



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto Amministrativo 1

Emergenza pandemica e contrasto alla corruzione nei
contratti pubblici: il ruolo dell'ANAC

RELATORE

Chiar.mo Prof

Aldo Sandulli

CANDIDATO

Chiara Taschetti

Matr.152343

CORRELATORE

Chiar.mo Prof.

Bernardo Giorgio Mattarella

ANNO ACCADEMICO 2020/2021

INDICE

Capitolo 1. La corruzione come fenomeno multiforme, la sua diffusione negli appalti pubblici e le risposte normative al problema.....	5
1. Introduzione al concetto di corruzione e multiformità del fenomeno	5
1.1. La corruzione soggettiva e oggettiva.....	6
1.2. L'analisi socioeconomica del fenomeno corruttivo.....	7
1.3. L'evoluzione del fenomeno corruttivo: dall'antica Roma ad oggi	10
1.4. L'indice di percezione della corruzione: la situazione italiana.....	12
2. La corruzione nel public procurement.....	16
2.1. La diffusione del fenomeno nel settore dei contratti pubblici	16
2.2. I principali fattori di rischio corruzione.....	17
3. Le risposte al fenomeno corruttivo da parte della normativa interna e comunitaria.....	22
3.1. La tormentata stagione normativa per il public procurement	22
3.2. I primi interventi a contrasto della corruzione	24
3.3. Le prime criticità e la necessità di una riforma	25
3.4. Il primo punto di svolta per i lavori pubblici: la legge Merloni	27
3.5. Le criticità della legge quadro e l'intervento comunitario.....	28
4. Azioni di contrasto alla corruzione: prevenzione o repressione?	32
4.1. Le direttive europee del 2004.....	32
4.2. L'emanazione del primo Codice dei contratti pubblici.....	33
4.3. I successivi interventi comunitari e la prima riforma della P.A. in Italia	34
5. L'istituzione di soggetti per la lotta alla corruzione: dall'AVLP alla CIVIT	37
5.1. L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici della legge Merloni.....	37
5.2. La nascita dell'AVCP e il ruolo della CIVIT	38
5.3. La prevenzione della corruzione come chiave di volta del sistema	39
Capitolo 2. L'evoluzione della normativa italiana a contrasto della corruzione e la nascita dell'ANAC.....	40
1. Legge n. 190/2012: la prima legge anticorruzione.....	40
1.1. Il problema della corruzione oggettiva	40
1.2. Gli obiettivi della legge anticorruzione	41
1.3. Le principali novità della legge Severino.....	45
1.4. Gli istituti dedicati al public procurement	48
1.5. Il nuovo volto della CIVIT	50
2. Criticità del sistema anticorruzione: verso un nuovo intervento legislativo.....	52

2.1. Le difficoltà di coordinamento tra la CIVIT e il DFP	52
2.2. Il travagliato percorso per l'istituzione dell'ANAC	54
3. La nascita dell'ANAC: Autorità nazionale anticorruzione.....	55
3.1. L'istituzione dell'ANAC tra auspici e diffidenze	55
3.2. L'ANAC tra prevenzione e repressione.....	57
4. Il contributo dell'ANAC nella lotta alla corruzione: i rapporti con le istituzioni nazionali e internazionali	61
4.1. Le prime forme di collaborazione: L'ANAC e la SNA.....	62
4.2. I rapporti con diversi livelli di governo	63
4.4. Le relazioni a livello comunitario e internazionale.....	64
4.5. L'ANAC e la sua rilevanza sul panorama socioeconomico.....	67
5. La corruzione nel settore degli appalti pubblici: i poteri dell'ANAC e la particolare vicenda “Expo 2015”	69
5.1. L'attività dell'ANAC: poteri e limiti.....	69
5.2. Le novità per il meccanismo delle “white list”	73
5.3. I poteri straordinari dell'ANAC	74
5.4. L'evento Expo Milano 2015	77
5.5. Il primo bilancio sull'operato dell'ANAC	80
Capitolo 3. L'attività dell'ANAC e la sua incidenza nel settore degli appalti pubblici	82
1. Criticità dell'approccio italiano al public procurement: verso un nuovo intervento legislativo.....	82
1.1. La situazione a distanza di un ventennio dalla prima legge sui contratti pubblici.....	82
1.2. I principali problemi emersi: iper-regolazione e incertezza normativa	85
1.3. L'approccio nazionale e comunitario nel public procurement.....	86
1.4. Le direttive comunitarie: problemi di recepimento.....	89
1.5. Le direttive comunitarie: aspetti innovativi	92
2. La nascita del Codice dei contratti pubblici con il D.lgs. n. 50/2016	96
2.1. La legge delega discussa in Parlamento.....	96
2.2. Il Codice dei contratti pubblici: gli aspetti procedurali	97
2.3. Il Codice dei contratti pubblici: più efficienza e meno corruzione	99
2.4. L'importanza della trasparenza per la lotta alla corruzione.....	106
2.5. Il Codice dei contratti pubblici: prime valutazioni e critiche	111
3. La governance nel Codice dei contratti pubblici.....	112
3.1. La Cabina di regia e il Mit	112
3.2. Il nuovo volto dell'ANAC: i poteri gestionali.....	114

3.3. L'ANAC e i nuovi poteri di vigilanza e controllo	119
4. L'ANAC come autorità di regolazione tra critiche e consensi	124
4.1. Il nuovo sistema di regolazione: le direttive e la legge delega.....	125
4.2. I bandi tipo come strumento di soft law	126
4.3. Le linee guida dell'ANAC: tra innovazione e criticità	128
5. I correttivi al Codice dei contratti tra ostacoli e speranze per l'ANAC	132
5.1. Il D.lgs. n. 56/2017 e le linee guida: un punto di arrivo solo apparente.....	132
5.2. I nuovi poteri impugnatori dell'ANAC.....	134
5.3. La nuova fisionomia dell'ANAC dopo lo “Sblocca cantieri”	136
5.4. Spunti di riflessioni: l'operato dell'ANAC e il calo del CPI	138
Capitolo 4. “L'emergenza epidemiologica Covid-19 e il suo impatto nel settore dei contratti pubblici: scenari corruttivi e ruolo dell'ANAC”	140
1. Rilevanza delle situazioni di emergenza per la contrattualistica pubblica	140
1.1. Le precedenti situazioni emergenziali e i problemi emersi	140
1.2. La logica emergenziale nel Codice dei contratti pubblici	144
1.3. La Protezione Civile e gli altri soggetti coinvolti nelle emergenze	148
2. L'emergenza epidemiologica del virus Covid-19: crisi sanitaria, sociale ed economica..	153
2.1. I primi effetti della diffusione del virus nel Paese.....	154
2.2. Le prime risposte alla situazione emergenziale: lo stato di emergenza e l'intervento dell'UE	157
2.3. Emergenza sanitaria e disciplina interna: gli interventi in deroga al Codice dei contratti pubblici	161
3. Il public procurement e la crisi pandemica: tra semplificazione e rischio corruzione	168
3.1. Le deroghe alle discipline ordinarie: possibili scenari di corruzione.....	169
3.2. La gestione degli appalti in sanità: acquisti inefficienti e procedure inidonee.....	177
3.3. Il caso delle mascherine chirurgiche: la turbativa d'asta nella gara di Consip	180
4. Il ruolo dell'ANAC durante l'emergenza pandemica Covid-19	182
4.1. L'ANAC e l'attività di vigilanza sugli affidamenti emergenziali: il caso delle mascherine affidate dall'AID	183
4.2. L'ANAC e la gestione della spesa pubblica durante l'emergenza pandemica: il caso dei banchi scolastici a rotelle	188
4.3. Valutazioni complessive dell'attività dell'ANAC durante l'emergenza pandemica: calo del CPI e obiettivi futuri	194
5. Il futuro del public procurement dopo la crisi pandemica	196
5.1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: digitalizzazione e semplificazione.....	197

5.2. Il ruolo dell'ANAC nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: tra semplificazione e legalità	204
5.3. PNRR e Contratti pubblici: riflessioni e prospettive future	209
Conclusioni.....	211
Appendice	214
Figura 1- Progressi dell'Italia nell'indice di percezione della corruzione dal 2012 al 2018- Posizione su 100 Paesi. (Fonte: Transparency.it)	214
Figura 2- Criticità dichiarate dalle S.A. all'ANAC su 311 CIG campionati, relativi agli affidamenti connessi all'emergenza Covid-19. (Fonte: Relazione ANAC, indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID-19 Report di seconda fase).....	214
Figura 3- Progressi dell'Italia nell'indice di percezione della corruzione dal 2012 al 2021- Punteggio. (Fonte: Transparency.it).....	215
Bibliografia e sitografia.....	216
Giurisprudenza	225

Capitolo 1. La corruzione come fenomeno multiforme, la sua diffusione negli appalti pubblici e le risposte normative al problema

1. Introduzione al concetto di corruzione e multiformità del fenomeno

*“La corruzione non è un peccato veniale, ma è il peccato capitale della democrazia, perché sgretola le basi della convivenza”*¹: è così che Raffaele Cantone definisce il fenomeno corruttivo, facendone emergere la sua pericolosità soprattutto per la stabilità sociale di un Paese democratico. Nonostante la nozione giuridica di corruzione sia individuata dagli artt.318 e ss. del Codice penale, molteplici sono i settori dell’ordinamento che vengono coinvolti ogni qualvolta si assiste ad un caso che integri gli estremi del fenomeno corruttivo.

*“Scrivere di (e sulla) corruzione presuppone, sul piano metodologico, rispondere ad una domanda solo in apparenza banale: che cosa è la corruzione?”*². Per rispondere a tale quesito, non si può che partire dalla collocazione strettamente penalistica, in quanto la corruzione costituisce un delitto plurisoggettivo³, nel quale, i soggetti coinvolti nella stipula del c.d. “pactum sceleris”⁴ perfezionano il reato con la dazione-ricezione di un’utilità stabilita in una precedente promessa.

Esaminando tuttavia il bene giuridico tutelato dagli articoli che puniscono detto reato, si evince l’ampiezza della portata di questo fenomeno: l’obiettivo del Legislatore è quello di tutelare l’imparzialità, la correttezza e la trasparenza circa l’operato dei funzionari della Pubblica Amministrazione, e, conseguentemente, anche dei privati che potrebbero rendersi responsabili di tale delitto al fine di conseguire un’utilità in maniera illecita.

I valori poc’anzi riportati non solo sono contenuti nell’art.1 della legge 241/1990, sotto la rubrica *“principi generali dell’attività amministrativa”*, ma sono altresì rinvenibili nella Carta costituzionale del nostro Paese. Il secondo comma dell’art.54 Cost., contiene infatti un dovere di adempimento delle funzioni pubbliche che deve essere ispirato alla disciplina e all’onore; mentre all’art.97 della Carta costituzionale, vengono menzionati i principi di imparzialità e buon andamento cui devono mirare le Pubbliche Amministrazioni.

¹ R. Cantone, G. Di Feo, *Il male italiano, liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, Rizzoli, 2015, p.8.

² E. Carloni, R. Cantone, *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, p.6.

³ Per delitto plurisoggettivo si intende una fattispecie criminosa in cui per la realizzazione della stessa devono necessariamente concorrere più soggetti.

⁴ Il “patto per il delitto” è l’accordo raggiunto tra due o più soggetti per commettere azioni delittuose.

1.1. La corruzione soggettiva e oggettiva

Al di là dei valori che possono essere compromessi nel momento in cui ci si imbatte nel fenomeno, ciò che è importante segnalare è la duplice accezione sotto cui la corruzione può essere esaminata: accanto ad una valutazione soggettiva del fenomeno, ve ne è una prettamente oggettiva. I comportamenti che ricadono sotto la prima di tali categorie riguardano, oltre alla tradizionale dazione di denaro in cambio di favori come visto sopra, i c.d. *“personal contacts, i rapporti di conoscenza con coloro che sono investiti di poteri di decisione nel settore pubblico o privato [...] per ottenere posti di lavoro, incarichi o altri vantaggi”*⁵, i quali si avvicinano anche al concetto di lobbismo, che si sostanzia nella pressione sull’attività di agenzie e autorità pubbliche. Tradizionalmente, infatti, quando si pensa al concetto di corruzione, l’immagine che balza agli occhi è quella del corrotto e del corruttore che, attraverso degli scambi occulti, finiscono entrambi per giovare della rendita illecitamente creata.⁶ Tuttavia, se si vuole guardare al fenomeno in maniera completa, la molteplicità delle condotte ascrivibili al concetto di corruzione in senso soggettivo non risulta esaustiva, in quanto, le stesse condotte criminose spesso derivano o addirittura risultano agevolate proprio dal sistema normativo fallace, che è alla base del nostro Ordinamento. Si legge, nella più autorevole dottrina che *“occuparsi della corruzione delle persone è indispensabile [...] ma, sebbene indispensabile, questo approccio è del tutto insufficiente. È necessario, infatti, considerare anche un altro aspetto della corruzione, che riguarda non tanto i comportamenti dei singoli, ma il sistema istituzionale in sé, le regole: non sono corrotte solo le persone, possono essere corrotte anche le regole e la corruzione delle regole è un formidabile incentivo per la corruzione delle persone”*⁷: si comprende allora come non si possa prescindere dal concetto di corruzione in senso oggettivo ogni qualvolta si voglia affrontare il tema e le relative problematiche. Se infatti, l’aspetto soggettivo del fenomeno riguarda condotte deprecabili poste in essere da chi conclude l’accordo, la proliferazione della corruzione dipende anche e soprattutto dall’alterazione dell’intero sistema: Sallustio, nella sua celebre opera *“Bellum Iugurthium”* utilizza l’espressione *“pabulum et aquarum fontes corrumpere”* proprio per sottolineare come tale male si innesti, prima ancora che nella condotta umana, nella corrosione delle cose materiali. Attraverso un’interpretazione ancora più estesa di tale concetto, si può dunque ritenere

⁵ *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti, nona appendice.*

⁶ Cfr. A. Vannucci, *L’evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, pp.37-38.

⁷ M. D’Alberty, *Corruzione nel sistema istituzionale*, in M. Antinucci, P. Piselli (a cura di), *Corruzione e cultura della legalità. Atti dell’incontro*, Roma, EdilStampa, 2014.

che ad essere corrotti non sono solo gli uomini, ma è l'intero sistema ad avere delle falle interne che legittimano la proliferazione del fenomeno stesso. Si pensi, infatti, alla molteplicità di leggi, regolamenti e altre tipologie di fonti normative che regolano l'intero sistema: come si vedrà nel paragrafo seguente, è proprio questo uno degli aspetti che porta ad avere procedure poco limpide. Se, infatti, a risultare oscure e di difficile applicazione sono in primis le regole dell'ordinamento, non ci si può stupire se le condotte che ne derivano risultano altrettanto di difficile individuazione. Del pari, come si può pretendere che l'intero sistema istituzionale operi correttamente, se il suo funzionamento appare alquanto macchinoso e pieno di insidie? Da tale domanda retorica discende tutta la tematica che ruota attorno la lotta alla corruzione, in quanto la chiave di volta non può che essere un intervento che si faccia carico di tutte le vesti che tale fenomeno può assumere.

1.2. L'analisi socioeconomica del fenomeno corruttivo

Alla luce dei motivi esposti sopra, la corruzione necessita di essere esaminata in tutti i suoi aspetti, in quanto la sua presenza in molteplici settori dell'ordinamento, in forme sempre diverse e non facilmente riconoscibili, contribuisce all'accrescimento della sfiducia dei cittadini nelle istituzioni e mostra i suoi effetti negativi anche nella la stabilità economica del Paese. Come vedremo, infatti, lo studio del fenomeno corruttivo non può arrestarsi ad un approccio prettamente giuridico e penalistico; viceversa, sarà necessario condurre delle analisi anche e soprattutto dal punto di vista sociale ed economico. L'aumento costante dei fenomeni corruttivi, oltre a esplicitare i propri effetti negativi nel rapporto tra Stato-cittadino, si ripercuote anche sul corretto funzionamento del mercato, sia sotto il profilo della competizione che dell'efficienza.

Anzitutto, la corruzione ha dei costi effettivi in termini economici, che possono essere agevolmente calcolati se si tiene a mente la formula $C = M + D - T - A$. Sviscerando poi le singole componenti e traducendo la formula, il livello della corruzione (C) si ottiene guardando alla presenza di posizioni monopolistiche di rendita (M), alla quale si aggiungono i poteri discrezionali di scelta (D): sulla base di quanto così ottenuto, va poi sottratto la componente della trasparenza (T), nonché della *accountability*⁸ (A). Appare dunque chiaro come ci siano tanti fattori che incrementino il grado di corruzione, quanti che ne attenuino la diffusione, come per l'appunto l'adozione di strategie miranti alla trasparenza e alla pubblicità dell'agire amministrativo: la conseguenza è quella per cui il fenomeno corruttivo presenta costi elevati per l'intero tessuto sociale, che dovranno e potranno

⁸ Con tale termine si intende la responsabilizzazione degli agenti.

dunque essere attenuati solo facendo leva su strumenti idonei a controllare la correttezza nell'azione della P.A.⁹

Per quanto riguarda nello specifico la distorsione della concorrenza, l'esistenza di accordi fraudolenti e, conseguentemente, l'agevolazione solo di determinati operatori economici che operano nel libero mercato, questo comporta una distorsione della competenza, la quale dovrebbe invece essere protetta dagli ordinamenti sia a livello nazionale che comunitario. A tal proposito, a risentire della presenza di tali condotte risultano essere i singoli imprenditori che non si vedono garantiti e riconosciuti i diritti che discendono dall'esercizio di un'attività economica all'interno di un mercato libero: di conseguenza, gli stessi soggetti non saranno più incentivati allo svolgimento della loro impresa, e il regolare funzionamento del mercato risulterà fortemente alterato.

Sempre approcciando al problema dal punto di vista economico, l'altro profilo da prendere in esame è quello degli effetti negativi della corruzione sull'efficienza nell'erogazione di servizi, in quanto gli stessi saranno indirizzati ad un bacino di utenza notevolmente ampio. Tradizionalmente, gli stessi devono essere resi rispettando degli standard qualitativi determinati, i quali possono però venir meno ogni volta che si affida la realizzazione di un'opera ovvero l'erogazione di un servizio su base di accordo illecito ed eludendo le procedure previste per i diversi settori, nelle quali è invece rilevante soprattutto una valutazione oggettiva dei requisiti vantati dai singoli operatori economici. È da segnalare inoltre che la gravità di tale fenomeno si accresce nel caso in cui i servizi in questione siano servizi pubblici, in quanto la stabilità del rapporto Stato-cittadino viene ancor di più messa in discussione.

Come accennato precedentemente, le problematiche legate al fenomeno corruttivo finora esaminate contribuiscono infatti ad incrementare un sentimento di sfiducia del singolo consociato nei confronti della Pubblica Amministrazione, che riveste così il ruolo di protagonista nel mal costume istituzionale. Ad essere messi a repentaglio sono infatti tutti quei valori dell'etica pubblica, individuabili in regole generalmente condivise dell'agire umano. Tale disciplina infatti *“definisce il corretto agire dei pubblici agenti al servizio della collettività [...] delle giuste aspirazioni dei cittadini utenti, nel rispetto della loro dignità”*¹⁰ e il tradimento dei valori ricompresi in questo concetto può manifestarsi sia attraverso un'azione che attraverso un'omissione, comportando in

⁹Cfr. A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, pp.38-39.

¹⁰ V. C. Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p.2.

entrambi i casi forme di corruzione. Ebbene, esaminando la corruzione come fenomeno che investe la matrice socioculturale di un Paese, si legge in autorevole dottrina che *“le norme etiche, i valori culturali, le tradizioni, il senso civico [...] si riflettono nel cosiddetto costo morale della corruzione, il disagio psichico associato alla violazione della legge”*.¹¹ Chiaramente, i riflessi che il fenomeno corruttivo riversa sull'apparato economico e sociale del Paese non si limitano a fungere da approfondimento per l'analisi delle pratiche illecite e dei loro effetti; viceversa, come si vedrà nel paragrafo dedicato alla rilevazione del fenomeno corruttivo in un Paese, per la misurazione della sua diffusione sarà indispensabile combinare la variabile sociale e quella economica, per poter giungere ad un esame completo e strutturato della corruzione e dei problemi ad essa connessi.¹²

L'ultimo aspetto da analizzare è quello che più rende difficile il contrasto del fenomeno corruttivo: la sua multiformità. Nonostante la rilevanza penalistica delle condotte si traduce in una serie di reati, nei quali si configurano diverse condotte sorrette dal comune intento fraudolento, il problema dell'individuazione delle stesse ne rende difficile il contrasto, nonché la repressione. Al di là del coinvolgimento in pratiche illecite di soggetti appartenenti a diversi livelli governativi, il che implica una diffusione incontrollabile del fenomeno, l'aspetto più insidioso si manifesta nei casi in cui esso è presente solo come fattore integrante ovvero disintegrante: se nel primo caso si tratta di una corruzione sistemica, in quanto le relazioni tra singoli e gruppi si reggono su sistemi duraturi di scambio, interessi condivisi, per il raggiungimento di obiettivi con mezzi illeciti; nella seconda ipotesi sarà invece marcata la distinzione tra chi partecipa allo scambio corruttivo e chi no. In particolare, quel che emerge anche nella più autorevole dottrina è che *“al pari di altri crimini senza vittime, lo scambio corrotto, quando si realizza con successo, non lascia corpi del reato né tracce visibili, né vi sono soggetti interessati a denunciarla”*¹³. Quel che ne deriva, è dunque una corsa incessante all'individuazione di pratiche sospette che, solo all'esito di un esame puntuale, potranno appellarsi come reato di corruzione o meno: stante la multiformità e l'ampia diffusione del fenomeno, come si vedrà nel corso del presente elaborato, la sfida maggiore per il nostro Paese sarà quella di individuare strumenti e istituti idonei ed efficaci a contrastare accordi illeciti e pratiche corruttive, che, come si dirà a breve, interessano l'Italia sin dai tempi più antichi.

¹¹ A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p.39.

¹² Cfr. A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, pp.38-40.

¹³ A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p.41.

1.3. L'evoluzione del fenomeno corruttivo: dall'antica Roma ad oggi

Le molteplici forme sotto cui si presenta la corruzione, sia se considerata in senso oggettivo che soggettivo, ne rendono sicuramente più difficile l'individuazione e contribuiscono ad accrescere il sentimento di sfiducia dei cittadini anche nello Stato, disgregando il tessuto sociale. La risposta dell'opinione pubblica circa lo stato corruttivo dell'Italia è infatti assai rilevante, in quanto è proprio sulla base di ciò che si può misurare il grado di diffidenza dei consociati verso l'apparato pubblicistico. Il nostro Paese, nel corso degli anni ha purtroppo registrato la continua presenza di episodi di corruzione e ciò ha contribuito ad una valutazione tendenzialmente negativa dell'approccio al problema come proposto dal Governo italiano. In realtà la corruzione può essere considerata una costante, in quanto se ancora nel Ventunesimo secolo si cercano strategie normative per tentare di arginare il fenomeno, si può ben vedere come lo stesso fondi le sue radici già nell'antica Roma: si pensi agli ultimi momenti prima del crollo della Repubblica e di annunciazione dell'Impero, in cui Gaio Giulio Cesare sostenne l'accusa di concussione nel processo contro Gneo Cornelio Dolabella¹⁴. Non sembra rintracciabile nemmeno a quei tempi, dunque, un'amministrazione scevra da comportamenti scorretti e corrotti e se, di primo acchito può colpire l'esistenza di un apposito processo per concussione *“d'altra parte, i fenomeni di concussione e corruzione erano frequentissimi. La corruzione politica, soprattutto correlata alla mercificazione di voti e ai brogli elettorali, era quasi nella natura delle cose [...] la concussione era ancor più conclamata, perché, come detto, era quasi naturale che un governatore di provincia si arricchisse.”*¹⁵. Spingendoci poi, oltre, basta volgere uno sguardo esaustivo alla nostra Carta costituzionale, che, nel prevedere la regola del pubblico concorso o ancora, nel dettare valori verso cui l'attività dei pubblici poteri dovrebbe orientarsi, trova una contraddizione nella corretta ed effettiva applicazione degli stessi. Ripercorrendo ora le tappe salienti della presenza della corruzione nel Paese, già a partire dall'età giolittiana si registrarono numerosi episodi di mala gestio, primo fra tutti si ricordi lo scandalo che interessò la Banca romana, a proposito del quale *“emersero molte irregolarità nella gestione della Banca, soprattutto nell'erogazione di prestiti facili, che in molti casi erano andati a vantaggio di politici influenti, probabilmente in cambio di decisioni pubbliche favorevoli alla banca”*.¹⁶ Il periodo successivo fu invece caratterizzato dal fenomeno del trasformismo politico, tramite il quale

¹⁴ Cfr. A. Sandulli, *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017, p. 74.

¹⁵ A. Sandulli, *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017, p. 75.

¹⁶ M. D'Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020, p.26.

avvenivano frequenti passaggi di parlamentari da un partito all'altro. Nella fase immediatamente successiva a questa, con la quale si fa riferimento al periodo della Prima guerra mondiale, si registrarono invece *“degenerazioni più consistenti del tessuto istituzionale [...] episodi di scorrettezza, di malaffare, di disonestà”*¹⁷, con particolare riferimento agli acquisti necessari di tipo militare: *“molte delle maggiori imprese del settore meccanico, siderurgico e cantieristico stipularono contratti con i quali l'amministrazione statale chiedeva forniture di armi o equipaggiamenti”*.¹⁸ Gli episodi di immoralità, tuttavia, non si arrestarono con la fine della guerra e, durante il fascismo, si segnalò una certa continuità con il passato. Nonostante il cambiamento delle strutture amministrative, il moltiplicarsi di enti e la diffusione di società a partecipazione pubblica, aumentarono gli episodi di corruzione, tanto da ritenere che *“dietro lo stesso delitto Matteotti [...] vi sarebbe un retroscena affaristico”*¹⁹, in quanto pare che il deputato socialista avesse dei documenti dai quali emergeva il coinvolgimento di figure di vertice italiane in un meccanismo di tangenti che riguardava investimenti Americani nel mercato del nostro Paese. Sempre negli stessi anni, si tentò, nonostante l'incessante presenza di tali episodi poco chiari, di dare un assetto organizzativo nuovo alla pubblica amministrazione e si pensò di inserire nel sistema istituzionale pubblicistico figure non più appartenenti esclusivamente al mondo della legge, ma anche provenienti da settori tecnici e specifici come quello dell'ingegneria e dell'economia, in modo tale da poter amministrare la “cosa pubblica” nel modo più efficiente possibile. Tuttavia, i buoni propositi non riuscirono a combattere il fenomeno della corruzione e ciò che emergeva era uno Stato che *“aveva occhi per vedere e orecchie per sentire. Sarebbe poi diventato cieco e sordo”*²⁰: tale frase suggestiva delinea in maniera esaustiva l'assetto governativo, in possesso di strumenti preziosi per una buona amministrazione, che non fruttarono però i risultati auspicati. Dopo nemmeno quarant'anni si sarebbe infatti registrato uno degli scandali più noti della storia del nostro Paese: Tangentopoli.²¹ La complessa situazione smascherata grazie ad una serie di indagini giudiziarie può essere definita *“un complesso sistema di tangenti pagate da imprenditori per finanziare i maggiori partiti politici in cambio del loro impegno nel favorire l'affidamento di appalti, di concessioni, di finanziamenti agevolati alle imprese”*²². L'influenza del ceto politico sull'operato della pubblica amministrazione segnò dunque un aumento esponenziale dei

¹⁷ M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene editore, 2017, p.3.

¹⁸ M. D'Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020, p.29.

¹⁹ M. D'Alberti, *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene editore, 2017, p.4.

²⁰ G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, Lezione di sabato 25 febbraio 2017 alla Facoltà Giurisprudenza, Università di Roma “La Sapienza” - Master Università- ANAC, in www.eticapa.it, 26 febbraio 2017.

²¹ Si tratta di una serie di inchieste giudiziarie condotte in Italia a partire dagli anni Novanta, che rivelarono l'esistenza di un sistema fraudolento e corrotto nel quale erano coinvolti imprenditori e politici italiani.

²² M. D'Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020, p.49.

fenomeni corruttivi, che, sebbene arginati in un primo momento dall'intervento della Magistratura, riemersero dopo pochi anni fino ad innestarsi definitivamente sul tessuto sociale del Paese. Anche nei tempi più recenti sono emersi una serie di scandali, tra i quali la vicenda "Mose" a Venezia e la questione degli appalti in occasione di "Expo 2015" a Milano. È per questo motivo che l'Italia ancor oggi, nonostante l'esperienza del passato, non risulta liberata da tale problema, e anzi, da analisi statistiche non emergono risultati che fanno ben sperare per il futuro. Alla domanda, dunque, sulla maggiore o minore presenza di fenomeni corruttivi in Italia, rispetto al passato, non si può che rispondere in tali termini: *"la corruzione c'è sempre stata e c'è tuttora in modo assai accentuato. Quello che noi oggi abbiamo in più rispetto al passato sono gli strumenti tecnologici, tra i quali mezzi di intercettazione prima inimmaginabili"*²³, la sfida per il futuro sarà dunque quella di comprendere come poter sfruttare al meglio tali strumenti.

