore fissasse come criterio di scelta il solo prezzo (anche chiamando ribassi su tale prezzo), si accosterebbero alla vendita solo i venditori che posseggono un'automobile di qualità corrispondente o inferiore al prezzo fissato dal venditore. Non aderirebbero allo scambio i venditori che posseggono automobili di qualità superiore a quella corrispondente al prezzo indicato dal compratore. Poiché il compratore non è in grado di riconoscere la qualità dell'automobile offerta, egli accetterebbe lo scambio con il venditore disposto a cedere la sua vettura al prezzo più basso, che però è anche quello che possiede una macchina di qualità più scadente, corrispondente a quel prezzo (dal momento che chi è consapevole che la sua automobile vale più del prezzo di scambio non sarebbe disponibile a cederla per quel prezzo). Si avrebbe dunque un meccanismo di gara che finirebbe col selezionare il bene di peggiore qualità, ricorrendo un classico esempio di selezione avversa

²⁸ Cfr W. S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, Journal of Finance, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37. Vickrey ha vinto il Premio Nobel per l'economia nel 1996.

²⁹ In questa diversa prospettiva, tra i numerosi scritti, AA.VV., *Handbook of Procurement*, a cura di N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO, Cambridge University Press, 2006; AA.VV. *The Economic Theory of Auctions*, vol. I e II, a cura di P. KLEMPERER, Cheltenham, UK, Edward Elgar, 1999; P. KLEMPERER, *What Really Matters in Auction Design*, Nuffield College, Oxford, feb. 2001 (<http://www.nuff.ox.ac.uk/users/klempere/>); R. P. MCAFEE E J. MCMILLAN, *Auctions and Bidding*, in *Journal of Economic Literature*, 1987, 25(2), p. 699 ss.; P. MILGROM, *Auctions and Bidding: A Primer*, in *Journal of Economic Perspectives*, 1989, 3(3), p. 3 ss.; P. MILGROM, *Putting Auction Theory to Work*, Cambridge University Press, 2004; L. PROSPERETTI, M. MERINI, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Una prospettiva economica*, in AA.VV., *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di M. CLARICH, Giappichelli, 2010, p. 27 ss.; K. M. SCHMIDT E M. SCHNITZER, *Methods of Privatization: Auctions, Bargaining and Give-Aways*, in H. GIERSCH (ed.), *Privatization at the End of the Century*, Berlino, 1997, p. 97 ss.; E. WOLFSTETTER, *Auctions: An Introduction*, in *Journal of Economic Surveys*, 1995, 10(4), p. 367 ss.

³⁰ Su questo, si confronti FIDONE G., *Le concessioni di lavori e di servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 1/2015, pp. 101 – 193.

potrà essere così fatta sulla base di un bagaglio informativo maggiore di quello posseduto all'inizio della procedura e in modo tale potrà essere ridotto il rischio di selezione avversa³¹.

Ebbene, la tendenza innegabile del Legislatore italiano è stata quella di prevenire la corruzione attraverso la totale privazione della discrezionalità amministrativa e il forte contrasto all'utilizzo di procedure flessibili. A fronte della flessibilità dei modelli comunitari, si sono previste una moltitudine di rigide procedure per l'aggiudicazione dei contratti (si pensi a tutte quelle vigenti per l'aggiudicazione delle concessioni di lavori), ciascuna di esse con norme peculiari³².

Il Legislatore ha, dunque, scelto la strada della moltiplicazione dei modelli tipizzati rispetto alla strada della flessibilità delle procedure. La legge predetermina i sistemi di aggiudicazione, cercando di sostituirli alla discrezionalità dell'amministrazione (da esercitarsi nell'individuazione di un contratto su misura o della procedura di aggiudicazione più adatta al caso concreto), che in teoria e se bene utilizzata consente maggiore efficienza. Dunque, la tendenza è quella di condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione con dettagliate procedure di aggiudicazione e con modelli contrattuali pre-determinati.

Ricorre spesso l'esempio del "sarto": il diritto comunitario immagina che l'amministrazione possa assumere il ruolo di un sarto incaricato di confezionare un abito (procedura di aggiudicazione) su misura rispetto all'oggetto dell'affidamento. Il Legislatore, a tale modello contrappone il modello dei "grandi magazzini" in cui sono disponibili una molteplicità di taglie preconfezionate (procedure pre-determinate). Tuttavia, in relazione a contratti complessi, modelli tipizzati (taglie preconfezionate) non potranno mai soddisfare pienamente le esigenze del caso concreto come, invece, potrebbe avvenire nel caso del corretto esercizio della discrezionalità amministrativa (abito sartoriale). Il problema del Legislatore è, evidentemente, che non si fida dell'abilità del sarto-amministrazione (capacità di esercitare la discrezionalità amministrativa) e della sua onestà (ovvero, teme che l'esercizio della discrezionalità possa tramutarsi in corruzione).

³¹ Sul punto si può rinviare a FIDONE G., *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, 2013.

³² In tema, AA.VV. *Le gare pubbliche. Il futuro di un modello*, a cura di G. D. COMPORTE, Editoriale Scientifica, 2011, *passim*; AA.VV., *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. CAFAGNO, A. BOTTO, G. FIDONE, G. BOTTINO, Giuffrè, 2013, *passim*; G.D. COMPORTE, *Lo Stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Il diritto dell'economia*, 2007, n. 2; G. GRECO, *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, 1986; ID., *I contratti ad evidenza pubblica*, in *Argomenti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1990, cap. V, p. 67 ss.; F. LEDDA, *Per una nuova normativa sulla contrattazione pubblica*, in AA.VV. *Studi in onore di Antonio Amorth*, vol. I, *Scritti di diritto amministrativo*, Giuffrè, 1982, p. 317 ss.; G. PERICU, *Note in tema di attività di diritto privato della pubblica amministrazione*, Giuffrè, 1966; G. PERICU, M. GOLA, *L'attività consensuale dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, II, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. ROVERSI MONACO, F. G. COCA, Bologna, 2005, p. 283 ss.; E. PICOZZA, *L'appalto pubblico tra diritto comunitario e diritto nazionale. Una difficile convivenza*, in AA.VV., *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Utet, 2010, p. 29 ss.; M. CAFAGNO, *Lo stato banditore*, Giuffrè, 2001.

La limitazione della discrezionalità amministrativa, soprattutto nel caso di contratti complessi, è fonte di inefficienza, dal momento che impedisce la costruzione di procedure di affidamento (ma anche di modelli contrattuali) esattamente calibrate sul contratto da aggiudicare e eseguire. L'assenza di negoziazioni competitive impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli.

A conferma di quanto si è detto, si può fornire il dato italiano dell'incidenza percentuale delle procedure flessibili (dialogo competitivo e procedura negoziata) in riferimento al totale dei bandi pubblicati per importi superiori alla soglia comunitaria, in comparazione con altri Paesi Europei per il periodo 2009-2013³³: in Italia la somma dei dialoghi competitivi e procedure negoziate è pari al 3,83% dei bandi pubblicati a fronte del 10% in Francia, del 16,79% in Germania e del 9,95% nel Regno Unito. Tali dati, dunque, misurano l'attitudine al ricorso a procedure flessibili per transazioni impegnative ed economicamente rilevanti.

Al contrario, in Italia sono spesso utilizzate le procedure negoziate, non di rado senza bando, per contratti semplici e di importo modesto (inferiore alle soglie comunitarie). Sul punto, si vedano analisi e tabelle contenute nella relazione annuale per il 2012 dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici³⁴. In tale caso, l'utilizzo delle procedure negoziate non riflette una disponibilità dell'ordinamento interno a fronteggiare la complessità dei contratti con procedure concorrenziali flessibili ma evidenzia un'ingiustificata fuga dalla concorrenza (probabilmente essa stessa sintomo di corruzione) per l'assegnazione di contratti esigui e standardizzati (e dunque, non complessi).

La strada seguita dal Legislatore per contrastare la corruzione (ovvero quella della privazione della discrezionalità amministrativa) è stata da molti criticata per il fatto che perseguendola si è a priori rinunciato all'efficienza delle procedure. Detto in altre parole, nel nostro Paese per contrastare la corruzione si è rinunciato *a priori* all'efficienza, soprattutto nel caso di contratti complessi, con la conseguenza di cattive condizioni contrattuali, eccessi di spesa, qualità scadente, commesse inutili, cattiva progettazione, ecc. L'esperienza dimostra, inoltre, che le rigidità dell'attuale regolazione dei contratti pubblici non hanno nemmeno contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce ancora una grave patologia della contrattualistica pubblica italiana.

Può anche osservarsi che la rigidità delle procedure di aggiudicazione previste dalla disciplina generale ha determinato la loro inutilizzabilità per molte grandi e complesse opere e ha costretto il Legislatore interno a prevedere apposite discipline derogatorie. Tali deroghe alla

³³ Per questi dati, si è attinto dal lavoro di CAFAGNO M., *Flessibilità e negoziazione. Riflessioni sull'affidamento dei contratti complessi*, in Rivista di diritto pubblico comunitario, 2013, pp. 991-1020. L'autore ha ricavato i dati dagli archivi del servizio TED (*Tenders Electronic Daily*) - la versione online del Supplemento alla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, per gli appalti pubblici (<http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>).

³⁴ Il documento è reperibile sul sito dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC), <http://www.avcp.it>.

disciplina generale non si sono tradotte in negoziazioni competitive (volte al miglioramento della conoscenza della pubblica amministrazione attraverso il confronto concorrenziale con gli operatori economici, ad esempio un dialogo competitivo) ma in un affidamenti diretti in assenza di concorrenzialità, con conseguente ulteriore perdita di efficienza³⁵.

Sul punto, occorre anche ricordare che la preoccupazione principale del Legislatore comunitario è, invece, quella dell'efficienza delle scelte dell'amministrazione, perseguita attraverso la grande flessibilità dell'aggiudicazione, sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione e parità di trattamento. Si consideri, infatti, la grande flessibilità delle procedure e l'attribuzione all'amministrazione di margini sempre più ampi di discrezionalità, contenute nelle nuove direttive appalti 24/2014/UE e concessioni 23/2014/UE³⁶. Dunque, il Legislatore comunitario non rinuncia all'efficienza e sposta la lotta alla corruzione su misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa, senza però entrare nel merito delle stesse e lasciando gli Stati Membri di adottare le opportune soluzioni.

5. La riforma della disciplina anticorruzione: il potenziamento delle misure generali di prevenzione.

La nuova disciplina anticorruzione di cui alla l. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, ha ridisegnato la disciplina generale delle misure volte a prevenire e a reprimere la corruzione³⁷, intervenendo essenzialmente su tre fronti: a) previsione di misure per prevenire e reprimere la corruzione nella p.a. (anche in materia di appalti e contrattualistica pubblica), con l'introduzione di nuovi istituti giuridici³⁸ e la previsione di nuovi strumenti *ad hoc* (ad esempio, i Piani anticorruzione); b) delega per specifiche discipline attuative, ad esempio, in materia di trasparenza

³⁵ Ad esempio, nel caso del Mose di Venezia il concessionario Consorzio Venezia Nuova fu selezionato in deroga alla disciplina generale sui lavori pubblici sulla base della l. 29.11.1984 n. 798 recante "*nuovi interventi per la salvaguardia di Venezia*" (c.d. *seconda legge speciale per Venezia*). Tale disciplina derogatoria ha giustificato la concessione generale e tutti i successivi atti aggiuntivi. A distanza di trent'anni, i lavori non sono ancora ultimati e la loro conclusione è prevista per il 2016. Sono noti gli scandali legati a episodi di corruzione generalizzata che sono emersi nel corso del 2014.

³⁶ Sul punto, sia consentito rinviare a FIDONE G., *Le concessioni di lavori e di servizi alla vigilia del recepimento della direttiva 2014/23/UE*, in *Rivista italiana del diritto pubblico comunitario*, 1/2015, pp. 101 – 193.

³⁷ Tale legge si iscrive nel più ampio quadro dei provvedimenti normativi italiani finalizzati alla lotta alla corruzione ed adempie ad obblighi imposti dal diritto internazionale: si aggiunge, infatti, alla legge 3 agosto 2009, n. 116, di ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e alle leggi 28 giugno 2012, n. 110 e 112, di ratifica ed esecuzione di due Convenzioni siglate a Strasburgo nel 1999. Per un commento organico si rinvia a: MATTARELLA B.G. (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

³⁸ Si pensi, ad esempio, all'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001, introdotto dall'art. 1, comma 51, della L. 190/2012 che tutela il dipendente pubblico che denuncia gli illeciti.

(da cui il successivo d.lgs. 33/2012 sulla trasparenza), per la costituzione di un Codice di comportamento dei dipendenti pubblici (poi adottato con il d.P.R. n. 62/2013); per un nuovo regime delle incompatibilità (da cui il successivo d.lgs. n. 39/2013); c) modifica del vigente sistema di tutela penale della Pubblica Amministrazione, con un sensibile aumento delle pene e con la ristrutturazione delle principali figure di *corruption-crime*, cui sono state aggiunte nuove fattispecie di reato.

La riforma ha decisamente potenziato le misure di prevenzione del fenomeno della corruzione, che ne costituiscono la caratteristica maggiormente innovativa³⁹.

In tale ambito assume una posizione centrale l'ANAC (Autorità Nazionale Anti - Corruzione)⁴⁰. Tale Autorità assume compiti di amministrazione attiva, consultiva, ispettiva e di controllo, in un quadro di collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica e con un Comitato interministeriale previsto dall'art. 1, comma 4, della legge. Tra gli altri compiti, l'ANAC approva il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) e illustra al Parlamento, entro il 31 dicembre di ogni anno, una relazione sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia⁴¹.

Quanto alla attività consultiva, l'ANAC esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento ed ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico. Esprime, inoltre, pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali⁴². I poteri di vigilanza e controllo della Commissione riguardano l'applicazione e

³⁹ Per l'aspetto preventivo della riforma del 2012, si segnala il commento alla l. 190/2012 di MATTARELLA B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp.123 e ss. Si confronti anche: CLARICH M. - MATTARELLA B.G., *La prevenzione della corruzione*, in MATTARELLA B.G. - PELLISSERO M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013, p. 59-69.