1.4. L'indice di percezione della corruzione: la situazione italiana

Come si è potuto osservare dall'*excursus* storico circa il coinvolgimento del nostro Paese in fenomeni di corruzione, esso è stato sempre protagonista: nonostante, poi, gli scandali degli anni Novanta, come Tangentopoli siano diversi, sotto alcuni aspetti, da quelli del Ventunesimo secolo, si ravvisa una matrice comune: si legge in dottrina che *"la nuova corruzione presenta comunque un elemento chiave di continuità rispetto a quella vecchia: è ancora una corruzione in larga misura sistemica, nella quale scelte, condotte, stili, movenze, linguaggi degli attori sono incardinati entro copioni prefissati, seguono regole codificate. È una corruzione in altri termini, regolata"*²⁴. A ciò, si aggiunga la pregnante problematica della multiformità del fenomeno, di cui si è parlato sopra: il quadro che emerge è sicuramente preoccupante, in quanto nonostante i tentativi anche a livello internazionale di regolare tutti i potenziali scenari corruttivi²⁵, si continuano a riscontrare non poche difficoltà nella misurazione della corruzione e la sua diffusione.

A tal proposito, risulta utile menzionare ed analizzare i dati emessi annualmente dall'organizzazione internazionale non governativa *"Transparency International"*²⁶ la quale ogni anno pubblica sul proprio sito internet una classifica di centottanta Paesi, stilata sulla base dell'indice di percezione

²³ A. Sandulli, *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017, p.75.

²⁴ A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p.49.

²⁵ Sul punto si veda E. Carloni, R. Cantone, *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, pp.20-25.

²⁶ Nata nel 1993 a Berlino e ora diffusa in oltre cento Paesi del Mondo, nel 1996 è stata fondata in Italia da imprenditori, accademici e funzionari.

della corruzione (CPI)²⁷ in ciascuno di essi. La graduatoria si basa su un sistema numerico di valutazione che va da zero a cento, dove il punteggio ottenuto e la percezione della corruzione in ogni Paese sono inversamente proporzionali tra loro: solo i Paesi che ottengono un punteggio elevato possono vantare una scarsa percezione del fenomeno.

Volgendo uno sguardo alla situazione dell'Italia, secondo la classifica che si riferisce all'anno 2020, il punteggio di 53/100 la colloca attualmente al cinquantaduesimo posto della classifica. Essendo attualmente la media europea di 64/100, la suddetta Nazione risulta uno tra i Paesi più corrotti del continente del quale fa parte. Sempre con riferimento ad un'indagine condotta da *Transparency International*, è utile una lettura dei dati riportati dal "*Global Corruption Barometer*"²⁸ in riferimento all'anno 2021. Dal documento "*Citizen's views and experiences of corruption*" condotto tra i paesi dell'Unione Europea, in Italia risulta che il 34% delle persone ritiene che la corruzione sia cresciuta rispetto agli ultimi dodici mesi, mentre l'85% della popolazione individua il fenomeno come grave per l'assetto governativo. Con riferimento all'operato di quest'ultimo, solo il 39% degli italiani lo considera operativo nel contrasto alla corruzione, mentre il restante 51% ritiene che l'attività di gestione del problema non sia soddisfacente. Un dato altrettanto allarmante è quello che emerge dall'indagine circa la percezione dei cittadini in riferimento agli interessi perseguiti dal Governo: la metà di essi ritiene che il Governo miri a salvaguardare i propri interessi piuttosto che quelli del proprio Paese.

Ci si chiede, però, se la rilevazione della corruzione sulla base di un indice che calcola la percezione del fenomeno e non dell'effettiva presenza di fattispecie penalmente rilevanti per la materia in esame, sia utile ovvero risulti troppo distante da parametri oggettivi. Per meglio capire le perplessità che alcuni sollevano nei confronti del CPI stilato da *Transparency International*, basti guardare al conteggio di furti, rapine, omicidi o aggressioni che periodicamente interessano l'Italia: questi reati vengono infatti raccolti sulla base delle denunce da parte delle vittime, per poi determinare un quadro attendibile che non si discosta dalla realtà. Lo stesso, tuttavia, non può dirsi per la corruzione: se nei reati prima citati vi è una parte offesa che ha tutto l'interesse a sporgere denuncia o a far luce sull'illecito, nel delitto oggetto di esame "*manca una vittima, o meglio la vittima è lo Stato e le istituzioni pubbliche ed esso è strutturato come un contratto illecito, il cosiddetto pactum sceleris, in cui i partecipi del patto non hanno quasi mai interesse a denunciarlo perché, essendo entrambi*

²⁷ Il "Corruption Perception Index" è un indicatore statistico che misura la percezione della corruzione nel settore pubblico e politico di 168 Paesi nel mondo.

²⁸ Il barometro della corruzione globale è il più grande sondaggio al mondo che segue l'opinione pubblica sulla corruzione.

punibili, la denuncia si trasformerebbe nella confessione di un reato”²⁹. Proprio alla luce di questo, per avere contezza della diffusione della corruzione nel nostro Paese, ed adottare sulla base di quanto emerge, le strategie necessarie al suo contrasto, non ci si può appellare solo alle statistiche giudiziarie, le quali forniscono solo un quadro parziale “*mostrando la parte emergente di un iceberg le cui dimensioni subacquee rimangono ignote*”.³⁰

Dalla metafora evocativa appena menzionata, si comprende allora l'importanza che assume il CPI nel riportare i dati di percezione del fenomeno corruttivo, e non dell'effettiva presenza dello stesso in un Paese. Merita apposita menzione anche il *Global Corruption Barometer*, il quale, basandosi su un'indagine di soggetti presi a campione, i risultati cui si perviene rispecchiano appieno lo scetticismo dei cittadini italiani verso l'attività svolta dallo Stato, fattore che incrementa una crisi non solo economica, ma anche sociale. Se, infatti, la misurazione della corruzione basata su dati oggettivi, come ad esempio il numero di denunce sporte, come detto prima, risulta essere maggiormente precisa, gli stessi numeri individuati sulla base del criterio legalistico sono suscettibili di essere interpretati in vario modo. Utile, a tal proposito, riportare l'osservazione secondo cui “*la minore diffusione di reati di corruzione in determinate aree geografiche del nostro Paese potrebbe indicare un minor grado di incidenza della corruzione, ma anche un minore grado di efficienza dell'azione penale [...] o ancora una scarsa propensione alla denuncia del reato in quel territorio [...]*”³¹. Per avere dunque contezza circa la portata del fenomeno corruttivo dal punto di vista socio-economico, è sicuramente doveroso leggere tali dati, dai quali risulta necessaria l'adozione di una linea omogenea per evitare che il fenomeno corruttivo possa continuare a diffondersi nei vari settori del nostro ordinamento e soprattutto, come vedremo nei paragrafi seguenti, in quello degli appalti pubblici, in quanto le conseguenze di tale situazione non riguardano solo un problema circa la repressione, e dunque, punizione del fenomeno; piuttosto gli effetti negativi maggiormente preoccupanti afferiscono alla lesione del tessuto economico e sociale del nostro Paese, messo a dura prova dalla sfiducia che sempre più viene nutrita dai cittadini verso chi li governa: sarebbe quindi auspicabile riuscire a prevenire il fenomeno. Nel corso dell'elaborato ci si concentrerà pertanto sui vari meccanismi e istituti azionati e azionabili per raggiungere l'obiettivo di ridurre la diffusione della corruzione nel nostro Paese e verrà infine compiuta un'analisi critica che, proprio sulla base dei dati emersi nel corso degli anni dalle

²⁹ E. Carloni, R. Cantone, *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018, pp.30-31.

³⁰ A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010, p.42.

³¹ G. Corrado, L. Paganetto, *L'analisi economica della corruzione nel sistema istituzionale*, In M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p.75.

classifiche di Transparency International, vedrà protagonista l'Italia e il punteggio periodicamente ottenuto, dal quale si potrà vedere un miglioramento o un peggioramento.

2. La corruzione nel public procurement

Dopo aver inquadrato la corruzione nei suoi aspetti generali, è doveroso un approfondimento circa l'incidenza del fenomeno nel settore degli appalti pubblici, in quanto sono qui ricomprese una serie di condotte corruttive, le quali ricomprendono non solo i pagamenti erogati per ottenere agevolazioni, ma anche numerose ipotesi di conflitto di interessi, nonché manipolazione delle offerte e presenza di influenze illecite. Oltre alla moltitudine di forme sotto cui il fenomeno può presentarsi, l'aspetto che ne rende difficile il contrasto è la declinazione dello stesso in tutte le fasi di una gara pubblica: da quella procedimentale, passando per la fase negoziale e coinvolgendo infine anche quella esecutiva.

2.1. La diffusione del fenomeno nel settore dei contratti pubblici

Dalla Relazione sulla lotta alla corruzione nell'Unione Europea, stilata ogni biennio dalla Commissione europea, emergono dei dati allarmanti, in quanto la percezione della corruzione da parte degli Italiani è soprattutto legata al settore degli appalti pubblici. La percentuale più alta (55%) è occupata da "criteri di valutazione o selezione poco chiari", seguita (54%) dal conflitto di interesse nella valutazione delle offerte e dall'abuso della motivazione d'urgenza per evitare gare competitive (53%). I successivi aspetti attengono a capitolati d'oneri creati per favorire determinate imprese e alla partecipazione degli offerenti nella stesura dello stesso capitolato (52%), seguiti dall'abuso di procedure negoziate (50%), da offerte concordate (45%) ed infine dalla modifica dei termini contrattuali dopo la stesura del contratto (38%). La diffusione del fenomeno corruttivo in tale settore è spiegata dalla sua rilevanza economica all'interno dell'ordinamento, che muove sempre di più le associazioni criminali verso un'infiltrazione capillare che si innesta nella fase prodromica allo svolgimento di una gara pubblica fino a coinvolgere la fase di esecuzione del contratto pubblico. Secondo la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione³², la stessa, nel settore degli appalti pubblici appare a tutti gli effetti come un fenomeno multiforme. Oltre alla tradizionale forma di pratica corruttiva, che prevede un'offerta e/o promessa di dare ad un pubblico ufficiale al fine di condizionare la fase di selezione del contraente o esecuzione del contratto; per il raggiungimento del medesimo scopo, vengono attuate delle pratiche fraudolente che consistono in omissioni o false dichiarazioni. Vanno poi segnalate le pratiche collusive, le quali vedono protagonisti gli operatori economici che in forza di un accordo occulto all'appaltante, fissano prezzi a livelli non competitivi. Sempre con riferimento alla fase di partecipazione ad una gara pubblica, si ricordino le pratiche coercitive, le quali si traducono in minacce rivolte agli aspiranti candidati al fine di influenzare la loro

³² Adottata dall'Assemblea generale nell'ottobre del 2003, è entrata in vigore a livello internazionale nel dicembre del 2005, verrà ratificata e portata ad esecuzione in Italia con la Legge n.116/2009.

partecipazione ad una gara di appalto ovvero incidere sull'esecuzione del contratto stesso. Inoltre, va precisato che, in una visione d'insieme *“la corruzione non riguarda più un solo atto: in altri termini, il corruttore non compra più il singolo appalto di lavori, di servizi o di forniture [...] ma mette a propria disposizione uno o più funzionari pubblici per ottenere vantaggi ripetuti e continui in una serie d'appalti, concessioni o altre decisioni della pubblica amministrazione”*.³³ Prima di analizzare i veri e propri fattori di rischio corruttivo intrinseci in tale settore, occorre preliminarmente ricordare la tradizionale distinzione tra l'autonomia privata, regolata dagli istituti di diritto privato e l'attività pubblicistica, la quale, come visto nel paragrafo precedente, è necessariamente orientata al perseguimento di scopi collettivi, nel rispetto di determinati principi. Da ciò, ne deriva che l'attività dei soggetti pubblici risulta funzionalizzata e regolata dalla disciplina del *“public procurement”*³⁴, volta a procedimentalizzare le varie fasi in una gara pubblica, al fine di poter orientare l'attività dei soggetti pubblici al rispetto di efficienza, efficacia, economicità e trasparenza.

2.2. I principali fattori di rischio corruzione

Esaminando il problema nei suoi molteplici aspetti, complice dell'estensione di pratiche criminose in tale contesto, risulta essere la stessa normativa italiana, che, nonostante le molteplici riforme avvenute soprattutto nel biennio 2012-2014, lascia attualmente numerosi dubbi interpretativi e applicativi di norme poco chiare, creando così terreno fertile per la proliferazione del fenomeno. Raffaele Squitieri, ex presidente della Corte dei conti ha efficacemente portato alla luce tale problema, durante un'audizione in Parlamento, statuendo che *“l'eccesso di legislazione ha fatto sì che nei gangli del sistema si inserisca la corruzione”*. Ciò che in prima istanza risulta pernicioso è l'iperregolamentazione dedicata al settore degli appalti, in quanto contribuisce al caos interpretativo dato dall'accavallarsi di norme: è nello stesso Codice dei contratti pubblici che può ravvisarsi tale problema, dovuto alla previsione di atti polifasici per molteplici procedure all'interno della gara.

Il risultato è un rallentamento dell'iter procedurale, che, nonostante, in prima battuta, possa apparire ispirato all'esigenza garantista di tutelare al massimo i partecipanti di una gara attraverso un pedissequo rispetto di tutte le fasi, rischia di produrre l'effetto paradossale: è proprio l'eccessiva quantità di norme che crea un sistema lento, incompatibile con i valori di efficienza ed efficacia, cui dovrebbe ispirarsi l'agire della Pubblica Amministrazione.

³³ M. D'Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020, p.59.

³⁴ Con tale espressione si intende la parte di spesa pubblica destinata all'acquisto diretto di beni e servizi da parte della Pubblica Amministrazione.

Collegata a questa matrice di problemi vi è un'altra conseguenza dell'ipertrofia normativa del settore: l'eccessiva discrezionalità amministrativa, accompagnata da quella tecnico valutativa delle commissioni di gara. Occorre da subito precisare che il concetto di discrezionalità della Pubblica Amministrazione è strettamente legato al principio di legalità³⁵: la *conditio sine qua non* per l'agire amministrativo è la presenza di una norma di legge che attribuisca a determinati soggetti il potere stesso. Nell'esercizio della potestà amministrativa è poi ricompreso il concetto di discrezionalità, in quanto esso si sostanzia nella valutazione delle circostanze e nella scelta, discrezionale appunto, per fronteggiare il problema. Talvolta, tuttavia, un'eccessiva legittimazione nel compiere attività di interpretazione e attuazione delle norme, rischia di compromettere la regolarità e la fluidità del sistema, poiché si fanno facilmente largo conflitti applicativi e si dà così luogo a contenziosi. Nel settore degli appalti pubblici la discrezionalità amministrativa trova spazio ogni qualvolta vi è un atto decisionale all'interno della procedura di gara: si pensi ai criteri di selezione del contraente e dei requisiti di qualificazione. La scarsa sindacabilità di tali scelte si traduce spesso nell'assenza di oggettività e certezza.

Esaminando invece la discrezionalità tecnica, essa attiene più propriamente al momento della scelta dell'offerta più vantaggiosa o nella valutazione di presunte anomalie: in queste fasi il proliferare di patti illeciti risulta agevolato, e a contribuire a tale problematica è sicuramente la separazione tra autonomia contrattuale e discrezionalità della Pubblica Amministrazione, concetti che si intrecciano nelle diverse fasi di una gara pubblica e che si scontrano nel tentativo di prevalere l'uno sull'altro. Nonostante la presenza della sfera giuridica del privato, nella fase esecutiva del contratto regna il principio di autorità che si riflette in taluni istituti, come il responsabile del procedimento e il potere di risoluzione d'ufficio del contratto, alterando l'equilibrio contrattuale a scapito del contraente privato e aumentando la possibilità di scambi illeciti, i quali vengono occultati dalla discrezionalità stessa riconosciuta all'amministrazione.

Analizzando invece l'aspetto strettamente procedurale, le pratiche legate al fenomeno corruttivo riescono a trovare terreno fertile in alcuni istituti previsti dallo stesso Codice dei contratti. Prima fra tutte è da segnalare la procedura ristretta ove si prevede³⁶ che solo gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici, tramite invito scritto e simultaneo, possono presentare

³⁵ Art. 1 legge 241/1990: "l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge secondo le modalità fissate dalla stessa legge, nonché in base ai principi individuati dall'ordinamento comunitario."

³⁶ Si veda l'art.61 del D.lgs. n. 163/2006.

un'offerta. Oltre a questa procedura, il Codice dei contratti ne prevede altre due: quella aperta e quella negoziata.

La peculiarità della procedura ristretta risiede proprio nella selezione, da parte dell'amministrazione, degli operatori economici ammessi a formulare un'offerta. Nonostante ciascun operatore possa presentare una domanda di partecipazione, ciò che distingue detta procedura da quella aperta è che solo alcuni aspiranti candidati possono presentare una vera e propria offerta. Tutte le domande vengono infatti sottoposte ad una selezione qualitativa preliminare, a seguito della quale la stazione appaltante individuerà i potenziali candidati. Tale meccanismo consente la stipula di accordi illeciti, anche tra tutti i candidati partecipanti, al fine di predeterminare l'esito della gara stessa ed individuare i cinque (o più) operatori economici ammessi alle successive fasi.

L'altro aspetto da non sottovalutare è la legittimazione a ricorrere a dette procedure: è la sussistenza di condizioni imprevedibili di urgenza a consentire il ricorso a tale istituto, il quale consente a sua volta la realizzazione del cd. "*pactum sceleris*". Si segnala, a tal proposito, l'esistenza di un ulteriore istituto noto come "*le varianti in corso d'opera*"³⁷, in cui comun denominatore con il ricorso alle procedure ristrette è la presenza di situazioni, imprevedibili al momento della stipula del contratto, che legittimano in questo caso le variazioni necessarie alla salvaguardia del bene e della realizzazione dell'oggetto del contratto stesso.

Dall'esame di tali istituti si comprende dunque come gli stessi, pur nascendo nell'ottica di fronteggiare al meglio le situazioni che richiedono una risposta immediata e rapida, e pur essendo concepiti per un'utilizzazione degli stessi quanto più corretta e attinente alle norme possibile; finiscono per alimentare la crescita del fenomeno corruttivo negli appalti pubblici. Purtroppo, però, quanto detto finora non esaurisce la categoria dei fattori di rischio per tale settore, in quanto vanno segnalate due figure cui si fa spesso ricorso: il subappalto e l'avvalimento.

Il subappalto è regolato dall'art.105 del dlgs.50/2016 e viene definito dallo stesso come "*il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto [...]*".

Tale istituto si configura dunque come un contratto accessorio rispetto ad uno preesistente, definito originario, che coinvolge tre soggetti: il committente, l'appaltatore e il subappaltatore. I primi due sono le parti dell'accordo legale stipulato in prima battuta, con il quale il committente affida all'appaltatore la realizzazione di un lavoro o di un'opera; mentre il terzo subentra proprio al

³⁷ Si tratta dell'art.149 del D.lgs. n.50/2016.

momento della stipula del subappalto: sarà l'appaltatore originario ad affidare al subappaltatore tutto o parte dell'esecuzione del lavoro.

L'istituto, data la sua peculiarità, è oggetto di una disciplina articolata, dalla quale si desumono limitazioni per evitarne l'abuso e l'uso distorto. Va precisato che la stazione appaltante che riceve in carico la realizzazione dell'opera o l'esecuzione del lavoro può affidare l'esecuzione del contratto a terzi solo nel caso in cui riceva l'autorizzazione da parte del committente. È poi il codice stesso, al succitato art.105, ad imporre una serie di condizioni necessarie affinché tale sub-contratto sia valido. Per quanto riguarda l'importo delle prestazioni affidate in subappalto, vi è una soglia minima da rispettare, che dovrà essere superiore al 2% dell'importo complessivo stabilito per l'appalto. Altra percentuale da rispettare attiene all'incidenza del costo per il personale e la manodopera, che dovrà superare il 50% dell'importo del subcontratto. Infine, il costo complessivo previsto dal subappalto non dovrà superare il 40% del costo previsto dal contratto di appalto.

A tali limitazioni, si aggiunge poi la precisazione che l'impresa subappaltante dovrà avere i requisiti richiesti nel bando di gara per garantire la corretta ed efficiente realizzazione della parte di esecuzione a lei affidata: a garanzia di questo aspetto, interviene una disposizione del codice, in cui viene specificato che *“l'affidatario provveda al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio delle relative prestazioni [...] al momento del deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante l'affidatario trasmetta altresì la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti dal presente codice”*³⁸.

L'avvalimento può essere invece definito come l'istituto che permette all'operatore economico che sia sprovvisto di alcuni requisiti richiesti dal bando di gara, di poter partecipare alla procedura di affidamento avvalendosi dei requisiti in possesso di un altro soggetto. In questo modo, anche in assenza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, l'operatore economico ha comunque la possibilità di partecipare alla gara. L'elemento comune con la figura del subappalto è dunque l'esistenza di un terzo soggetto: entrambi costituiscono un'eccezione al principio secondo cui l'operatore che partecipa alla gara deve sin dall'inizio possedere i requisiti per partecipare alla stessa, mentre la differenza tra i due istituti è la mancata cessione dell'esecuzione del contratto nel caso in cui si ricorra all'avvalimento e non al subappalto.

³⁸ Art. 118, c. 2 del D.lgs. n. 50/2016.

Anche l'avvalimento è disciplinato dal Codice dei contratti, in cui nella norma dedicata,³⁹ si specifica la natura dei requisiti per cui si può fare ricorso all'avvalimento: idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecniche professionali.⁴⁰ I soggetti coinvolti in tale meccanismo sono dunque il concorrente privo di requisiti per partecipare alla gara e un'ulteriore impresa, idonea a partecipare alla gara, definita come ausiliaria. Occorre precisare che, a differenza di quanto avviene nel subappalto, tali soggetti risultano solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante circa le prestazioni del contratto.

Dall'esame di tali istituti emerge una valutazione positiva degli stessi per quanto concerne l'aspetto collaborativo tra le imprese coinvolte; tuttavia, proprio la compresenza di più soggetti nella realizzazione di un contratto che è oggetto di gara pubblica, con le relative fasi, finisce spesso per incentivare accordi illeciti.

In definitiva, sebbene il settore degli appalti pubblici sia ricco di istituti e procedure volte a sensibilizzare verso la trasparenza e la correttezza, non si è riuscito a ridurre il proliferare del fenomeno corruttivo, che trova appiglio in tutti quegli spazi di incertezza normativa che il sistema lascia. La complessa disciplina del public procurement necessita dunque di un assetto organizzativo ben preciso, che non si risolve però, come avremo modo di vedere nei prossimi paragrafi, nella scelta totalizzante di un approccio eccessivamente restrittivo, o viceversa, flessibile, con riferimento soprattutto all'attività della Pubblica amministrazione.

³⁹ Art. 89 del D.lgs. n.50/2016.

⁴⁰ Si fa riferimento all'art.89 del D.lgs. n.50/2016 nella parte in cui rinvia all'art.83, c.1, b), c) dello stesso decreto.

3. Le risposte al fenomeno corruttivo da parte della normativa interna e comunitaria

Tradizionalmente, all'esistenza di una condotta illecita o di un'attività che possa danneggiare terzi, ovvero ancora in situazioni di pericolo per l'integrità del nostro ordinamento, il Legislatore ha la possibilità di rispondere in due modi: attraverso la repressione del fenomeno o tramite la prevenzione dello stesso. La gestione della corruzione nel nostro Paese ha da sempre oscillato tra le due modalità sopra indicate, cercando di contrastare il proliferare del fenomeno, il quale però ricordiamo che riesce a presentarsi sotto varie forme, spesso difficili da riconoscere e quindi prevenire o sanzionare.

Volgendo uno sguardo al Codice penale, la corruzione trova spazio nel Libro secondo, e vede dedicati al titolo secondo, rubricato "*Dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*" gli articoli 318 e seguenti, alcuni dei quali introdotti successivamente all'entrata in vigore del Codice penale, mentre altri oggetto di successive modifiche. La codificazione di tali delitti è sicuramente un segnale importante, in quanto l'irrogazione della pena può certamente fungere da deterrente per la commissione dei reati; l'aspetto tuttavia che non viene coperto da tale modus operandi, che si basa sul binomio "reato-punizione" è proprio insito nell'attività corruttiva stessa: si cerca, attraverso modalità non sempre comprensive di tutti gli estremi per far sì che si configuri un reato, di eludere le previsioni di legge e concludere il patto illecito. Proprio la multiformità del fenomeno e la difficile individuazione dello stesso nei diversi settori del nostro ordinamento spingono il Legislatore verso una risposta aggiuntiva alla repressione, trovandola proprio nella prevenzione.

3.1. La tormentata stagione normativa per il public procurement

Come già esaminato nel paragrafo precedente, tuttavia, una problematica che si è riscontrata nella lotta alla corruzione, soprattutto nel settore degli appalti pubblici è stata l'eccessiva regolamentazione che ha prodotto l'effetto inverso auspicato nell'adottare un approccio garantistico: un'ipertrofia normativa che lascia aperti molti spazi, nei quali il fenomeno corruttivo trova agilmente ingresso. "*Corruptissima re publica plurimae leges*"⁴¹: in questa locuzione di Publio Cornelio Tacito viene ancora una volta puntata l'attenzione sull'ipertrofia normativa, che accelera la diffusione del fenomeno corruttivo in maniera esponenziale. Proprio nel settore degli appalti pubblici, assistiamo ad una stagione normativa tormentata dal susseguirsi di leggi, anche volte a contrastare la corruzione, poco esaustive e non abbastanza analitiche da arginare il fenomeno stesso.

Per quanto riguarda la produzione normativa in materia, è doveroso porre l'attenzione proprio sulla modalità con cui il Legislatore aveva approcciato il problema del fenomeno corruttivo nel primo

⁴¹ La locuzione latina di Tacito presente negli Annales, Libro III,27, letteralmente sta a significare "moltissime sono le leggi quando lo Stato è corrotto."

ventennio dell'ordinamento repubblicano: il settore degli appalti pubblici veniva ricompreso nell'alveo della contabilità pubblica, in quanto le varie procedure di gara comportavano un sostenimento di spesa, più o meno ingente, da parte dello Stato. Sono da segnalare a tal proposito alcuni interventi di carattere organico: Prima fra tutti, segnaliamo la legge n. 57/1962, la quale istituiva e disciplinava l'Albo nazionale degli appaltatori presso il Ministero dei lavori pubblici, rimasto in vigore fino al 1999 e sostituito in favore dell'attuale sistema di qualificazione SOA⁴². A seguito di tale legge ci fu altra produzione normativa, che culminò nella legge 14/1973, recante *“Norme sui procedimenti di gara negli appalti di opere pubbliche mediante licitazione privata”*., abrogata anch'essa ventisei anni dopo. Nonostante la stagione normativa per regolare tale settore aveva dunque trovato il suo punto di svolta negli anni Settanta, da tale momento in poi, avrà inizio *“il filone delle leggi che modificano, in modo episodico, la disciplina dei singoli istituti, accentuando la confusione del quadro normativo”*. Tutto il decennio successivo sarà infatti caratterizzato da leggi emanate con il fine di semplificare e accelerare l'iter delle procedure nel settore degli appalti pubblici, senza però raggiungere l'obiettivo sperato: *“dei 23 principali atti legislativi [...] ben 14 contengono previsione derogatorie alla normativa generale in materia di esecuzione dei lavori pubblici o alla normativa in materia di contabilità pubblica. Negli anni '80, su 18 principali atti legislativi adottati in materia, sono 10 le leggi recanti deroghe, espresse o implicite, alla normativa generale”*⁴³. Il risultato di tale approccio al problema ha finito per alterare il rapporto di equilibrio tra norme generali e norme speciali, sfavorendo l'applicazione di quest'ultime rispetto alle prime.

Negli stessi anni, sul versante comunitario iniziavano a farsi strada una serie di direttive volte a rendere l'assetto della disciplina più organica, ma anche questo tentativo di intervento non fu esaustivo: ai ritardi maturati dal nostro Paese nel recepimento delle direttive, si aggiunse il problema della differenziazione circa il regime applicabile ai lavori pubblici considerati di rilievo comunitario e quelli invece disciplinati dalla pluralità di fonti a livello Nazionale. Con riferimento alla normativa interna, si avvertì sempre di più in quegli anni l'esigenza di contrastare il diffondersi della criminalità organizzata e attraverso una serie di interventi normativi si tentò di delineare un quadro più completo ed organico con l'obiettivo di salvaguardare i settori più esposti a tali fattispecie criminose.

⁴² Le società organismi di attestazione sono organismi di diritto privato italiani con forma giuridica di S.p.a., i quali accertano l'esistenza nei soggetti esecutori di lavori pubblici degli elementi di qualificazione e della conformità dei requisiti alle disposizioni comunitarie in materia di qualificazione dei soggetti esecutori di lavori pubblici.

⁴³ P. Bonacci, *Il riordino normativo nel settore degli appalti delle opere pubbliche*, in *Rapporti sui profili della legislazione italiani*, Roma, 1995, pubblicato in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n.1/3 del 1995.