⁴⁰ Il Legislatore del 2012 ha modificato la previsione di cui all'art. 6 della l. n. 116 del 2009 che designava quale Autorità nazionale anticorruzione il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, individuando quale Autorità nazionale anticorruzione la Commissione per la Valutazione, la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) (art. 1, comma 2, L. 190/2012). La CIVIT, successivamente (ai sensi dell'art. 5, comma 3 della L. 125/2013) ha assunto la denominazione di Autorità Nazionale AntiCorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle pubbliche amministrazioni (A.N.AC.). Sulla CIVIT si rinvia a: CLARICH M- MATTARELLA B.G., *La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche nel panorama delle Autorità indipendenti*, in SCOGNAMIGLIO G. (a cura di) *Il nuovo ordinamento del lavoro pubblico e il ciclo della performance*, Promo PA, Fondazione Roma, 2010. Sull'ANAC, si confronti CANTONE R. – MERLONI F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione* Giappichelli, 2015.

⁴¹ Art. 1, comma 2, lett. g), l. n. 190/2012.

⁴² In particolare, tale valutazione è resa con particolare attenzione alle nuove preclusioni che vietano ai dipendenti, che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di 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 poteri. Si confronti sul punto l'art. 16-ter introdotto nel testo dell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La stessa previsione sanziona con la nullità i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione e vieta 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.

l'efficacia delle misure di prevenzione alla corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni ed il rispetto delle nuove regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa. Nell'esercizio delle funzioni ispettive, la Commissione può richiedere notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, ed ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di prevenzione alla corruzione e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. La Commissione e le amministrazioni interessate danno notizia, nei rispettivi siti *web* istituzionali, dei provvedimenti conseguentemente adottati.

Il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) è predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica sulla base degli indirizzi forniti dal Comitato interministeriale costituito con d.p.c.m. 16 gennaio 2013 e approvato dall' ANAC⁴³. Non si configura come un'attività *una tantum*, bensì come un processo ciclico in cui le strategie e gli strumenti vengono affinati, modificati o sostituiti in relazione al *feedback* ottenuto dalla loro applicazione. L'adozione del PNA tiene conto dell'esigenza di uno sviluppo graduale e progressivo del sistema di prevenzione, nella consapevolezza che il successo degli interventi dipende in larga misura dal consenso sulle politiche di prevenzione, dalla loro accettazione e dalla concreta promozione delle stesse da parte di tutti gli attori coinvolti.

Il secondo livello (quello decentrato) è costituito dai Piani Triennali Anticorruzione che ogni amministrazione pubblica redige sulla base delle indicazioni presenti nel PNA, con ricognizione dei rischi specifici di corruzione e conseguentemente indicazione degli interventi organizzativi volti a prevenirli. Con tali piani vengono, inoltre, previsti degli adempimenti organizzativi per le pubbliche amministrazioni, consistenti in un'attività di pianificazione per la prevenzione della corruzione ed un conseguente regime di responsabilità⁴⁴. L'adozione di piani triennali di prevenzione della corruzione riguarda le pubbliche amministrazioni centrali, le Regioni, le Province autonome, gli enti locali, gli enti pubblici ed i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo. Il soggetto preposto alla redazione di tali piani e alla verifica della loro attuazione è il *responsabile della prevenzione della corruzione*⁴⁵.

⁴³ Art. 1 comma 2 lett. b) della l. 190/2012. Il primo PNA è stato approvato con delibera CIVIT. n. 72 dell'11.09.2013. Si tratta del primo livello (quello nazionale) del sistema di prevenzione della corruzione, delineato dalla Riforma.

⁴⁴ CLARICH M., *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, Guida al Diritto, Sole 24 ore, 8.1.2015, sottolinea che “*A circa un anno dalla scadenza del termine per l'adozione del piano triennale anticorruzione più della metà di comuni, regioni e Asl sono rimasti inerti. Più virtuosi sono stati i ministeri con una percentuale di adempimento del 78%. Nel complesso su 12.172 pubbliche amministrazioni obbligate, solo 5.373 sono risultate adempienti. Meno riottose sono state le amministrazioni del Nord Ovest, in grave ritardo sono invece quelle del Sud (18% di adempimenti)*”. Lo stesso Autore segnala il malcostume dei piani anticorruzione “*fotocopia*”, cioè confezionati sulla base del piano nazionale con riproduzione pedissequa delle disposizioni rilevate.

⁴⁵ La mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale (art. 1, comma 8, L. n. 190/2012). È inoltre prevista una generale forma di responsabilità dirigenziale, disciplinare ed amministrativa (per il danno erariale e

In sintesi, gli altri principali strumenti anticorruzione di natura amministrativa previsti dalla Riforma sono la previsione di codici di comportamento, la rotazione del personale; l'obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse; nuove discipline specifiche in materia di svolgimento di incarichi d'ufficio e attività ed incarichi extra istituzionali; una nuova disciplina specifica in materia di conferimento di incarichi dirigenziali in caso di particolari attività o incarichi precedenti (*pantouflage – revolving doors*); la previsione di nuovi casi di incompatibilità specifici per posizioni dirigenziali; nuove discipline specifiche in materia di formazione di commissioni, assegnazioni agli uffici, conferimento di incarichi dirigenziali in caso di condanna penale per delitti contro la pubblica amministrazione; una nuova disciplina specifica in materia di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro (*pantouflage – revolving doors*); previsione di adeguata formazione in materia di etica, integrità ed altre tematiche attinenti alla prevenzione della corruzione.

Di particolare interesse sono, inoltre, le disposizioni in materia di tutela del dipendente che effettua spontaneamente segnalazioni di illecito commesse all'interno della pubblica amministrazione c.d. *Whistleblower*⁴⁶. Tale nuovo istituto appare particolarmente interessante. La disposizione prevede fuori dei casi di responsabilità a titolo di calunnia o diffamazione, il pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei conti, ovvero riferisce al proprio superiore gerarchico condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, non può essere sanzionato, licenziato o sottoposto ad una misura discriminatoria, diretta o indiretta, avente effetti sulle condizioni di lavoro per motivi collegati direttamente o indirettamente alla denuncia. L'identità del segnalatore è, inoltre, protetta nell'ambito del procedimento disciplinare nei confronti dell'autore dell'illecito. L'eventuale adozione di misure discriminatorie nei confronti del segnalatore è segnalata al Dipartimento della funzione pubblica alle organizzazioni sindacali maggiormente rappresentative.

all'immagine della pubblica amministrazione) in capo al responsabile della prevenzione della corruzione in caso di commissione, all'interno dell'Amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato (art. 1, comma 12, L. n. 190/2012). La predisposizione del piano di prevenzione prima della commissione del fatto, unitamente alla prova di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano consentono l'esonero dai connessi profili di responsabilità (escludendo il profilo della *culpa in vigilando*, ma potendo sollevare dubbi sulla bontà delle scelte pianificatorie effettuate). Si tratta di un profilo di responsabilità a confine tra imputazione oggettiva, connessa al ruolo rivestito, e responsabilità colposa per difettosa capacità prognostica in termini di prevenzione (Così FOÀ S., *Le novità della legge anticorruzione*, cit., 293). Tali compiti di controllo, ed i connessi profili di responsabilità, si estendono alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, con l'obbligo di proporre la modifica quando sono accertate “*significative violazioni delle prescrizioni*” o quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'Amministrazione. Sul piano organizzativo, il responsabile deve altresì verificare, d'intesa con il dirigente competente, l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività ove è più elevato il rischio di fenomeni corruttivi (art. 1, comma 10, L. n. 190/2012).

⁴⁶ Art. 1, comma 51, della L. 190/2012 che modifica l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001. Letteralmente per “*whistleblowing*”, si intende “*soffiare nel fischietto*”. Sul punto si può rinviare a: CANTONE R., *La tutela del whistleblower*, in MATTARELLA B.G. – PELLISSERO M. (a cura di) *La legge anticorruzione – prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, 2013.

Particolarmente rilevanti appaiono le misure per la trasparenza dell'attività amministrativa, che viene ricondotta nell'alveo dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili di cui all'art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. L'oggetto delle misure volte alla trasparenza, in particolare, riguarda in particolare i procedimenti di autorizzazione o concessione⁴⁷; di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture⁴⁸; di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati⁴⁹; di concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 d.lgs. n. 150 del 2009⁵⁰. La legge, inoltre, stabilisce che il piano di prevenzione della corruzione individui “*specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge*”. Tale previsione implica un collegamento tra il piano di prevenzione ed il programma triennale per la trasparenza, che le Amministrazioni debbono adottare ai sensi dell'art. 11 del d.lgs. n. 150 del 2009. Sono altresì dettate regole di trasparenza relative ai procedimenti amministrativi e a servizi *on-line* delle PP.AA⁵¹.

La legge ha poi delegato il Governo ad adottare entro sei mesi un decreto legislativo per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza⁵². In attuazione di tale delega è stato successivamente emanato il d.lgs. 14.03.2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*⁵³.

In materia di procedimento amministrativo, la riforma ha rafforzato l'applicazione ai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative dei principi di cui all'art. 1 della l. n. 241 del 1990, prevedendo la relativa applicazione “*con un livello di garanzia non inferiore a quello cui*

⁴⁷ Art. 1, comma 16, lett. a), l. n. 190/2012.

⁴⁸ Art. 1, comma 16, lett. b), l. n. 190/2012.

⁴⁹ Art. 1, comma 16, lett. c), l. n. 190/2012.

⁵⁰ Art. 1, comma 16, lett. d), l. n. 190/2012.

⁵¹ Art. 1, commi 29 e 30, l. n. 190/2012.

⁵² Art. 1, commi 35 e 36, l. n. 190/2012, i cui principi e criteri direttivi sono elencati al comma 35, lett. da a) ad h).

⁵³ Tale decreto, prevede l'obbligo di pubblicazione di tutte le direttive, i programmi, le istruzioni, le circolari e ogni atto che dispone in generale sull'organizzazione, sulle funzioni, sugli obiettivi, sui procedimenti, sull'interpretazione di norme giuridiche (articolo 26). Stabilisce, inoltre, che le pubbliche amministrazioni devono predeterminare e pubblicare i criteri e le modalità di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e ausili finanziari di ogni genere e tipo (articolo 12). La trasparenza e la pubblicazione di dati (consulenze, compensi ecc.) costituisce la prima misura per prevenire la corruzione. Il decreto punta anche su altri strumenti: il programma triennale per la trasparenza e l'integrità (articolo 10); i piani di prevenzione alla corruzione emanati da ciascuna amministrazione sulla base di un Piano nazionale predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica. Inoltre, in ciascuna amministrazione deve essere nominato, oltre che un responsabile per la trasparenza, un responsabile per la prevenzione della corruzione. L'osservanza degli obblighi di trasparenza è garantita da una serie di norme sanzionatorie.

sono tenute le pubbliche amministrazioni in forza delle disposizioni di cui alla presente legge”⁵⁴. È stata, inoltre, introdotta una conclusione del procedimento in forma semplificata⁵⁵, mediante la previsione di un provvedimento la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo, quando l'Amministrazione procedente ravvisi la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda. Anche gli accordi tra Amministrazione e privati di cui all'art. 11 della l. n. 241 del 1990 devono ora essere motivati ai sensi dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990, confermandone in tal modo la piena riconduzione all'esercizio dell'attività amministrativa ed evitando che il richiamo alla disciplina dei contratti dettata dal codice civile possa favorire un utilizzo inappropriato ed insindacabile della discrezionalità amministrativa⁵⁶.

Come si può osservare, la Riforma del 2012 ha certamente dato particolare importanza all'aspetto della prevenzione della corruzione, di cui momento centrale assume la trasparenza dell'attività amministrativa. Tuttavia, non è stato trascurato anche l'aspetto della repressione, soprattutto con interventi a carattere penale.

Vi è stata la ristrutturazione delle principali figure di *corruption-crime*, con la modificata del reato di concussione di cui all'art. 317 c.p.⁵⁷ e di quello di corruzione internazionale di cui all'art. 322 bis c.p.; l'art. 317 bis prevede ora la pena accessoria dell'interdizione dai pubblici uffici anche per i reati di cui agli artt. 319 e 319 ter c.p.⁵⁸; la confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter c.p., comma 1, contemplata per i delitti contro la pubblica amministrazione di cui agli artt. da 314 a 320, è stata estesa all'intera gamma dei proventi criminosi⁵⁹; tra i reati-presupposto della responsabilità amministrativa da reato degli enti sono stati inseriti i reati di “*induzione indebita a dare o promettere utilità*” e di “*corruzione tra privati*”⁶⁰.

In secondo luogo, sono state introdotte nuove fattispecie di reato, quali il “*traffico di influenze illecite*” di cui all'art. 346 bis c.p., la “*corruzione per l'esercizio della funzione*” di cui all'art. 318 c.p. e la “*induzione indebita a dare o promettere utilità*” di cui all'art. 319 quater c.p.. Particolare rilievo, inoltre, assume la riformulazione della fattispecie di cui all'art. 2635 c.c., ora rubricata

⁵⁴ Così il testo dell'art. 1, comma 1-ter, della L. n. 241 del 1990, come modificato dall'art. 1, comma 37, della L. n. 190/2012.

⁵⁵ L'art. 1, comma 38, L. n. 190/2012 così modifica l'art. 2, comma 1, della L. n. 241/1990

⁵⁶ Art. 1, comma 47, L. n. 190/2012.

⁵⁷ L'art. 1, comma 75, lett. d), l. 6 novembre 2012, n. 190. Sul punto cfr. VINCIGUERRA S., *La riforma della concussione*, in *Giur. It.*, 2012, 12; CORBETTA S., *Il delitto di concussione dopo le modifiche introdotte dalla L. n. 190 del 2012*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 3, 284; SEMINARA S., *I delitti di concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e induzione indebita*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 – Allegato 1, 15.

⁵⁸ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. e), L. 6 novembre 2012, n. 190.

⁵⁹ Art. così modificato dall'art. 1, comma 75, lett. o), L. 6 novembre 2012, n. 190. Sul punto si v. Bevilacqua, *Il sistema sanzionatorio delineato dalla legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

⁶⁰ Gli artt. 25 e 25 ter del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 sono stati così modificati dall'art. 1, comma 77, lett. a) e b), L. 6 novembre 2012, n. 190. Per approfondimenti sui profili processuali della legge anticorruzione si rinvia a VOENA G. P., *Profili processuali della legge anticorruzione*, in *Giur. It.*, 2012, 12.

“*corruzione tra privati*”, che prevede particolari fattispecie di reato per coloro che, ricoprendo particolari cariche (amministratori, direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori) nell'ambito di società private, a seguito della dazione o della promessa di denaro o altra utilità, compiano od omettano atti, in violazione degli obblighi inerenti al loro ufficio o degli obblighi di fedeltà, cagionando nocumento alla società⁶¹.

In ultimo, la riforma ha previsto un generalizzato aumento delle cornici edittali di pena per i reati di *Peculato* di cui all'art. 314 (art. 1, comma 75, lett. c); di *Concussione* di cui all'art. 317 (art. 1, comma 75, lett. d); di *Corruzione per l'esercizio della funzione* di cui all'art. 318 (art. 1, comma 75, lett. f); di *Corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio* di cui all'art. 319 (art. 1, comma 75, lett. g); di *Corruzione in atti giudiziari* di cui all'art. 319 *ter* (art. 1, comma 75, lett. h); di *Abuso d'ufficio* di cui all'art. 323 (art. 1, comma 75, lett. p).

Si deve segnalare anche l'introduzione di misure per il rafforzamento dell'efficacia del giudizio di responsabilità erariale della Corte dei Conti conseguente a sentenza penale di condanna per reati contro la pubblica amministrazione (quali quelli di corruzione e concussione). Il nuovo testo art. art. 1-sexies della l. 20/1994 prevede che “*nel giudizio di responsabilità, l'entità del danno all'immagine della pubblica amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa pubblica amministrazione accertato con sentenza passata in giudicato si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente*”. In tali casi, quando vi sia fondato timore di attenuazione della garanzia del credito erariale può essere disposta la misura del sequestro conservativo dei beni del soggetto responsabile.

A parte le difficoltà applicative⁶², nella sostanza la Riforma è stata accolta con favore da Commissione Europea⁶³, che ha sottolineato come essa rafforzi soprattutto il profilo preventivo e superi la tradizionale (e insufficiente) politica di lotta alla corruzione fondata sulla mera repressione; anche l'OCSE⁶⁴ ha promosso gli sforzi del Governo italiano nel definire una più efficace politica di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni⁶⁵. In

⁶¹ Art. 1, comma 76, L. n. 190/2012. Per un approfondimento, si confronti SPENA A., *Corruzione fra privati*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2013, 8 - Allegato 1, 39.

⁶² Tale difficoltà sono descritte nel *Rapporto sul primo anno di attuazione della legge n. 190/2012*, stilato dalla CIVIT (oggi ANAC) nel dicembre 2013.

⁶³ EUROPEAN COMMISSION, Brussels 3.2.2014, COM(2014), *Final Report from the Commission to the Council and the European Parliament EU Anti-Corruption Report*.

⁶⁴ OECD, *Public Governance Reviews, OECD Integrity Review of Italy, REINFORCING PUBLIC SECTOR INTEGRITY, RESTORING TRUST FOR SUSTAINABLE GROWTH*, 2013.

⁶⁵ Dello stesso parere di una valutazione positiva della riforma è MATTARELLA B.G., *La prevenzione della Corruzione in Italia*, in *Il Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013 pp.123 e ss. L'Autore, tuttavia, evidenzia due limiti della stessa riforma. Il primo è che il coraggio mostrato nella lotta alla corruzione amministrativa non ha trovato corrispondenza nella lotta contro la corruzione politica. In un passaggio afferma che “*l'impressione è quella di una classe politica che riesce ad affrontare i difetti dell'amministrazione, ma rimane indifferente rispetto ai propri*” (pag.124). Altra critica mossa alla riforma è quella di non avere provveduto adeguatamente sulla corruzione privata. In un altro passaggio

controtendenza, purtroppo, ancora una volta le valutazioni sulla Riforma di alcuni esponenti della classe politica italiana che costantemente ne chiedono limitazioni o, addirittura, la soppressione.

5.1. Misure specifiche per il settore della contrattualistica pubblica: la creazione di una disciplina di prevenzione della corruzione “fuori dalle gare”.

Oltre alle misure generali anticorruzione che riguardano la generale attività amministrativa, che ovviamente si applicano anche al settore della contrattualistica pubblica, la Riforma ha previsto specifiche misure che riguardano tale settore.

La riforma ha operato, in primo luogo sulla maggiore trasparenza e pubblicità dell'operato delle stazioni appaltanti, che è presupposto irrinunciabile della lotta alla corruzione. Ferme restando le disposizioni specifiche dettate dal Codice dei Contratti Pubblici, è stato previsto un contenuto minimo della pubblicità sui siti istituzionali delle stazioni appaltanti che riguarda la struttura proponente, l'oggetto del bando, l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte, l'aggiudicatario, l'importo di aggiudicazione, i tempi di completamento dell'opera o servizio o fornitura, l'importo delle somme liquidate⁶⁶. Per quanto specificamente riguarda le informazioni sui costi di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini, la Riforma rinvia ad uno schema tipo redatto dall'ANAC.

Spetta, inoltre, all' ANAC pubblicare le informazioni, obbligatoriamente ricevute dalle Amministrazioni, nel proprio sito *web* all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per Regione⁶⁷. L'elenco delle Amministrazioni inadempienti è trasmesso dall' ANAC alla Corte dei conti entro il 30 aprile di ogni anno ed in ogni caso l'inadempimento comporta a carico della stazione appaltante l'irrogazione della sanzione prevista per la mancata ottemperanza alla richiesta di dati ed informazioni formulata dall'Autorità⁶⁸.

Sotto altro profilo, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni sopra elencate costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, comma 1, d.lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per

afferma che le due forme di corruzione (pubblica e privata) *"sono spesso collegate, in quanto certi reati commessi da privati sono spesso il presupposto o il postulato della corruzione contro la pubblica amministrazione. Il falso in bilancio, per esempio, e' spesso finalizzato alla costituzione di fondi occulti, da utilizzare per il pagamento di tangenti"* (pag. 124).

⁶⁶ Art. 1, comma 16, lett. b), della L. n. 190/2012.

⁶⁷ Art. 1, comma 15, l. n. 190/2012. In data 6 novembre 2012 CIVIT e AVCP hanno siglato un protocollo d'intesa per lo svolgimento di attività di interesse comune, il cui contenuto è di carattere generale.

⁶⁸ Art. 6, comma 11, d.lgs. n. 163 del 2006.

l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (cd. *class action pubblica*)⁶⁹, oltre ad integrare in capo al soggetto inadempiente gli estremi della responsabilità dirigenziale. Ulteriore addebito sanzionatorio è previsto a carico dei responsabili del servizio che ritardino nell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici.

Altra linea direttrice su cui si è mossa la riforma in tema di contrattualistica pubblica è stata quella di ampliare i poteri negoziali delle stazioni appaltanti.

I *patti di integrità*, richiamati anche dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato con delibera C.I.V.I.T. n. 72 dell'11.09.2013, sono espressamente previsti dall'art. 1, comma 17, della l. 190/2012, e rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i concorrenti. Tale Patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo.

Anche i *protocolli di legalità* (già previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010) sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed 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.

Mediante l'accettazione delle clausole sancite nei patti di integrità e nei protocolli di legalità, al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara⁷⁰.

La legge afferma espressamente che le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di

⁶⁹ Sul punto sia consentito rinviare a FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Torino, 2012.

⁷⁰ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066; Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963. In tale quadro, rientra anche la misura dell'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità o dell'accettazione delle clausole del protocollo di legalità (Corte Cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211).

legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara⁷¹. Tale disposizione, anche alla luce del recente 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 (poiché volte alla prevenzione e al contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti)⁷².

La riforma si è anche mossa nel senso dell'affidabilità degli operatori economici che partecipano alle procedure di pubbliche di scelta del contraente. Sono, infatti, state previste le cd. *white list*, ossia degli elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all'azione della malavita organizzata, conseguentemente da sottoporre a controlli periodici⁷³. L'istituzione obbligatoria presso ogni prefettura di elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, riguarda i settori di attività maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa⁷⁴. Agli elenchi sono iscritti gli operatori economici che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia⁷⁵. L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle *white list* hanno infatti già completato la necessaria attività istruttoria⁷⁶. La comunicazione prefettizia può essere sostituita dall'iscrizione alle *white list* per tutte le attività economiche il cui esercizio richiede la comunicazione antimafia e cioè l'attestazione prefettizia dell'insussistenza delle

⁷¹ Art. 1 comma 17 della l. 190/2012.

⁷² 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.

⁷³ Art. 1, commi 52, 52 bis, 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.

⁷⁴ Settori tassativamente indicati dall'art. 1, comma 53, della L. n. 190/2012. Si tratta di attività "a valle" dell'aggiudicazione degli appalti e che interessano in particolare il ciclo delle cave, del calcestruzzo e del bitume, i cottimi, i noli a caldo e a freddo, lo smaltimento in discarica. La situazione di monopolio naturale che spesso caratterizza l'attività degli operatori di settore condiziona inevitabilmente la scelta del subcontraente da parte dell'appaltatore.

⁷⁵ Entrato in vigore il 13 febbraio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 119, comma 1, come sostituito dall'art. 9, comma 1, lett. a), d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218.

⁷⁶ Si pensi ai casi in cui i protocolli di legalità estendono l'obbligo di acquisire l'informazione prefettizia per i subcontratti relativi alle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, indipendentemente dall'importo del subcontratto stesso: così FOÀ S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e Appalti*, 2013, 3, 293.

cause di decadenza o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia⁷⁷. La verifica viene rinnovata periodicamente e, in caso di esito negativo circa l'insussistenza del rischio di infiltrazione mafiosa, viene disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Ai fini delle verifiche, l'impresa iscritta nell'elenco deve comunicare alla prefettura qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dall'avvenuta modifica. La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione.

Ancora, vi è stato l'ampliamento del novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 135 del d.lgs. n. 163 del 2006⁷⁸.

Un ulteriore elemento di novità attiene alla modifica della disciplina dell'arbitrato di cui all'art. 241 d.lgs. 163/2006⁷⁹. Tali disposizioni si prefiggono di limitare l'applicazione dell'istituto dell'arbitrato che è tradizionalmente svantaggioso per la pubblica amministrazione e si presta ad infiltrazioni di corrottele. Ad esempio, è previsto che il deferimento ad arbitri di controversie relative all'esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'Amministrazione. È inoltre prevista la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione⁸⁰. E', inoltre, estesa l'applicazione delle disposizioni in materia di arbitrato anche alle controversie relative a società partecipate da pubbliche amministrazioni o ad esse collegate che, comunque, abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche⁸¹.

A seguito delle recenti inchieste penali che hanno riguardato il Mose di Venezia e Expo 2014, di Milano, con d.l. 26.06.2014 n. 90, convertito in l. 11.08.2014 n. 114, il Governo ha emanato ulteriori disposizioni volte a garantire un migliore livello di certezza giuridica, correttezza e trasparenza delle procedure nei lavori pubblici, che completano la Riforma del 2012.

La prima grande innovazione è certamente quella che ha previsto la soppressione dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici - AVCP e l'assorbimento delle relative funzioni da parte dell'ANAC. Tale ultima Autorità, già costituita con la l. 101 del 2013, dapprima ha ereditato le funzioni anticorruzione che la l. 190/2012 aveva attribuito alla CIVIT (già istituita con l. 150/2009).

⁷⁷ Quali l'assenza di provvedimenti o procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione e l'assenza di sentenze di condanna per alcune tipologie di reati.

⁷⁸ Art. 1 comma 58 l. 190/2012.

⁷⁹ Art. 1, commi da 19 a 25 della L. n. 190/2012. Le nuove disposizioni non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge in esame.

⁸⁰ Art. 1 comma 19 l. 190/2012.

⁸¹ Art. 1, comma 20 della L. n. 190/2012, modificativo dell'art. 241 del Codice Appalti. Altre successive disposizioni riguardano le regole sulla nomina dell'arbitro da parte dell'Amministrazione e vietano la partecipazione ai collegi arbitrali ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie (tutte prassi precedentemente molto diffuse). Nelle controversie tra pubbliche amministrazioni, gli arbitri sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici. Nelle controversie tra pubblica amministrazione e privati, l'arbitro è nominato dall'amministrazione preferibilmente tra i dirigenti pubblici e, nell'ipotesi in cui ciò non sia possibile, l'arbitro viene scelto tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto. Le nomine devono avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione.

Il procedimento di modifica dell'assetto e funzioni dell'ANAC si conclude con il d.l. n. 90 del 2014 con la soppressione dell' Autorità di vigilanza dei contratti pubblici (AVCP) e l'attribuzione delle relative competenze all'ANAC. Inoltre, la stessa legge toglie all'ANAC la materia del controllo di *performance* delle amministrazioni (ereditate dalla CIVIT) e la trasferisce al Dipartimento per la funzione pubblica della presidenza del Consiglio dei Ministri. Dunque, oggi ANAC è a tutti gli effetti un'Autorità preposta alla lotta alla corruzione in tutti i settori dell'attività amministrativa⁸².

Con specifico riferimento ai contratti pubblici (a seguito della soppressione dell'AVCP) ANAC diviene l'Autorità di settore che assolve il compito della vigilanza e garanzia della qualità, efficienza e efficacia dell'azione amministrativa. L'effettività dell'azione svolta è di fatto assicurata dai poteri sanzionatori attribuiti nella stessa materia⁸³. Peraltro, l'assorbimento dell'AVCP in ANAC evidenzia quale sia la reputazione (ovvero quella di un settore fortemente corrotto) di cui gode il settore dei contratti pubblici in Italia, fatta propria dal Governo.

Tra le varie misure anticorruptive disposte, certamente è rilevante quella della previsione di misure amministrative nei confronti delle imprese responsabili di fenomeni di corruzione. L'art. 32 del d.l. 90/2014 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 o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico (compresi i concessionari di lavori ed i contraenti generali), il Presidente dell'ANAC ne informa il Procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto competente l'adozione dei seguenti provvedimenti alternativi: a) ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione; b) provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione⁸⁴.

⁸² In tale ambito, ANAC, tra l'altro, partecipa a protocolli d'intesa stipulati con Guardia di Finanza, Dipartimento delle politiche comunitarie, Dipartimento di Ragioneria dello Stato e sussistono rapporti di collaborazione con la Procura della Corte dei Conti. Dell'attività svolta l'Autorità redige periodicamente delle relazioni delle quali da conto alle camere Parlamentari e Governo, potendo altresì presentare proposte di modifiche della normativa afferente le funzioni svolte.

⁸³ Da segnalare che, nel quadro dell'effettività delle funzioni svolte dall'ANAC, in data 15.07.2014, è stato adottato di concerto tra l'ANAC e il Ministro dell'Interno un Protocollo di intesa contenente *Linee Guida* per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture UTG – Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa.

⁸⁴ 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. Nel periodo di vigenza di tale misura, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori, e gli utili d'impresa sono accantonati in un apposito fondo, sino all'esito del

Nel caso in cui le indagini relative ai reati di cui sopra riguardano componenti di organi societari diversi da quelli destinatari dei provvedimenti di cui alle suddette lett. a) e b), è prevista la possibilità di adottare misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attraverso la nomina, da parte del Prefetto di uno o più esperti (non più di tre), che devono fornire all'impresa prescrizioni operative⁸⁵.