3.2. I primi interventi a contrasto della corruzione

Con la legge 646 del 1982, conosciuta anche come legge Rognoni-La Torre, si introdusse nel Codice penale la disposizione che punisce il delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso⁴⁴: si creava così una nuova fattispecie di reato autonoma, distinguendola dal generale delitto di associazione per delinquere, già disciplinata dall'art.416 c.p. Oltre a questo intervento in ambito penalistico, sullo stesso filone di riforme, è da segnalare il decreto legge n.629/1982, convertito poi in legge nello stesso anno. Viene in questo modo istituito l'Alto Commissario per il coordinamento contro la delinquenza mafiosa, il quale era competente a svolgere attività di indagine presso enti pubblici e pubbliche amministrazioni, al fine di controllarne l'operato. La stagione normativa in materia non fu circoscritta a tali interventi e con l'avvento degli anni '90, complice l'impatto mediatico delle numerose inchieste giudiziarie sulla collusione tra politica e imprenditoria, note come operazione "Mani Pulite"⁴⁵, il Legislatore si trovò a dover fronteggiare una situazione tanto complessa quanto pericolosa per l'equilibrio sociale del Paese, messo alla prova da tali fenomeni di malcostume.

Per quanto riguarda le novità introdotte nel settore degli appalti pubblici segnaliamo la legge 55 del 1990⁴⁶, la quale, tra le altre cose, all'art.17 disciplinava il divieto di intestazione fiduciaria in una gara d'appalto, pena esclusione, per evitare la partecipazione alle stesse da parte di operatori economici che non posseggono i requisiti previsti dal bando. Nello specifico, tale divieto di interposizione fiduciaria era riferito alle società non autorizzate e si prevedeva altresì l'obbligo, per quelle munite di autorizzazione, di comunicare l'identità dei fiducianti alla stazione appaltante.

Ad introdurre in tema di salvaguardia della trasparenza e del buon andamento della Pubblica Amministrazione fu il decreto-legge 152 del 1991, poi convertito nella legge n.203 del medesimo anno, la quale dedicava l'intero capo 8 a tale materia. Nello specifico, si prevedeva che *"nel caso in cui [...] emergano inefficienze, ritardi anche nell'espletamento della gara d'appalto, disservizi, anomalie o pericoli di condizionamenti mafiosi o criminali, il commissario del Governo ed il prefetto [...] d'intesa con il Presidente della Giunta regionale provvedono senza indugio, a nominare un apposito collegio di ispettori, con il compito di verificare la correttezza delle procedure di appalto e di acquisire ogni utile notizia sulla impresa o sulle imprese partecipanti alla gara di appalto o aggiudicatarie o comunque partecipanti all'esecuzione dell'appalto stesso"*⁴⁷. Sulla base di detta previsione, si stabiliva poi un apposito iter che il collegio di ispettori stesso avrebbe dovuto seguire e

⁴⁴ Si tratta dell'art.416-bis del Codice penale.

⁴⁵ Nota anche come "Tangentopoli", si veda sopra, par.1.

⁴⁶ Nota anche come legge "Gava-Vassalli".

⁴⁷ Art.14, c.3-ter della l.203/1991.

che poteva culminare, anche prima della chiusura dell'indagine, anche con la sospensione della gara d'appalto. L'amministrazione o l'ente interessato, sulla base di quanto emerso dall'indagine condotta dal collegio, avrebbero poi dovuto adottare tutti i provvedimenti necessari e, in presenza di gravi motivi, vi era la possibilità di revocare d'autorità la gara d'appalto o rescindere il contratto. A garanzia della corretta realizzazione dell'opera pubblica, della pubblica fornitura o del servizio, si prevedeva poi la possibilità di avvalersi di un'unità specializzata istituita presso ciascun ufficio del genio civile.

L'articolo 17 era invece dedicato alla salvaguardia del buon andamento, dell'imparzialità e dell'efficienza dell'azione amministrativa. Lo stesso prevedeva l'istituzione, presso ciascuna prefettura, del comitato provinciale della pubblica amministrazione, organo di coordinamento delle attività statali limitatamente al territorio provinciale, il quale aveva altresì il compito di informare e svolgere attività di consulenza presso l'ufficio del prefetto, stabilendo altresì che *“quando [...] ravvisi l'esistenza di carenze, inefficienze o disservizi, il comitato provinciale può impartire direttive allo scopo di accertarne le cause ed eliminarne gli effetti, anche richiedendo, ove occorra, che siano eseguite ispezioni nell'ambito degli uffici [...]”*.⁴⁸ Con l'istituzione di tale comitato si tentava dunque di arginare il problema incalzante dell'inefficienza amministrativa, e, attraverso un meccanismo di controllo interno sull'operato della stessa P.A., si auspicava ad una riduzione di disservizi e di fenomeni di scambi corruttivi occulti.

3.3. Le prime criticità e la necessità di una riforma

Negli stessi anni in cui proliferavano tali riforme normative apparentemente efficaci, si iniziò tuttavia ad avvertire l'esigenza di un intervento di matrice diametralmente opposta. Un primo segnale di tale inversione operativa si ebbe quando, nel luglio del 1992, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, presentò alla presidenza del Consiglio e al Parlamento la relazione in materia di *“Appalti pubblici e concorrenza”*, nella quale si evidenziavano le principali disfunzioni del settore: diminuzione progressiva delle garanzie circa il rispetto della concorrenza per l'accesso alle gare e condotte disomogenee da parte delle stazioni appaltanti, giustificate dall'incertezza normativa derivante dal proliferare di norme speciali e derogatorie. Le ulteriori falle del meccanismo potevano poi essere imputate al reiterato, e non più eccezionale, ricorso a procedure di carattere speciale, come gli affidamenti tramite trattativa privata, in cui si innestano agevolmente accordi illeciti. L'autorità, inoltre, rilevava come *“la frammentazione comporta sia in ordine all'omogeneità, correttezza e trasparenza dei comportamenti amministrativi, sia in rapporto agli interessi e alle esigenze degli operatori economici”*. In sintesi, tale relazione volgeva un monito alle istituzioni competenti al fine

⁴⁸ Art.17, c.4 della l.203/1991.

di modificare l'allora vigente assetto normativo, il quale creava terreno fertile per l'elusione del principio di concorrenza, alterando il regolare svolgimento delle procedure e agevolando solo taluni operatori economici a scapito di altri; inoltre andava ad incidere negativamente sulle attività dell'amministrazione, che si allontanavano sempre di più dal rispetto di valori quali correttezza, buon andamento, imparzialità e correttezza.

Alla luce della complessa situazione politica del periodo, caratterizzata da continue inchieste seguite da scandali, accompagnata dall'inefficienza di un sistema normativo divenuto eccessivamente macchinoso e ormai inadeguato, la VIII commissione della Camera, denominata "*Ambiente, territorio e lavori pubblici*" e l'ottava commissione del Senato "*Lavori pubblici, comunicazioni*", accolsero positivamente i suggerimenti di riforma contenuti nella Relazione presentata dall'Autorità e diedero vita ad una indagine conoscitiva nell'ambito della realizzazione delle opere pubbliche per esaminare i problemi emerse nella relazione e individuare conseguentemente la migliore linea strategica da seguire per fronteggiarli. L'indagine, condotta con l'ausilio di diversi organi, terminò con la produzione da parte delle commissioni di due documenti, contenenti suggerimenti e linee guida e criteri cui ispirarsi nell'esercizio dell'azione amministrativa. Nelle carte venivano menzionate altresì le fonti di rango comunitario, le quali avrebbero dovuto poi essere coordinate con le fonti normative a livello statale e regionale: se da un lato era necessario tenere conto della produzione legislativa nel suo insieme, dall'altro occorreva scongiurare un eventuale conflitto tra le stesse.

Volgendo uno sguardo proprio alle proposte avanzate a livello comunitario di soluzione ai problemi di inefficienza e corruzione, alcune direttive contribuirono a sensibilizzare l'agire tempestivo dell'ordinamento italiano, ma va segnalato che anche la normativa europea, in un primo momento, mancava di organicità. Le decisioni in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e servizi risultavano regolate dalla direttiva n.665, adottata nel 1991. Le direttive 90 del 531 del CEE e la 92 del 13 del CEE si occupavano invece, rispettivamente, le procedure di affidamento dei lavori e delle forniture degli enti che operavano nel settore dell'erogazione dell'acqua e dell'energia, dei servizi di trasporto e delle telecomunicazioni; e dei ricorsi con riferimento ai settori di pubblica utilità.

Proprio con l'obiettivo di coordinare, aggiornare ed unificare tali procedure, nell'anno successivo, vennero adottate dal Consiglio d'Europa altre due direttive: la direttiva 93 del 37 del CEE e la direttiva 93 del 38 del CEE. La prima aveva l'obiettivo di disciplinare le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e dei lavori, mentre la seconda si occupava dell'aggiudicazione degli appalti di lavori, forniture e servizi degli enti che operavano nei settori di pubblica utilità. Nonostante questo tentativo di unificazione normativa, si ricordi tuttavia che nel 1993, il procedimento di recepimento delle

direttive emanate nell'anno precedente non risultava ancora completato, e dunque il quadro di fonti vigenti in Italia, appariva ancora caotico e poco chiaro.

3.4. Il primo punto di svolta per i lavori pubblici: la legge Merloni

Si dovrà attendere un anno per avere il primo vero tentativo di unificazione della disciplina, con la prima legge quadro in materia di lavori pubblici. Quest'ultima era la risultante di una serie di obiettivi che fino a quel momento non avevano trovato seguito, dalla produzione dei documenti delle commissioni parlamentari del 1992, fino ad arrivare alla serie di direttive comunitarie. La stesura della legge 109/1994⁴⁹ trovò così numerosi ostacoli, derivanti da problematiche anzitutto legate alla tradizionale distinzione, nell'ambito degli appalti pubblici, dell'oggetto contrattuale. Altro aspetto controverso era rappresentato dalla necessaria armonizzazione a livello statale della normativa, la quale avrebbe dovuto coinvolgere e vincolare sia le regioni a statuto ordinario che quelle a statuto speciale, per evitare ulteriori differenziazioni e particolarismi. Infine, con riferimento ai moniti presenti nelle direttive dell'ordinamento comunitario, la difficoltà legata all'attuazione delle stesse riguardava il coordinamento tra esigenze contrapposte: salvaguardare la peculiarità della disciplina comunitaria che si adeguava agli aspetti propri di ciascuna categoria di appalti, senza però che ciò comportasse conseguenze caotiche a livello nazionale.

La legge Merloni, proprio a fronte di tale caos normativo ormai presente nel settore, si poneva come fonte di carattere generale, onde evitare che il succedersi delle norme potesse minare proprio alla salvaguardia dell'omogeneità e certezza dell'assetto normativo così delineato. Si legge, infatti che *“le norme della presente legge non possono essere derogate, modificate o abrogate se non per dichiarazione espressa con specifico riferimento a singole disposizioni”*⁵⁰. Per quanto concerne l'ambito di applicazione della stessa legge, si opta per un'unificazione della disciplina applicata agli appalti pubblici, in precedenza differenziata sulla base dell'importo dei lavori. Passando ad esaminare, invece, l'obiettivo primario del testo, ossia la gestione del complesso quadro normativo vigente, si assiste ad un'operazione di delegificazione da parte della legge stessa nel settore degli appalti pubblici. È l'articolo 3, a prevedere infatti, che sia *“demandata alla potestà regolamentare del Governo [...] la materia dei lavori pubblici [...]”* In particolare, si prevedeva che il Governo, entro fine settembre dell'anno seguente, avrebbe dovuto adottare un apposito regolamento che andasse a disciplinare non solo la programmazione, la progettazione e la direzione dei lavori, ma anche le procedure di affidamento di appalti e concessioni di pubblici lavori. Infine, spettava sempre

⁴⁹ Nota anche come “Legge Merloni” è la prima legge quadro sui lavori pubblici.

⁵⁰ Art.4 della l. 109/1994.

all'esecutivo disciplinare le forme di pubblicità e di accesso agli atti procedimentali, nonché regolare i rapporti tra i soggetti coinvolti nella realizzazione dei lavori. Da non sottovalutare è altresì la previsione dell'effetto abrogativo che l'entrata in vigore del regolamento avrebbe operato nei confronti di tutte le norme che a quel tempo disciplinavano la materia, fatta eccezione per la legislazione antimafia. Sempre con riferimento all'operatività della legge Merloni, all'articolo 38 della stessa si precisava che l'entrata in vigore della legge stessa avrebbe comportato automaticamente la sua applicazione a tutti i contratti pubblici stipulati da quel momento in poi, con l'eccezione delle disposizioni che invece avrebbero fatto parte del regolamento governativo, in quanto esse avrebbero operato solo una volta emanato il regolamento stesso. In risposta, infine, all'ultimo ordine di problemi sovra esposti, ossia il coordinamento della disciplina nazionale con quella comunitaria e regionale al tempo stesso, la legge 109/1994 deferisce alla fonte regolamentare anche il recepimento delle direttive comunitarie; mentre con riferimento ai rapporti con le potestà regionali, le disposizioni e i principi contenuti della stessa legge vengono elevati a principi fondamentali dell'ordinamento, e rientranti dunque nella categoria menzionata dall'art.117 cost., primo comma, vincolando così al rispetto degli stessi il Legislatore regionale.

Le disposizioni appena esaminate avrebbero dovuto facilitare il processo di applicazione della legge Merloni, ma fu proprio l'eccessiva capillarità nella stesura che portò a non pochi problemi interpretativi. La risposta a tali problemi venne dall'esecutivo, il quale, in un primo momento distinse le norme suscettibili di avere un'applicazione diretta, da quelle invece la cui efficacia sarebbe stata subordinata all'entrata in vigore della disciplina regolamentare.

L'intervento di maggior impatto, tuttavia, si ebbe con una serie di decreti-legge che sospesero alcuni degli effetti prodotti dalla legge 109/1994, stabilendo che la normativa applicabile era quella previgente alla legge quadro, deferendo inoltre la data entro cui i regolamenti governativi avrebbero dovuto essere emanati. Tale provvedimento di sospensione si rese necessario non solo per consentire l'avvio di lavori pubblici, in precedenza sospesi in vista di una chiarificazione circa la normativa applicabile, ma anche per modificare le parti della legge stessa che potevano essere oggetto di questioni di legittimità costituzionale.

3.5. Le criticità della legge quadro e l'intervento comunitario

Dall'analisi dal punto di vista contenutistico della legge Merloni, occorre segnalare due falle di tale intervento normativo: l'approccio vincolistico alla scelta del contraente e, di conseguenza, la

deresponsabilizzazione delle stazioni appaltanti. Con riferimento al primo aspetto, la legge del 1994 era stata emanata proprio con l'intento di proporre una soluzione al diffondersi del fenomeno corruttivo e uno degli elementi necessari per far fronte al problema, secondo il Legislatore del tempo, era proprio quello di ridurre al minimo le scelte discrezionali delle stazioni appaltanti. Tra le modalità per attuare tale strategia va segnalato il criterio di scelta del contraente in una gara pubblica, che avrebbe dovuto basarsi sul prezzo più basso, arginando dunque la possibilità di valutare la scelta economicamente più vantaggiosa: in tal modo la stazione appaltante sarebbe stata vincolata alla valutazione oggettiva del prezzo più basso e non ci sarebbe stato spazio per il proliferare di accordi illeciti, in quanto la discrezionalità della valutazione dei contraenti era ridotta al minimo. Nonostante tale meccanismo possa in un primo momento apparire risolutivo per il problema della corruzione, se valutato più attentamente mostra non poche criticità. Leggendo gli effetti dell'applicazione di tale criterio da un punto di vista di analisi economica, emerge che la predilezione nei confronti dell'offerta avente prezzo più basso, comporta quasi in maniera automatica una scarsa qualità del servizio reso dall'impresa, in quanto, proprio per abbassare l'offerta, la stessa si trova costretta a ridurre gli investimenti per ottenere comunque un margine di profitto. Ne consegue che la vantaggiosità del prezzo è soltanto apparente e dalla scarsa qualità del servizio reso derivano una serie di conseguenze concatenate tra loro: necessità di continui interventi per il ripristino di standard qualitativi minimi, e dunque, successiva spesa da parte della stazione appaltante, che comporta infine inefficienze nei confronti del cittadino, principale utente dei servizi pubblici. Tale complicato sistema può essere racchiuso nel contenuto del documento "*The Market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism*", scritto dall'economista George A. Akerlof⁵¹, il quale aveva basato il suo ragionamento proprio sul fatto che il prezzo basso di un prodotto non necessariamente comporta una vantaggiosità in termini economici, in quanto ciò che deve essere valutata è anche la qualità dello stesso, così come dovrebbe accadere dunque anche nel settore dei contratti pubblici.

Il secondo punto da esaminare riguarda invece la deresponsabilizzazione delle stazioni appaltanti, che trae origine proprio dal meccanismo sopra descritto. L'impostazione vincolistica della legge Merloni, come emerso in dottrina, "*fu ispirata dalla generalizzata sfiducia nei confronti delle stazioni appaltanti e delle imprese e si fondava, per di più, su due presupposti: a) la convinzione che i fenomeni corruttivi riguardassero per lo più l'assegnazione di appalti [...] b) la convinzione che la discrezionalità amministrativa, come si è detto, fosse fonte di corruzione e che, al contrario,*

⁵¹ George Arthur Akerlof è un economista e accademico statunitense. Tra gli altri premi, può vantare il Premio Nobel per l'economia, vinto nel 2001.

meccanismi automatici di aggiudicazione [...] potessero ridurla”⁵². Tuttavia, proprio tali presupposti si rivelarono presto infondati, in quanto si tradussero in uno stallo circa le scelte discrezionali, e dunque più adatte a ciascun contesto, da parte delle stazioni appaltanti: quest’ultime rimanevano in attesa di norme ad hoc che potessero legittimare il loro agire, ispirato dunque alla mera applicazione della legge in materia. Il risultato fu tutt’altro che d’aiuto al contrasto alla corruzione; viceversa, l’ipertrofia normativa, come visto nel paragrafo precedente, costituisce tutt’ora uno dei principali fattori che espongono il settore degli appalti al rischio della presenza del fenomeno corruttivo.

Se l’applicabilità della legge Merloni, definita anche come “*legge di emergenza*”⁵³, a causa del suo carattere di urgenza, suscitò numerosi problemi e non si arrivò ad un assetto omogeneo della disciplina, denotata da un approccio estremamente rigido circa i margini di operatività delle pubbliche amministrazioni, tornando sul versante europeo, si segnalano alcuni passi avanti per tentare di arginare il fenomeno corruttivo, che in quegli anni continuava a crescere esponenzialmente, senza però irrigidire eccessivamente le procedure in materia di public procurement, come accaduto a livello nazionale con la legge del ’94. In particolare, nel 1997 si tenne, su proposta dell’OCSE, una Convenzione sulla lotta alla corruzione nelle transazioni economiche internazionali. L’effetto di tali pratiche illecite su uno scenario più ampio rispetto a quello Nazionale, era quello di mettere a repentaglio la crescita economica dei Paesi, nonché distorcere la libera concorrenza ed incidere infine sull’avanzare dello sviluppo sostenibile nei vari ordinamenti. La scelta strategica di tale convenzione si ancorò dunque su un articolato sistema di controllo circa il rispetto di obblighi assunti dagli Stati aderenti attraverso la ratifica della convenzione stessa, tramite il monitoraggio al cd. “*Working Group on Bribery*”⁵⁴. Per quanto riguarda, invece, la verifica di adattamento delle legislazioni nazionali alla Convenzione, la procedura si snodava attraverso varie fasi, culminanti in un giudizio espresso dai valutatori OCSE. Tali previsioni si resero necessarie al fine di poter raggiungere gli obiettivi che con la Convenzione stessa perseguiva: la repressione del fenomeno corruttivo tramite l’adozione di una serie di misure, tra cui la previsione di un’autonoma figura di reato, integrata con la condotta di pubblici funzionari stranieri che ottenevano indebiti vantaggi nel commercio internazionale attraverso investimenti e appalti: in questo modo, a prescindere dalla cittadinanza del funzionario corrotto, negli Stati ratificanti la Convenzione, il soggetto era comunque perseguibile penalmente. La Convenzione, tuttavia, non si arrestò alla previsione di misure a carattere repressivo; viceversa, l’intento era quello

⁵² L. Giampaolino, *In tema di appalti pubblici: economicità ed efficienza; mutamenti nelle istituzioni, nelle fonti, nei contratti*, in www.foro.europa.it.

⁵³ A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 4.

⁵⁴ Si tratta del gruppo di lavoro sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali.

di operare attraverso tecniche preventive e dissuasive e le imprese operanti su scala internazionale vennero a tal proposito sollecitate ad astenersi dall'adottare pratiche che integrino gli estremi del reato di corruzione.

Un biennio dopo la stipula della Convenzione OCSE, si tenne a Strasburgo la Convenzione penale sulla corruzione, la quale, come si legge nello stesso preambolo, nacque dalla *“necessità di perseguire, come priorità, una politica penale comune finalizzata alla protezione della società contro la corruzione, che contempra l'adozione di una legislazione appropriata e delle adeguate misure preventive”*. La Convenzione prevedeva nel suo testo una serie di misure e disposizioni che avevano un comune denominatore: combattere la corruzione. Vanno segnalati in particolare due articoli ricompresi all'interno del capitolo *“Provvedimenti da adottare a livello nazionale”*.⁵⁵Quest'ultimi vanno letti congiuntamente, in quanto mentre il primo disciplina il reato di corruzione attiva di pubblici ufficiali nazionali, il secondo si occupa della corruzione passiva degli stessi. Le due fattispecie costituivano un monito per gli Stati, che avrebbero dovuto provvedere all'adozione delle misure necessarie al fine di reprimere e sanzionare la condotta del pubblico ufficiale che, da un lato, avrebbe promesso, offerto o procurato un vantaggio indebito; dall'altro, il soggetto che avrebbe sollecitato, ricevuto e accettato la promessa del vantaggio indebito di cui sopra. Lo stesso meccanismo basato sul binomio corruzione attiva-passiva era poi previsto dagli artt. 7 e 8, con riferimento al settore privato.

Dall'esame della complessa stagione normativa, a livello Nazionale e comunitario, il quadro che emergeva alla vigilia del nuovo millennio risultava ancora caratterizzato da discipline confusionarie, contraddittorie e poco chiare e si registrava soprattutto una mancata coordinazione tra i diversi tipi di risoluzione del problema: se a livello Statale si riteneva che un approccio flessibile nelle procedure di gara fosse stato deleterio e avrebbe lasciato spazio al proliferare di accordi illeciti; la normativa comunitaria pareva volersi allontanare dall'approccio rigido e restrittivo della discrezionalità amministrativa proposto dalla legge Merloni in particolar modo.

Date le diverse linee strategiche seguite dalle leggi finora emanate in materia di corruzione, soprattutto in riferimento al settore degli appalti pubblici, rimaneva inoltre ancora aperto il problema in merito alla miglior soluzione da adottare per contrastare il fenomeno corruttivo: repressione o prevenzione?

⁵⁵ Si vedano gli articoli 2 e 3 della Convenzione OCSE.

4. Azioni di contrasto alla corruzione: prevenzione o repressione?

Come già segnalato nel paragrafo precedente, la principale sfida nella lotta alla corruzione nel settore degli appalti è stata, a partire dalla VI legislatura, quella di unificare il quadro normativo esistente e, contemporaneamente, passare da un'impostazione sistemica, ispirata alla repressione, ad un approccio in chiave preventiva nel contrastare la corruzione: il tutto però, con scarsi risultati. A spingere verso un'efficace gestione del settore appalti, nei primi anni del 2000 fu anche la situazione economica, la cui crescita necessitava di essere coadiuvata con una risposta di snellimento e velocizzazione delle procedure di affidamento. Un primo intervento è rappresentato dall'emanazione della legge 443/2001, recante norme per la realizzazione di infrastrutture e insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale, previamente individuati dal Governo, al fine di procedere "*secondo finalità di riequilibrio socio-economico fra le varie aree del territorio nazionale*"⁵⁶. Tale legge, conosciuta anche come "legge obiettivo", nonostante intervenne per raggiungere i punti sopra esposti, finì per compromettere una serie di garanzie a tutela della posizione del singolo: la procedura prevista dall'art.14 del testo di legge, nell'attribuire assoluta preminenza alla realizzazione dell'opera pubblica, anche in presenza di un'istanza cautelare depositata dal singolo ricorrente, comporta uno sbilanciamento a favore della celerità circa la realizzazione dell'oggetto del contratto, e, di conseguenza, ciò che viene compressa è proprio la tutela del singolo.

4.1. Le direttive europee del 2004

A cogliere tali esigenze, pur mantenendo come obiettivo prioritario quello dello snellimento delle procedure di affidamento, furono due direttive europee: la direttiva 17/2004 e la successiva 18 dello stesso anno, le quali contribuirono a sensibilizzare anche la nostra legislazione nazionale sul tema. Se la prima delle due era diretta a disciplinare i settori speciali⁵⁷, la direttiva 18/2004 si occupava invece dei soli settori ordinari. Tra le principali novità introdotte dalle stesse, segnaliamo la previsione, accanto alle tradizionali procedure di gara, del dialogo competitivo e dell'accordo quadro, quest'ultimo esteso anche ai settori ordinari. Entrambi gli istituti, aventi come comun denominatore il maggior coinvolgimento del singolo candidato e un avvicinamento dello stesso all'amministrazione, si differenziano quanto alle modalità operative. Con il dialogo competitivo, infatti, si prevede che le imprese interessate possano partecipare direttamente alla stesura del capitolato tecnico in settori particolarmente complessi, i quali richiedono dunque una competenza scientifica ed analitica che non sempre è riscontrabile nelle amministrazioni e che invece può essere

⁵⁶ Art.1 legge 21 dicembre 2001, n.443.

⁵⁷ I settori speciali cui si riferisce tale direttiva sono: energia, acqua, trasporti e servizi postali.

caratteristica peculiare delle imprese private, così da poter adottare la soluzione migliore tra quelle offerte dal mercato. L'accordo quadro invece nasce con lo scopo di evitare il ripetersi di acquisti omogenei tramite procedure di affidamento che si susseguono in serie, ostruendo il sistema; tramite tale istituto, una o più stazioni appaltanti possono concludere accordi direttamente con più operatori economici, in modo tale da predeterminare clausole e condizioni contrattuali in riferimento ad un determinato periodo di tempo. Con riferimento in particolare alla direttiva 18/2004/CE si ricordi che la stessa era stata emanata anche con finalità coordinative, in merito al sistema dell'aggiudicazione degli appalti pubblici, tra le discipline previste dai diversi Paesi interessati, e, nello specifico, era doveroso ispirarsi e rispettare i principi del Trattato⁵⁸: libera circolazione delle merci, libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi, parità di trattamento, tra i più importanti. Dall'insieme di tutti gli aspetti regolamentati dalle direttive, si evince un atteggiamento di apertura degli appalti pubblici verso un regime ispirato dalla concorrenza. I Paesi dell'Unione Europea si sarebbero in questo modo trovati vincolati dal rispetto, oltre che dei principi sopra esposti, anche dal garantire la protezione degli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro, ma operanti altri diversi da quello di loro appartenenza. Sempre in tale ottica, tramite la fissazione di principi quali la trasparenza e la non discriminazione in base alla nazionalità, si voleva evitare che le amministrazioni giudicatrici, nella fase di aggiudicazione, fossero mosse da considerazioni non economiche, offrendo così terreno fertile per il proliferare di accordi illeciti. Nonostante, dunque, nelle direttive menzionate non fossero presenti norme che specificamente facessero riferimento al contrasto e alla lotta alla corruzione, le stesse ebbero una forte portata innovativa rispetto alla situazione storico/normativa che versava in uno stato di incertezza.

4.2. L'emanazione del primo Codice dei contratti pubblici

Per avere una tangibile percezione di tali interventi normativi, tuttavia, occorrerà attendere l'emanazione del decreto legislativo 163/2006, noto come "*Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*", in attuazione della legge delega 62/2005 e recependo di conseguenza le due direttive comunitarie.

Per quanto riguarda la disciplina dei settori ordinari "sopra soglia"⁵⁹, veniva suddivisa all'interno del codice tra procedura di affidamento, che ricomprendeva: requisiti dei partecipanti, oggetto del

⁵⁸ Si fa riferimento al Trattato sull'Unione Europea (TUE), firmato a Maastricht nel 1992. Esso definisce gli obiettivi dell'Unione, le regole di funzionamento delle istituzioni europee e le procedure per l'adozione delle decisioni e le relazioni tra l'UE e i suoi Paesi membri.

⁵⁹ Tale categoria ricomprendeva l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 4.845.000,00 euro.

contratto, procedura di scelta del contraente e selezione delle offerte; e quella di esecuzione del contratto, con annessi i relativi principi da rispettare. Agli appalti rientranti nella categoria dei settori speciali, disciplinati dalla direttiva 17/2004, era dedicata invece l'intera Parte III del Codice. Tra le varie pronunce della Corte Costituzionale, va segnalata la sentenza⁶⁰ nella quale, oltre a ribadire la legislazione esclusiva dello Stato nell'ambito degli appalti pubblici, appellandosi all'art. 117, comma 2, lettera e) Cost., la legittimità della potestà legislativa statale avrebbe dovuto essere valutata tenendo conto dei principi di proporzionalità e ragionevolezza. L'obiettivo era infatti quello della salvaguardia della concorrenza, la quale comporta a sua volta il rispetto di una serie di principi che si coordinano perfettamente con quanto stabilito dall'art.97 della nostra Costituzione, quali l'imparzialità e il buon andamento come criteri-guida per l'agire della pubblica amministrazione. Sulla scia di tale iter logico seguito dalla Corte, si coniarono due nuove nozioni di concorrenza: la concorrenza "nel mercato" e "per il mercato", la cui distinzione si fonda sulla presenza di più operatori economici nel primo caso, e un unico operatore idoneo nel secondo.

Il Codice dei contratti, sebbene sembrò rappresentare un'efficiente ricognizione unitaria delle norme fino a quel momento operanti, venne in realtà considerato da molti una "*falsa partenza*"⁶¹. Motivo di tale definizione furono le numerose discrasie *riscontrate* nella recezione degli istituti flessibili, di matrice comunitaria, che mal si conciliavano con le rigide norme a livello nazionale. Il risultato fu dunque il susseguirsi di una serie di decreti, emanati al fine di sospendere o modificare gli istituti contemplati dal Codice del 2006. Complice di questa stagione normativa denotata da incertezza e conflitti di discipline, si segnala la procedura di infrazione avviata dalla Commissione Europea, nei confronti dell'Italia, per l'incompatibilità e l'incompletezza di norme interne rispetto a quanto contenuto nelle direttive europee: tali censure portarono all'emanazione di un ulteriore decreto correttivo, che si aggiunse a quelli precedentemente attuati.

4.3. I successivi interventi comunitari e la prima riforma della P.A. in Italia

Da tale disamina del panorama normativo, emerge ancora una volta come la sensibilizzazione verso il tema degli appalti pubblici, nonché verso una tutela della concorrenza, correttezza operativa e contrasto al perdurare di pratiche corruttive nel settore, fu condotta a livello sovra nazionale piuttosto che su iniziativa Nazionale: la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione⁶².

⁶⁰ Corte Cost., Sent. 23 ottobre 2007, n.401.

⁶¹ M. Clarich, *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*. In *Corr.giur.*, n.11/2006.

⁶² Si tratta dell'UNCAC, unico trattato multilaterale internazionale giuridicamente vincolante contro la corruzione. L'Italia ha provveduto alla ratifica nel 2009, con legge n. 116.

L'intero testo della convenzione aveva come obiettivo proprio quello di sensibilizzare tutti gli Stati alla lotta alla corruzione, in quanto è stata proprio la transnazionalità del fenomeno a sviluppare un approccio globale al fenomeno, attraverso l'adozione di regole e linee strategiche comuni. Se il terzo capitolo contiene norme per “*incriminazione, individuazione e repressione*” del fenomeno, occupandosi dunque dell'aspetto sanzionatorio, è il secondo capitolo che si slancia verso un approccio preventivo al problema. All'articolo 7, dedicato al “*settore pubblico*” vengono dettate una serie di linee guida da rispettare, incentrate soprattutto sulla previsione di appropriate procedure di selezione e promozione dei funzionari. Esse enunciano criteri quali: merito, equità e attitudine, proprio per arginare quanto più possibile gli accordi illeciti e impennare invece il sistema sull'oggettività. Sempre all'interno di tale capitolo, rilevante è la disposizione con la quale si incentivano gli Stati a far partecipare i soggetti, anche operanti sotto forma di organizzazioni non governative, a combattere il fenomeno corruttivo attraverso campagne di informazione, accompagnate dalla possibilità di partecipare ai processi decisionali della P.A. per poter dare attuazione al principio di trasparenza.⁶³

Nello stesso anno in cui l'Italia ratificava tale convenzione, inoltre, interveniva ad opera del ministro Brunetta, una riforma volta alla semplificazione e all'efficientamento dell'attività svolta dalla Pubblica Amministrazione. Il decreto legislativo 150/2009, in attuazione della legge n.15 dello stesso anno, mirava infatti ad ottimizzare la produttività del lavoro pubblico, aumentando gli standard di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Tali obiettivi potevano essere perseguiti anzitutto tramite l'attivazione di un ciclo di gestione delle performance, ponendo particolare attenzione al miglioramento della prestazione e dei servizi erogati. Al tempo stesso, si tentava il passaggio da un'attività amministrativa “di mezzi” ad una “di risultati”, con finalità di miglioramento nelle performance dei soggetti in essa coinvolti e un controllo effettivo del loro operato.

L'efficienza di tali interventi fu poi riscontrata tramite il monitoraggio sull'attuazione della legge stessa, condotto da “*Formez PA*”⁶⁴ : l'esito di tale analisi fu utile per riscontrare un miglioramento in materia di trasparenza ed efficienza delle amministrazioni, come auspicato dalla stessa legge del 2009. Il 79% delle P.A. risultava infatti aver adottato il sistema di misurazione delle performance, mentre il programma triennale si riscontrava nel 58% dei casi esaminati.

Questi dati chiaramente afferiscono ad un primo esame dell'attuazione delle misure previste dalla normativa italiana, ancora connotata da caratteri di ipertrofia e incertezza; tuttavia, i risultati prodotti

⁶³ Si veda l'art. 13 della Convenzione UNCAC.

⁶⁴ È un'associazione costituita nel 1963, la sua attività è attualmente focalizzata sull'attuazione delle politiche di riforma e modernizzazione della PA.

dal monitoraggio ad opera di Formez PA fanno ben sperare se considerati parte integrante di una linea strategica determinata per poter arginare il fenomeno della corruzione.

5. L'istituzione di soggetti per la lotta alla corruzione: dall'AVLP alla CIVIT

Dopo aver esaminato, nei paragrafi precedenti, gli aspetti procedurali della normativa, interna e comunitaria, in materia di appalti pubblici e corruzione susseguitasi, dagli anni '80 fino al primo decennio degli anni 2000, non resta che affrontare l'analisi dei soggetti deputati alla lotta al fenomeno corruttivo.

5.1. L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici della legge Merloni

L'istituzione delle prime figure con poteri operativi in materia risalgono alla legge 109/1994. La stessa, prevedeva, tra le altre novità, alcuni organi con funzioni di vigilanza e controllo sulla corretta espletazione delle procedure. Il servizio di ispezione tecnico aveva il compito di effettuare accertamenti sulle attività svolte da amministratori pubblici, imprenditori e professionisti; mentre all'osservatorio dei lavori pubblici, strutturato in 20 sezioni regionali e una centrale, spettava raccogliere ed elaborare i dati, nello specifico quelli riguardanti i bandi di gara, sull'aggiudicazione degli appalti e l'esecuzione delle OO.PP⁶⁵. Va inoltre menzionato l'importante ruolo rivestito dal RUP, responsabile unico del procedimento, il quale avrebbe dovuto vigilare sul corretto espletamento di tutti gli aspetti procedurali di una gara, sovrintendendo le fasi di progettazioni, affidamento ed esecuzione dell'opera.

Oltre all'istituzione di tali figure, la legge quadro sui lavori pubblici, indispensabili al fine di riconoscere tempestivamente la presenza di fenomeni corruttivi, per poi reprimerli, all'articolo 4 prevedeva la nascita dell'AVLP, ossia l'autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. Il testo stabiliva che *“l'autorità opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione”*, conferendo dunque notevole importanza a tale organo collegiale, composto da cinque membri scelti basandosi su criteri di professionalità e competenza in settori tecnici, giuridico ed economici. Tale autorità, oltre ad avere notevoli poteri in materia di vigilanza e controllo, avrebbe in ogni momento potuto chiedere chiarimenti ed esibizione di documenti sia agli enti aggiudicatori che ai singoli operatori economici. Veniva infine riconosciuto all'AVLP il cd. potere di *“advocacy”*, che si traduceva nella presentazione di una relazione da presentare annualmente al Parlamento e al Governo, in cui si segnalavano disfunzioni in riferimento al settore degli appalti pubblici. Nei confronti degli stessi soggetti, l'autorità poteva poi far presente la presenza anomalie nell'espletamento delle procedure di gara, ovvero ancora fenomeni di distorta applicazione della normativa di settore.

⁶⁵ Per “OO.PP.” si intendono le opere pubbliche, ossia i manufatti realizzati da enti pubblici per la fruibilità dei cittadini.

5.2. La nascita dell'AVCP e il ruolo della CIVIT

Tale autorità venne poi successivamente modificata nel 2006, con l'entrata in vigore del Codice dei contratti, denominata da tale momento in poi come AVCP, ossia Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (e non più, dunque, solo "di lavori" come previsto dalla legge Merloni). Le funzioni da essa espletate erano pressoché simili alla previgente autorità, ma tra le funzioni si annoverava ora la possibilità, previa richiesta della stazione appaltante o di una dei concorrenti della gara, di esprimere un parere non vincolante in merito ad eventuali questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure d'appalto. L'autorità poteva inoltre irrogare sanzioni amministrative pecuniarie, proporzionate rispetto al valore del contratto cui si riferivano le violazioni. Si sommavano dunque, in capo ad un unico organo, una serie di poteri al fine di combattere, reprimere e prevenire la corruzione, prendendo spunto, quanto alla rilevanza dell'indipendenza funzionale, dal modello organizzativo e operativo in riferimento ad altre autorità già esistenti nel nostro ordinamento, come l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato, istituita nel 1990. L'esigenza di disciplinare una tale figura si avvertì non solo nel panorama nazionale, ma anche su scala internazionale. L'art.6 della Convenzione delle Nazioni Unite per la lotta alla corruzione prevedeva infatti che all'interno di ogni Stato fosse istituito un organo "di prevenzione", dotato di indipendenza e di ogni mezzo per lo svolgimento del suo ruolo istituzionale.

Nello stesso anno in cui l'Italia ratificava tale convenzione, con la Riforma Brunetta previamente citata, nasceva la CIVIT⁶⁶. L'intero art.13 del D.lgs. n.150/2009 era dedicato a tale organo, e prevedeva, oltre agli aspetti organizzativi, anche i poteri e le funzioni a esso attribuiti: poteri di indirizzo, monitoraggio e controllo dell'operato delle amministrazioni. A tali attività, mirate ad un efficientamento dell'attività pubblica, si affiancava la necessità di garantire la totale trasparenza circa l'operato delle P.A., anche attraverso sistemi di raccolta e diffusione dati in rete.⁶⁷ Ci si proiettava in questo modo verso un nuovo assetto organizzativo dell'attività pubblicistica, sottoponendo quest'ultima ad un controllo finalizzato alla corretta gestione della spesa pubblica, facendo leva proprio sulla trasparenza. Si iniziava a comprendere, infatti, che uno degli antidoti principali per combattere fenomeni di *maladministration* e corruzione dei soggetti operanti nella P.A era quello di riuscire a tracciare l'attività di scelta, di pagamento e adempimento di oneri burocratici, individuando precisi obblighi di pubblicità in capo ai dipendenti e dirigenti pubblici. Collegando, poi, il corretto espletamento degli oneri di trasparenza ad istituti di premialità e di valutazione dell'operato dei

⁶⁶ Si tratta della Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche.

⁶⁷ Cfr. Art.21, c.1, legge n. 69/2009.

soggetti interni alla P.A, si sarebbe potuto incentivare ancor di più le strategie volte ad implementare la pubblicità, la trasparenza e l'accesso ai documenti, in quanto il dipendente pubblico avrebbe trovato giovamento nei sistemi premiali qualora avesse orientato la sua condotta al modello predetto.⁶⁸

5.3. La prevenzione della corruzione come chiave di volta del sistema

Alla luce di quanto esposto finora, ciò che emerge è l'inversione di rotta operata dal Legislatore al fine di combattere la corruzione, fenomeno dilagante in tutti i settori dell'ordinamento, ma in particolar modo in quello degli appalti pubblici. Se, infatti, la tendenza della linea strategica adottata fino ai primi anni 2000 era quella della repressione, con l'avanzare del fenomeno e anche grazie ad un maggior coordinamento con le politiche comunitarie, si innestarono nel sistema sempre più istituti e procedure mirate alla prevenzione. Questo primo cambiamento segnò tuttavia solo l'inizio di una serie di innovazioni, che, come vedremo nei prossimi capitoli, determineranno un assetto organizzativo più analitico e, conseguentemente, efficiente.

Accanto ad un approccio normativo più chiaro ed omogeneo sarà inoltre necessario l'istituzione di un soggetto che abbia determinati poteri al fine di poter gestire la corruzione nella maniera più efficace possibile, in quanto le autorità sovra menzionate non sembrano avere gli strumenti idonei per determinare una flessione netta nella proliferazione del fenomeno. Testimone dell'importanza di tale aspetto è la *Law commission* istituita in Inghilterra negli anni Sessanta. La stessa, di struttura snella e totalmente indipendente dal governo, è stata di fondamentale importanza e si è resa protagonista di una serie di riforme normative che hanno consentito l'eliminazione di tutto ciò che di obsoleto e di difficile interpretazione vi era, portando ad una semplificazione del sistema, che ne ha in tal modo guadagnato in termini di speditezza e assenza di spazi poco chiari, nei quali il fenomeno corruttivo è solito innestarsi.

Come si vedrà nei capitoli successivi, la lotta al fenomeno corruttivo vedrà il Legislatore impegnato a combattere su due fronti: quello della corruzione in senso oggettivo, tramite la messa a punto di un sistema quanto più efficace e semplice possibile; e quello dell'aspetto soggettivo del fenomeno, attraverso la sensibilizzazione al problema da parte delle istituzioni e delle autorità preposte alla prevenzione e alla repressione delle stesse condotte criminose.

⁶⁸ Sul punto si veda E. Carloni, *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in www.scienze politiche.unipg.it, pp.15-18.

Capitolo 2. L'evoluzione della normativa italiana a contrasto della corruzione e la nascita dell'ANAC

1. Legge n. 190/2012: la prima legge anticorruzione

Se nel capitolo precedente si è esaminata la stagione normativa a contrasto dei fenomeni corruttivi che va dai primi anni Novanta fino al primo decennio degli anni Duemila, occorre fare un punto della situazione per capire se le strategie fino a questo momento adottate hanno effettivamente determinato un freno al diffondersi del fenomeno stesso. Dall'esame dei dati forniti dalla sovra esposta organizzazione non governativa nota come *Transparency International*, tuttavia si può disegnare un panorama sociale tutt'altro che sereno, in quanto caratterizzato ancora da una forte sfiducia dei cittadini nei confronti dell'operato dei pubblici poteri, che si traduce per l'appunto in un livello piuttosto elevato della percezione della corruzione stessa. Prendendo come riferimento l'anno 2010, secondo la classifica stilata da *Transparency International* risulta infatti che l'Italia, avendo perso quattro posti rispetto all'anno precedente e ben dodici posizioni rispetto al 2008 e applicando il criterio dell'indice della percezione della corruzione, si vede collocata al sessantasettesimo posto. Il punteggio di 3,9 ottenuto dal nostro Paese risulta essere altresì molto preoccupante, posto che la scala va dallo zero, che equivale ad un alto tasso di corruzione, a dieci, caso in cui il fenomeno è presente in bassissima misura. La spiegazione del persistere di questa situazione allarmante è forse connessa con una serie di episodi accaduti in Italia che, pur richiedendo un efficace e tempestivo intervento delle pubbliche amministrazioni, hanno disatteso le aspettative dei cittadini, determinando ancor di più quel sentimento di sfiducia verso chi li governa. Esempi sono la gestione del post-terremoto dell'Aquila e l'emergenza dei rifiuti in Campania: in entrambi i casi, complice la risonanza mediatica degli stessi, quello che i cittadini hanno percepito è stata un'inefficienza gestionale da parte delle autorità competenti, contribuendo alla distanza sempre maggiore tra Stato-cittadino. Lo stesso Luca Giampaolino, al tempo presidente della Corte dei conti, nel suo discorso di insediamento lanciava un monito di richiamo ai valori dell'etica, statuendo che *“gli episodi di corruzione e dissipazione delle risorse pubbliche, talvolta di provenienza comunitaria, persistono e preoccupano i cittadini ma anche le istituzioni il cui prestigio e affidabilità sono messi a dura prova da condotte individuali riprovevoli”*.

1.1. Il problema della corruzione oggettiva

Se, tuttavia, gli aspetti fin qui considerati fanno riferimento alla complessità della situazione del nostro Paese a causa della corruzione cd. soggettiva, non si può far meno di esaminare l'altra componente necessaria alla comprensione e, conseguentemente, al contrasto del fenomeno: la

corruzione oggettiva. Come già precisato nel capitolo precedente, lo studio della corruzione non può infatti prescindere da un esame dettagliato delle problematiche attinenti agli istituti, alle procedure e alle norme stesse, che possono talvolta fungere da fattore legittimante i cd. *pacta sceleris*, in quanto contribuiscono alla proliferazione di un sistema marcio nelle sue fondamenta. Ricordiamo, a tal proposito, che tra le principali criticità emergeva l'ipertrofia normativa, la mancata chiarezza delle leggi e, con riferimento soprattutto al settore degli appalti, un approccio rigido che portava all'inefficienza, dove poteva poi trovare facilmente spazio la corruzione.

Proprio sulla scorta di tale ordine di problemi, nel 2012 il Legislatore ha sentito la necessità di varare una legge *“presentata come momento imprescindibile per il rilancio del Paese, poiché tesa ad implementare l'apparato preventivo e repressivo contro l'illegalità nella pubblica amministrazione che corrisponde all'esigenza di innovare un sistema normativo ritenuto da tempo inadeguato a contrastare fenomeni sempre più diffusi e insidiosi [...] volta a ridurre la forbice tra la realtà effettiva e quella che emerge dall'esperienza giudiziaria”*⁶⁹. Tale riforma è dunque figlia di un periodo storico-giuridico all'insegna dell'incertezza, diffidenza e inefficienza nella gestione dello Stato: esperienze da cui si è dunque avvertita la necessità di cambiare rotta, ridisegnando la strategia fino a quel momento adottata per contrastare la corruzione, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo, e quindi ridefinendo le norme alla base del sistema stesso.

1.2. Gli obiettivi della legge anticorruzione

Con la legge 6 novembre 2012 n.190, nota anche come “legge Severino”, recante *“Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, l'Italia anzitutto dava attuazione ad alcuni impegni assunti in sede internazionale negli anni precedenti⁷⁰: l'auspicio era quello di dare una risposta concreta e omogenea a tutti i problemi connessi con il concetto di corruzione. Nello specifico, con tale legge si intendeva costruire *“un sistema integrato di politiche anticorruzione, articolato su tre linee di intervento: rafforzamento dell'impianto repressivo, miglioramento delle misure di prevenzione e promozione di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali”*⁷¹. Partendo con l'esaminare le novità di tale riforma dal punto di vista strettamente penalistico, ricordiamo che la risposta di tipo repressivo aveva da sempre trovato le sue criticità proprio nella multiformità del

⁶⁹ F. Rinaldi, *Le principali novità della legge “anticorruzione” (legge 190 del 2012)*, in www.filodiritto.it, 17 maggio 2013.

⁷⁰ Si fa riferimento alla Convenzione ONU contro la corruzione e la Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo.

⁷¹ G. Piperata, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in www.federalismi.it, 2 settembre 2015.

fenomeno stesso, accompagnato dalla sua larghissima diffusione all'interno dei vari settori dell'ordinamento. Tra i delitti di corruzione viene assegnato un posto di centralità all'articolo 318 c.p.⁷², in precedenza noto come "*Corruzione per un atto d'ufficio*" e con la riforma del 2012 subisce un cambiamento, a partire da nuova rubrica "*Corruzione per l'esercizio della funzione*". Già da tale cambiamento si evince il rilievo della riforma stessa in quanto ora, ai fini della rilevanza penale, la condotta dei soggetti coinvolti è svincolata dalla presenza di uno specifico atto ascrivibile ad un fenomeno di *pactum sceleris*: "*ha dunque assunto autonoma rilevanza penale la messa a libro paga del pubblico funzionario*".⁷³ Proprio perché uno dei problemi principali nel contrastare la proliferazione di tali illeciti era quello del contenuto del patto corruttivo, si è voluto con tale intervento puntare l'attenzione sulla rilevanza non già del singolo atto, ma dell'intero comportamento del pubblico funzionario, e proprio perché "*il pubblico agente corrotto si impegna non già ad adottare un atto del proprio ufficio, quanto piuttosto a far valere il suo peso istituzionale sul pubblico agente competente all'emanazione dell'atto cui è interessato il corruttore, esercitando un'attività di influenza [...]La stessa tangente, anziché consistere nella classica dazione di denaro, è occultata da articolati meccanismi di triangolazione*"⁷⁴, la rilevanza penale della ricezione di denaro o altre utilità è tale indipendentemente dalla possibilità di individuare uno specifico atto che sia oggetto di mercimonio. Accanto a tale delitto, che si configura ora come fattispecie generale, se ne accostano due che si pongono in un rapporto di specialità rispetto al citato art.318 c.p.: si tratta dell'articolo 319 c.p. e l'articolo 319-ter c.p. Se il primo riguarda il delitto di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio, il secondo concerne la rilevanza del fenomeno negli atti giudiziari. Inoltre, l'ipotesi delittuosa di cui all'art.317 c.p. è stata scomposta in due figure: accanto al tradizionale delitto di concussione si prevede ora all'art. 319-quater c.p. il delitto di "*induzione indebita a dare o promettere utilità*", ove il *discrimen* rispetto al primo dei reati citati è individuabile con riferimento al soggetto attivo dei due reati: del delitto di concussione potrà rispondere solo il pubblico ufficiale, e si appresta dunque a diventare un reato cd. "proprio"; mentre si potrà rendere responsabile di indebita induzione sia il pubblico ufficiale che l'incaricato di pubblico servizio. Al di là delle critiche sollevate in merito a tali scelte normative, l'intenzione del Legislatore era probabilmente quella di riaffermare il principio di "*nullum crimen, nulla poena sine lege*" proprio codificando in maniera dettagliata le singole

⁷² Articolo collocato nel Titolo II- Dei delitti contro la pubblica amministrazione, nel libro secondo del Codice penale.

⁷³ E. Dolcini, *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in www.archivioldcp.dirittopenaleuomo.org, 23 settembre 2013.

⁷⁴ R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n.190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustiz-amministrativa.org

fattispecie criminose, onde evitare che la giurisprudenza potesse trovare spazio nell'incertezza normativa in tal senso.

Nonostante la rilevanza sul versante repressivo delle novità appena esposte fu notevole, con le stesse non si arresta la portata della riforma del 2012, in quanto, come precisato precedentemente la legge si muoveva secondo altre due direttrici: quella della prevenzione della corruzione e quella della diffusione di una cultura della legalità. Per quanto riguarda il primo dei due aspetti, va segnalato che *“i fenomeni corruttivi oggetto delle misure preventive individuate dalle predette norme non fanno, però, esclusivo riferimento alla nozione penalistica di corruzione ma ad un’accezione di essa assai più ampia che ricomprende, oltre all’insieme dei delitti contro la pubblica amministrazione [...] anche le situazioni in cui, a prescindere dalla rilevanza penale, venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione [...] ovvero l’inquinamento dell’azione amministrativa ab externo”*⁷⁵: si comprende dunque l’ampia portata della legge 190/2012, soprattutto con riferimento agli strumenti attraverso cui dare vita alle norme di prevenzione: la pianificazione, la tutela dell’imparzialità dei soggetti pubblici, la disciplina del public procurement e la trasparenza, definita come *“l’antidoto principale alla corruzione”*.⁷⁶, alla quale sarà poi dedicato un apposito decreto legislativo.

Tra le misure adottate dalla legge anticorruzione si ricordi, nell’ambito dei limiti interni all’amministrazione, la previsione dell’adozione obbligatoria da parte di ciascuna amministrazione dei piani di prevenzione al fenomeno corruttivo, i quali dovranno essere ispirati al modello di *“risk management”*⁷⁷. Dal momento che, però, tali piani rischiano di appesantire la speditezza del sistema, l’eccessiva burocratizzazione dovrà essere tenuta sotto controllo per evitare che la stessa comporti oneri in termini finanziari ed organizzativi. È per tale motivo che risulterà necessario adottare solo le misure strettamente necessarie, scelte sulla base della sostenibilità economica delle stesse. Sempre in riferimento all’adozione di pratiche a contrasto della corruzione nella P.A., con la legge del 2012 è stato a sua volta delegato il Governo per la disciplina dei casi di incompatibilità degli incarichi dirigenziali: l’esecutivo, con decreto approvato dal Consiglio dei Ministri nell’anno successivo alla riforma, ha stabilito che nel caso in cui vi fossero state situazioni di conflitti di interesse o in presenza di sentenze di condanna riguardanti reati contro la P.A. stessa, l’aspirante dirigente non avrebbe

⁷⁵ R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell’ANAC*, in M. D’Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p.28.

⁷⁶ M. D’Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020.

⁷⁷ Per risk management si intende il processo aziendale volto alla gestione completa e integrata dei rischi mediante attività di misurazione e valutazione del rischio stesso.

potuto ricoprire tale incarico: la ratio sottesa a tale previsione è coerente con tutto il sistema di prevenzione di pratiche illecite, il quale necessariamente deve essere messo al riparo dalla presenza di soggetti che potenzialmente possono rendersi protagonisti di accordi illeciti data la loro posizione poco chiara. Lo stesso esecutivo, con D.lgs. n. 235/2012 ha poi adottato un testo unico delle disposizioni in materia di incandidabilità a cariche elettive e di governo, prevedendo criteri e disposizioni dettagliate da seguire per garantire quanto più possibile l'imparzialità in tali settori delicati. La previsione di divieti o limiti all'occupazione di tali ruoli sebbene non fosse idonea a coprire tutte le criticità del sistema, quali la problematica del "lobbying"⁷⁸ o la mancanza di controlli diffusi a tutti i livelli; insieme alle altre disposizioni innovative, "rappresenta un passo in avanti rispetto alle inerzie e ai gravi ritardi del passato"⁷⁹. È infatti proprio in questa legge che può rilevarsi un diverso approccio da parte dello stesso Legislatore nel cercare di affrontare il problema a trecentosessanta gradi. Se, infatti, a garanzia dell'imparzialità sono state adottate le regole sovra esposte, con riferimento al concetto di trasparenza, altrettanto incisivi sono stati gli interventi approntati dal testo normativo. Primo fra tutti, va segnalato l'istituto del "whistleblower", letteralmente "chi soffia nel fischiotto", il quale prevede la possibilità per il dipendente pubblico di denunciare all'autorità giudiziaria, o in alternativa, di segnalare all'Autorità anticorruzione condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in forza del proprio lavoro. Nonostante il nostro Legislatore avesse scartato l'idea di introdurre un meccanismo di tipo premiale, volto appunto ad incentivare la segnalazione di illeciti, con la legge n. 190/2012 tale istituto ha assunto notevole importanza in quanto prevede che non solo i dipendenti delle amministrazioni pubbliche, ma anche coloro che svolgono prestazioni lavorative presso enti privati sottoposti al controllo pubblico possano denunciare tempestivamente la presenza di tali condotte illecite rimanendo nell'anonimato, per evitare che lo stesso "whistleblower" subisca delle conseguenze a causa della sua segnalazione, quali licenziamenti o trasferimenti. Va inoltre precisato che "le condotte illecite oggetto delle segnalazioni meritevoli di tutela comprendono non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione [...] ma anche le situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati [...] si pensi, a titolo meramente esemplificativo, ai casi di sprechi, nepotismo, demansionamenti, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, assunzioni non trasparenti, irregolarità contabili, false dichiarazioni, violazione

⁷⁸ L'attività di lobbying in politica consiste nel tentativo di influenzare azioni, politiche o decisioni dei funzionari governativi.

⁷⁹ R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n.190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustiz-amministrativa.org

delle norme ambientali e di sicurezza sul lavoro”.⁸⁰ Con tale precisazione, dunque, ci si rende conto della portata dell’istituto, il quale non restava circoscritto in un ambito di applicazione stretto, ma poteva coinvolgere tutte le condotte che avrebbero avuto una parvenza di pericolosità per la stabilità del sistema di pubblica amministrazione, in modo da prevenire ed eventualmente reprimere il problema quanto prima possibile.

Sulla scorta di tale mentalità, lo stesso Legislatore ha auspicato alla diffusione della cultura della legalità prescrivendo percorsi formativi volti alla sensibilizzazione verso il rispetto delle regole e dell’etica pubblica. Gli stessi, sebbene destinati ai soli dipendenti delle pubbliche amministrazioni statali, e dunque, limitati ad un’applicazione centrale e non periferica, segnarono sicuramente un punto di svolta importante nell’approccio al problema della corruzione, soprattutto se intesa dal punto di vista soggettivo: è proprio tramite un percorso formativo, affidato alla Scuola superiore della pubblica amministrazione, che i pubblici poteri avrebbero potuto riavvicinarsi a quei valori che proprio con il fenomeno corruttivo erano stati calpestati, creando un sistema corrotto e marcio dall’interno. Per dare ancora di più importanza a tale approccio di sensibilizzazione, la stessa legge ha poi previsto il rafforzamento del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, adottato poi con d.P.R. 62/2013, il quale operava prevedendo la sanzionabilità in caso di violazione dello stesso che si sarebbe tradotto in termini di responsabilità disciplinare.