Ulteriori misure di controllo preventivo in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa⁸⁶, misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture⁸⁷ e, nell'ambito di queste, misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese, affidandone l'attuazione al Presidente dell'ANAC e al Prefetto competente.

In ultimo, può essere segnalato, sempre sul fronte della prevenzione della corruzione la previsione della trasmissione ad ANAC, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, comma 1, lettere b), c) e d), del Codice dei contratti pubblici, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono strasmesse all'ANAC 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 appaltante⁸⁸.

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. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento,

giudizio penale. È inoltre attribuito al Prefetto, nei casi in cui sia emessa un'informativa antimafia interdittiva e sussiste l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto ovvero per altre ragioni indicate dalla norma, il potere di disporre di propria iniziativa tutte le misure straordinarie contemplate dall'articolo in commento, informando il Presidente dell'ANAC.

⁸⁵ Art. 32 comma 8 d.l. 90/2014.

⁸⁶ L'art. 29 detta nuove norme in materia di iscrizione nell'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, modificando l'art. 1, comma 52, della L. 190/2012 e inserendo l'art. 52 bis, il quale prevede che *“l'iscrizione nell'elenco di cui al comma 52 tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi ad attività diverse da quelle per le quali essa è stata disposta”*.

⁸⁷ Meritano menzione le misure relative all'Unità operativa speciale per *Expo 2015* (art. 30); il divieto, fino al recepimento delle direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE, di transazioni della pubblica amministrazione con società o enti esteri aventi sede in Stati che non permettono l'identificazione dei soggetti che ne detengono la proprietà o il controllo (art. 35); il monitoraggio finanziario dei lavori relativi ad infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi; l'obbligo di trasmissione ad ANAC di talune tipologie di varianti in corso d'opera (quelle di cui al comma 1 lett. b), c) e d) art. 132 Codice Appalti) per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria laddove l'importo della variante ecceda il 10% dell'importo originario del contratto (art. 37).

⁸⁸ Art. 37 d.l. 90/2014. Ai sensi del comma 2 dello stesso articolo, per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera 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 d.lgs. 163/2006.

ingessando le regole della gara. Le regole dello svolgimento della gara non possono essere considerate "*la bacchetta magica*" per risolvere insieme i problemi di inefficienza e di corruzione. Fuori dalle regole della gara (e probabilmente, anche fuori dal Codice dei Contratti Pubblici) occorre individuare misure contro la corruzione, sia preventive che repressive, che abbiano come presupposto la trasparenza dell'operato delle amministrazioni.

Tali misure possono e devono riguardare il contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, la composizione della commissione aggiudicatrice, il rafforzamento dei vincoli di pubblicazione e trasparenza del bando, la trasparenza degli atti di gara, l'affidabilità dei concorrenti, contrasto ai conflitti d'interesse, ecc.) ma non le regole di gara in senso stretto, ovvero la sua tipologia, le modalità di selezione, il criterio di scelta. Le regole dell'espletamento della gara, che ne condizionano l'esito⁸⁹, devono avere come obiettivo unico quello di selezionare la migliore offerta possibile e, dunque, condurre ad una scelta efficiente. Al di fuori di tali regole di gara, occorre creare un contesto ambientale che sterilizzi le procedure dalla corruzione.

La illustrata riforma della disciplina Anticorruzione, iniziata nel 2012 e probabilmente non ancora conclusa, sembra andare in tale senso. Sembra, dunque, in via di superamento l'idea (ereditata dalla legge *Merloni* fin dagli anni 90) che il rimedio contro la corruzione possa essere trovato dentro le regole *strictu sensu* delle procedure di aggiudicazione e attraverso il loro irrigidimento, con la riduzione al minimo della discrezionalità amministrativa. Le misure anticorruptive degli ultimi anni, infatti, si collocano fuori dalla regolazione della gara e trovano il loro presupposto nella maggiore trasparenza dell'operato della pubblica amministrazione.

Non può non essere, inoltre, segnalato che molte disposizioni contenute nella legge anticorruzione e nel suo completamento costituito dal d.l. 90/2014 (norme sulla risoluzione dei contratti, sull'arbitrato, sul commissariamento delle imprese coinvolte in fatti corruttivi, misure di sostegno e monitoraggio dell'impresa, trasmissione all'ANAC delle varianti, ecc.) riguardano la fase dell'esecuzione dei contratti che, come si è osservato, costituisce il momento meno trasparente e più critico della vita dei contratti pubblici. Anche tale apprezzabile circostanza costituisce una dimostrazione del mutato atteggiamento del Legislatore verso il fenomeno della corruzione nella contrattualistica pubblica.

6. La ricerca dell'integrità attraverso il perseguimento dell'efficienza.

⁸⁹ Si confronti ancora il premio Nobel W. S. VICKREY, *Counterspeculation, Auctions, and Competitive Sealed Tenders*, *Journal of Finance*, Volume 16, Issue 1 (Mar., 1961), 8-37, già richiamato nel par. 2 che precede.

Può, dunque, considerarsi dimostrato dai fatti il fallimento della regolazione fondata su norme preposte a contrastare la corruzione che prescindano dalla ricerca dell'efficienza (come nel caso della privazione della discrezionalità amministrativa e della limitazione dell'utilizzo di procedure volte all'apprendimento dell'amministrazione). Tale regolazione ha causato enormi perdite di efficienza e non si è dimostrata idonea a contrastare la corruzione.

Sulla base della constatazione di tale fallimento, a partire dal 2012, l'approccio del Legislatore alla lotta alla corruzione è cambiato e si è costituito un sistema di norme di natura amministrativa per il contrasto e la prevenzione della corruzione. Tale cambiamento di prospettiva, a prescindere dalla valutazione delle singole misure introdotte, può considerarsi nel complesso un fatto positivo. Tuttavia, sembra opportuno un ulteriore passo in avanti, che si fondi sul capovolgimento del rapporto tra efficienza e corruzione (dunque, diametralmente opposto a quello fondato sulla prevenzione della corruzione senza una valutazione del costo in termini di efficienza)

Occorre ancora ribadire che inefficienza e corruzione sono due patologie distinte della contrattualistica pubblica. Quest'ultima, come già ricordato, corrisponde all'abuso del potere del funzionario pubblico in cambio di un corrispettivo illecitamente pagato.

L'inefficienza si traduce nel cattivo utilizzo delle risorse pubbliche, dovuto a cattiva qualità dei beni e servizi acquistati, alla dilatazione dei tempi delle commesse pubbliche, all'aumento della spesa. Se l'interesse pubblico sottostante alla contrattualistica pubblica rimane pur sempre quello di realizzare opere e servizi di qualità, nei tempi contrattuali e senza spreco di danaro pubblico, l'inefficienza si colloca esattamente nel polo opposto rispetto alla realizzazione di tale interesse pubblico.

E' importante, infatti, sottolineare che può esserci inefficienza senza corruzione, ovvero anche in presenza di funzionari onestissimi (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto). Tale inefficienza può essere causata dalla cattiva regolazione (compresa la c.d. inflazione normativa), dalla cattiva amministrazione (dovuta a cattiva organizzazione, ad incapacità dei funzionari pubblici, ecc) oppure alle due cose insieme.

Esempi di cattiva regolazione sono, ad esempio, la compressione della discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti e l'irrigidimento, attraverso automatismi, delle procedure di affidamento e dei modelli contrattuali; la previsione di formalismi per l'ammissione e la partecipazione delle imprese alle procedure, che determinano l'esclusione di buone offerte e l'aggiudicazione a offerte peggiori di quelle escluse; la moltiplicazione degli adempimenti delle imprese in sede di gara con inutili e defatiganti norme di dettaglio. La lista degli esempi, purtroppo, potrebbe continuare. In tali casi, le stazioni appaltanti, che si trovano ad applicare norme che generano inefficienza non possono che, conseguentemente, pervenire a scelte inefficienti.

L'altro caso è quello della cattiva amministrazione, nella quale appare centrale il fisiologico svantaggio informativo delle stazioni appaltanti (tanto in fase di aggiudicazione che di esecuzione del contratto) nei confronti degli operatori economici (asimmetria informativa) a cui si è già fatto riferimento nel par. 4. Tale svantaggio informativo può determinare, nella fase di aggiudicazione, casi di c.d. *selezione avversa* (ovvero la scelta dell'offerta peggiore o non migliore) ovvero, nella fase dell'esecuzione del contratto, casi di c.d. *azzardo morale* (ovvero cattiva qualità nell'esecuzione). Per contrastare tali fenomeni, che aumentano quanto più è complesso l'oggetto del contratto, occorre migliorare il grado di informazione delle stazioni appaltanti attraverso la loro specializzazione, il loro accorpamento con conseguente riduzione del numero, ecc.

I due casi di cattiva regolazione e cattiva amministrazione, ovviamente, si sommano (moltiplicandone gli effetti) quando il Legislatore doti le amministrazioni di strumenti non idonei a migliorare il loro bagaglio informativo e imponga loro di applicare istituti di per sé inefficienti. Così è accaduto con le disposizioni del codice dei contratti pubblici che (pretendendo di arginare la corruzione) hanno consegnato all'amministrazione strumenti e procedure inidonee ad accrescere la loro informazione sui contratti da aggiudicare prima della chiamata finale delle offerte (ad esempio, ostacolando l'applicazione del dialogo competitivo).

Una delle caratteristiche che distinguono le due diverse patologie dell'attività amministrativa è quella della loro osservazione. Mentre la corruzione è un fenomeno nascosto e difficilmente misurabile, l'inefficienza può essere individuata nei dati disponibili, negli indicatori di *performance*, nel confronto tra i costi sostenuti e dei tempi impiegati dalle diverse amministrazioni in relazione ad attività similari.

Insomma, l'inefficienza può essere meno agevolmente nascosta della corruzione, dal momento che essa è riscontrabile nei dati che mostrano che in Italia le opere costano più che in altri Paesi, che hanno tempi più lunghi e che spesso rimangono incompiute. Dietro questi dati è stato ritenuto che si possano nascondere fenomeni corruttivi ma, tuttavia, di ciò non può aversi certezza fino a quando le indagini penali non li portino in evidenza. In ogni caso, i dati sull'inefficienza comprendono anche le inefficienze conseguenti a eventuale corruzione, dato che è ragionevole pensare che la corruzione generi inefficienza.

Il fatto che la corruzione sia un fenomeno nascosto, peraltro, rende anche difficile la verifica dell'efficacia degli strumenti volti alla sua prevenzione. Al contrario, essendo l'inefficienza un dato riscontrabile dai dati, l'efficacia degli strumenti volti al perseguimento dell'efficienza è più facilmente valutabile.

Su tale base, si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione

corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva il conseguimento della *performance*) può ridurre gli spazi di attuazione dei patti corruttivi.

Se si conseguisse l'efficienza si azzererebbe lo spazio per la corruzione o, più correttamente, potrebbe permanere uno spazio solo per forme di corruzione neutrali all'efficienza che, peraltro, non sarebbero di ostacolo al raggiungimento dell'interesse pubblico legato alla realizzazione di buone opere con una spesa contenuta. Tali forme di corruzione rimarrebbero, ovviamente, indesiderabili sul piano etico e della moralità pubblica.

Dunque, la Legislazione in materia di contrattazione pubblica dovrebbe perseguire l'obiettivo dell'efficienza e la realizzazione di tale obiettivo potrebbe eliminare gli spazi di inefficienza entro i quali si nasconde e si può realizzare la corruzione. In tale senso dovrebbe dunque andare, senza indugi di alcun tipo, il recepimento delle nuove direttive di settore. Con ciò non si vuole certo sostenere che non siano utili anche misure specifiche volte alla prevenzione della corruzione ma queste non devono avere l'effetto di determinare perdite di efficienza, creando ulteriori margini dietro ai quali proprio la corruzione si può nascondere.

6.1 Best value e integrità nel Regno Unito.

Il ragionamento appena esposto sembra trovare conferma in una semplice osservazione: i Paesi che hanno un'amministrazione più efficiente (in termini di qualità della spesa, di risultati e di tempi) sono anche quelli notoriamente meno corrotti. Può essere utile, brevemente, richiamare il caso del Regno Unito⁹⁰.

Tale Paese ha già recepito la direttiva 2014/24/UE sugli appalti nei settori ordinari tramite il *Public Contracts Regulations* 2015, che ne costituisce (come da tradizione) la riproduzione pressoché testuale, con poche integrazioni. Così, come la direttiva 2014/24/UE dedica uno spazio limitato al contrasto della corruzione (preoccupandosi della sola efficienza delle procedure di

⁹⁰ Per un confronto con gli altri Paesi Europei: FIDONE G., *Il sistema dei contratti pubblici spagnolo: la flessibilità dei modelli garantita da programmazione e controlli*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; ZANETTINI L., *Le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici nel Regno Unito. La fiducia nella discrezionalità della stazione appaltante e l'importanza del dialogo con le imprese*, in COMPORTI G.D., (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, 2011; TORNOS MAS J., DEL MAR MARTÍNEZ MARTÍNEZ M., *Las concesiones en el dercho español. Concesión de obra pública y colaboración público-privada*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, 2013; SARTORIO L., *Le operazioni di partenariato contrattuale tra interesse pubblico e concorrenza: sviluppo economico e ruolo dei privati in Italia e in Francia*, in CAFAGNO M. – BOTTO A. – FIDONE G. – BOTTINO G., (a cura di), *Negoziazioni Pubbliche – Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Giuffrè, 2013.

acquisto), anche il Public Contracts Regulations 2015 dedica poca attenzione a tale tematica, riproducendo agli art. 24 e 57 i corrispondenti articoli 24 e 57 della direttiva 2014/24/UE⁹¹.

Il concetto fondamentale attorno al quale ruota tutta la contrattualistica pubblica nel Regno Unito è quello del c.d. *Best Value*, che presuppone la migliore spesa possibile del denaro pubblico⁹². Si tratta, peraltro, di un concetto che non ha definizione univoca.