1.3. Le principali novità della legge Severino

Passando ora all’esame delle previsioni innovative della legge anticorruzione dal punto di vista, per così dire, oggettivo, ossia afferente al rinnovo di istituti e procedure operanti nel sistema, la pianificazione prevista per le amministrazioni pubbliche si muoveva ora su due binari: a livello nazionale la legge 190/2012 prevedeva il Piano nazionale anticorruzione (PNA), di durata triennale ma aggiornabile annualmente, mentre a livello periferico si optò per l’adozione di piani triennali di prevenzione della corruzione (PTPC), documenti di natura programmatica che avrebbero poi dato attuazione alle misure previste dal PNA attraverso la coordinazione tra le stesse e misure ulteriori che si fossero rese necessarie a livello periferico. Se, dunque il PNA sarebbe stato predisposto al Dipartimento della funzione pubblica e approvato dall’Autorità anticorruzione, a livello decentrato i Piani triennali di prevenzione della corruzione si traducevano in una “*strategia di prevenzione ad*

⁸⁰ Anac, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015.

hoc".⁸¹ Chiaramente, per poter esplicitare i loro effetti e raggiungere gli obiettivi per cui i piani stessi sono stati introdotti nel nostro ordinamento, ossia individuare tempestivamente all'interno di ciascuna amministrazione i profili di maggior rischio corruttivo, era necessario che le amministrazioni stesse non percepissero tali previsioni come semplici oneri burocratici. Sul punto, tuttavia, si segnala che dalla Relazione annuale al Parlamento per l'anno 2014 condotta dall'Autorità anticorruzione, emergevano dati poco confortanti: la mappatura dei processi interni risultava puntuale solo nel 10% dei casi esaminati, il 35% delle amministrazioni non aveva previsto alcun metodo di ponderazione del rischio e, nei casi in cui lo stesso fosse stato attuato, comunque nel 45% dei casi è risultato inefficace. A tal proposito, si evince dunque che la predisposizione di adempimenti di questo genere per le singole amministrazioni non sono sufficienti per l'effettiva prevenzione del fenomeno corruttivo, ed è per questo motivo che risulta indispensabile la presenza di una figura specifica che coordini le attività necessarie: il Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC). Quest'ultimo dovrà, oltre a predisporre il PTPC, monitorare lo stato di attuazione dello stesso e, se necessario, modificarlo. In sostanza i responsabili della prevenzione della corruzione *"sono i garanti della legalità all'interno delle singole pubbliche amministrazioni e i principali interlocutori dell'Autorità anticorruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni; e gli obblighi che su di essi gravano possono comportare nei loro confronti anche l'irrogazione di sanzioni disciplinari"*.⁸² Soffermandoci su quest'ultimo aspetto, è la stessa legge 190/2012 a prevedere, all'articolo 12, una previsione di responsabilità disciplinare del RPC nel caso in cui all'interno dell'amministrazione si accerti un reato di corruzione, fatto salvo il caso in cui lo stesso dia prova di aver predisposto il PTPC e di aver vigilato sulla corretta applicazione dello stesso. Del pari, ai sensi dello stesso articolo, il responsabile potrà rispondere di omesso controllo nel caso in cui vi siano numerose violazioni delle misure di prevenzione.

Sempre sulla stessa onda dell'adozione di misure preventive volte al contrasto della corruzione nella P.A, è doveroso un focus sul concetto di trasparenza intesa come *"la possibilità per tutti i cittadini di avere accesso diretto all'intero patrimonio informativo delle pubbliche amministrazioni"*.⁸³ A tal proposito, con la legge 190/2012 si delegava il Governo per l'adozione di una serie di istituti e regole

⁸¹ R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p.29.

⁸² R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in M. D'Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p.30.

⁸³ R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n.190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.giustiz-amministrativa.org

volte proprio a ridurre la distanza tra cittadino e P.A. e permettere così, in determinati casi specifici e normativamente regolati, a chi ne avesse interesse, la possibilità di monitorare l'attività pubblica.

Anzitutto, ciascuna P.A. avrebbe dovuto rendere noti determinati dati e informazioni, anche attraverso pubblicazioni on-line sul proprio sito web, tra cui i dati riguardanti i redditi e la condizione patrimoniale dei titolari degli organi di indirizzo politico, i rendiconti dei consigli regionali e provinciali nonché gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali e di consulenza con la precisazione che la pubblicazione degli stessi sarebbe stata condizione necessaria per dare efficacia all'atto di conferimento, e dunque, per la liquidazione del relativo trattamento economico. Con particolare riferimento ai settori speciali, si prevedeva l'obbligo di pubblicità on-line in materia di opere pubbliche e contratti pubblici, nonché attività di pianificazione del territorio, del servizio sanitario nazionale e tutti gli interventi di emergenza che avrebbero comportato una modificazione della legislazione vigente. Altra novità di notevole importanza è rappresentata poi dalla previsione di un nuovo istituto, il cd. accesso civico⁸⁴, ispirato anch'esso ad un approccio finalizzato alla trasparenza dei dati delle P.A. Ricordiamo, infatti che, tradizionalmente, il soggetto privato che avesse voluto prendere visione di un qualsiasi documento detenuto da una pubblica amministrazione, ai sensi dell'art. 22 della legge 241/1990, avrebbe ottenuto il nulla osta solo se lo stesso avesse vantato *“un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso”*⁸⁵: le possibilità di accesso ai documenti erano dunque fortemente limitate dal possesso di tali requisiti. Viceversa, con il decreto del 2013 il Governo, oltre a prevedere una serie di sanzioni da irrogare nei confronti delle pubbliche amministrazioni che si fossero rese inadempienti degli obblighi pubblicitari sopra esposti, ha disciplinato il succitato accesso civico. Con tale istituto si prevedeva la possibilità per i singoli cittadini di poter prendere visione degli atti delle pubbliche amministrazioni per i quali fosse rimasto inosservato l'obbligo di pubblicità, permettendo dunque un controllo democratico sull'operato dell'amministrazione. La particolarità dell'accesso civico risiedeva proprio nel riconoscimento di un diritto di accesso che fosse svincolato dai requisiti previsti dalla legge 241/1990: il cittadino avrebbe ora potuto esercitare tale diritto *“senza formalità, senza necessità di motivare l'istanza, senza dover dimostrare l'utilità dell'atto che si intende conoscere rispetto alle esigenze difensive del richiedente, ma solo sul presupposto dell'inadempimento in cui l'amministrazione è incorsa rispetto agli obblighi*

⁸⁴ Si tratta dell'accesso civico semplice, l'accesso civico generalizzato verrà introdotto con il decreto legislativo 97/2016.

⁸⁵ Art.22, comma 1 lettera b, legge n. 241/1990.

di pubblicità".⁸⁶ Altro passo importante dunque nell'ottica di voler rendere l'attività della P.A. quanto più trasparente possibile e di non rendere i pubblici poteri immuni da controlli e monitoraggi necessari alla prevenzione dei fenomeni corruttivi.

1.4. Gli istituti dedicati al public procurement

Se, quanto detto fa emergere l'importanza della legge Severino, attuata anche con successivi interventi dell'esecutivo appositamente delegato, occorre ora focalizzarci sulle novità che hanno interessato il settore più delicato per il nostro ordinamento in materia di infiltrazioni criminali: i contratti pubblici.

Come già segnalato⁸⁷, tradizionalmente tale settore si presta molto facilmente ad accogliere fenomeni di corruzione, per una serie di problematiche interne al sistema stesso. Proprio per tale ragione, il Legislatore ha avvertito l'esigenza di regolamentare con precisione la disciplina del public procurement, prevedendo istituti, procedure e regole accumulate dalla necessità di fronteggiare il fenomeno corruttivo. Nonostante, però, i molteplici interventi normativi culminati nel 2006 con l'adozione di un vero proprio Codice per omogeneizzare quanto più possibile le molteplici leggi operanti in tale settore, la situazione versava in uno stato di forti pericoli e rischi per la proliferazione di pratiche corruttive. Tra le misure specifiche adottate dalla riforma nei confronti della contrattualistica pubblica vanno annoverate anzitutto quelle varate per una maggiore trasparenza e pubblicità proprio in riferimento all'operato delle stazioni appaltanti, protagoniste di rilievo nelle fasi iniziali delle procedure di gara. In particolare, la legge Severino ha predisposto che i siti istituzionali delle stazioni appaltanti dovessero rispettare dei livelli minimi di pubblicità con informazioni dettagliate circa la struttura proponente, l'aggiudicatario con annesso l'importo di aggiudicazione, l'oggetto del bando e i tempi di completamento dell'opera, dei servizi o della fornitura.⁸⁸ Tale previsione si raccordava poi con l'attività svolta dall'Autorità anticorruzione, che avrebbe predisposto degli schemi tipo e pubblicato nell'apposito sito web liberamente consultabile, le informazioni dallo stesso raccolte. Altra importante novità che va segnalata è la previsione di due istituti entrambi finalizzati ad aumentare i poteri negoziali delle stazioni appaltanti: i patti di integrità e i protocolli di legalità. Quanto ai primi, regolati dall'art.1 della legge 190/2012, vengono richiamati nello stesso PNA e si traducono in dei veri e propri documenti che la stazione appaltante richiede ai partecipanti alle procedure di gara in modo tale da poter controllare se si verifici l'ipotesi di elusione da parte

⁸⁶ R. Garofoli, *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n.190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.asp.cz.it.

⁸⁷ Si veda par.2, cap.1.

⁸⁸ Si vedano gli art. 15 e 16 della legge n. 190/2012.

delle imprese degli obblighi contenuti negli stessi patti: in tal modo sarà possibile reprimere tempestivamente un eventuale atto illecito tramite apposite sanzioni. Con la finalità specifica di prevenire episodi di corruzione e concussione proprio nella fase di affidamento di una procedura di gara pubblica, tale istituto costituisce una formalità obbligatoria cui deve adempiere ciascun partecipante, mediante la sottoscrizione e l'approvazione di un modulo presente nel bando di gara stesso pubblicato dall'ente di riferimento. È inoltre importante segnalare che nel caso di aggiudicazione del contratto di appalto, qualora l'aggiudicatario dello stesso contravvenga a quanto previsto nel patto, la stazione appaltante potrà disporre la risoluzione del contratto, con l'escussione della cauzione definitiva nonché con l'esclusione dalle gare dell'operatore economico per un quinquennio: previsioni queste che ben potranno fungere da deterrente per quanti avessero intenzione di aggirare le previsioni di legge. Passando ad esaminare l'altro istituto, ossia quello dei protocolli di legalità anch'essi sono stati previsti nell'ottica di assicurare il rispetto di legalità e trasparenza nell'esecuzione di un appalto pubblico. Al pari dei patti di integrità è previsto l'obbligo per quanti volessero partecipare alla procedura di gara l'accettazione preventiva di tali moduli inseriti nel bando ad opera dell'amministrazione, in modo tale da potersi riservare uno strumento di prevenzione e controllo del corretto svolgimento dell'intera procedura di gara. Segnaliamo, inoltre, che, sull'ammissibilità di tali clausole si è pronunciata la Corte di Giustizia UE, esprimendosi in merito all'applicazione proprio dell'art.1, comma 17 della legge 190/2012 in riferimento al dubbio di compatibilità tra il contenuto dello stesso e la normativa UE e statuendo che *“le norme fondamentali e i principi generali del trattato FUE, segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità [...] finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.”*⁸⁹: questo sicuramente un segnale importante che determina un approccio sempre più sensibile alle politiche di tutela della trasparenza e correttezza.

La riforma, oltre a prevedere tali istituti, ha provveduto a valorizzare l'affidabilità degli operatori economici coinvolti nelle procedure di aggiudicazione, prevedendo nello specifico le white list⁹⁰. Trattasi di una serie di elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori da istituire

⁸⁹ Corte UE, Sez. V, Sent. 22 ottobre 2015, Causa C-126/14.

⁹⁰ Disciplinate dagli artt.52 e ss. Della l. n. 190/2012.

obbligatoriamente presso le Prefetture provinciali, operanti con riferimento a settori di attività esposte ad un elevato rischio di infiltrazioni criminali. Attraverso l'iscrizione a tali elenchi, controllati per l'appunto dagli organi prefettizi, i fornitori avrebbero dimostrato di non essere soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa: in questo modo il controlli antimafia avrebbero potuto essere velocizzati e semplificati, in quanto le white list si sostanziano in una banca dati comprensiva di tutti gli operatori cui è consentito l'accesso alle procedure di appalti in determinati settori, con la precisazione che *“gli accertamenti utili all'iscrizione nelle white list hanno già completato la necessaria attività istruttoria”*⁹¹. Sempre con riferimento alla disciplina del public procurement, la riforma ha interessato anche un aspetto più propriamente definibile come giurisdizionale. L'articolo 19 della succitata legge ha infatti modificato la disciplina dell'arbitrato, il quale negli anni ha spesso creato terreno fertile per il proliferare di pratiche corruttive che si traducevano in accordi occulti al fine di predeterminare l'esito della soluzione bonaria, attraverso proprio la corruzione dell'arbitro. Proprio per tale ragione, si è sentita la necessità di limitare l'applicazione di tale istituto alle sole ipotesi in cui sia avvenuta una preventiva autorizzazione motivata da parte dell'amministrazione, pena nullità della clausola compromissoria o dell'arbitrato in caso di mancata autorizzazione. Si prevede inoltre che nelle controversie tra le pubbliche amministrazioni gli arbitri verranno individuati tra i dirigenti pubblici; mentre nel caso di lite tra amministrazione e privato, qualora non fosse possibile nominare un dirigente pubblico in qualità di arbitro, verrà scelto tra soggetti esperti nella materia del contratto, avendo riguardo dei principi di pubblicità e rotazione.

1.5. Il nuovo volto della CIVIT

Se le novità fin qui descritte afferiscono alla modifica di istituti e procedure proprie ed interne alle procedure di gara, il Legislatore con la riforma ha inoltre preso coscienza del fatto che le misure di prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo non avrebbero potuto fare a meno di un'autorità che racchiudesse una serie di poteri legittimamente conferiti. Come già esaminato nel precedente capitolo, con la riforma Brunetta del 2009 ci fu una prima novità in materia, attraverso la soppressione dell'AVLP in favore della creazione della CIVIT. Proprio su tale ultima autorità con la legge 190/2012 si è ridotto da cinque a tre i componenti del consiglio, per rispondere ad esigenze di risparmio di spesa. Il secondo intervento fu invece indirizzato ad un ampliamento dei poteri della CIVIT: da tale momento la stessa avrebbe potuto avvalersi, grazie ad un'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, della Guardia di Finanza, forza di Polizia italiana ad ordinamento

⁹¹ G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, In M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, pp.13-15.

militare. Si prevede inoltre che la stessa *“agisce con i poteri di indagine a essa attribuiti ai fini degli accertamenti sull’imposta sul valore aggiunto e sull’imposta sui redditi e, agli stessi fini, può richiedere indagini, accertamenti e relazioni all’Ispettorato per la funzione pubblica”*.⁹² Un’altra novità attiene poi alla denominazione dell’organo, ora trasformato in *“Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche”*, il cui Consiglio sarà formato da esperti con elevata professionalità con competenze nel settore pubblicistico e privatistico, che possano vantare altresì indipendenza, esperienza nel contrasto alla corruzione e capacità di gestione del personale, con la precisazione che, al momento della nomina, gli stessi non possono rivestire o aver rivestito nei tre anni precedenti incarichi pubblici o cariche in partiti politici e organizzazioni sindacali. Tutte le attività di segnalazione (cd. *whistleblowing*), nonché ulteriori attività di controllo e vigilanza saranno affidate proprio a tale Autorità, che sarà poi oggetto di successive modifiche.

Alla luce di quanto esposto finora, si può certamente comprendere la portata innovativa della legge 190/2012, prima legge anticorruzione, sia sul fronte penalistico che di riforma interna del sistema di gestione della cosa pubblica. Resta comunque da precisare che la stessa legge, nonostante abbia determinato un punto di svolta nella comprensione della necessità di dare priorità alla prevenzione piuttosto che alle misure repressive, contiene in sé una serie di problematiche e di contraddizioni da colmare a livello normativo: *“per i piani anticorruzione, occorre consolidare la loro differenziazione, affinché contengano analisi e proposte specifiche in relazione alle peculiarità delle varie amministrazioni. Le regole sulla trasparenza vanno semplificate: tre tipi diversi di accesso alle informazioni e ai documenti pubblici creano confusione e sovrapposizioni; vi potrebbe essere, come accade in altri Paesi, un unico tipo di accesso. Le norme sulla inconfiribilità e incompatibilità degli incarichi pubblici hanno bisogno di una riscrittura che le chiarisca [...] un obiettivo relevantissimo della prevenzione alla corruzione deve consistere nella riduzione significativa di quella che si è chiamata corruzione oggettiva, cioè il degrado delle istituzioni”*.⁹³ Come vedremo, dunque, nei prossimi paragrafi, lo stesso Legislatore si renderà conto della necessità di un nuovo intervento in tale complessa e articolata materia.

⁹² R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell’ANAC*, in M. D’Alberti (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016, p. 35.

⁹³ M.D’Alberti, *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020, p. 45.

2. Criticità del sistema anticorruzione: verso un nuovo intervento legislativo

Da un primo bilancio degli interventi normativi attuati dal Legislatore nazionale, se da un lato alla legge 190/2012 va riconosciuta l'importanza di un primo vero cambio di rotta nell'approccio alla lotta del fenomeno, del pari è doveroso un esame critico circa l'effettività dei risultati raggiunti. A tal proposito, si segnala sin da subito che gli anni successivi alla riforma furono caratterizzati dal riemergere di fenomeni corruttivi simili alla vicenda Tangentopoli: gli scandali, nello specifico, interessarono soprattutto una serie di accordi corruttivi nell'ambito di affidamenti di appalti riguardanti il progetto "Mose"⁹⁴ di Venezia e il grande evento "Expo 2015" tenuto a Milano, sul quale si tornerà nei prossimi paragrafi. Questi, dunque, furono i primi segnali d'allarme dell'esistenza di un sistema ancora da perfezionare e che conteneva ancora una serie di criticità da superare quanto prima possibile.

2.1. Le difficoltà di coordinamento tra la CIVIT e il DFP

Nonostante la legge 190/2012 si presentò come una prima vera risposta al fenomeno della corruzione, operando su tutti i fronti, a partire dalla sensibilizzazione verso i valori dell'etica pubblica che erano da tempo compromessi, fino ad arrivare ad una dettagliata regolazione delle linee strategiche da seguire per combattere la corruzione; la stessa non poté vantare una precisione analitica circa l'affidamento della lotta alla corruzione ad un unico soggetto: si configurava infatti un assetto definibile come "bicefalo". La principale critica che si fece alla legge fu infatti quella del mantenimento una duplice matrice di soggetti preposti alla lotta al fenomeno: da un lato alcune funzioni venivano affidate alla CIVIT, che sarebbe poi diventata dopo due anni ANAC; dall'altro una posizione di particolare rilievo era rivestita dal Dipartimento della funzione pubblica (DFP). Proprio la coesistenza di tali soggetti determinava, non di rado, la sovrapposizione delle competenze con riguardo all'attività di vigilanza e applicazione delle misure preventive. In particolare, l'attribuzione dei compiti affidati alla CIVIT nel 2012, risultava ancora incompleta, soprattutto con riguardo allo svolgimento di funzioni in materia di trasparenza delle P.A, dove vi era un vero e proprio intreccio con i poteri conferiti invece al succitato DFP. Si ricordi a titolo esemplificativo, che il Piano nazionale anticorruzione, nonostante venisse approvato dalla stessa CIVIT, trovava la sua predisposizione contenutistica proprio in seno al Dipartimento della funzione pubblica il quale, in riferimento all'oggetto del piano, poteva vantare una responsabilità politica condivisa con il Ministero della pubblica amministrazione. Sempre nell'ambito della gestione dei fenomeni corruttivi, si ricordi

⁹⁴ È l'acronimo del "Modulo Sperimentale Elettromeccanico" con cui si prevedeva la realizzazione di una barriera fra la laguna di Venezia e l'Adriatico, al fine di scongiurare gli allagamenti.

l'altrettanto importante istituto rappresentato dai Piani triennali di prevenzione della corruzione facenti capo alle singole amministrazioni: gli stessi, una volta predisposta l'adozione, avrebbero dovuto essere trasmessi al DFP, così che la CIVIT risultava del tutto esclusa dai poteri di vigilanza e controllo, che continuavano dunque a far capo al Dipartimento, nell'ambito ministeriale. Nonostante, dunque, con la riforma del 2012, il DFP ha perso le mansioni di rilevanza "esterna", affidate da questo momento in poi alla CIVIT, lo stesso organo ministeriale ha mantenuto una serie di poteri da dispiegarsi sui livelli interni circa l'attività a contrasto dei fenomeni corruttivi, tra cui: compiti di coordinamento, attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione a livello nazionale ed internazionale⁹⁵. Sotto questo profilo è possibile quindi formulare una serie di critiche alla legge 190/2012, la quale, avendo previsto una serie di istituti innovativi senza però organizzare una divisione gestionale degli stessi, ha prodotto *“diverse disfunzioni organizzative: la sovrapposizione dei compiti di studio e analisi del fenomeno corruttivo e la gestione di dati e informazioni occorrenti per l'elaborazione di strategie e di norme di prevenzione della corruzione da parte del solo DFP, nonostante tali informazioni si rivelassero utili anche ai fini dell'attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione in capo alla CIVIT/ANAC”*⁹⁶.

In sostanza, dunque, le osservazioni rivolte alla mancata completezza e coerenza in merito alla figura dell'autorità anticorruzione secondo l'assetto creato con l'intervento legislativo del 2012, vertono su due ordini di problematiche, che si ripercuotono poi sull'efficacia nella lotta al fenomeno corruttivo. In primo luogo, la suddivisione, e talvolta, sovrapposizione di poteri della CIVIT/ANAC con il DFP, sbilanciati a favore di quest'ultimo, determinavano la creazione di un meccanismo in cui l'attività consultiva sugli atti di carattere generale del Ministro non poteva garantire appieno l'indipendenza dell'Autorità, determinando quindi una situazione paradossale, in cui la lotta alla corruzione risulta combattuta principalmente dagli stessi organi che rischiano di rendersi protagonisti in scenari di mala gestione della cosa pubblica. Da tale assetto, discendeva poi un ulteriore aspetto negativo: l'Autorità, secondo quanto così stabilito, sarebbe stata fortemente limitata nello svolgimento delle attività rivolte alla prevenzione della corruzione, soprattutto con riferimento al dovere di garantire e osservare l'imparzialità del pubblico dipendente e degli atti dallo stesso adottati o vagliati. Infine, con riferimento ai poteri ispettivi dell'Autorità, anche in tale settore i poteri affidati al DFP risultavano difficilmente conciliabili con lo spazio riservato alla CIVIT.

⁹⁵ Si veda l'art.4 della l. n. 190/2012.

⁹⁶ M. De Rosa, F. Merloni, *Il trasferimento all'ANAC delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.54.

2.2. Il travagliato percorso per l'istituzione dell'ANAC

Prima di passare all'analisi della legge 214/2014, nota anche come "legge Madia", promulgata in attuazione del decreto-legge n. 90 dello stesso anno, per comprendere al meglio le novità apportate da tali interventi normativi, è doverosa una precisazione in merito alla configurazione dell'Autorità anticorruzione, anche alla luce di quanto sopra esposto. Ricordiamo infatti che la prima figura ad incarnare questi poteri va ricondotta al 1994, quando, con la legge Merloni, si creò l'AVLP, acronimo che indica l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, la quale sarà poi successivamente trasformata in Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nell'ambito della realizzazione del primo Codice dei contratti, nel 2006. Successivamente, con la riforma Brunetta nel 2009 venne istituita la CIVIT, Commissione indipendente per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche. Quest'ultima subì poi una modifica nella sua denominazione con la legge 125/2013, da tale momento definita come "Autorità nazionale anticorruzione per la valutazione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche", con poteri notevolmente potenziati, stante però le numerose problematiche di coordinazione con il DFP sopra esposte. Proprio su tale aspetto confusionario e disorganico vedremo che l'intervento della legge 2014 segnerà un momento di svolta fondamentale in risposta a tale situazione.

3. La nascita dell'ANAC: Autorità nazionale anticorruzione

Dopo aver definito l'assetto che si configurava in materia di anticorruzione, non resta che esaminare quella che è stata definita da molti in dottrina la "rivoluzione copernicana della PA": l'attuazione del decreto Madia, il 90/2014, convertito poi in legge 214 nello stesso anno. Tra le varie misure previste da tale intervento, tra cui la ridefinizione del rapporto cittadino- pubblica amministrazione, il quale deve essere ispirato a canoni di certezza, trasparenza e speditezza dell'azione, la portata più innovativa si ha con riferimento alla lotta alla corruzione, tematica ancora calda e ricca di problematiche.

3.1. L'istituzione dell'ANAC tra auspici e diffidenze

Soffermandoci sulla novità di maggior rilievo, ossia l'istituzione dell'ANAC, Autorità nazionale anticorruzione, il decreto Madia ha il merito di aver dato un nuovo assetto organizzativo alla stessa, definendone con precisione i relativi poteri e limiti. Nella fase iniziale del processo di riorganizzazione e riordino di tale soggetto, il Legislatore ha optato per un'analisi che *"ha coniugato un approccio top-down, mediante la ricognizione delle funzioni attribuite in base a specifiche norme, con un approccio bottom-up, attraverso la rilevazione delle singole attività svolte presso gli uffici. [...]. Le schede hanno indicato la presenza complessivamente di n.486 macro-attività e 1927 relazioni. Un'analisi dei dati ha permesso di evidenziare una situazione molto critica, tenuto conto di un numero cospicuo di dirigenti in servizio e di un rapporto sbilanciato fra numero dei dirigenti e numero di dipendenti"*.⁹⁷ Proprio da questo dunque, si è deciso di ripartire: snellire l'assetto operativo per garantire un'attività improntata all'immediatezza e all'efficienza della stessa, superando inoltre l'assetto bicefalo che vedeva la compresenza di due dotazioni di personale con esigenze completamente diverse. Con l'obiettivo, quindi, di semplificare l'organizzazione interna, si decise per la soppressione di quattro delle sei strutture dirigenziali di primo livello, con la contestuale introduzione di un sistema di graduazione fra gli uffici dirigenziali, nell'ottica dell'eliminazione dei direttori generali: solo attraverso tale revisione dell'organizzazione amministrata si sarebbe potuto poi aspirare a linee strategiche veloci ed efficaci. Tutto questo, chiaramente, teso a preparare il terreno per una serie di interventi predisposti dalla nuova autorità per meglio dar vita alle misure di prevenzione e repressione del fenomeno corruttivo, in modo da far sì che le stesse non rimanessero mere previsioni su carta. Il disegno che sta alla base del Sistema sopra descritto, se pur in *prima facie* possa sembrar teso ad una diminuzione dell'organico predisposto alla lotta alla corruzione, in realtà

⁹⁷ A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. Cantone, F. Merloni, *La nuova autorità anticorruzione* (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.25.

è funzionale alla predisposizione di una governance “che decide di assumere un ruolo decisionale pregnante, reso evidente e percettibile attraverso gli uffici direttamente da essa dipendenti. [...] Un modello che appare in linea con quanto oggi ci si aspetta dalla pubblica amministrazione oltre che con la missione istituzionale assegnata all’Autorità.”⁹⁸ Come vedremo, inoltre, la portata di tali misure innovative non si risconterà solo nello snellimento dell’organigramma gestionale della P.A.; ma anche e soprattutto nella revisione di istituti che, seppur precedentemente elaborati, lasciavano spazio ad una serie di dubbi circa la speditezza e l’efficacia nel momento attuativo vero e proprio. L’approccio fu, infatti, proprio quello di favorire la trasparenza dell’azione amministrativa, limitando quanto più possibile la burocratizzazione dell’organizzazione interna⁹⁹, attraverso la messa a punto degli obiettivi e degli auspici precedentemente individuati nella legge Severino, dall’importanza della prevenzione del fenomeno corruttivo alla diffusione della cultura della legalità tramite opere di sensibilizzazione. Come anticipato precedentemente, però, la novità di maggior rilievo del nuovo intervento normativo è stata la designazione di una “nuova” ANAC. Anzitutto, con la soppressione dell’AVCP a decorrere dall’entrata in vigore del decreto-legge 90/2014, le sue funzioni vengono trasferite all’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza, denominata, da questo momento in poi “Autorità nazionale anticorruzione”. Partendo dal suo organigramma, l’Autorità risulta composta da cinque membri, di cui uno riveste la qualifica di Presidente, i quali rimangono in carica per sei anni. Mentre quest’ultimo viene nominato su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, di concerto con il Ministro dell’Interno e il Ministro della giustizia, gli altri componenti vengono nominati su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione: già qui un elemento innovativo, in quanto se nel procedimento di nomina dei membri della soppressa AVCP il potere decisionale della Camera e del Senato era rilevante, nella scelta dei componenti dell’ANAC l’esecutivo può vantare certamente di un contributo più consistente. Oltre a questo aspetto attinente alla fase di nomina, un’altra caratteristica della nuova autorità risiede nella riconosciuta maggiore indipendenza degli stessi soggetti preposti a formare l’organigramma dell’ANAC. Tale autonomia, accresciuta sia dal punto di vista organizzativo che funzionale fa sì che l’autorità stessa possa ora essere ricompresa pacificamente tra le autorità amministrative indipendenti, legittimando così una sottrazione da legami sia con il Parlamento che con il Governo. Nonostante infatti, la previsione dello svolgimento dell’attività in linea e in stretta collaborazione con le amministrazioni pubbliche e tutte le istituzioni, sia a livello Nazionale, che

⁹⁸ A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell’ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. Cantone, F. Merloni, *La nuova autorità anticorruzione* (a cura di), Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.28.

⁹⁹ Cfr. A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell’ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pp.28-30.

decentrato, l'ANAC può vantare ora non solo di poteri di intervento, ma anche di una certa autorevolezza nel proporre proposte e miglioramenti strategici, sia alle Camere, che all'esecutivo, tenendo sempre conto però dell'approccio collaborativo e globale da adottare: *“l'Autorità può suggerire misure efficaci o valutare la qualità delle misure adottate, ma non può essere vista come unica titolare del compito della lotta al fenomeno della corruzione e della cattiva amministrazione”*.¹⁰⁰ Fatta questa puntualizzazione, è comunque importante segnalare l'effettiva importanza che l'ANAC, da questo momento in poi, avrebbe rivestito sul panorama non solo Nazionale, ma anche Europeo e Internazionale. Partendo dai poteri esercitabili sul territorio italiano, all'Autorità risultano ora attribuiti importanti compiti di regolazione, in quanto, così come previsto per le altre autorità amministrative indipendenti, anch'essa è chiamata ad integrare le fattispecie normative riguardanti il settore da lei tutelato attraverso atti di tipo regolatorio, così che, proprio attraverso una serie di regole adattabili a diverse fattispecie, l'intero sistema amministrativo avrebbe potuto godere di interventi specifici, idonei e conseguentemente risolutivi per il delicato problema della corruzione.

3.2. L'ANAC tra prevenzione e repressione

Oltre alla previsione di tali interventi, vanno poi menzionate le due linee tradizionali di contrasto al fenomeno: repressione e prevenzione. Quanto al primo dei due strumenti, nonostante l'approccio repressivo possa essere utile nell'ottica di fungere da deterrente nella commissione dei reati corruttivi, vista poi l'irrogazione della pena, i poteri sanzionatori autonomi di cui dispone l'autorità devono essere considerati come strumento di ultima ratio in quanto l'intento del Legislatore è quello di predisporre un'autorità *“che non sia percepita come un gendarme della legalità, ma come un presidio di elevata autorevolezza, per capacità tecnica e professionale, al fine di indurre comportamenti virtuosi da parte delle amministrazioni e dei loro funzionari”*¹⁰¹. Collegato al concetto di prevenzione del fenomeno risultano essere una serie di previsioni del decreto legislativo 90/2014, predisposte nell'ottica di superare l'assetto bicefalo intrinseco alla legge 190/2012 precedentemente esaminato¹⁰². A tal proposito, con la legge Madia, vengono trasferite in capo all'ANAC le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e promozione della trasparenza nella P.A., precedentemente attribuite dal Dipartimento della Funzione pubblica, riservando invece a quest'ultimo la misurazione e la valutazione delle performance degli uffici pubblici. Sulla scorta di tale distinzione si riuscì dunque a superare le criticità dovute alla sovrapposizione dei compiti dell'ANAC e del DFP, chiamati ora a

¹⁰⁰ R. Cantone, F. Merloni, *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.27.

¹⁰¹ F. Merloni, R. Cantone, *La nuova autorità anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.32.

¹⁰² Si veda par.1, cap.2.

collaborare sinergicamente, nonostante l'avvenuto scorporo definitivo delle funzioni attribuite a ciascun organo. Tornando ai poteri in materia di trasparenza riconosciuti all'ANAC, il decreto stabilisce dettagliatamente che le precedenti funzioni svolte dal DFP, in merito alla *“definizione di criteri, modelli e schemi standard per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché all'organizzazione della Amministrazione trasparente”*¹⁰³, sarebbero ora state svolte sotto l'egida dell'Autorità nazionale anticorruzione, con l'annessa possibilità di proporre norme sull'attuazione degli obblighi di trasparenza e pubblicità al Presidente del Consiglio dei ministri, il quale dovrà poi sottoporle alla valutazione degli organi competenti nel settore. Con tali previsioni, dunque, l'ANAC assume a tutti gli effetti il ruolo istituzionale di diffusione della cultura della legalità e della trasparenza, quest'ultima migliorata grazie alla previsione di alcuni istituti operanti nei procedimenti amministrativi, quali l'accesso civico semplice e generalizzato, già menzionati nel precedente paragrafo.

Rimanendo ancora nella categoria della prevenzione del fenomeno corruttivo, vanno menzionati gli istituti già previsti dalla legge 190/2012, i quali trovano però in questa sede una suddivisione più limpida dei compiti affidati ai soggetti coinvolti. Partendo dal Piano Nazionale Anticorruzione e dai Piani Triennali per la prevenzione della corruzione, se questi erano oggetto di confusione quanto alla ripartizione dei compiti tra DFP e AVCP, dal 2014 in poi tutti i poteri esercitabili in riferimento agli stessi sarebbero stati attribuibili solo all'ANAC, a partire dalla predisposizione degli stessi, fino ad arrivare alla vigilanza sull'effettivo rispetto del contenuto approvato. Quanto invece, ai Codici di Comportamento delle pubbliche amministrazioni, nonostante la predisposizione del testo a livello nazionale sia attribuibile al DFP, l'Autorità nazionale anticorruzione può vantare poteri di regolazione e vigilanza sui singoli codici predisposti nei diversi settori della pubblica amministrazione, con annessi poteri sanzionatori in caso di mancata attuazione degli stessi o difformità rispetto alle linee guida precedentemente emanate. Non resta che menzionare l'istituto del *whistleblowing*, in cui, però, per garantire la massima tutela del dipendente che segnala l'illecito, la legge del 2014 si è orientata verso la collaborazione tra DFP e ANAC. Tuttavia, nel D.l. n. 90 è contenuto un elemento di novità: la segnalazione da parte del *whistleblower* di fatti cui lo stesso è venuto a conoscenza, all'ANAC viene ora equiparata all'ipotesi in cui tale denuncia sia stata fatta all'autorità giudiziaria, alla Corte dei conti ovvero al superiore gerarchico del dipendente stesso.

¹⁰³ Art.19, c.15 del D.l. n.90/2014.

Passando ora ai poteri prettamente sanzionatori di cui dispone l'ANAC, il testo normativo si limita a prevedere che, salvo che il fatto integri una fattispecie penalmente rilevante, l'Autorità potrà applicare una sanzione amministrativa di tipo pecuniario¹⁰⁴, facendo riferimento al caso in cui il soggetto in questione non abbia adottato il PTPC o non abbia rispettato le linee guida contenute nel Codice di comportamento. Sicuramente la novità di maggior rilievo risiede nel fatto che i poteri sanzionatori dell'ANAC avrebbero potuto essere esercitati anche qualora, nonostante l'adozione formale del provvedimento, quale PNA o PTCP, a seguito di un'analisi calata nella realtà in cui l'amministrazione coinvolta opera, e tenuto conto di tutte le circostanze rilevanti, emergeva comunque un'omessa adozione sostanziale degli strumenti predisposti per la lotta alla corruzione. Nello specifico, si può far riferimento a tre distinte situazioni che avrebbero legittimato l'ANAC ad esercitare tale potere sanzionatorio diretto. Anzitutto, i provvedimenti avrebbero dovuto essere adottati e al tempo stesso implementati da ogni singola amministrazione, che avrebbe dovuto quindi tener conto delle peculiarità dei propri uffici, sì che una mera ricognizione delle misure preventive avrebbe significato un contenuto non soddisfacente dei provvedimenti stessi, con la possibilità per l'ANAC di intervenire; lo stesso potere di intervento si sarebbe potuto esercitare poi anche qualora l'amministrazione avesse riprodotto provvedimenti già adottati da altre amministrazioni, in quanto in questo caso le misure non sarebbero potute essere idonee per entrambi gli uffici, stante le peculiarità di ciascuno di essi. Infine, lo scenario più grave che si sarebbe potuto configurare sarebbe stato quello in cui l'amministrazione abbia approvato un provvedimento senza prevedere però misure specifiche per tutelare i settori esposti più a rischio corruzione, riproducendo solamente le regole previste dai codici di comportamento dei dipendenti pubblici.

Prima di passare all'esame dei rapporti che vedono coinvolta l'ANAC non solo a livello Nazionale, con le altre autorità amministrative indipendenti, ma anche a livello internazionale, è doveroso ribadire l'importanza delle misure sovra esposte, nell'ottica di far ruotare il sistema della lotta alla corruzione attorno sì, a degli istituti ad hoc, ma anche attribuendo una posizione centrale ai soggetti che materialmente si vedono affidata questa importante missione, prima fra tutti l'Autorità nazionale anticorruzione. In riferimento alla composizione di quest'ultima, va precisato poi che, nonostante i compiti vengano materialmente svolti dai membri nel loro insieme, un ruolo di particolare importanza è rivestito dal Presidente. Lo stesso infatti si è visto affidare dal decreto legge n. 90/2014 l'onere di predisporre un "piano di riordino dell'Autorità", da presentare poi al Presidente del Consiglio dei ministri entro la fine dell'anno: *“la scelta operata si giustifica con la necessità di garantire, fin*

¹⁰⁴ Cfr. art.19, comma 5, lett.b) del D.l. n. 90/2014.

dall'entrata in vigore del decreto, l'immediata operatività dell'Autorità e il perseguimento della nuova missione istituzionale, attraverso la ottimizzazione delle risorse a disposizione".¹⁰⁵ Ancora una volta, dunque, un segnale concreto di spinta verso un sistema in cui tale nuova autorità amministrativa indipendente ha le redini. Si passerà ora all'esame ancor più dettagliato dell'attività svolta dall'ANAC in riferimento ai rapporti della stessa con altri soggetti altrettanto importanti nella lotta alla corruzione.

¹⁰⁵ R. Cantone, B. Coccagna, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.99.

4. Il contributo dell'ANAC nella lotta alla corruzione: i rapporti con le istituzioni nazionali e internazionali

Le novità introdotte dal Legislatore nel 2014 come visto nel paragrafo precedente ruotano attorno alla figura della nuova ANAC, tuttavia per sfruttare al meglio il potenziale che la stessa Autorità può vantare nell'ambito della lotta alla corruzione, è necessario guardare alla stessa non solo come figura dotata di numerosi poteri preventivi e sanzionatori, ma anche come organo che, nel rapportarsi ad altre istituzioni, riesce a garantire per quanto possibile che gli auspici nell'arginare il fenomeno si concretizzino.

Anzitutto va ricordato che, nella molteplicità di attività che afferiscono al contrasto della corruzione, va menzionata l'importante opera di sensibilizzazione verso i valori dell'etica pubblica, con l'obiettivo di ottenere una risposta positiva sì, da parte di tutti i cittadini, ma soprattutto da coloro che svolgono una funzione pubblica. Sulla scorta di tale impostazione, oltre a ricordare le novità nell'ambito della gestione e attuazione dei PNA e PTPC¹⁰⁶, è importante gettare uno sguardo verso l'etica della legalità e la sua diffusione tra i funzionari e i dipendenti pubblici. L'azione intrapresa dall'ANAC si è infatti sin da subito spinta oltre, con l'intento di non fermarsi alla redazione di linee guida ed esercitare poteri di prevenzione e repressione, viceversa, è stata orientata nel senso di cercare le migliori tecniche possibili per la diffusione dell'etica pubblica, partendo dal momento della formazione dei soggetti coinvolti nello svolgimento di attività a stampo pubblicistico. Nello specifico, si segnala che l'autorità *“al fine di intensificare la propria azione per una maggiore efficacia delle misure di prevenzione [...] ha intrapreso una serie di interventi a monte rispetto alla programmazione della formazione predisposta da ciascun ente pubblico, al fine di incidere sull'ampliamento dell'offerta formativa, sulla sua qualificazione, sull'incremento della propria partecipazione a eventi formativi e soprattutto sulla richiesta di supporto degli organi di governo verso una maggiore attenzione alla formazione settoriale”*.¹⁰⁷ Tale impostazione si ritrova anzitutto nella previsione normativa che impone alle pubbliche amministrazioni la programmazione di idonei percorsi di formazione: quest'ultimi, si differenziano tra quelli rivolti ai dipendenti pubblici, in cui si fissa il raggiungimento di obiettivi a livello generale, afferenti all'implementazione delle competenze; e quelli rivolti invece ai dirigenti, agli organi addetti al controllo delle aree di rischio corruzione, nonché al Responsabile della prevenzione della corruzione (RPC), in cui si prevede il raggiungimento di standard di competenze tecniche più elevati. In tal senso, oltre ai già menzionati Codici di

¹⁰⁶ Si veda par.3, cap.2.

¹⁰⁷ N. Parisi, S. Vitrano, *Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici*, in, R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.130.

comportamento, assumono notevole importanza anche una serie di istituti “satellite” alle più tradizionali misure adottate in materia. Primo fra tutti è la predisposizione di laboratori e gruppi, cui dovranno prendere parte un numero molto limitato di dipendenti pubblici, i quali, sotto la guida di un facilitatore, dovranno analizzare le problematiche e i fattori di rischio corruzione propriamente rientranti nel settore in cui operano: attraverso la partecipazione diretta proprio dei soggetti che svolgono attività pubblicistiche nel determinato settore che viene preso in esame, si potranno stilare le principali linee da seguire per il miglioramento dell’attività stessa.

4.1. Le prime forme di collaborazione: L’ANAC e la SNA

Nonostante l’apparente efficienza delle misure appena esposte, la stessa ANAC, all’esito dell’analisi in riferimento al suo primo anno di operatività, ha riscontrato delle criticità nell’operatività di tali meccanismi, soprattutto in riferimento al momento di programmazione e monitoraggio. Oltre alla grande problematicità riguardante la tempestività con cui tali strumenti di programmazione e formazione sarebbero dovuti essere attivati, e che invece hanno finito per rimanere una mera scrittura “nero su bianco”; l’Autorità ha altresì constatato che tra i Responsabili della prevenzione solo una piccola percentuale poteva vantare capacità amministrative per poter svolgere in modo idoneo le analisi di rischio di corruzione; così che, nella maggioranza dei casi, la programmazione circa le linee strategiche da seguire per contrastare il fenomeno di mala amministrazione, conteneva disposizioni non adeguate e, conseguentemente, improduttive degli effetti invece sperati.

Quale dunque, la soluzione da adottare per ovviare al problema? La risposta ruota ancora una volta attorno alla figura dell’ANAC, la quale ha ampliato il suo raggio d’azione nel senso di rafforzare la collaborazione con gli enti di formazione già individuati sul territorio Nazionale, nonché con altri istituti di formazione così da determinare un’infiltrazione capillare su tutto il territorio e poter supportare anche le strutture periferiche. Vale la pena precisare, infatti, che l’Autorità nazionale anticorruzione “*opera con indipendenza, ma non in solitudine*”.¹⁰⁸ Proprio sulla scia di tale approccio, si segnala l’Accordo quadro di collaborazione con la Scuola Nazionale dell’Amministrazione (SNA), nel quale si sono esaminati i principali fronti su cui intervenire, primo fra tutti quello della predisposizione di un adeguato sistema di investimento finanziario per implementare le risorse quanto più possibile. In secondo luogo, si è discusso in merito alla possibile costituzione di un albo comune all’ANAC e alla SNA, in modo tale da poter ricomprendere all’interno dello stesso solo i soggetti con comprovati requisiti professionali. Infine, sempre in un’ottica collaborativa tra ANAC e altre

¹⁰⁸ E. Carloni, R. Cantone, *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè editore, 2008, p.935.

istituzioni, si è pensato ad un possibile sistema di accreditamento degli istituti di formazione di pubblici dipendenti, selezionando quelli che potrebbero al meglio adempiere ai propri compiti di sensibilizzazione e miglioramento delle performances nell'attività pubblicistica, così da poter arginare sempre di più l'ipotesi di uffici composti da personale corrotto.

4.2. I rapporti con diversi livelli di governo

Da non sottovalutare sono poi i rapporti intrattenuti dall'ANAC con la Scuola Superiore della Magistratura e con il Ministero dell'Interno. Quanto ai rapporti con il primo dei due organi, con lo stesso è stato stipulato un accordo quadro riguardante lo svolgimento di attività formative, di studio e di analisi circa le migliori soluzioni da adottare per il contrasto alla corruzione nelle pubbliche amministrazioni, nonché nell'ambito dello svolgimento di attività di giustizia, prevedendo un apposito programma rivolto ai magistrati. Per quanto concerne, invece, la cooperazione con il Ministero dell'Interno, con l'accordo stipulato tra ANAC, Prefetture, UTG ed Enti locali si va a determinare la necessità di una risposta ambivalente che vede sia il Ministero che l'ANAC impegnati a creare una linea adeguata alla lotta alla corruzione, unendo i poteri propri del Prefetto e degli altri uffici con quelli dell'Autorità. A tale accordo si riconosce altresì il merito di aver spinto l'ANAC ad accreditarsi come ente del servizio civile nazionale. Nello specifico, si è previsto che ogni anno dieci giovani avrebbero trovato impiego nello svolgimento di un lavoro, di durata annuale, presso settori della pubblica amministrazione su cui l'Autorità può esercitare competenze specifiche: in tal modo, coloro i quali fossero risultati vincitori del bando, avrebbero trovato spazio presso gli uffici dell'ANAC e delle Prefetture, così da poter vedere “da vicino” in cosa consiste la valutazione dei PNA, nonché delle altre misure di prevenzione della corruzione. Tutte le misure finora esposte mirano sostanzialmente al raggiungimento di un comune obiettivo: *“esse intendono orientare l'intero ordinamento verso l'accoglimento della cultura della legalità [...] peraltro è evidente che la legalità e l'eticità dell'ordinamento non possono essere tutte consegnata alla legge o all'opera di singole istituzioni pubbliche”*¹⁰⁹. Si spiega così la necessità di un intervento a trecentosessanta gradi, che non lasci scoperto alcun spazio in cui la corruzione potrebbe agilmente infiltrarsi.

¹⁰⁹ N. Parisi, S. Vitrano, *Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici*, in, R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, pp.138-139.

4.3. L'ANAC e le altre autorità amministrative indipendenti

Per concludere l'analisi delle relazioni intrattenute dall'ANAC a livello Nazionale, si ricordi che la stessa è chiamata a collaborare anche con le altre autorità amministrative indipendenti. Quest'ultime, infatti vengono istituite sì nell'ottica di protezione e tutela degli interessi strettamente ricollegati al settore cui le stesse sono preposte stante le precise peculiarità tecniche, ma allo stesso tempo sono chiamate a svolgere la loro attività a servizio generale della collettività e per questo spesso i diversi poteri collaborano. Con riferimento all'Autorità nazionale anticorruzione, si ricordi il Protocollo d'Intesa tra la stessa e l'AGCM, Autorità Garante della concorrenza e del mercato, firmato nel dicembre del 2014. Già nella parte prodromica delle premesse, viene stabilito che *“in considerazione delle significative modifiche intervenute nel quadro normativo vigente appare opportuno instaurare nuove forme di collaborazione tra l'AGCM e l'ANAC, nel rispetto delle proprie competenze, allo scopo di vigilare in modo efficace nel settore degli appalti pubblici, ai fini della prevenzione dei fenomeni corruttivi e di collusione tra imprese, nonché allo scopo di promuovere una sempre maggiore diffusione e applicazione dei principi di legalità ed etici nei comportamenti aziendali”*¹¹⁰. Dalla lettura di tale disposizione emerge in modo lapalissiano come la coordinazione delle attività svolte dalle due autorità, in ragione degli specifici poteri che le stesse possono vantare, sia indispensabile per l'ottenimento di risultati efficaci, con riferimento ad entrambe le materie oggetto di tutela, in quanto interconnesse: è certo che, attraverso la protezione del corretto espletamento delle procedure di gara anche la concorrenza nel mercato ne beneficia, e viceversa. Nello specifico, poi l'art.1 del Protocollo, afferente le *“Attività di cooperazione”*, stabilisce che le due autorità sono chiamate a lavorare sinergicamente in modo tale da ottenere tempestivamente segnalazioni circa situazioni di alterazione delle regole e delle procedure di gara, nonché di presunti fenomeni collusivi e infine, si prevede l'inoltro da parte dell'AGCM all'ANAC del parere inviato in precedenza alla stazione appaltante nel caso in cui dagli atti di gara emerga il pericolo di violazione delle norme poste a tutela della concorrenza e del mercato.

4.4. Le relazioni a livello comunitario e internazionale

Dopo aver completato l'esame di tutte le relazioni intrattenute dall'ANAC su scala Nazionale, non resta che spostare l'attenzione verso il contesto Internazionale, dal momento che il fenomeno corruttivo è un problema che riguarda, seppur in misura diversa, tutti gli Stati del Globo. Per prima cosa va ricordato che sia la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC), che la

¹¹⁰ Protocollo d'intesa AGCM-ANAC 11 dicembre 2014, in [www..agcm.it/normativa/protocolli di intesa](http://www.agcm.it/normativa/protocolli%20di%20intesa).

Convenzione del Consiglio d'Europa per il contrasto della corruzione nel settore penale hanno determinato una risposta da parte dell'Italia in ordine all'adozione di specifiche misure ad hoc. Proprio con riferimento all'ANAC, nello stesso anno della sua istituzione, è stata riconosciuta a livello internazionale quale autorità italiana indipendente per la prevenzione della corruzione, con conseguente accreditamento nella *Directory dell'United Nation Office on Drugs and Crime* (UNODC). In riferimento alle attività predisposte dalla Convenzione delle Nazioni Unite l'ANAC, risultando associata alle stesse, gode di un'esposizione internazionale notevole anche in ragione delle molteplici responsabilità di cui si deve far carico. Tali attività prevedono che gli Stati contraenti elaborino e linee strategiche preventive che risultino efficaci ed è altresì predisposto l'obbligo di valutazioni periodiche in modo tale da monitorare l'adeguatezza; infine, gli Stati sono chiamati a cooperare tra loro e con le relative organizzazioni internazionali che si occupano di tale delicata materia, partecipando così assiduamente e attivamente nella lotta al problema. Dal momento che poi, ogni Stato dovrà tener conto delle proprie peculiarità, l'ANAC avrà il compito di porsi in diretto contatto con paritetici organismi stranieri, con enti e organizzazioni internazionali, nonché con le reti di concertazione degli stessi, così da collaborare *“allo scambio di conoscenze e informazioni in materia di prevenzione della corruzione nella sua accezione più ampia, inclusiva anche della trasparenza e dell'integrità negli appalti pubblici”*¹¹¹.

Scendendo nel dettaglio dei rapporti che l'ANAC ha il compito di intrattenere con gli altri Stati, la prassi è quella di tessere rapporti di collaborazione con le medesime Autorità istituite dai diversi Governi, le quali, al pari dell'ANAC, si occupano del contrasto e della prevenzione del fenomeno corruttivo. Tra le relazioni bilaterali che coinvolgono tali soggetti, segnaliamo a titolo esemplificativo gli incontri periodici che vedono protagonisti l'ANAC e l'istituzione anticorruzione francese, nota come il Service General de Prévention de la Corruption (SCPC)¹¹². L'obiettivo di tali riunioni è quello di condividere materiale utile alla predisposizione di nuove strategie per contrastare all'unisono il fenomeno corruttivo, non solo a livello Continentale, ma anche volgendo uno sguardo più ampio. Si menziona, a tal proposito il percorso che coinvolge, da un lato la nostra ANAC, dall'altro l'Unità permanente anticorruzione (UPAC) del Québec: le due istituzioni hanno approfondito lo studio e l'esame congiunto di tematiche afferenti alla lotta del fenomeno corruttivo, sempre nell'ottica collaborativa e di scambio di idee e informazioni utili ad entrambi gli Stati.

¹¹¹ G. Abbatino, N. Parisi, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in F. Merloni, R. Cantone (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.145.

¹¹² Tale istituto è stato creato nel 1993 con funzioni di assistenza alle autorità amministrative e giudiziali, al fine di sensibilizzare le imprese sul tema della corruzione.

Se quanto detto finora vede l'ANAC impegnata nell'individuazione di soluzioni al fenomeno corruttivo attraverso il confronto con quanto accade negli altri Stati, i rapporti istituzionali possono concretizzarsi anche attraverso alcuni network internazionali, appositamente dedicati e che si traducono in una serie di reti istituite proprio al fine di promuovere e incoraggiare l'adozione di strategie a contrasto della corruzione. L'ANAC, in particolare, è entrata a far parte dell'IAACA: *International Association of Anti-Corruption Authorities*, la quale promuove il contenuto della succitata Convenzione delle Nazioni Unite. A livello Europeo, invece, la nostra Autorità anticorruzione è partner dell'*European Partner Against Corruption* (EPAC), che si sostanzia in un network indipendente e non politicizzato formato da organizzazioni di polizia e dalle Autorità anticorruzione di ciascuno stato membro dell'Unione Europea.

Da non sottovalutare è poi la cooperazione intergovernativa che si sviluppa a livello regionale, di cui si occupa principalmente l'Unione Europea e il Consiglio d'Europa. Quanto all'Unione, va puntata l'attenzione soprattutto sul ruolo rivestito dalla Commissione europea, la quale si occupa di sensibilizzare gli Stati membri per affrontare al meglio la lotta alla corruzione, nonché prevede una serie di incontri, cui anche l'ANAC ha preso parte, instaurando rapporti proprio nell'ambito della Commissione: si ricordi, tra le altre, la relazione intrattenuta con la Direzione generale Home Affairs e con l'OLAF, Unità per la lotta contro il crimine organizzato. Di particolare rilevanza è stata la proposta avanzata dalla Commissione che ha condotto ad un partenariato informale con le Autorità italiane, nell'ottica di cooperazione verso una strategia nazionale di riforma del settore degli appalti pubblici, in modo tale da individuare con anticipo, e agire poi tempestivamente, le principali criticità intrinseche al sistema stesso. Per concludere l'esame dei rapporti dell'ANAC a livello Comunitario non resta che menzionare il Consiglio d'Europa. Nel 2015, in particolare, l'ANAC è entrata a far parte della delegazione che rappresenta l'Italia al Gruppo di Stati contro la corruzione, noto come "GRECO", il quale appunto è costituito all'interno del Consiglio d'Europa. Nello specifico, attraverso i cicli di valutazione in merito al rispetto da parte degli Stati delle norme convenzionali adottate dall'Organizzazione, vengono identificate le eventuali carenze e criticità proprie di ciascun Governo, in modo tale da indirizzare poi le raccomandazioni necessarie al fine di armonizzare l'osservanza dei vincoli internazionali. Con particolare riferimento all'Italia, se nei primi due cicli di valutazione, temporalmente anteriori alla riforma del 2012, si è sottolineata la necessità di orientare l'attività della lotta alla corruzione verso la prevenzione piuttosto che la repressione. Viceversa, nei successivi cicli, e in particolare nel quarto ciclo di valutazione la discussione è stata tutta orientata in ordine alle competenze e ai poteri da attribuire all'ANAC.

L'ultimo aspetto che interessa esaminare è infine quello della cooperazione con le organizzazioni internazionali a vocazione universale. Al di là della partecipazione attiva dell'Italia, che si sostanzia, come ricordato prima nell'adozione delle Convenzioni e nella partecipazione ai lavori svolti da organismo quali ONU e UNODC, va segnalato che nel 2013, presso il Ministero della Giustizia è stato istituito un gruppo di lavoro per la compilazione di un questionario di autovalutazione, cui ha partecipato anche l'ANAC, relativo all'attuazione della succitata UNCAC. Inoltre, l'Autorità ha preso parte al Gruppo di Lavoro sulla Revisione dell'Attuazione della Convenzione ONU contro la Corruzione, in cui si è approfondito l'esame delle "best practice" presenti nei diversi Paesi. Sempre nello stesso anno si è formato poi un gruppo di lavoro sulla prevenzione della corruzione nell'ambito dell'*Intergovernmental Working Group* e in tale sede l'ANAC ha contribuito in maniera attiva nell'esame delle tematiche più problematiche, come la lotta alla corruzione in riferimento al pericoloso meccanismo di finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali, cui il fenomeno trova terreno fertile.

4.5. L'ANAC e la sua rilevanza sul panorama socioeconomico

Spostandoci su un settore diverso da quello proprio della corruzione, si nota come l'Autorità riveste comunque un ruolo fondamentale. Si pensi ai rapporti instaurati con l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico.¹¹³ Nonostante, dunque, il settore in cui la stessa milita non afferisca propriamente a quello della lotta alla corruzione, essa svolge un'importante attività è svolta nel senso di elaborazione di standard giuridici per combattere efficacemente la corruzione nelle transazioni economiche internazionali. Nell'ambito della sua operatività, l'ANAC non solo ha collaborato alla stesura del Report di Peer Review, ma ha fornito un contributo attivo sui temi della prevenzione della corruzione negli appalti pubblici durante la preparazione dell'"*Economic Surveys Italy 2015*", rapporto contenente da un lato le prime valutazioni circa lo stato di evoluzione dell'economia nel nostro Paese, dall'altro le eventuali problematiche emerse. Successivamente, i rapporti tra ANAC e OECD si sono intensificati ed è stato predisposto un Protocollo d'intesa avente ad oggetto attività di controllo e monitoraggio delle procedure contrattuali nell'ambito di Expo 2015, di cui si tratterà nel paragrafo che segue. L'importanza di tale intesa risiede nel fatto che la stessa stabilisce le condizioni della cooperazione tra le istituzioni coinvolte al fine di aumentare la trasparenza nelle procedure in cui sarebbero stati coinvolti gli appalti afferenti a questo importante evento.