In riferimento ai servizi pubblici delle amministrazioni locali, ad esempio, il *Best Value* è stato individuato in quattro elementi costitutivi⁹³: il dovere delle amministrazioni di garantire la continuità dei servizi pubblici e la loro efficiente erogazione secondo i canoni di economicità; il rispetto del principio di concorrenza, non come un fine a stesso, ma come strumento per migliorare la qualità dei servizi (anche attraverso strumenti di consultazione delle comunità locali); l'introduzione di un puntuale ed efficace sistema di controllo e di misurazione delle *performance*, al fine di poter monitorare l'andamento dell'erogazione dei servizi⁹⁴; previsione di premi o sanzioni

⁹¹ Le disposizioni relative alla corruzione sono gli artt. 24 e 57 del *Public Contracts Regulations* 2015, che vanno appunto a recepire gli artt. 24 e 57 della direttiva 24/2014/UE, riproducendone fedelmente il contenuto. L'art. 24 del *Public Contracts Regulations* 2015, relativo ai conflitti di interesse, recita: “ *Contracting authorities shall take appropriate measures to effectively prevent, identify and remedy conflicts of interest arising in the conduct of procurement procedures so as to avoid any distortion of competition and to ensure equal treatment of all economic operators. For the purposes of paragraph (1), the concept of conflicts of interest shall at least cover any situation where relevant staff members have, directly or indirectly, a financial, economic or other personal interest which might be perceived to compromise their impartiality and independence in the context of the procurement procedure. In paragraph (2) “relevant staff members” means staff members of the contracting authority, or of a procurement service provider acting on behalf of the contracting authority, who are involved in the conduct of the procurement procedure or may influence the outcome of that procedure; and “procurement service provider” means a public or private body which offers ancillary purchasing activities on the market* ”. L'altra norma direttamente riferibile alla prevenzione della corruzione è quella relativa ai motivi di esclusione, contenuta all'art. 57 del *Public Contracts Regulations* 2015. Esso, nella parte di interesse, recita così: “ *Contracting authorities shall exclude an economic operator from participation in a procurement procedure where they have established, by verifying in accordance with regulations 59, 60 and 61, or are otherwise aware, that that economic operator has been convicted of any of the following offences: conspiracy within the meaning of section 1 or 1A of the Criminal Law Act 1977 or article 9 or 9A of the Criminal Attempts and Conspiracy (Northern Ireland) Order 1983 where that conspiracy relates to participation in a criminal organisation as defined in Article 2 of Council Framework Decision 2008/841/JHA on the fight against organised crime; corruption within the meaning of section 1(2) of the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889 or section 1 of the Prevention of Corruption Act 1906; the common law offence of bribery; bribery within the meaning of sections 1, 2 or 6 of the Bribery Act 2010, or section 113 of the Representation of the People Act 1983* ”

⁹² Il concetto di *Best Value* compare nel 1997 in un documento del *Department of Environment*, “*Twelve principles of Best Value*”, che anticipava i cardini attorno ai quali il governo laburista avrebbe fatto ruotare la nuova disciplina dei servizi pubblici che si apprestava a definire, in sostituzione del “*Compulsory Competitive Tender*” del precedente governo conservatore, i cui risultati erano giudicati fallimentari dalla nuova maggioranza politica. E' poi riproposto nel *Local Government Act* 1999. Nemmeno in tale sede normativa si definisce propriamente il concetto di “*Best Value*”, facendo piuttosto riferimento alle “*Best Value authorities*”, ossia quelle amministrazioni locali chiamate ad applicare la politica del “*Best Value*” (“*A Best Value authority must make arrangements to secure continuous improvement in the way in which its functions are exercised, having regard to a combination of economy, efficiency and effectiveness*” (LGA 1999, section 3[1])).

⁹³ “*Modernising local government: improving local services through best value*”, del *Department of the Environment, Transport and the Regions*, 1998.

⁹⁴ Le prestazioni nell'erogazione dei servizi avrebbero dovuto essere monitorate tramite i cd. *Best Value Performance Reviews* (BVPRs), sulla base dell'aderenza ai *Best Value Performance Indicators*, individuati in parte per legge a livello centrale ed in parte rimessi all'autonomia delle singole amministrazioni locali. Essi riguardano gli obiettivi strategici, i risultati del loro perseguimento, la qualità dei servizi erogati, e il grado di accessibilità dei vari servizi per le fasce sociali più deboli.

per le amministrazioni locali, in caso di mancato perseguimento della *performance* programmata⁹⁵. È stato affermato che: “*in sum, best value can be thought of as a process through which economic, efficient, and effective services are to be obtained in order to properly respond to local stakeholders. This implies that accountability is enhanced*”.

Da porre in rilievo la circostanza che tale concetto si è affermato come risposta critica al perseguimento della concorrenza fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*) che poteva determinare la perdita degli obiettivi di qualità ed efficienza nella materia dei servizi pubblici⁹⁶.

Il concetto di *best value* può considerarsi centrale nella contrattualistica pubblica del Regno Unito. Esso, come detto, è riferibile al “*miglior uso possibile del denaro pubblico*” o al “*miglior rapporto qualità-prezzo* (c.d. “*Best Value Procurement*”).”⁹⁷. Il *Best Value* appare, dunque, riferibile al concetto di efficienza, che in ogni caso ne è il presupposto. Come è stato osservato, “*Best value entails accounting for and pursuing the aspirations of local stakeholders by attempting to gain the highest quality and efficiency that are possible at a price that people are willing to pay*”⁹⁸.

Appare interessante notare che la lotta alla corruzione non rappresenta un obiettivo diretto della politica di *Best Value* ma sembra piuttosto costituire una naturale conseguenza, dal momento che presuppone la creazione di un ambiente (efficiente) poco permeabile ai fenomeni corruttivi. Infatti, laddove i contratti fossero aggiudicati all’esito di fenomeni corruttivi, il *Best Value* sarebbe pregiudicato dal costo della corruzione che impedirebbe la migliore spesa del denaro pubblico.

Dunque, laddove la politica del *Best Value* sia attuata correttamente ed efficacemente, non residuerebbe spazio per la corruzione.

⁹⁵ In caso di esito positivo l’amministrazione locale in questione avrebbe ricevuto incentivi premiali, mentre in caso di esito negativo era previsto l’intervento diretto del governo centrale, con prescrizioni vincolanti o, nei casi più gravi, avocando a sé la funzione di erogazione del servizio.

⁹⁶ In particolare, il documento del *Department of Environment*, “*Twelve principles of Best Value*” del 1997 criticava il “*Compulsory Competitive Tender*” per aver perseguito la concorrenza come fine a se stessa, perdendo di vista invece gli obiettivi ai quali la concorrenza avrebbe dovuto essere strumentale (“*Under Compulsory Competitive Tendering service quality has often been neglected and efficiency gains have been uneven and uncertain, and it has proved inflexible in practice. There have been significant costs for employees, often leading to high staff turnover and the demoralisation of those expected to provide quality services. Compulsion has also bred antagonism, so that neither local authorities nor private sector suppliers have been able to realise the benefits that flow from a healthy partnership. All too often the process of competition has become an end in itself, distracting attention from the services that are actually provided to local people. CCT will therefore be abolished* (Department of the Environment, Transport and the Regions, “*Criteria for project selection*”)

⁹⁷ Tale concetto è, peraltro, comune ad altri ordinamenti come quelli statunitense e olandese. Si confrontino gli studi di Dean Kashiwagi sul *Best Value Procurement*, che presuppongono una rilevante asimmetria informativa della pubblica amministrazione rispetto agli operatori economici privati, in riferimento alle possibili modalità di soddisfacimento dei suoi fabbisogni. In questo schema, la stazione appaltante ha chiara contezza soltanto dell’obiettivo che deve raggiungere, non avendo però la conoscenza necessaria su come raggiungerli. Si noti come questo postulato è enunciato indipendentemente dalla complessità del contratto da aggiudicare.

⁹⁸ PRIER E. - McCLUE CLIFFORD P., *Errore. Solo documento principale. Public Procurement Analysis of Best Value in Anti-corruption Efforts*, 2006.

Ad esempio, la politica del *Best Value* comporta che le amministrazioni locali sviluppino sistemi di controlli interni tali da scongiurare il più possibile il rischio di frodi finanziarie; la promozione e lo sviluppo di sistemi di *e-procurement*, con un conseguente incremento del grado di trasparenza delle operazioni realizzate, oltre che della riduzione dei costi; la ricerca di moduli procedurali sempre più efficienti ed innovativi, capaci di valorizzare ed incrementare gli *standard* etici richiesti all'interno del sistema; il *Best Value* apre alla possibilità di implementare differenti programmi anticorruzione (*Anti-Corruption Programs*) per le diverse *Best Value Authorities*.

Ciò non vuol dire che il Regno Unito trascuri la regolazione specifica della lotta alla Corruzione. Il *Bribery Act* 2010 è una legge penale ed in quanto tale si occupa primariamente dell'aspetto repressivo⁹⁹. Tuttavia, contiene tre specifiche *sections* (la 7, la 8 e la 9) relative alla prevenzione dei fenomeni corruttivi¹⁰⁰.

Sono rinvenibili nell'Ordinamento del Regno Unito misure di prevenzione della corruzione che possono avere natura vincolata e essere rimesse all'esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante. Ad esempio, senza pretesa alcuna di esaustività, sono contemplati e largamente utilizzati istituto riconducibili alla c.d. *disqualification*¹⁰¹, che può tradursi in

⁹⁹ Prima del 2010, norme contro la corruzione erano presenti in tre *statutes* assai risalenti nel tempo: il "*Public Bodies Corrupt Practices Act 1889*", il "*Prevention of Corruption Act 1906*" e il "*Prevention of Corruption Act 1916*". Questi tre statuti, nel loro complesso, andavano a colpire i fenomeni corruttivi sia nel settore pubblico che in quello privato. Nel 2010 questi tre *statutes* sono stati abrogati e sostituiti dal "*Bribery Act*", che ha intensificato l'impegno del Regno Unito nel contrasto alla corruzione sia entro che fuori i suoi confini. Il "*Bribery Act*" criminalizza la corruzione sia dal lato attivo sia dal lato passivo, quale attività di indurre un soggetto a compiere una determinata attività o ad astenersi dal compierla nell'esercizio di pubbliche funzioni, in relazione ad un particolare affare o nello svolgimento di un'attività professionale. ("*The giving or receiving of a bribe as an inducement for a person to do or refrain from doing anything in the exercise of his public functions, in connection with a business or in the course of his employment*").

Il *Bribery Act* contiene anche norme finalizzate a contrastare il manifestarsi di fenomeni corruttivi internazionali, con speciale riguardo ai Paesi in via di sviluppo, comprese quelle volte a contrastare le pratiche corruttive poste in essere da imprese britanniche per ottenere l'aggiudicazione di appalti in tali Paesi.

Oltre ad essere vietata e punita a livello di *statutes*, la corruzione nel Regno Unito è vietata anche dalla *common law*. Il reato di corruzione di *common law* assume caratteri parzialmente diversi, in quanto si riferisce unicamente alla corruzione nel settore pubblico ed è definita come "*ricevere od elargire un vantaggio indebito da parte o nei confronti di qualsiasi soggetto rivestente la carica di pubblico ufficiale, al fine di influenzarne il comportamento nell'esercizio del suo ufficio e spingerlo ad agire in contrasto con i suoi doveri di onestà ed integrità*" ("*The receiving or offering any undue reward by or to any person whatsoever, in a public office, in order to influence his behaviour in office, and incline him to act contrary to the known rules of honesty and integrity*").

¹⁰⁰ Ad esempio, la *section 7* sancisce espressamente che una "*commercial organisation*" ha la possibilità di evitare ogni responsabilità di tipo penale per la consumazione di atti di corruzione laddove provi di aver messo in atto tutte le procedure necessarie per prevenire tali atti. In sostanza, si prevede quale scriminante la prova che del fatto che la prevenzione della corruzione è stata correttamente ed effettivamente perseguita dalla "*commercial organisation*". La *section 9* pone in capo al Segretario di Stato competente per materia un preciso obbligo di rivolgere alle suddette "*commercial organisations*" delle linee-guida finalizzate ad una corretta prevenzione della corruzione. Queste sono le uniche disposizioni che il *Bribery Act* 2010 dedica alla prevenzione della corruzione.

¹⁰¹ Le "*disqualifications*" possono essere applicate a seguito di una vasta gamma di comportamenti e reati, non necessariamente legati al *public procurement*, come ad esempio la frode fiscale, la corruzione, il riciclaggio di denaro sporco e l'associazione a delinquere. Peraltro, la dottrina britannica si è posta il problema se la *disqualification* possa costituire violazione del principio del "*double jeopardy*", ossia il *ne bis in idem*, dal memento che, a ben vedere, costituisce una seconda sanzione per un fatto per il quale si è già stati sanzionati in precedenza. Secondo un particolare

“*debarment*”, “*exclusion*”, “*suspension*”, “*rejection*”, “*blacklisting*”. Si tratta di misure preventive che tendono ad impedire ai soggetti che si sono macchiati di comportamenti illeciti di partecipare agli appalti pubblici futuri¹⁰².

Sono anche utilizzati i patti di integrità, contenuti impegni formali del fornitore di non porre in essere attività corruttive (comprese, in taluni casi, le forma di collusione con gli altri concorrenti), con le relative sanzioni, in caso di inadempimento.

Per quanto riguarda i pubblici ufficiali, sono presenti misure finalizzate a proteggere l'amministrazione dai conflitti di interesse, che si risolvono anche in procedure che assicurano la rotazione del personale (al fine di prevenire l'instaurazione di relazioni a rischio di corruzione). Inoltre, i pubblici ufficiali che si trovino in situazioni di conflitto di interesse devono dichiararlo e non prendere parte alla procedura di aggiudicazione dei contratti che generano lo stesso conflitto. Sono, inoltre, previste approvazioni a più livelli delle decisioni che portano all'aggiudicazione di un contratto pubblico, all'interno delle stazioni appaltanti.

Tali misure, tuttavia, si inseriscono una generale tendenza dell'ordinamento britannico a non perseguire la corruzione utilizzando specifici strumenti normativi. La ricerca del *Best Value*, infatti, è ritenuta (indirettamente) utile alla prevenzione della corruzione, ritenuto evidentemente valore che è compreso in quello più generale di efficienza.

7. Il perseguimento dell'efficienza nel disegno di legge delega per il recepimento delle nuove direttive.

Il recepimento delle direttive dell'Unione dovrà avvenire entro il 18.4. 2016¹⁰³. Rispetto a tale data non può non essere constatato il ritardo attuale del Legislatore, visto che la legge delega non è ancora stata approvata e il relativo disegno di legge è ancora in discussione in Parlamento¹⁰⁴.

orientamento giurisprudenziale, inaugurato nel 2005 dalla sentenza EWCA, *Borders (UK) vs Commissioner of Police of the Metropolis*, laddove le plurime sanzioni conseguenti ad un medesimo fatto non abbiano lo stesso scopo, non ci sarebbe alcuna violazione della norma che vieta il “*double jeopardy*”.