¹¹³ L'OECD è un'organizzazione internazionale non governativa istituita nel 1960 al fine di promuovere politiche di miglioramento e benessere economico e sociale a livello mondiale.

A completamento delle relazioni internazionali che coinvolgono l'ANAC non possono non essere segnalate il G20 e l'Open Government Partnership. Il forum G20 è un'organizzazione intergovernativa che coinvolge gli Stati a livello universale, nella quale siedono i diciannove Stati più industrializzati e l'Unione Europea: tale organizzazione rappresenta i due terzi dell'intero commercio internazionale. All'interno del G20, in particolare, è stato istituito l'*Anti-Corruption Working Group*, il quale, a partire dal 2010 ha il compito di fornire un contributo attivo nella lotta alla corruzione, per condividere poi quanto esaminato con le altre organizzazioni internazionali governative: è proprio in riferimento a tale Forum operativo che l'ANAC nel 2013 ha fornito il proprio contributo, collaborando altresì alla stesura delle risposte da inserire nel questionario di valutazione predisposto dalla Presidenza. Sempre in tale ambito, l'Autorità, nell'anno successivo a quello appena preso come riferimento, ha preso parte ad importanti incontri, preparando altresì un contributo in riferimento alla "*Dichiarazione di Jakarta sui principi delle Autorità Nazionali Anticorruzione*". Infine, durante la conferenza internazionale G20-OCSE e "*Special Session on the Global Fight against Foreign Bribery*", il Presidente ANAC, al tempo Raffaele Cantone, si è confrontato con il Presidente di *Transparency International* su temi della prevenzione della corruzione in Italia, nonché sulla problematica della criminalità organizzata e del sistema delle tangenti internazionali, per poter adottare le migliori soluzioni possibili.

Non resta ora che esaminare i rapporti tra ANAC e OGP, organizzazione internazionale governativa che comprende attualmente 75 Stati, adesione che si perfeziona con la condivisione dei principi dell'*Open Government Declaration* e attraverso la successiva preparazione di un piano d'azione con cui ciascuno Stato si impegna a collaborare con le diverse istituzioni coinvolte al fine di attuare riforme nel campo della trasparenza amministrativa, nonché attuare strategie di potenziamento della prevenzione della corruzione. Lo scopo è dunque quello di promuovere su scala internazionale una piattaforma di riforme in continua implementazione da parte dei diversi Governi, tra cui anche l'Italia che ha aderito a tale iniziativa nel 2011. Il nostro Paese, infatti, è impegnato periodicamente nella redazione degli action plan, in cui un ruolo di assoluta preminenza è attribuito proprio all'ANAC, in ragione delle sue competenze in materia.

Dall'esame fin qui condotto emerge sicuramente che l'importanza attribuita all'ANAC non si è arrestata a livello interno, viceversa la stessa è in grado di esercitare notevoli poteri di influenza a livello Europeo, nonché a livello internazionale. Si legge proprio in queste previsioni innovative la presa di consapevolezza da parte del Legislatore del fatto che, per combattere adeguatamente la corruzione, è necessario predisporre non solo una serie di istituti da applicare nei settori esposti a

maggiori rischi, ma anche individuare quali siano i soggetti che materialmente assumono il compito di far vivere tali istituti in una dimensione dinamica, che si trovi al passo con le esigenze richieste da ciascun settore specifico, in particolar modo, in quello degli appalti pubblici. Se infatti, l'analisi fin qui condotta è stata dedicata alla figura dell'ANAC nei suoi aspetti organizzativi, operativi e relazionali, il prossimo paragrafo sarà interamente rivolto all'esame approfondito della complessità propria del settore degli appalti pubblici, in cui l'ANAC trova terreno fertile per esplicitare molti dei suoi poteri, in ragione della sensibilità del settore al proliferare del fenomeno corruttivo.

5. La corruzione nel settore degli appalti pubblici: i poteri dell'ANAC e la particolare vicenda "Expo 2015"

Sulla scia di quanto esaminato nei paragrafi precedenti è doverosa una trattazione specifica riguardo ai poteri esercitabili dall'ANAC nel settore degli appalti pubblici, storicamente terreno fertile per il proliferare dei fenomeni corruttivi, data la sua portata economica nonché i fattori di rischio intrinseci allo svolgimento delle procedure¹¹⁴. Partendo proprio dal maggior intervento operato dal succitato decreto del 2014, il passaggio di tutte le funzioni dell'AVCP all'ANAC ha determinato senza dubbio una rivoluzione anche nello svolgimento delle procedure di gara, che svela inoltre l'approccio con cui il Legislatore mirava a gestire questo settore: *"il passaggio di tutte le competenze regolatorie e di controllo sul mercato delle commesse pubbliche all'Autorità preposta alla prevenzione dei fenomeni corruttivi, induce una visione patologica degli affidamenti e delle gestione dei contratti da parte della P.A. che diventano -in certo modo- sinonimi di corruzione"*.¹¹⁵ Tuttavia, tale approccio deve conciliarsi con una cura dell'aspetto fisiologico del settore, in modo tale da consentire una ripartenza economica senza dimenticare i fattori di rischio da tenere sempre sotto controllo.

5.1. L'attività dell'ANAC: poteri e limiti

Esaminando le disposizioni che segnano i limiti entro cui l'ANAC può e deve esplicitare i propri poteri, in particolare l'Autorità, a partire dall'entrata in vigore del decreto-legge, godrà di notevoli poteri di vigilanza e intervento nella realizzazione di opere pubbliche, e disporrà altresì di strumenti straordinari di gestione e monitoraggio delle imprese da utilizzare per garantire l'attività di prevenzione della corruzione. Il modello di vigilanza prospettato, tuttavia, presenta notevoli differenze rispetto al passato, in quanto l'obiettivo della legge 2014 era quello di prediligere

¹¹⁴ Cfr. par.2, cap.1.

¹¹⁵ M. Giustiniani, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in, F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, p.139.

un'amministrazione che fornisca sostegno alle stazioni appaltanti e che non si limiti a monitorare in ordine al rispetto da parte delle stesse dei relativi oneri. Si intende inoltre garantire alle stazioni appaltanti soluzioni di carattere collaborativo, in modo tale da poter far leva sul controllo preventivo a partire dalla predisposizione dei capitolati e dei bandi di gara, così da garantire poi un intervento tempestivo qualora fosse necessario. Sempre nell'ambito dell'attività di monitoraggio, se fino a questo momento le delibere di vigilanza, non avendo natura di provvedimento amministrativo, avevano svolto una mera funzione di indirizzo senza poter contenere prescrizioni vincolanti; l'Autorità ha previsto che nel nuovo regolamento possano essere indicate delle delibere rivolte alle stazioni appaltanti, contenenti le irregolarità riscontrate nonché gli adempimenti a loro carico per poter ripristinare la situazione di legittimità violata, specificando altresì i termini entro cui tali soggetti dovranno conformarsi alle indicazioni dell'ANAC, pena l'irrogazione delle sanzioni previste dal Codice dei contratti di cui all'art.6. Questo costituisce sicuramente un chiaro segnale di innovazione posto che implica un cambio di rotta nell'interpretazione del concetto di vigilanza. Rispetto al passato, infatti, l'azione della Pubblica Amministrazione è ora orientata nel senso di chiedere collaborazione alle stazioni appaltanti, in modo tale da monitorare congiuntamente l'evoluzione, o viceversa, la regressione dei fenomeni corruttivi: *“il principio che l'Autorità afferma attraverso le modifiche apportate al regolamento di vigilanza è quello di condivisione di responsabilità fra l'amministrazione, al servizio dei cittadini, e la cittadinanza, per il tramite dei soggetti coinvolti nei processi, al servizio dell'amministrazione”*.¹¹⁶ E' sempre in riferimento al settore degli appalti pubblici che si riscontra un'ulteriore novità, in particolare essa ruota attorno al Regolamento di precontenzioso, a seguito della soppressione dell'omonimo Comitato. Proprio a seguito di tale decisione, infatti, l'ANAC ha potuto riorganizzare la suddivisione dei compiti del personale nei diversi uffici, modificando al contempo il meccanismo di funzionamento del precontenzioso, nel senso di prediligere la fase istruttoria affidando lo svolgimento delle connesse attività solo a risorse interne. Al tempo stesso, l'Autorità ha avvertito l'esigenza di valorizzare l'utilizzo di tale istituto non solo in quanto espressione di ulteriori poteri che alla stessa competono, ma anche puntando l'attenzione sui vantaggi di carattere economico che potrebbero derivare agli operatori economici che decidessero di avvalersi dello stesso, in quanto ne guadagnerebbero in termini di speditezza ed autorevolezza dei pareri ottenuti.

Quanto alle disposizioni del decreto-legge che comporteranno un impatto pratico nell'espletamento e nella gestione delle gare pubbliche, sicuramente è da segnalare la disposizione nota come

¹¹⁶ A. Bianconi, C. Bova, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficace*, in R. Cantone, F. Merloni (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014, p.30.

*“Semplificazioni degli oneri formali nella partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici”¹¹⁷. Lo stesso interviene infatti su tre aspetti fondamentali delle gare: anzitutto riforma due articoli del Codice dei contratti, inoltre nella parte finale detta un regime definibile come transitorio. Partendo dal primo degli interventi operati dal succitato articolo del D.l. n. 90/2014, lo stesso introduce un nuovo comma nell’art.38 del D.lgs. n. 163/2006, il quale si occupava già di disciplinare le cause di esclusione dalla partecipazione alle procedure di gara in riferimento a contratti di lavori, servizi, forniture e subappalti. Sostanzialmente dunque, il primo comma di detto articolo era dedicato all’enumerazione di tutti quei requisiti che gli operatori economici avrebbero dovuto possedere per poter partecipare ad una procedura di affidamento di questo tipo, precisando poi nel comma successivo le modalità che gli stessi avrebbero dovuto seguire per la dimostrazione del possesso delle caratteristiche richieste, prevedendo altresì la possibilità di avvalersi dello strumento di dichiarazione sostitutiva previsto già dalla normativa in materia. Ed è proprio su questo istituto che l’art.39 detta una disciplina innovativa, prevedendo ora un nuovo comma 2-bis da aggiungere ai due appena esaminati, dedicato alla specifica ipotesi in cui il candidato fosse sprovvisto dei requisiti necessari. La novità di tale intervento si traduce in questi termini: *“la mancanza, l’incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2 obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara [...] il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere.”*¹¹⁸ Una misura sicuramente dal carattere rigoroso e puntuale, che avrebbe sicuramente potuto fungere da deterrente per eventuali comportamenti opportunistici degli operatori economici, che, pur di partecipare ad una procedura di gara si sarebbero avvalsi dell’istituto di cui al comma 2. È importante, inoltre, sottolineare che tale innovazione non deve essere letta nell’ottica punitiva e sanzionatoria del comportamento scorretto, viceversa la stessa mirava proprio ad incentivare la collaborazione tra operatori economici e stazioni appaltanti che ancora una volta rimarcava l’approccio cooperativo auspicato dal Legislatore. E infatti, sempre nel nuovo comma 2-bis dell’art.38 del Codice dei contratti, viene prevista l’ipotesi in cui ci si trovi di fronte ad irregolarità non essenziali o di mancanza di requisiti non indispensabili, in modo tale da distinguere e trattare proporzionalmente le diverse fattispecie. In questi casi è previsto che *“la stazione appaltante non ne richiede la regolarizzazione, né applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di cui**

¹¹⁷ Art. 39 del D.l. n. 90/2014.

¹¹⁸ Art.38, c.2-bis del D.lgs. n. 163/2006.

al secondo periodo il concorrente è escluso dalla gara. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte"¹¹⁹. Un trattamento dunque differenziato proprio in ragione alla diversa rilevanza delle situazioni prospettate.

Con riferimento, invece all'altra novità che ha colpito sempre il Codice dei contratti, si segnala l'art.46, al quale viene aggiunto un nuovo comma 1-ter per coordinare quanto previsto dal novellato art.38. In particolare, al tradizionale "soccorso istruttorio" e al principio della "tassatività delle cause di esclusione",¹²⁰ aggiunge ora la precisazione che le nuove disposizioni di cui all'art.38, comma 2-bis, afferenti dunque all'incompletezza o alla mancanza di elementi (essenziali e non) nelle dichiarazioni, si estendano anche a tutti quei documenti per cui vige un onere di pubblicazione in base a quanto previsto dalla legge, dal bando o dalla disciplina della gara. Da ciò, discende dunque un divieto, pena nullità dell'atto, rivolto alle stazioni appaltanti per cui le stesse non avrebbero potuto introdurre nei bandi o nelle lettere di invito ulteriori prescrizioni e richieste di requisiti in aggiunta a quanto già previsto per quella determinata gara. Sostanzialmente viene dato un assetto più chiaro e marcato delle ipotesi in cui l'operatore economico potrebbe essere o no escluso dalla procedura. Il nuovo regime prevede ora la possibilità di trovarsi di fronte a tre situazioni distinte: irregolarità non sanabili, violazioni essenziali ma comunque sanabili e infine irregolarità non essenziali. In riferimento alla prime, esse non sono state oggetto di alcuni tipo di riforma da parte dell'intervento del 2014, e pertanto per le stesse, applicandosi il principio di tassatività delle cause di esclusione ad una gara, è previsto un dettagliato elenco di ipotesi, il quale nello specifico ricomprende: incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta, non integrità del plico dell'offerta stessa ovvero altre irregolarità da cui si possa ritenere violato il principio di segretezza delle offerte. Con riferimento alla seconda delle tre situazioni sopra prospettate, ossia quella delle irregolarità che pur essendo essenziali sono sanabili, il decreto-legge interviene in tale ambito, predisponendo un modello da seguire come condizione di procedibilità dell'esclusione dell'offerta che presenti appunto dette irregolarità. L'amministrazione, infatti, prima di poter escludere l'operatore economico, dovrà richiedere a quest'ultimo di sanare la mancanza, l'incompletezza o comunque l'irregolarità essenziale di cui esso si è reso responsabile, assegnandogli contestualmente un termine non inferiore a dieci giorni. Per quanto riguarda, infine, la categoria delle irregolarità non essenziali, con il D.l. n. 90/2014 si esclude il dovere di soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante e resta dunque preclusa la possibilità

¹¹⁹ Art. 38, comma 2-bis del D.lgs. 163/2006 come modificato dall'art.39, comma 1, del D.l. n. 90/2014.

¹²⁰ Questi due istituti erano già disciplinati dall'art.46 del D.lgs. n.163/2006.

di esclusione dell'operatore economico, nonché l'applicabilità di sanzioni o di invio di richieste per la regolarizzazione dei documenti, in quanto, appunto, non indispensabili. In merito ad alcuni dubbi interpretativi sulla discrezionalità della stazione appaltante nel poter determinare a quale categoria di volta in volta i documenti in questione appartenessero, si è poi espressa più volte l'Adunanza Plenaria, che, in due pronunce¹²¹, si è espressa nel senso dell'applicabilità ex. Art.46 del potere di soccorso solo nelle ipotesi in cui la documentazione presente sia incompleta o non chiara, creando dunque una serie di problematiche in ordine all'effettiva portata della novella circa la tripartizione appena esposta. Sempre sulla scia dell'incertezza applicativa, da precisare è infine il terzo intervento effettuato dal decreto Madia, il quale ha ad oggetto il piano transitorio, previsto dal comma 3 dell'art.39 del decreto-legge. Lo stesso stabilisce che la disciplina così novellata avrebbe trovato applicazione solo dal 25 giugno del 2014, comportando dunque ulteriori problematiche in ordine all'impossibilità di rendere operativo sin da subito il meccanismo di sanatoria, compromettendo dunque la speditezza delle procedure.

5.2. Le novità per il meccanismo delle “white list”

Se le misure innovative appena esposte sono state introdotte dal Legislatore in un'ottica di collaborazione tra pubblica amministrazione, impersonificata nelle stazioni appaltanti e cittadini, i quali si rapportano alla prima rivestendo la qualifica di operatori economici nelle procedure di gara; occorre segnalare che il D.l. n. 90/2014 interviene nel settore degli appalti pubblici attraverso tale meccanismo collaborativo anche innovando degli istituti già presenti nell'ordinamento e nati per contrastare il fenomeno delle infiltrazioni mafiose. Ricordiamo infatti che già la legge 190/2012 era intervenuta in merito al raggio di applicazione d. White list, ossia elenchi di imprese considerate “virtuose” perché prive di qualsiasi tipo di contatto e collegamento con i soggetti appartenenti alla criminalità organizzata. Tali elenchi, tenuti presso ciascuna Prefettura, erano nati in veste di istituto esclusivamente emergenziale, la cui operatività era dunque circoscritta alle procedure di gara indette a seguito di particolari calamità naturali ovvero a grandi eventi ed opere, tra cui quelle ricollegate all'Expo 2015 di Milano, di cui si dirà meglio in seguito. Successivamente, con la prima legge anticorruzione erano state introdotte delle novità, consistenti nel restringimento dell'applicazione di tale istituto alle sole imprese che operavano nei settori esposti a maggiori rischi di infiltrazione mafiosa. Infine, a stabilire regole ulteriormente diverse circa il meccanismo delle white list è stato proprio il decreto-legge 90/2014, prevedendo il passaggio dalla mera facoltatività ad obbligatorietà di iscrizione nelle white list per i soggetti operanti nei settori di rischio precedentemente individuati

¹²¹ Si veda Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 25 febbraio 2014, n.9 e Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 30 luglio 2014, n.16.

ex lege. Inoltre, proprio attraverso l'iscrizione presso tali elenchi tenuti dalle Prefetture, l'operatore economico avrebbe adempiuto all'acquisizione della informazione antimafia: si legge anche qui dunque la volontà di semplificare quanto più possibile le procedure e gli oneri a carico delle amministrazioni, in modo da orientare l'attività di quest'ultime verso le problematiche effettivamente da risolvere.

5.3. I poteri straordinari dell'ANAC

Occorre ora passare all'esame delle fattispecie rientranti nelle misure a carattere straordinario nonché la disposizione dell'Unità operativa speciale per l'evento Expo 2015, misure che hanno coinvolto ancor di più in prima persona l'ANAC e il suo operato. Tra le misure previste dalla legge del 2014 in materia di contratti pubblici un posto di particolare rilevanza è sicuramente rivestito dall'istituto del commissariamento a fini anti-corruzione, in quanto, oltre ad essere ricompreso tra le misure straordinarie di gestione delle imprese, ha destato notevoli controversie tra i giuristi. Nonostante la *ratio* sottesa al commissariamento abbia una sua giustificazione condivisibile da tutti, ossia quella di evitare che in presenza di situazioni gravose e sintomatiche, l'esecuzione del contratto pubblico venga comunque tutelata; le modalità attraverso cui tale tutela viene espletata destano alcune perplessità. Al fine di preservare l'oggetto del contratto pubblico, infatti si dispone che l'ANAC e il Prefetto competente possano intervenire direttamente per evitare disallineamenti significativi dagli standard di qualità, legalità e correttezza nella fase esecutiva del contratto stesso¹²². Le modalità d'intervento prevedono la possibilità per i due soggetti di attuare una linea di intervento direttamente sugli organi di gestione delle imprese aggiudicatrici, qualora gli stessi si trovino di fronte a situazioni anomale, ovvero qualora dovessero risultare dei procedimenti penali per gravi danni alla P.A. che vedono coinvolti direttamente gli operatori economici cui è affidata l'esecuzione del contratto, nonché nelle ipotesi più gravi di condotte criminali o ancora qualora siano state emesse informazioni antimafia interdittive nei loro confronti. I principali dubbi emersi afferiscono alla portata e alla rilevanza di tali misure, in quanto, pur avendo natura amministrativa e non penale, restringono notevolmente i margini di manovra dell'impresa, penetrando e intaccando l'autonomia privata, ponendosi quindi in potenziale conflitto con quanto previsto dall'articolo 41 della Costituzione¹²³. Nonostante, tuttavia, tali dubbi interpretativi, alle misure straordinarie va riconosciuto il merito di approntare un intervento tempestivo in caso di necessità. Proprio ricollegandoci a tale concetto di necessario intervento,

¹²² Si veda l'art. 32 del D.l. n. 90/2014.

¹²³ L'art.41 Cost. dispone infatti che: "L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali".

l'articolo 32 del decreto-legge disciplina e presenta tre situazioni distinte in cui i poteri dell'ANAC e del Prefetto trovano legittimazione. Anzitutto le misure straordinarie afferenti al commissariamento possono essere attivate nell'ipotesi in cui si stia procedendo, nei confronti dell'impresa aggiudicataria, per una serie di delitti contro la P.A., tra cui, a titolo esemplificativo si ricorda il delitto di concussione, di corruzione, con i relativi reati- satellite, di peculato nonché il delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente. In secondo luogo, l'adozione delle misure potrebbe trovare giustificazione qualora ci si trovi in presenza di situazioni anomale, che facciano temere il compimento di condotte criminali, a seguito di accertata gravità ed effettivo pericolo delle stesse. Infine, le misure di cui all'art.32 potranno trovare applicazione qualora l'operatore economico venga oggetto di un'informazione antimafia interdittiva emessa dalla Prefettura. Va precisato che, così come nella seconda ipotesi sopra descritta, anche in questo caso l'applicazione della misura non è soggetta ad automatismi, viceversa deve sussistere l'urgenza in ordine all'esecuzione o la prosecuzione del contratto, qualora lo stesso abbia ad oggetto attività che tutelino diritti fondamentali e servizi indifferibili. Per quanto riguarda poi, i requisiti, due di carattere oggettivo e l'altro soggettivo, che devono sussistere per l'applicazione delle misure, si rinvia all'art.94, comma 3 del D.lgs. n.159/2011. Quest'ultimo, formulato in termini generici, lascia aperti numerosi dubbi interpretativi, risolti dalla dottrina nel senso di ritenere attivabile la misura straordinaria dal momento dell'iscrizione da parte dell'autorità giudiziaria della notizia di reato¹²⁴. Allo stesso tempo, il Presidente ANAC ha ribadito la necessità in ordine alla sussistenza di fatti che abbiano i connotati della gravità e della certezza. Inoltre, lo stesso ha precisato, nel provvedimento del 10 luglio 2014 n. 0013739 che *“una notizia di un illecito consentirà [...] di avanzare la richiesta del provvedimento cautelare solo quando abbia assunto una consistenza oggettiva e cioè un suo spessore probatorio”*, distaccandosi in parte dalle considerazioni emerse in dottrina, pur volendo mantenere un certo margine di discrezionalità nella valutazione in merito all'effettiva necessità dell'intervento. Quanto al secondo requisito oggettivo, ossia quello che richiede la presenza di situazioni anomale, condotte illecite o criminali, le principali criticità interpretative sono sorte data la formulazione in termini estremamente vaghi e generici. Ad ovviare a tale situazione di incertezza è intervenuto il Protocollo di intesa stipulato tra l'ANAC e il Ministero dell'Interno, nel quale si è ricondotto nella categoria “situazioni anomale” anche le ipotesi di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti alla gara; la presenza di accordi tra le stesse per favorire l'aggiudicazione di un concorrente grazie alle condotte passive degli altri nonché situazioni

¹²⁴ Cfr. M. Giustiniani, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in, F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, pp.147-153.

in cui si configurino illecite interferenze¹²⁵: il comun denominatore di tali disposizioni sta nel fatto che si tratta di fattispecie distorsive della trasparenza e non semplicemente di situazioni che configurino illeciti nel senso penalistico del termine, piuttosto in questo caso si intende preservare l'integrità dello svolgimento delle procedure di gara ad evidenza pubblica. Infine, per quanto riguarda il presupposto soggettivo che deve esistere per poter applicare tali misure, questo individua i potenziali destinatari delle stesse: le imprese aggiudicatrici di un appalto di realizzazione di opera, servizi o forniture; le imprese concessionarie di lavori pubblici ed infine i general contractors.

Non resta ora che vedere in cosa materialmente tali misure si sostanziano. Quanto alle misure di sostegno e monitoraggio, l'art.32 prevede la possibilità che l'ANAC disponga la rinnovazione degli organi sociali della società attraverso la sostituzione del soggetto direttamente coinvolto; ove poi, l'impresa non dovesse adeguarsi a tale ordine nei termini ad essa affidati, sarà possibile la predisposizione di gestione straordinaria e temporanea dell'impresa fino alla completa esecuzione del contratto. L'altra ipotesi in cui può tradursi il commissariamento prevede invece la diretta disposizione della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa: ciò che distingue le due ipotesi è dunque il momento in cui l'istituto trova applicazione, nel primo caso esposto si dovrà attendere l'ordine di rinnovo degli organi sociali e solo in caso di inottemperanza, il commissariamento potrà essere attivato; viceversa, nel secondo caso esso opera nell'immediato. Chiaramente va precisato che, nell'eventualità che venga emesso un provvedimento di confisca, sequestro o amministrazione giudiziaria nei confronti dell'impresa durante la pendenza di un procedimento penale o in applicazione delle misure preventive o ancora, nel caso di archiviazione del procedimento penale, le stesse misure saranno revocate e cesserà immediatamente la produzione dei loro effetti. Infine, sempre nell'ambito del commissariamento, si segnala l'ipotesi dell'applicazione dell'istituto in termini meno rigidi che si traduce nell'affiancamento, e non nella sostituzione, degli organi sociali dell'impresa, con l'obiettivo di monitorare e dare sostegno agli stessi. E ancora, sempre nel Protocollo d'intesa tra ANAC e Ministero dell'Interno, in risposta al dubbio di presunto conflitto tra l'istituto del commissariamento e quanto previsto dall'art.41 Cost, si chiarisce che *“l'intervento sostitutivo non viene ad implicare l'azzeramento degli organi sociali preesistenti, ma si concretizza in un più limitato intervento di sterilizzazione che appare più conforme, nell'attuale fase, ad un prudenziale criterio di non invadenza e di rispetto dell'autonomia di impresa. Pertanto, gli amministratori nominati dal Prefetto sostituiranno i titolari degli organi sociali dotati di omologhi poteri soltanto per ciò che concerne la gestione dell'attività di impresa connesse all'esecuzione dell'appalto [...]”. Viceversa, gli*

¹²⁵ Cfr. Protocollo d'intesa ANAC-Ministero dell'Interno del 15 luglio 2014, paragrafo 3.

organi sociali ordinari resteranno in carica per lo svolgimento di tutti gli altri affari [...]. Si realizza in tal modo una forma di gestione separata e a tempo di un segmento dell'impresa, finalizzata esclusivamente all'esecuzione dell'appalto pubblico". Si ricordi infine, che dal punto di vista della procedura amministrativa da seguire, i soggetti preposti all'attivazione del commissariamento sono l'ANAC e il Prefetto competente, i quali cooperano sinergicamente sia nella valutazione in merito all'opportunità di applicare effettivamente tali istituti, nonché, a seguito di tale analisi, la predisposizione della misura più adeguata al caso concreto.

Prima di passare all'esame degli interventi operati in relazione all'evento Expo 2015, merita una trattazione separata l'istituto previsto dal decreto Madia denominato come "*controllo sulle varianti*"¹²⁶, il quale si sostanzia in un controllo esterno da parte dell'ANAC delle varianti in corso d'opera. Le ragioni che hanno spinto il Legislatore ad intervenire in questo senso si spiegano alla luce delle necessità di limitare il numero di abusi nella fase esecutiva dei contratti pubblici che, nello specifico, si traducono nell'aumento esponenziale dei costi a carico della P.A., con conseguente beneficio illecito per l'impresa privata. Nonostante i dubbi sorti in riferimento a tale istituto che avrebbe dovuto fungere da deterrente per la conclusione di accordi illeciti in ordine alla variazione del prezzo una volta che la procedura di affidamento si fosse conclusa, bisogna riconoscere la grande rilevanza dell'istituto, posto che lo stesso avrebbe potuto applicarsi solo in presenza di cause impreviste e non prevedibili ex ante, nonché nel caso di difficoltà sopravvenute di esecuzione derivanti da cause geologiche e non controllabili, che comportino un'elevata onerosità nella prosecuzione del contratto. Inoltre, è da precisare che il controllo sulle varianti in corso d'opera avrebbe potuto essere attivato solo qualora le stesse si fossero tradotte in un aumento del 10% rispetto l'importo previsto in origine. In particolare, protagonista nella gestione di tali varianti sarà l'ANAC, in quanto sarà il destinatario delle varianti inviate da parte delle stazioni appaltanti, in modo tale che l'Autorità possa effettuare le valutazioni necessarie e adottare i provvedimenti di sua competenza, i quali si sostanzieranno in poteri sanzionatori o semplicemente ordinatori.¹²⁷

5.4. L'evento Expo Milano 2015

Le misure rientranti nei poteri di ANAC che si sono esaminate finora possono dunque distinguersi tra quelle la cui attivazione sarà possibile in presenza di determinati requisiti e quelle invece

¹²⁶ Art. 37 del D.l. n.90/2014.