¹⁰² La *disqualification* può essere vincolata o discrezionale. Nel primo caso, la legge richiede che tutti i fornitori resisi colpevoli di un particolare crimine debbano necessariamente essere esclusi dalla possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione per un dato periodo di tempo. Può anche verificarsi che una *disqualification* di tipo generale sia imposta da una amministrazione dell'apparato centrale dello Stato alle singole stazioni appaltanti. Nel secondo caso, sebbene la legge preveda astrattamente l'esclusione obbligatoria da determinati contratti per particolari reati, le singole stazioni appaltanti possono nel caso concreto decidere di appellarsi al concetto di “interesse pubblico” e quindi aggiudicare un determinato contratto ad un determinato operatore, nonostante la sua condanna. Altre volte, la *disqualification* si presenta come misura discrezionale, in quanto alle singole stazioni appaltanti è lasciata la possibilità di valutare in maniera discrezionale se escludere (in relazioni a eventi corruttivi di cui sia reso partecipe) o meno il fornitore in questione dal singolo appalto.

¹⁰³ Sul tema, si possono citare i seguenti contributi, tutti nel volume di CAFAGNO M. - BOTTO A. - FIDONE G. - BOTTINO G. (a cura di) “*Negoziazioni Pubbliche – scritti su concessioni e partenariati pubblico privati*”, Giuffrè 2013: PICOZZA

Nell'ultima formulazione disponibile al momento della redazione della presente relazione, tale disegno di legge si prefigge il duplice obiettivo di procedere, al recepimento delle direttive europee attraverso un primo decreto delegato, di emendamento al d.lgs.163/2006, denominato "*decreto di recepimento delle direttive*", da attuarsi entro il 18.4.2016¹⁰⁵; successivamente, di riordinare complessivamente la materia, attraverso un altro decreto delegato, denominato "*decreto di riordino*", che dovrà portare ad un unico testo normativo denominato "*Codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione*" che rechi la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione di tali contratti e che sostituisca l'attuale Codice, da emanarsi entro il 31.7.2016. Tale duplicazione dei tempi della riforma, dovuta evidentemente ai ritardi che si sono accumulati con la conseguente impossibilità di attuare la riforma nel suo complesso entro il termine ultimo entro il quale le direttive devono essere recepite, lascia perplessi e potrà essere causa di confusione, incertezza del diritto e, dunque, di inefficienza. Non sarà, peraltro, facile individuare quali sono gli istituti di diretto recepimento delle direttive e quali quelli estranei a tale recepimento.

Quanto ai contenuti, la delega appare ispirata al criterio dell'efficienza della contrattazione pubblica. Si propone, inoltre, l'obiettivo della "*drastica riduzione e razionalizzazione*" delle disposizioni vigenti, un maggiore livello di certezza del diritto da conseguire attraverso la semplificazione dei procedimenti¹⁰⁶, il perseguimento delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione¹⁰⁷, la riduzione e la certezza dei tempi di durata delle procedure e dell'esecuzione dei contratti¹⁰⁸. Sempre ispirate al criterio dell'efficienza appaiono le disposizioni generali che si prefiggono la razionalizzazione delle forme di partenariato pubblico privato¹⁰⁹. Al contempo, dovrà essere sancito "*l'espresso divieto*" della derogabilità delle nuove procedure¹¹⁰.

Dunque, gli obiettivi generali dichiarati dal disegno di legge sono tutti ambiziosi e apprezzabili progetti di efficienza. A ciò si accompagnano numerosissime disposizioni puntuali che si prefiggono dichiaratamente l'obiettivo dell'efficienza.

E., *Le concessioni nel Diritto dell'Unione Europea. Profili e Prospettive*; LEVSTIK S., *La proposta di Direttiva sulle concessioni: una prima analisi ricognitiva*; RAGANELLI B., *Pubblico, Privato e Concessioni in Europa: alcuni limiti della disciplina*; COZZIO M., *Prime considerazioni sulle proposte di direttive europee in tema di Public Procurement*; D'ALEO E., *La revisione delle direttive sui contratti pubblici: criticità e prospettive*.

¹⁰⁴ Il riferimento è al testo del disegno di legge approvato dal Senato in data 18 giugno 2015 (v. stampato Senato n. 1678), così come emendato a seguito dell'iter avuto presso la Camera dei Deputati, così come sarà presumibilmente portato in Aula nel mese di novembre 2015.

¹⁰⁵ Sul punto deve essere anche ricordato che l'art. 1 comma 1 lett. a) del disegno di legge delega prevede espressamente il c.d. divieto di *gold plating*, ovvero 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*"

¹⁰⁶ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. d.

¹⁰⁷ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1.

¹⁰⁸ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. e.

¹⁰⁹ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. rr e ss.

¹¹⁰ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. e e art. 1 comma 1 lett. l.

Con riguardo all'affidamento dei contratti il disegno di legge si propone espressamente il recepimento degli strumenti di flessibilità previsti dalle tre direttive¹¹¹; la progressiva digitalizzazione delle procedure¹¹²; la necessaria proporzionalità dei requisiti di ammissione alle procedure rispetto all'oggetto dell'appalto, al fine della più ampia partecipazione alla gara¹¹³; la revisione delle disposizioni sulla pubblicità dei bandi con utilizzo dell'informatica¹¹⁴; la riduzione degli oneri documentali ed economici per le imprese con espressa previsione della possibilità di ricorrere all'eventuale integrazione documentale delle offerte (c.d. soccorso istruttorio) con riguardo a violazioni non sostanziali¹¹⁵; la previsione delle modalità e dei soggetti preposti alla individuazione dei costi standardizzati¹¹⁶; la riduzione e la professionalizzazione delle stazioni appaltanti e la creazione di un sistema di qualificazione delle stesse con previsione che in base a tale qualificazione possano gestire procedure di diverso grado di complessità¹¹⁷; l'efficiamento delle procedure utilizzabili da CONSIP e dagli altri soggetti aggregatori¹¹⁸; l'utilizzo preferenziale dell'offerta economicamente più vantaggiosa che sia misurata sul rapporto qualità/prezzo, secondo criteri oggettivi e seguendo un approccio costo/efficacia (quale il costo del ciclo di vita), con utilizzo di criteri qualitativi.

Molto interessante appare anche la previsione che finalmente è preposta all'introduzione nell'ambito della revisione del sistema di qualificazione degli operatori economici (che dovrà essere ispirato alla criteri di verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative) di un sistema di premialità delle imprese virtuose, fondato su criteri reputazionali ricavati dai tempi e costi nell'esecuzione dei contratti precedenti e nella gestione dei contenziosi¹¹⁹.

Può essere osservato che dovrà essere salvaguardata l'effettiva concorrenza delle procedure che può valere tanto a perseguire l'efficienza dell'affidamento (reale obiettivo dell'aggiudicazione) e anche contrastare la corruzione¹²⁰. Non dovranno essere distorte le procedure medesime (con

¹¹¹ Disegno di legge delega, art.1 comma 1 lett. f.

¹¹² Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. i.

¹¹³ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. r.

¹¹⁴ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. p.

¹¹⁵ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. z e aa.

¹¹⁶ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. v.

¹¹⁷ Disegno di legge delega, art.1 comma 1 lett. bb e cc.

¹¹⁸ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. cc.

¹¹⁹ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. tt.

¹²⁰ Sul tema della concorrenza si confronti 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, in corso di pubblicazione. L'Autore 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*

introduzione di limitazioni alla discrezionalità, rigidità e appesantimenti burocratici) che determinano inefficienza e (conseguentemente) creano gli spazi entro i quali si può annidare e nascondere la corruzione.

La regolazione dei diversi sistemi di affidamento dei contratti pubblici, così come per il caso concreto la scelta della stazione appaltante della procedura da svolgere, dovrebbe essere preceduta da una preventiva analisi di efficienza (*Best Value*).

Può anche essere osservato, come insegna il caso inglese, l'inutilità della tutela della concorrenza fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*) se questa non è finalizzata a garantire la migliore spesa del denaro pubblico (*Best Value Procurement*). Ad esempio, sarebbero contrarie a tale principio disposizioni che tendano a salvaguardare il principio di *par condicio* formale (ad esempio, impedendo il soccorso istruttorio su parti dell'offerta non essenziali e dunque escludendo un concorrente solo perché ha violato una regola formale della gara) sacrificando così la migliore offerta presentata (e così determinando una cattiva spesa del danaro pubblico). Sul punto, correttamente, il disegno di legge delega prevede la possibilità di ricorrere all'eventuale integrazione documentale delle offerte (c.d. soccorso istruttorio) con riguardo a violazioni non sostanziali¹²¹.

Ebbene, il rispetto della concorrenzialità (ispirata al principio del *best value*) della procedura (che, dunque, genera efficienza) di certo è misura idonea a scoraggiare la corruzione dal momento che riduce gli spazi entro i quali questa può avere luogo. In assenza di concorrenza, la corruzione trova maggiori spazi per annidarsi, come ad esempio dimostra l'esperienza italiana dei contratti sottosoglia per i quali (in violazione dei principi comunitari che regolano il settore) troppo spesso si ricorre ad affidamenti senza gara. Anche su questo ultimo peculiare aspetto, il disegno di legge delega si prefigge espressamente la creazione di una disciplina fondata sui principi di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti ma con salvaguardia della trasparenza e imparzialità della gara¹²².

Al fine del raggiungimento dell'efficienza degli affidamenti (oltreché dell'esecuzione dei contratti) sarà essenziale nel settore dei lavori una particolare attenzione per la fase della progettazione. A tale questione la delega dedica solo due disposizioni prevedendo, in linea generale che debba essere finalizzata "*all'efficacia e all'efficienza nel perseguimento della realizzazione e dell'esecuzione a regola d'arte*" attraverso la progettazione¹²³. In effetti, questo appare un punto delicato della delega che non sembra andare oltre ad enunciati di principio, lasciando grande libertà di azione al Legislatore delegato.

dalle direttive europee. La disciplina generale delle gare pubbliche e la disciplina anticorruzione innescano dunque un circuito virtuoso di rafforzamento reciproco".

¹²¹ Disegno di legge delega, art.1 comma 1 lett. z e aa.

¹²² Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. e bis.

¹²³ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. oo e qq.

Con riguardo all'esecuzione dei contratti, il disegno di legge prevede una particolare disciplina per le varianti in corso d'opera delle quali è confermato l'obbligo di segnalazione all'ANAC¹²⁴; il rafforzamento delle funzioni di organizzazione e gestione e controllo della stazione appaltante sull'esecuzione del contratto¹²⁵; la previsioni di disposizioni specifiche in materia di subappalto¹²⁶; la revisione della disciplina dei collaudi¹²⁷; la razionalizzazione della risoluzione delle controversie¹²⁸. Da ultimo, il testo prevede che i poteri di vigilanza e controllo dell'ANAC abbiano particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione¹²⁹.

Tali previsioni, oltre che numericamente di gran lunga inferiori rispetto a quelle in materia di affidamento dei contratti, appaiono meno dettagliate e prive di una reale portata innovativa, limitandosi ad apprezzabili dichiarazioni di principio. Non può non osservarsi come ancora la fase dell'esecuzione dei contratti, sia trascurata rispetto a quella dell'affidamento. Si tratta, infatti, di poche disposizioni che non sembrano aggiungere novità particolarmente rilevanti rispetto al diritto già vigente, se non in tema del rafforzamento dei controlli e dell'auspicato miglioramento dei collaudi. Tale circostanza appare particolarmente grave se si considera anche la già segnalata scarsa attenzione del disegno di legge per la fase della progettazione, che è condizione necessaria per la buona esecuzione delle opere. Le due cose messe insieme, dunque, potrebbero condurre ancora una volta ad inefficienze nella fase dell'esecuzione dei contratti dietro alle quali, come insegna l'esperienza, si è annidata la corruzione.

Un altro gruppo di norme riguarda la trasparenza¹³⁰ che come noto costituisce un principio generale dell'attività amministrativa e che, peraltro, è uno dei principi desumibili dal TFUE che governano la contrattazione pubblica¹³¹. Sul punto, senza entrare nel dettaglio delle specifiche disposizioni, può essere osservato che la trasparenza dell'attività amministrativa (da garantirsi anche attraverso l'implementazione delle banche dati e la loro unificazione presso l'ANAC¹³²) ha ad

¹²⁴ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. ee. Tale misura è stata introdotta dal'art. 37 del d.l. 90/2014 che prevede la trasmissione ad ANAC, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza, delle varianti in corso d'opera di cui all'art. 132, comma 1, lettere b), c) e d), del Codice dei contratti pubblici, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto. Tali varianti sono strasmesse all'ANAC 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. Tale misura, a ben vedere, è una misura volta al controllo dell'efficienza del procedimento di variante più che costituire una misura di contrasto alla corruzione.

¹²⁵ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. ll.

¹²⁶ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. ppp.

¹²⁷ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. ff.

¹²⁸ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. lett. vv.

¹²⁹ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. q n. 2.

¹³⁰ Tra le altre, ad esempio, disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. e bis, e ter; lett. q, nn. 2, 3, 6, ecc..

¹³¹ Rispetto al modello principale (cittadino) agente (pubblica amministrazione), al quale si è fatto cenno nella nota _____, tale modello, può essere agevole considerare che la riduzione dell'asimmetria informativa tra collettività (*principle*) e amministrazione (*agent*) può ridurre i margini di spazio entro i quali quest'ultimo può perseguire interessi propri e aderire al patto corruttivo. Dunque, il rimedio della trasparenza può essere un buon rimedio in tale senso.

¹³² Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. q n. 2.

oggetto dati sui risultati dell'attività amministrativa (ad esempio, sulla effettiva concorrenzialità dell'aggiudicazione). Ad esempio, l'esame dei documenti di gara, del contratto, delle successive rinegoziazioni può fornire notizie sulla legittimità delle scelte operate, sull'effettiva partecipazione alla gara, costi, sui tempi contrattuali sulla qualità dei beni e servizi acquisiti.

Certamente, dalla lettura dei documenti dell'appalto non potranno emergere direttamente eventuali accordi corruttivi, notoriamente ben vestiti giuridicamente e nascosti dalle parti, che possano essere stati (con)causa delle illegittimità e delle inefficienze riscontrate. Dunque, la trasparenza è uno strumento di controllo della legittimità e dell'efficienza dell'attività amministrativa che (indirettamente) può funzionare da deterrente per chi voglia accostarsi ad un patto corruttivo che si nasconda dietro a quelle illegittimità e possa contribuire a generare inefficienza (da momento che questa sarebbe conosciuta).

Lo stesso ragionamento può valere anche per la partecipazione di gruppi o collettività di riferimento alla progettazione, affidamento ed esecuzione di commesse pubbliche, in varie forme come ad esempio il dibattito pubblico di cui è prevista l'introduzione, nel caso di grandi progetti infrastrutturali¹³³. Sul punto, può osservarsi che la partecipazione dei rappresentanti delle cittadinanza potrebbe estendersi anche alle commissioni di gara o ai tavoli per la rinegoziazione dei contratti in corso ovvero ai procedimenti di controllo sulla spesa e la qualità dei beni acquisiti. Tutte queste esperienze, in varie forme e gradi, non sono sconosciute nell'esperienza di altri Paesi e sono state incoraggiate da una parte dell'opinione pubblica. Anche in questi casi, l'obiettivo principale di queste forme di partecipazione è quello dell'efficienza degli acquisti anche in relazione alle esigenze delle popolazioni rappresentate. Le stesse però possono avere un risultato anche in termini di prevenzione della corruzione, come effetto indiretto della ricerca dell'efficienza.

Nel disegno di legge delega numerose disposizioni, che ovviamente si sommano a quelle che sono attribuite da altre discipline settoriali, riguardano il ruolo dell'ANAC che sembra essere ampliato soprattutto per ciò che riguarda il potere di emettere atti di c.d. *soft law*, considerando anche essi avranno anche la funzione di colmare il vuoto che verrà lasciato dalla soppressione dell'attuale Regolamento di attuazione d.PR. 5.10.2010 n. 207.

Il ruolo di tale Autorità è preposto all'efficienza del settore, come espressamente reclama il testo della legge ai sensi della quale è prevista, tra l'altro, l'*"attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche"* che comprenda anche *"poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio"*¹³⁴. A tale fine è prevista per l'ANAC l'*"adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile"*. L'art. 1 comma 3

¹³³ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. ooo.

¹³⁴ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lettera t.

del disegno di legge delega, peraltro, prevede che l'ANAC di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti emani "*linee guida di carattere generale*" per l'attuazione del nuovo Codice.

In tale sistema, presso l'ANAC verranno istituiti nuovi albi ed elenchi. Al fine della "*razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti*" dovrà gestire il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti¹³⁵; dovrà dettare la disciplina generale di tenuta e aggiornamento dell' albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione; dovrà istituire e disciplinare un elenco di enti aggiudicatori di affidamenti *in house*¹³⁶; dovrà disciplinare il sistema di premialità delle imprese che dovrà essere desunto sulla base dei dati dell'esecuzione dei precedenti contratti¹³⁷.

Inoltre, l'ANAC dovrà essere dotata "*di poteri di vigilanza e controllo sull'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici e di contratti di concessione, con particolare riguardo alla fase di esecuzione della prestazione, finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse ed a favorire la trasparenza...*"¹³⁸.

Il quadro fino ad ora descritto conferma che l'intenzione del Legislatore delegante è chiaramente e principalmente quella di cogliere l'occasione del recepimento delle nuove direttive per la razionalizzazione della disciplina di settore volta al perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica. Ciò appare, d'altra parte, coerente con lo spirito delle nuove direttive, che a tale fine hanno introdotto innovativi strumenti di ulteriore flessibilità rispetto a quelle precedenti.

7.1 Le misure amministrative volte al contrasto della corruzione contenute nel disegno di legge delega.

Il ragionamento che fino a qui si è svolto non vuole certo sostenere che al perseguimento dell'obiettivo dell'efficienza non debbano aggiungersi specifiche misure amministrative volte al contrasto alla corruzione¹³⁹. Tali misure possono astrattamente dividersi in tre gruppi distinti: le

¹³⁵ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. bb.

¹³⁶ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. eee.

¹³⁷ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. tt.

¹³⁸ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. q n. 2.

¹³⁹ Nella direttiva 2014/24/UE manca un riferimento espresso alle frodi e alla corruzione. Vale la pena ancora rilevare che la preoccupazione principale del Legislatore comunitario è quella dell'efficienza delle scelte dell'amministrazione, perseguita attraverso la grande flessibilità dell'aggiudicazione, alla quale corrispondono spazi per le modifiche dell'oggetto del contratto in corso di esecuzione. Dunque, il Legislatore comunitario non rinuncia all'efficienza e sposta la lotta alla corruzione su misure diverse da quelle basate sulla privazione della discrezionalità amministrativa, senza però entrare nel merito delle stesse e lasciando gli Stati Membri di adottare le opportune soluzioni. Solo la direttiva

misure volte alla prevenzione della corruzione in senso stretto; quelle volte alla scoperta della corruzione; quelle che costituiscono un rimedio alla corruzione.

Le ultime due categorie individuate non costituiscono strumenti di prevenzione della corruzione in senso proprio, ovvero finalizzati a ad evitare che si creino i presupposti ricorrendo i quali il patto corruttivo può avere luogo. Si tratta, da un lato, di strumenti che sono finalizzati a fare emergere la corruzione che si è già verificata e che dunque non servono a prevenirla ma ad individuarla; dall'altro lato, di strumenti che prevedono misure finalizzate a porre rimedio a situazioni di corruzione conclamata, anche al fine della prosecuzione dell'attività amministrativa in forme che garantiscano l'integrità. Si tratta, dunque, di rimedi che operano *ex post* e non in via preventiva ma che, indubbiamente, possono (come del resto anche le sanzioni penali) avere un effetto preventivo indiretto, dal momento che possono scoraggiare chi pensi di accostarsi al patto corruttivo.

Il disegno di legge delega contiene alcune dichiarazioni di principio in tema di contrasto alla corruzione. Il disegno di legge, in linea generale, afferma che l'armonizzazione delle norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità debba essere effettuata *"anche al fine di concorrere alla lotta alla corruzione"*¹⁴⁰. Una successiva disposizione afferma che in capo all'ANAC debbano essere previsti poteri di vigilanza e controllo finalizzati ad evitare la corruzione e i conflitti d'interesse¹⁴¹. Rispetto a tali precetti generali, è chiaro che occorrerà aspettare come verranno concretamente recepiti dal Legislatore delegato.

Le disposizioni puntuali del disegno di legge delega nelle quali trova espressamente luogo il riferimento alla corruzione sono molto limitate e dovranno essere coordinate con le disposizioni già introdotte negli ultimi anni principalmente dalla l. 190/2012 e dal d.l. 90/2014 convertito in l. 114/2014.

2014/23/UE detta alcune disposizioni di principio finalizzate a reprimere fenomeni corruttivi e collusivi, con riferimento alle procedure di aggiudicazione. L'art. 35 prevede che gli Stati membri debbano disporre che le amministrazioni aggiudicatrici adottino *"misure adeguate per combattere le frodi, il clientelismo e la corruzione e per prevenire, individuare e risolvere in modo efficace i conflitti di interesse insorti nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione della concessione"*. Tali misure devono essere finalizzate a *"evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti"* Il Considerando 61 prevede che *"al fine di combattere le frodi, i favoritismi e la corruzione e prevenire conflitti di interesse, gli Stati membri dovrebbero adottare misure adeguate per garantire la trasparenza della procedura di aggiudicazione e la parità di trattamento di tutti i candidati e gli offerenti. Tali misure dovrebbero mirare, in particolare, ad eliminare i conflitti di interesse e altre irregolarità gravi"*. Ai sensi dell'art. 38 della direttiva 2014/23/UE la *"corruzione"* è definita all'art. 3 della convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e all'art. 2, par. 1, della decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio, nonché ai sensi del diritto nazionale dell'amministrazione aggiudicatrice o dell'ente aggiudicatore ovvero dell'operatore economico; la *"frode"* è definita ai sensi dell'art. 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee.

¹⁴⁰ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1, lettera q.

¹⁴¹ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lettera q n. 2.

Quanto alla prevenzione della corruzione in senso stretto, vi sono alcune disposizioni che sono volte all'eliminazione dei conflitti di interessi, il cui contrasto è in linea generale previsto dal disegno di legge¹⁴². Ad esempio, vi è la disposizione che prevede la creazione presso l'ANAC dell'albo nazionale dei componenti delle commissioni aggiudicatrici¹⁴³. Sul punto può essere ricordato che secondo le nuove direttive i conflitti di interesse costituiscono casi in cui l'amministratore *"che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione della concessione o può influenzare il risultato di tale procedura"* ha, direttamente o indirettamente, *"un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione della concessione"*¹⁴⁴. Non vi sono, invece, previsioni specifiche per il miglioramento della disciplina e del funzionamento dei patti di integrità e dei protocolli di legalità¹⁴⁵. Mancano anche previsioni che riguardano le c.d. *white list*, ovvero gli elenchi delle imprese virtuose istituiti presso le prefetture¹⁴⁶, delle quali potrebbe essere auspicata l'estensione del campo di applicazione a tutte le tipologie della contrattualistica pubblica. Sul punto può anche essere ricordato tale ultimo strumento (appartenente alla famiglia delle misure di c.d. *disqualification*) appare tra quelli più usati nel Regno Unito e dalla disciplina di tale Paese potrebbero essere tratti utili spunti per migliorarne il funzionamento e prevederne l'estensione¹⁴⁷.

Quanto alle misure finalizzate a fare emergere il fenomeno corruttivo vi è quella che prevede l'istituzione di un sistema di penalità e premialità *"per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi, prevedendo altresì uno specifico regime sanzionatorio nei casi di omessa o tardiva denuncia..."*¹⁴⁸. Tale previsione si colloca nella linea di quelle che riguardano il c.d. *Whistleblower*¹⁴⁹, prevedendo particolari tutele per chi denuncia episodi di corruzione di cui si trova a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro, con la differenza che in questo caso si è voluto introdurre non solo un sistema premiale per il denunciante ma anche un obbligo di denuncia con previsioni di apposite sanzioni.

¹⁴² Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. q

¹⁴³ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1 lett. hh.

¹⁴⁴ Art. 24 della direttiva appalti 2014/24/UE. Secondo tale disposizione *"Gli Stati membri provvedono affinché le amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici"*.

¹⁴⁵ Tali istituti sono già previsti dalla l. 190/2012 e di essi è diffusamente trattato nel par. 5.

¹⁴⁶ Anche tali istituti sono già previsti dalla l. 190/2012 e di essi è diffusamente trattato sempre nel par. 5.

¹⁴⁷ Si confronti il par. 6.1.

¹⁴⁸ Disegno di legge delega, art. 1 comma 1, lett. q n. 5.

¹⁴⁹ Art. 1, comma 51, della L. 190/2012 che modifica l'art. 54 *bis* del d.lgs. 165 del 30 marzo 2001. Si confronti il par. 5.

Quanto all'ultima categoria di misure amministrative volte al contrasto della corruzione, quella delle misure tendenti a porre rimedio alla scoperta di episodi di corruzione vi è la disposizione¹⁵⁰ che richiama l'art. 32 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 agosto 2014 n. 114. Si tratta, come si è già visto nel par. 5, di una misura che, qualora emergano fatti di corruzione, consente al Prefetto l'adozione di provvedimenti incidenti sull'organizzazione dell'appaltatore, fino alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente e al fine della completa esecuzione del contratto. Ebbene, la delega prevede che tale disposizione venga confermata con limitazione della preventiva valutazione se sussistono ancora le condizioni per procedere in autotutela per la gara, ovvero (pare di capire) procedendo alla sostituzione dell'appaltatore.

Il disegno di legge delega, dunque, non sembra contenere novità particolarmente rilevanti sul fronte delle specifiche misure volte al contrasto della corruzione, collocandosi nella scia della l.190/2012 e del d.l. 90/2014 che avevano già costituito un apprezzabile cambio di passo rispetto al ventennio precedente. Occorrerà peraltro aspettare di vedere quali poteri verranno conferiti all'ANAC rispetto a questo obiettivo specifico.

8. Conclusioni: alcuni suggerimenti al Legislatore delegato.

Come si è già visto, con la definitiva approvazione della legge Delega, si aprirà una complessa e faticosa stagione che dovrebbe portare il Governo ad adottare, entro il 18 aprile 2016, un primo decreto legislativo per l'attuazione delle direttive europee e, entro il 31 luglio 2016, un secondo decreto legislativo per il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici, con il quale sarà adottato il nuovo *Codice* che sostituirà definitivamente il d.lgs. 163/2006. E' peraltro previsto che il secondo decreto comprenderà al suo interno il contenuto del "*decreto di recepimento delle direttive con le eventuali e opportune disposizioni correttive e integrative*"¹⁵¹.

Il rischio concreto è quello che affrettatamente si recepiscano le direttive, inserendo i nuovi istituti flessibili previsti dal diritto europeo nel d.lgs. 163/2006 e che poi si tardi nel completamento della riforma, lasciando il settore in uno stato di grave incertezza del diritto *sine die*. Ciò apparirebbe una riedizione di quanto già accaduto nel 2006 quando i nuovi istituti flessibili previsti dalla direttiva 2004/18/CE furono introdotti nell'impianto della l. 109/1994 (la cui portata fu

¹⁵⁰ Disegno di legge, art. 1 comma 1, lettera aaa.

¹⁵¹ Disegno legge delega, art. 4.

peraltro estesa a servizi e forniture), così da generare il d.lgs. 163/2006¹⁵². Gli effetti sono stati quelli della continua necessità di modifiche ed emendamenti che si sono rincorsi per dieci anni fino ad oggi. Se ciò accadesse, non vi è dubbio che l'occasione del recepimento delle nuove direttive in materia di contratti pubblici non potrebbe che considerarsi persa.

Sperando che ciò non accada, occorre riflettere sulla stessa *filosofia* che dovrà ispirare i nuovi interventi del Legislatore delegato, soprattutto in relazione ai temi dell'efficienza e dell'integrità, oggetto del presente studio.

Occorrerà evitare l'errore commesso nel passato di tradurre una quantità relativamente modesta di norme europee (quelle della direttiva 2004/18/CE), praticamente autoapplicative, in centinaia e centinaia di complessi articoli dell'attuale Codice dei Contratti pubblici e del suo Regolamento attuativo. L'ipertrofia normativa, che genera incertezze nell'applicazione della legge, è una causa di inefficienza. L'incertezza del diritto generata da una quantità eccessiva di norme spesso contraddittorie e la loro difficoltà applicativa, oltre a causare inefficienza, può costituire il fondamento della rendita di potere sulla base della quale il funzionario pubblico si accosta al patto corruttivo. La semplificazione costituisce, dunque, una strada per eliminare l'oggetto dello scambio illecito e il suo presupposto. Si pensi, ad esempio, a strumenti di semplificazione e accelerazione dell'attività amministrativa quali il silenzio assenso o la SCIA (segnalazione certificata di inizio attività), che vengono a privare il funzionario pubblico del presupposto di un possibile scambio corruttivo (ovvero del provvedimento da scambiare).

¹⁵² Si ricordi che, nel recepimento delle precedenti direttive di settore del 2004 (la direttiva 2004/17/CE per i settori speciali e la 2004/18/CE per i settori ordinari), i diversi Paesi dell'Unione hanno eseguito approcci molto diversi tra loro. Sul piano formale, deve essere osservato che il recepimento è stato attuato in due diverse modalità dai diversi Paesi: la maggior parte dei Paesi ha varato due provvedimenti legislativi separati ed autonomi, per la direttiva 17 e per la 18; pochi Paesi, ossia Italia, Francia e Portogallo hanno adottato un unico testo per entrambe le direttive. La Germania ha, invece, inglobato le due normative, varate separatamente, nella legge generale sugli appalti –*GWB*-. Si possono di seguito ricordare i provvedimenti di recepimento dei principali Stati Membri: oltre all'Italia che ha recepito con il d.lgs. 163/2006 “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” si possono citare: per il Regno Unito, le *Public Contracts Regulations* e le *Utilities Contracts Regulations*, in vigore dal 31 gennaio 2006 che recepiscono, rispettivamente, la direttiva 18/2004/CE e la direttiva 17/2004/CE; per la Francia il *Code de Marchés Publics*; per la Germania il *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (la legge *antitrust*), il *Vergabeverordnung- VgV* (l'ordinanza sull'aggiudicazione dei contratti pubblici) e i regolamenti VOB, VOL e VOF; per la Spagna, la *Ley 30/2007* del 30 ottobre 2007, in vigore dal 31 aprile 2008, “*Ley de contractos del sector público*” per il recepimento della direttiva 18 e la *Ley 31/2007* per il recepimento della direttiva 17. Quanto al contenuto del recepimento, si deve tenere conto anche del tipo di sistema giuridico dei differenti Paesi, riconducibile a diversi modelli generali: quello amministrativo, simile a quello italiano (Belgio, Francia, Spagna, Portogallo); quello civilistico (ad esempio, Germania, Austria, Olanda); quello di *common law* (Gran Bretagna, Irlanda). I paesi di *common law* hanno proceduto ad un recepimento fedele delle direttive comunitarie (c.d. recepimento fotocopia); nei paesi con sistema di tipo civilistico è prevalso un recepimento abbastanza fedele con i necessari adattamenti e con l'aggiunta di normative tecniche; nei paesi con sistema amministrativo, è prevalso un recepimento di tipo rielaborativo, che ha trovato massima espressione nel Codice italiano, nei due successivi Code (2004 e 2006) della Francia, nelle leggi 30 e 31 del 2007 della Spagna. Peraltro, l'esame delle procedure di infrazione avviate dalla Commissione sulle misure di recepimento degli Stati, mostra come proprio a questi Paesi siano stati mossi i rilievi di maggior portata e di sistema (ad esempio alla Francia e all'Italia), mentre la maggior parte degli altri Stati ha avuto richieste di adeguamento al diritto comunitario anche importanti, ma puntuali.

Il Legislatore delegato dovrà perseguire, senza indugi, la strada dell'efficienza della contrattazione pubblica, come suggerito dalle direttive europee, dotando l'Amministrazione della necessaria dose di discrezionalità. La pretesa di disciplinare *ex ante* tutte le molteplici e astratte possibilità, costituisce un approccio errato alla complessità mentre una gestione corretta della stessa complessità richiede la flessibilità delle scelte necessarie per il caso concreto. Le procedure competitive flessibili di apprendimento sono alla base del miglioramento delle informazioni necessarie alla pubblica amministrazione che si accosta al contratto. L'assenza di negoziazioni (tanto in fase di scelta del contraente che in corso di esecuzione del contratto) impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell'oggetto contrattuale e di fare scelte più consapevoli¹⁵³. L'amministrazione non può essere sostituita dalla Legislazione.

La procedura di affidamento deve avere come finalità esclusiva, attraverso la messa in concorrenza, la selezione dell'offerta migliore. Le regole della gara non devono essere considerate il mezzo per contrastare la corruzione, se questo implica che si perda l'obiettivo principale della selezione della migliore offerta¹⁵⁴. Solo quando l'effetto della concorrenza è quello di pervenire alla selezione della migliore offerta, si potranno determinare le condizioni della riduzione degli spazi entro i quali può avere luogo la corruzione. La concorrenza, peraltro, non deve essere fine a stessa (*Compulsory Competitive Tendering*) ma finalizzata all'obiettivo del Best Value. Ad esempio, appare condivisibile il superamento del tradizionale approccio formalistico che, in nome della tutela della *par condicio* tra i concorrenti, portava all'esclusione delle offerte (eventualmente, anche la migliore) per violazioni formali. Il disegno di legge delega, proseguendo sulla strada già intrapresa dal Legislatore con la riforma dell'art. 46 del d.lgs.163/2006, prevede espressamente che in tali casi possa ricorrersi al c.d. soccorso istruttorio. Su tale strada occorrerà insistere e proseguire.

¹⁵³ I paesi di *common law*, che hanno recepito più fedelmente le direttive 2004 e sono per tradizione meno inclini alla iper-regolazione, hanno dimostrato meno timore per i pericoli della flessibilità delle procedure. La storia di tali Paesi, peraltro, non ha presentato fenomeni rilevanti di corruzione nel settore degli appalti. Dunque, in tali Stati le pubbliche amministrazioni conservano grandi spazi di discrezionalità di scelta e i nuovi istituti flessibili previsti dalle direttive sono stati recepiti senza troppi timori, anche perché in larga misura coincidono con sistemi già utilizzati nei medesimi paesi. Diversamente, la maggior resistenza alla flessibilità può essere riscontrata nei paesi di diritto amministrativo. In tali Paesi, più abituati alla regolazione di dettaglio delle procedure, la preoccupazione è stata quella di disciplinare i singoli aspetti della discrezionalità, finendo così, talvolta, per ingessarla e limitarla. La necessità di regolare nel dettaglio i nuovi istituti a carattere flessibile ha, inoltre, comportato problemi di coordinamento e ritardi di recepimento che ne hanno ostacolato l'applicazione pratica. Un riferimento speciale, tra questi Paesi, merita l'Italia che, da un lato, si è mostrata preoccupata dall'eventualità della ripetizione di scandali e episodi di corruzione nel settore degli appalti e, dall'altro, aveva una disciplina giuridica di settore preesistente (la legge Merloni) particolarmente restrittiva che ha fortemente condizionato il Codice. Ebbene, l'Italia è stata probabilmente il Paese che ha espresso maggiori timidezze e preoccupazioni nel recepimento degli istituti flessibili, come dimostrano le sospensioni operate con i vari correttivi e il perdurante differimento del dialogo competitivo fino all'entrata in vigore del Regolamento attuativo del codice.

¹⁵⁴ Sul tema della concorrenza si rinvia ancora a 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, in corso di pubblicazione.

Al fine del controllo dell'efficienza sarà necessario creare un ambiente davvero trasparente che riguardi la progettazione, l'affidamento e l'esecuzione dei contratti. Come si è detto nel testo, se tale principio è stato da molti riferito alla lotta anti-corruzione, esso appare in primo luogo necessario per il controllo dell'inefficienza. I dati sulla realizzazione delle opere pubbliche sono indice in primo luogo della loro efficienza (o inefficienza). Se tali dati sono negativi, occorre però che conseguano provvedimenti effettivi in relazione alle responsabilità degli Uffici e dei funzionari pubblici oltreché delle imprese. Incoraggianti appaiono, ad esempio, le norme della delega che prevedono la creazione di un *rating* delle stazioni appaltanti, ma forse dovrebbe essere fatto di più. Inoltre, la pubblica amministrazione dovrebbe conservare memoria storica dell'esecuzione dei contratti precedenti e prevedere modalità di premiare nelle gare future le imprese che si sono dimostrate in passato contraenti affidabili. In buona sostanza, gli strumenti di *disqualification* non dovrebbero essere usati solo quando emergano fatti corruttivi ma anche quando vi siano stati in passato gravi inefficienze.

E' chiaro, tuttavia, che anche la trasparenza fine a se stessa non basta se non si metterà mano anche al sistema dei controlli e, in particolare modo, a quelli giurisdizionali che dovrebbero essere efficaci quando dai dati risultino problematiche. Basti pensare che nel rapporto sul Mose del 2009¹⁵⁵, la Corte dei Conti segnalava espressamente inefficienze (desumibili dai dati sull'opera) che chiaramente facevano intuire aspetti patologici del sistema, senza però che a tale rapporto la stessa Corte dei Conti o altri organi di controllo abbiano dato seguito. Solo l'intervento del Giudice penale, concretizzatosi ben cinque anni dopo, ha smascherato i fatti corruttivi. Nulla, invece, si è stato fatto per rimediare alle inefficienze segnalate nello stesso rapporto.

A ciò dovrebbe accompagnarsi il superamento del controllo formale della legittimità dei singoli atti amministrativi, che da sempre ha caratterizzato la giustizia Amministrativa e Contabile del nostro Paese. Il controllo giudiziale dovrebbe spostarsi sul risultato dell'attività amministrativa complessiva, ad esempio gli esiti di una procedura di affidamento o dell'esecuzione di un contratto, in termini di spesa, qualità, tempestività. A tali fini, appare necessario stabilire *a priori* quale debba essere il risultato (*performance*) programmato della pubblica amministrazione, anche attraverso il ricorso a valori *standard* universalmente riconosciuti, e poi procedere alla verifica del risultato conseguito. Peraltro, tale forma di controllo non necessariamente implicherebbe una valutazione di merito da parte del giudice poiché, qualora il raggiungimento di una determinata *performance* contrattuale fosse doveroso in virtù di una legge che obbligasse l'amministrazione prima a

¹⁵⁵ Corte dei Conti, sezione di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, "*Stato di avanzamento del progetto di salvaguardia della laguna e della città di Venezia*", 20.2.2009.

programmarla e poi a raggiungerla, lo stesso controllo avrebbe la natura di un controllo di legittimità dell'operato complessivo (non di un singolo atto) dell'amministrazione¹⁵⁶.

In relazione al controllo giurisdizionale occorrerebbe anche intervenire sul rapporto tra lo stesso e gli atti di *soft law* dell'ANAC. che, se la delega sarà pienamente attuata, assumeranno maggiore centralità rispetto al sistema attuale, tanto da supplire alla mancata emanazione (come pare di capire dalla delega) di un nuovo Regolamento attuativo. Ebbene, occorrerà evitare che gli atti di *soft law*, che le Amministrazioni saranno tenute a rispettare, siano sistematicamente sconfessati dai Giudici, attraverso l'annullamento di provvedimenti che le pubbliche amministrazioni abbiano adottato conformandosi alla *soft law*. Occorrerebbe, dunque, un preventivo raccordo tra ANAC e Consiglio di Stato, in sede consultiva, al fine di adottare decisioni condivise.

Il perseguimento dell'efficienza della contrattazione pubblica può costituire lo strumento più efficace per il contrasto alla corruzione che si nasconde dietro a tali inefficienze. Appare questo il sistema più idoneo a creare all'interno dell'amministrazione gli anticorpi per evitare che possa generarsi la malattia della corruzione¹⁵⁷. L'esperienza del Regno Unito potrebbe dare spunti al Legislatore delegato (come peraltro auspicato dallo stesso disegno di legge delega che all'art. 1 comma 1 prevede che si dovrà "*tenere conto delle migliori pratiche adottate in altri Paesi dell'Unione europea*") e costituire un modello da imitare.

Il contrasto alla corruzione potrà aggiuntivamente essere perseguito attraverso misure amministrative (aggiuntive rispetto a quelle penali) che siano utili a prevenire la corruzione, a scoprirla e a porvi rimedio. Tali misure non devono però essere produttive di inefficienza, tanto in fase di affidamento che di esecuzione dei contratti.

Così come si è detto che la concorrenza delle procedure non deve essere fine a se stessa (*Compulsory Competitive Tendering*), così anche il perseguimento dell'integrità non dovrebbe essere fine a se stesso (che potremmo, analogamente definire *Compulsory anti corruption*) ma sempre finalizzato alla realizzazione dell'interesse pubblico legato al *best value*, ovvero alla migliore maniera di spendere il denaro pubblico. Ad esempio, la misura preventiva della corruzione costituita dalla continua rotazione del personale potrebbe avere di certo l'effetto di rendere più difficile l'accordo corruttivo (in quanto non vi sarebbe una stabilità del rapporto tra corruttore e corrotto) ma potrebbe causare perdite di efficienza legate alla mancanza di specializzazione e alla perdita dell'esperienza del funzionario sostituito con il subentro di un nuovo funzionario meno esperto.

¹⁵⁶ Sul punto, sia consentito di rinviare a FIDONE G., *L'azione per l'efficienza nel processo amministrativo: dal giudizio sull'atto a quello sull'attività*, Giappichelli, 2012.

¹⁵⁷ La metafora degli "*anticorpi*" è di CANTONE R. - DI FEO G., *Il male italiano*, Rizzoli, 2015.

Tenendo conto di tale presupposto, potrà essere continuata l'opera già iniziata con la riforma della disciplina anticorruzione del 2012, con l'attuazione dei principi della delega che, sul punto, appaiono particolarmente generici (fatte salve alcune disposizioni più puntuali, come si è visto nel par. 7.1, sia con riguardo alla generale finalità dell'integrità che rispetto ai poteri da attribuire all'ANAC, in modo da consentire al Legislatore delegato ampi margini di operatività.

La creazione di un quadro giuridico chiaro, stabile ed efficiente della materia della contrattualistica pubblica, accompagnato da una razionale ed efficace disciplina per il contrasto della corruzione fondata sulla trasparenza dovrà anche costituire il presupposto della cessazione della cattiva pratica delle discipline derogatorie per particolari opere (che trovano il loro presupposto proprio nell'inapplicabilità della disciplina generale ad opere complesse) che sovente sono state il presupposto di inefficienza e corruzione. Sul punto, il Legislatore delegante sembra essere determinato e occorrerà che non vi siano temperamenti in sede di attuazione della delega.

L'occasione del recepimento delle nuove direttive non dovrà essere persa se si vorrà sancire il definitivo cambio di rotta rispetto alle passate tendenze e pervenire ad un sistema degli appalti pubblici che sia efficiente ed impermeabile alla corruzione. Ciò suggerisce una visione nuova e più consapevole del rapporto tra legge ed amministrazione, fondato sulla responsabilizzazione di quest'ultima. Probabilmente, lo stesso principio di legalità, e la forma di razionalità che lo sostiene, esigono un ripensamento, al cospetto di dinamiche complesse.