¹²⁷ Cfr. M. Giustiniani, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in, F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, pp.156-160.

segnatamente individuate per la gestione di situazioni emergenziali o ancora in relazione a grandi eventi, come nel caso di “Expo 2015”, al quale sarà dedicato ora un approfondimento. L’evento, con sede in Milano, se da un lato poteva costituire un’importante occasione per la crescita economica dell’Italia, visti i centotrentasette Paesi coinvolti, le ventidue organizzazioni coinvolte e le ventitré aziende operanti, sul versante del problema del fenomeno corruttivo negli appalti pubblici si è trovato terreno fertile, viste le tante procedure di appalto necessarie per la realizzazione dell’evento nel suo complesso. Facendo però un passo indietro, lo stesso Legislatore, proprio sulla base della portata mediatica ed economica di “Expo 2015”, nel decreto-legge Madia aveva avvertito la necessità di predisporre delle misure *ad hoc*, con altrettante deroghe alla disciplina ordinaria, le quali avrebbero potuto giustificarsi sulla base del fatto che ben sette anni prima, con D.P.C.M. l’Expo era stato inserito nella categoria “Grandi eventi”. Scendendo nel vivo delle disposizioni adottate, all’art.31 del D.l. n. 90/2014 si prevedeva l’istituzione di una “Unità operativa speciale” che avrebbe dovuto far capo all’ANAC, mentre agli articoli 33 e 34 si portava l’attenzione ai controlli di spesa della società appositamente creata per l’evento, la Expo 2015 S.p.a., con la previsione del supporto da parte di un Commissario Unico delegato per l’Expo. Tornando alla prima delle disposizioni segnalate, l’Unità operativa speciale per l’evento si sostanzia in una task force con compiti di controllo e gestione. La stessa struttura verticistica dell’Unità è stata pensata proprio per dare un contributo effettivo all’operato dell’Autorità nazionale anticorruzione: in posizione di comando era stato predisposto personale esperto, appartenente al corpo della Guardia di Finanza, proprio per le spiccate competenze e capacità che questi uffici richiedono. Al tempo stesso, l’ANAC riveste sicuramente un ruolo importante quanto allo svolgimento di attività di alta sorveglianza e tutela del corretto svolgimento delle procedure di gara riferite all’evento, con la possibilità di esercizio di numerosi poteri alla stessa attribuiti in ragione della portata di Expo 2015, che si andavano così ad aggiungere alle competenze che essa stessa poteva vantare già nelle ipotesi ordinarie di appalti. Tali poteri ulteriori e specificatamente riferiti all’evento si sostanziano nell’attribuzione al Presidente dell’ANAC, la possibilità di esercitare un controllo preventivo circa gli atti afferenti alle procedure di affidamento degli appalti, nonché di esecuzione dei relativi contratti aventi ad oggetto la realizzazione delle opere e delle attività inerenti ad Expo 2015¹²⁸, nell’ottica di attuare una politica di prevenzione e monitoraggio costante in tutte le fasi di aggiudicazione dei relativi appalti. Infine, tra i compiti speciali dell’ANAC si ricomprendevano poteri ispettivi e la possibilità di partecipare alle riunioni della

¹²⁸ Cfr. ANAC, *Linee Guida per l’esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del Grande Evento EXPO Milano 2015*, in www.anticorruzione.it, 17 luglio 2014.

sezione specializzata del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere. Quanto invece, alle forme di controllo di spesa, gli articoli 33 e 34 del decreto stabiliscono due diverse forme di controllo e gestione delle risorse destinate al grande evento. Secondo quanto previsto dal primo dei due articoli, la società Expo2015 S.p.a. avrebbe avuto l'opportunità di rivolgersi direttamente all'Avvocatura dello Stato al fine di richiedere pareri in merito a proposte di transazioni o che riguardassero diritti derivanti dall'esecuzione di contratti di lavoro, servizi o forniture: attraverso il parere si sarebbe giudicata l'opportunità e la correttezza della transazione, dal momento che essendo un istituto rientrante nelle ADR¹²⁹, in quanto quest'ultima porta con sé i rischi di essere uno strumento facilmente utilizzabile nelle pratiche corruttive.

Oltre alla previsione di dette misure anticorruzione, sono poi da segnalare altre provenienti da accordi siglati tra diversi livelli di Governo. In particolar modo, si ricordi il piano d'azione predisposto dal Ministero dell'Interno in collaborazione con la Regione Lombardia, il Comune di Milano e la società Expo S.p.a., denominato come "*Expo Milano 2015 Mafia-free*". Lo stesso prevedeva la possibilità di adottare una serie di interventi, distribuendo i poteri tra i sottoscrittori dell'accordo, in modo tale da creare un'azione coordinata su tutto il territorio interessato che avrebbe facilmente potuto essere preso di mira dalla criminalità organizzata, stante l'enorme portata economica. In riferimento poi all'attività di controllo operata dal Prefetto, tale figura sarebbe stata coadiuvata dal Gruppo interforze centrale per l'Expo, con compiti info-investigativi volti al monitoraggio e all'analisi dei dati emersi dalle verifiche antimafia e presso i cantieri. Infine, la Regione Lombardia ha predisposto, con apposita legge, una serie di istituti, tra cui il Comitato regionale per la trasparenza degli appalti e sulla sicurezza dei cantieri che, in riferimento specifico all'evento di Milano, avrebbe avuto il compito di vigilare sul rispetto della normativa vigente in materia. Le preoccupazioni del legislatore e dell'esecutivo in merito al rischio di infiltrazione criminale negli appalti e, a soprattutto, nell'affidamento dei contratti pubblici inerenti a Expo 2015 trovarono purtroppo un riscontro sul piano pratico, tanto che i molteplici scandali fecero tornare alla mente proprio l'operazione "*Mani pulite*" degli anni Novanta. La situazione in cui versava la Lombardia venne definita come "*cupola degli appalti*"¹³⁰, proprio a voler sottolineare lo stampo criminale e corrotto attorno al quale stavano ruotando la maggior parte degli affidamenti avvenuti nell'ambito del grande evento. Oltre ai molteplici arresti per i reati di concussione, turbativa d'asta e corruzione, si ricordi inoltre che proprio il Presidente dell'ANAC

¹²⁹ Le Alternative Dispute Resolution costituiscono i rimedi alternativi per porre fine al contenzioso, come la transazione o l'accordo bonario.

¹³⁰ A. Mincuzzi, *Terremoto su Expo 2015, sette arresti: la "cupola degli appalti", le tangenti, i nomi dei politici*, in www.ilsole24ore.com, 8 maggio 2014.

aveva richiesto al Prefetto di Milano il commissariamento per la straordinaria e temporanea gestione dell'impresa di costruzioni Maltauro S.p.a., in riferimento ai lavori dell'appalto per le architetture di servizio del sito di Expo 2015¹³¹, in quanto oggetto dell'inchiesta sugli appalti ad essa affidati. Il Prefetto, esprimendo il suo assenso verso l'applicazione di tale istituto, ha dunque consentito la nomina del professore del Politecnico di Milano Armano Brandolese in qualità di Amministratore (temporaneo e straordinario) della società predetta. Da ciò si evince dunque che gli strumenti predisposti dal decreto risultarono, purtroppo, necessari e utili per poter arginare quanto più possibile le infiltrazioni criminali, come nel caso appena visto della Maltauro S.p.a., società che, come si legge nel provvedimento di commissariamento adottato dal Prefetto di Milano, *“si era adattata a pressioni criminali pur di acquisire commesse”*.

5.5. Il primo bilancio sull'operato dell'ANAC

Non resta, ora, che effettuare un primo bilancio rispetto al biennio in cui l'ANAC si è trovata ad operare, dovendo peraltro far fronte alla complessità dell'evento appena citato, nonché alle prime critiche che venivano rivolte alla sua figura, tutte afferenti all'eccessiva portata dei suoi poteri. Nonostante il percorso intrapreso dagli anni Novanta nella lotta alla corruzione, come abbiamo visto, sia stato notevolmente travagliato, ai numerosi interventi normativi in materia va sicuramente riconosciuto il merito di aver tentato un approccio sempre più omnicomprensivo del problema, cercando di non lasciare vuoti nel sistema in cui la corruzione avrebbe potuto infiltrarsi. Con riferimento, in particolare alle novità della legge del 2014 si può con certezza affermare che *“si è dato vita ad una sorte di Super-Autorità specializzata nel contrasto della corruzione in tutte le sue forme e focalizzando l'attività nel settore delle commesse di diritto pubblico. In altre parole, la nuova ANAC sembra allo stato rappresentare un deus ex machina che concentra nella sua struttura [...] uno sconfinato panorama di funzioni e competenze che se esercitate nel migliore dei modi- come questi primi mesi lasciano ben sperare- potrebbero effettivamente costruire la chiave di volta di un settore a rischio stagnazione”*.¹³² In definitiva, seppur bisogna ricordare che l'Autorità nazionale anticorruzione non può essere l'unico strumento con cui combattere la corruzione nel nostro Paese, e occorre dunque far leva anche su una contestuale riforma del sistema, soprattutto in riferimento al settore degli appalti pubblici, come si vedrà nel prossimo capitolo; all'ANAC va riconosciuta una centralità nei meccanismi di prevenzione ai fenomeni corruttivi nonché di sensibilizzazione verso il

¹³¹ Cfr. *Expo 2015: commissariata dal Prefetto di Milano l'impresa Maltauro*, in www.interno.gov.it.

¹³² M. Giustiniani, *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in, F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014, pp.161-162.

“buon andamento” previsto dalla nostra Carta Costituzionale con riguardo all’attività pubblica. Dati alla mano, secondo la classifica più volte citata dell’indice di percezione della Corruzione, risulta che il nostro Paese, a seguito dell’istituzione dell’ANAC e prendendo come riferimento i primi tre anni della sua attività, ha acquisito ben nove posizioni rispetto all’anno 2012, passando dal 72esimo posto al 61esimo, e riscontrando così un primo esito positivo anche grazie all’azione dell’ANAC.

Capitolo 3. L'attività dell'ANAC e la sua incidenza nel settore degli appalti pubblici

1. Criticità dell'approccio italiano al public procurement: verso un nuovo intervento legislativo

Nel trattare i problemi che la corruzione comporta in riferimento al delicato settore degli appalti pubblici, oltre a parlare delle possibili soluzioni e strategie d'azione preventiva o repressiva messe a disposizione dall'ordinamento non si può prescindere dall'osservare l'intera situazione socio-giuridico-economica che tradizionalmente accompagna in modo quasi gemellare il quadro che deriva dall'assetto del public procurement. Come noto, infatti, tale settore, se da un lato ha il merito di rappresentare una grande fonte di guadagno e prestigio per il nostro Paese, in quanto con l'affidamento di lavori, servizi e forniture in automatico si contribuisce ad un accrescimento economico e rappresenta dunque una grande opportunità per i singoli operatori privati; dall'altro proprio a causa di questa stretta connessione tra appalti e crescita economica, qualora si dovessero riscontrare falle nel sistema o criticità in ordine all'efficienza dei pubblici poteri, ne risentirebbe in automatico l'intero Paese.

1.1. La situazione a distanza di un ventennio dalla prima legge sui contratti pubblici

Quanto detto sopra è proprio quello che sembrava accadere in Italia ancora a distanza di venti anni dalla prima legge quadro sui lavori pubblici, la Merloni, che aveva compreso la necessità di regolamentare questa complessa materia dando inizio ad un'incessante produzione normativa, senza però fruttare i risultati sperati. Se infatti, come visto nel paragrafo precedente, nei primi anni del Ventesimo secolo si è registrato un lieve calo dei fenomeni di corruzione e inefficienza amministrativa grazie all'adozione di leggi *ad hoc*, tra cui si ricordi quella che ha istituito l'Autorità nazionale anticorruzione qualificandola come autorità indipendente e attribuendo alla stessa notevoli poteri con una risposta positivamente orientata al contrasto del fenomeno, ancora il quadro socio-economico risultava ricco di incertezze e criticità: come si spiega ancora la presenza di tali problemi? La risposta non può che essere ricercata nella complessa portata del fenomeno corruttivo, in cui, come precisato più volte da autorevole dottrina *“pochissima attenzione è purtroppo riservata alla corruzione oggettiva, in particolare alla degenerazione del sistema istituzionale: è questo invece un aspetto essenziale dei fenomeni corruttivi e rappresenta uno dei fattori principali della diffusione della corruzione soggettiva, una delle condizioni sottostanti per il suo sviluppo”*¹³³ : proprio di tale aspetto cd. “oggettivo” del fenomeno, dunque, ci si deve preoccupare e occupare, per non rischiare

¹³³ *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti, nona appendice.*

che lo stesso sistema diventi il nemico di sé stesso nella lotta alla corruzione. Fatte queste premesse, non resta quindi che volgere uno sguardo alla situazione del nostro Paese a distanza di venti anni dalla legge Merloni, la quale, come detto prima, ha segnato un primo spartiacque nella sensibilizzazione verso tali ordini di problemi. Quello che emerge dall'analisi socioeconomica non è di certo di buon auspicio: la forte instabilità e ridondanza della normativa legislativa, nonché l'ancora incerta posizione dell'Autorità di regolazione e ancora una scarseggiante discrezionalità amministrativa per le stazioni appaltanti risultavano essere problemi che ancora riguardavano il nostro Paese allo stesso modo di quanto accadeva nel 1994. Sicuramente un grande merito va riconosciuto alle normative intervenute a sostegno della lotta ai fenomeni corruttivi nel settore degli appalti, che ricordiamo soprattutto nel biennio 2012-2014 hanno determinato grandi passi in avanti; tuttavia, ciò che è mancato è una parallela risposta di regolazione dell'intero settore degli appalti, e non solo di una porzione di esso, ossia il contrasto alla corruzione. Il Codice degli appalti del 2006, infatti è stato oggetto di più di cinquecento modifiche a causa dell'intervento di oltre cinquanta interventi legislativi, con il risultato che solo il quarantadue per cento del totale degli articoli risultava identico al testo originario¹³⁴. Ed ecco come si comprendono più facilmente le criticità ancora esistenti a distanza di dieci anni dall'emanazione del codice, il quale, anziché essere oggetto di una modifica unica ed organica, si è visto il suo contenuto modificato più e più volte, il che ha determinato conseguenze inevitabili: caos normativo e disposizioni poco chiare e contraddittorie. Le ripercussioni di tali errori, tuttavia, non si sono arrestate a criticità nell'interpretazione e applicazioni delle norme e hanno invece esteso il loro raggio di azione anche agli aspetti più propriamente socio- economici del Paese, per i motivi sovra esposti: si è infatti assistito ad una progressiva riduzione degli investimenti pubblici, che ha causato la discesa del Pil sotto il 2% (per avere un'idea della gravità, basti pensare che negli anni '80 la stessa si aggirava attorno al 3,5%), in quanto è inevitabile che *“l'instabilità comporta rallentamento dell'economia, lentezza burocratica, inefficienza economica e amministrativa, spreco di risorse, mancato completamento delle opere”*¹³⁵. Un ampio spettro di problemi quindi, che oltre a quelli di ordine economico appena esposti, è finito inevitabilmente per inglobare anche fenomeni di corruzione, in quanto è noto che l'incertezza normativa e l'inefficienza delle azioni sono al tempo stesso conseguenza e causa della mala amministrazione. È doveroso a

¹³⁴ Cfr. G. Giovannini, *La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.21.

¹³⁵ G. Santilli, *Una proposta di lettura dell'evoluzione e delle criticità della legislazione sui lavori pubblici negli ultimi 20 anni, dalla legge Merloni a oggi*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.514.

questo punto menzionare uno dei fenomeni che proprio negli anni delle maggiori riforme a contrasto della corruzione si faceva facilmente strada in Italia: *Mafia Capitale*¹³⁶, operazione che aveva dato vita ad una serie di inchieste dal 2012 al 2020. Al di là della rilevanza penalistica delle condotte poste in essere e del travagliato sistema di accordi politico- amministrativi che c'era dietro, è interessante soffermarci su la linfa che alimentava tale meccanismo: l'affidamento di appalti pubblici. Se è bene ribadire, come anche affermato dall'allora Presidente ANAC Raffaele Cantone in più interviste, che non tutti gli appalti irregolari sono considerabili automaticamente come fonte di corruzione, è pur vero che proprio il sistema di *Mafia Capitale* si poggiava per buona parte sugli affidamenti pubblici, attraverso il prevalente utilizzo dell'affidamento senza ricorso a procedura pubblica anche ove non erano presenti i presupposti: ciò che ne è derivato è stato un indiscriminato utilizzo delle procedure negoziate in alternativa all'iter della gara pubblica, assorbendo il 90% del totale delle procedure espletate, ossia il 43% degli appalti affidati, rilevando come una grande parte di denaro pubblico è stata destinata ad imprese private per la realizzazione di opere e servizi nella Capitale senza però la rispondenza dei requisiti necessari e comportando dunque, oltre che un'evidente elusione delle regole di affidamento, anche problematiche in ordine all'efficienza dei relativi servizi. Ad intervenire su tale vicenda non furono solo le Procure, ma anche l'Autorità nazionale anticorruzione, la quale, tra i vari provvedimenti adottò un Protocollo di azione per la vigilanza collaborativa con Roma Capitale, d'intesa con il Sindaco. Il documento, oltre a spiegare dettagliatamente le premesse che giustificassero questo tipo di intervento, si proponeva di individuare una serie di attività oggetto di controllo e ispezione con lo scopo di prevenire, o quantomeno arrestare sul nascere, situazioni in cui si potesse ravvisare nuovamente l'elusione di regole di gara e corretto espletamento di una procedura ad evidenza pubblica, facendo leva soprattutto sul monitoraggio dell'effettività dei requisiti vantati dagli operatori economici in caso di affidamenti diretti o procedure negoziate senza bando. Ulteriore esempio dunque della rilevanza dell'intervento dell'ANAC, che però, come detto sopra, non è sufficiente da sola a combattere la potenza di tale fenomeno: si ricordi infatti che per un avanzamento della civiltà giuridica e morale del Paese *“repressione e prevenzione, per poter funzionare, devono essere affiancate dalla cultura della lotta alla corruzione, che va avviata a partire dalle nuove generazioni, nelle scuole, perché l'abitudine alla legalità va diffusa attraverso strumenti di*

¹³⁶ Conosciuta anche come “operazione Mondo di Mezzo”, è un termine giornalistico che va a indicare la collusione tra funzionari pubblici e diverse società e aziende private di Roma. Nonostante la presenza del termine “mafia” va ricordato che nel 2020 la Corte di Cassazione ha escluso il carattere mafioso degli atti criminali, confermando però la presenza di quest'ultimi.

*educazione civica e di diffusione di valori*¹³⁷, in modo tale da avere sempre più persone integre e meno corrotti. Se questa è sicuramente una componente necessaria per la lotta al fenomeno di mala amministrazione, è altrettanto vero che da sola non è sufficiente a debellarlo: mancherebbe infatti una componente fondamentale, rappresentata da un assetto più organico e preciso delle leggi che disciplinano la materia.

1.2. I principali problemi emersi: iper-regolazione e incertezza normativa

Nel tempo, come accennato prima, si è assistito ad una serie di interventi di carattere emergenziale e di urgenza che hanno inevitabilmente inciso sul tessuto del Codice dei contratti pubblici. Nel cercare di far fronte alle problematiche che via via emergevano, si è optato per la diminuzione di oneri e formalismi richiesti per la partecipazione alla gara d'appalto, nonché emanate misure volte ad aggregare la domanda di acquisizione di beni e servizi con l'obiettivo di rendere più omogenei i procedimenti. Nonostante i buoni propositi dei numerosissimi interventi registrati dal 2006 in poi, si è andato a determinare tuttavia un effetto paradossale: proprio le misure a carattere contingibile e urgente, si legge *“hanno contribuito invece a rendere, se possibile, ancora più caotico, alluvionale, eterogeneo e inorganico il relativo tessuto normativo: la modifica o la soppressione di alcune disposizioni e l'introduzione di altre ha dato luogo ad una stratificazione normativa priva di qualsiasi organicità e di sistematicità che rende spesso oscura e di difficile comprensione lo stesso interesse pubblico o privato”*¹³⁸. Come conseguenza di ciò non va poi dimenticata la problematica connessa con l'aumento esponenziale delle decisioni amministrative, connotate da contraddittorietà e prive di autorevolezza, determinando così criticità in ordine alla certezza del sistema per gli operatori economici. La stessa risposta normativa data alla gestione del grande evento Expo Milano 2015, già esposto nel capitolo precedente, costituisce un caso emblematico che si aggiunge alle falle già intrinseche al Codice del 2006, in quanto si è giustificata la deroga a circa ottantacinque articoli sulla base della necessità di gestione di un evento tanto grande e complesso, determinando dunque un sistema tutto derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria. Da ultimo va segnalato che le ripercussioni si sono spinte fino a determinare contrasti giurisprudenziali in materia, risolte poi dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, che si è vista negli anni sempre più oberata di lavoro: al termine del

¹³⁷ A. Sandulli, *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017, p.76.

¹³⁸ C. Saltelli, *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.30-361.

2015, dopo dunque che il Codice aveva subito un'ingente quantità di modifiche, si evidenziava che *“le questioni concernenti il codice dei contratti pubblici hanno coperto circa il 50 per cento del contenzioso totale pervenuto all'Adunanza plenaria”*¹³⁹. Una situazione dunque paralizzante in toto per il nostro ordinamento: fenomeni di corruzione ancora presenti nonostante la risposta positiva dell'istituzione dell'ANAC, inefficienza diffusa e ancora, secondo quanto individuato dal rapporto dell'Unità di verifica degli investimenti pubblici operante in seno al Ministero dello sviluppo economico, si prospettava una crescita dei tempi di realizzazione delle opere pubbliche, con una media che oscilla tra i 4,5 anni e i 14,5 anni a seconda della portata del lavoro.

1.3. L'approccio nazionale e comunitario nel public procurement

Come risolvere una situazione così complessa e ormai ingarbugliata da anni? La soluzione va ancora una volta ricercata in un intervento dell'Unione europea, come già accaduto con le direttive del 2004 che hanno dato vita al primo Codice dei contratti.¹⁴⁰ Prima però di passare all'analisi dettagliata del contenuto delle tre direttive, grazie al cui recepimento si è rivisto interamente l'assetto del Codice dei contratti pubblici, è doveroso affrontare un tema che da sempre vede coinvolto il nostro Paese, ossia la differenza di approccio alla materia del public procurement, che, diversamente da quanto auspicato dall'Unione europea, è caratterizzato da rigidità e chiusura. Partendo da un rapido esame dell'approccio più tipicamente italiano, dalle regole della contabilità pubblica degli anni '20 in poi la disciplina dei contratti pubblici è stata sempre orientata, più che alla tutela dell'efficienza e dell'economicità, al controllo della buona gestione delle risorse, in quanto l'obiettivo principale era quello di controllare l'operato delle amministrazioni e ridurre quanto più possibile la discrezionalità nelle scelte attraverso l'imposizione di criteri automatici, oggettivi e meccanici: *“più che alla disciplina di un mercato, la normativa italiana ha assunto i caratteri di una disciplina amministrativa di settore”*¹⁴¹. Le scelte normative che, come ricordato prima, hanno portato a continui emendamenti della disciplina del public procurement, spesso giustificati dalla situazione emergenziale prospettata, hanno dunque orientato la normativa interna verso un controllo piuttosto che un atteggiamento apertura, stante la continua necessità di contrasto di fenomeni corruttivi, i quali venivano considerati quindi quasi come un fenomeno fisiologico intrinseco alla materia, che andava dunque contrastato

¹³⁹ G. Giovannini, *La disciplina degli appalti tra il vecchio e il nuovo*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.22.

¹⁴⁰ Cfr. par.3.2, cap.1.

¹⁴¹ L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.133.

con la perdurante presenza di controlli. Alla luce di quanto emerso dall'analisi dell'approccio italiano, si può certamente dire che uno degli elementi radicati in tale sistema è la sfiducia nutrita verso l'operato delle amministrazioni che porta a voler regolare l'incertezza attraverso strumenti di coazione, per lasciare meno margine possibile alla libertà e alla discrezionalità operativa, tuttavia bisogna ricordare che *“è assai difficile assicurare la cooperazione e la collaborazione fra soggetti e il conflitto è la chiave prevalente dei rapporti sociali e istituzionali”*¹⁴², e non si può di certo ritenere questo un atteggiamento vincente: testimoni le numerose problematiche ancora presenti nonostante i numerosissimi interventi normativi, che non hanno fatto altro che peggiorare la situazione.

Se quanto esposto finora riguarda dunque la gestione attuata nel nostro Paese, la normativa comunitaria risulta essere di segno opposto, con un approccio definibile addirittura come speculare rispetto a quello appena esaminato. Nell'Unione europea, infatti, già a partire dai primi anni Sessanta quando furono istituiti i primi organismi comunitari, i principi cardine poi ribaditi ampiamente in trattati, direttive e Carte, riguardavano l'apertura del mercato alla concorrenza. Tappa fondamentale non solo per il diritto dell'Unione, ma anche per il diritto interno, fu rappresentata dall'emanazione delle direttive del 2004 in materia di appalti nei settori ordinari e speciali, poi recepite in Italia nel primo Codice dei contratti del 2006¹⁴³. Nonostante però, l'Unione continuasse a spingere verso un atteggiamento di apertura non solo riguardo al mercato e alla tutela della concorrenza tra i vari operatori economici, ma anche in riferimento alla gestione del public procurement in sé, comprese le varie fasi di gara nonché il sistema di controlli, l'Italia non sembrò mai voler abbandonare l'approccio rigido e scettico nei confronti dell'operato dei pubblici poteri: lo stesso Codice dei contratti ne è un chiaro esempio, in quanto conteneva in sé disposizioni mirate a ridurre la discrezionalità delle stazioni appaltanti nella scelta dell'operatore economico, nonché limitava fortemente il ricorso a istituti ritenuti pericolosi dal nostro Legislatore, come l'avvalimento e il subappalto. Ad alimentare la chiusura tipica del sistema italiano sono stati poi tutti quegli interventi che, seppur formalmente non orientati ad incidere direttamente sulle disposizioni degli appalti pubblici, finivano per coinvolgere tale materia in maniera irreversibile: si pensi alle disposizioni previste dal Codice antimafia del 2011, nonché le novità introdotte dalla prima legge anticorruzione nel 2012, e ancora, l'istituzione

¹⁴² L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.182-183.

¹⁴³ Cfr. C. Galtieri, *Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici (Considerazioni e spunti di riflessione)*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.398-400.

dell'ANAC nel 2014, che, se da un lato è un soggetto necessario per la lotta al fenomeno corruttivo, dall'altro occorre segnalare che in dottrina emergono “*critiche, non prive di sostanza, al fatto che l'ANAC abbia introdotto ulteriori oneri burocratici e che i dirigenti pubblici non firmino più nulla perché paralizzati dal terrore di ANAC, Corte dei conti e pubblici ministeri*”¹⁴⁴: emerge dunque, un'ulteriore problematica strettamente connessa ad un sistema eccessivamente rigido, ossia la c.d. paura della firma sempre più diffusa tra i pubblici dipendenti, i quali, pur di non rischiare di incorrere in sanzioni, si rifiutano di vistare gli atti e i documenti sottoposti a stretti controlli, con l'effetto di rallentare il sistema fino a bloccarlo. Anche questo tema, infatti, subirà necessariamente delle modifiche in quanto, nel concentrarsi troppo spesso su controlli burocratici e formali, i tradizionali metodi hanno spesso aggiunto ulteriori formalismi a quelli già esistenti senza mirare agli aspetti sostanziali del problema. Nello specifico, il contrasto alla corruzione dovrà riuscire a superare l'ostacolo più insidioso, il formalismo legislativo.¹⁴⁵ Le criticità derivanti da una normativa disomogenea e caotica, infatti, oltre a intaccare il corretto svolgimento dell'attività del public procurement in generale, rischiano di rendere vani le potenzialità di intervento riconosciute all'ANAC. Se guardiamo alla prevenzione della corruzione si possono distinguere diverse strategie normative: l'una, che fa leva su norme generali che impongono ai soggetti pubblici e privati oneri di pubblicazione e trasparenza; ancora, la possibilità di dare più importanza a norme settoriali innalzando il costo della corruzione e diminuendo di conseguenza la discrezionalità amministrativa; infine, quella che punta l'attenzione sulla formazione etica dei dirigenti e funzionari pubblici che operino in settori particolarmente esposti al rischio corruzione.¹⁴⁶ Se la strategia predominante era stata la seconda tra quelle proposte, si vedrà come per contrastare davvero il fenomeno della corruzione non si potrà prescindere dall'uso contemporaneo delle strategie possibili, esigenza che in primis si possono ravvisare nel contenuto stesso delle direttive.

¹⁴⁴ A. Sandulli, *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017, p.76.

¹⁴⁵ Cfr. A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.53.

¹⁴⁶ Cfr. F. Di Cristina, *Prevenire la corruzione e l'illegalità negli appalti pubblici: verso una nuova via europea?* in A. Del Vecchio, P. Severino (a cura di), *Contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014, pp.336-342.

1.4. Le direttive comunitarie: problemi di recepimento

Sulla base di quanto appena esposto è ancor più facile comprendere le ragioni per cui l'intervento comunitario risultò assolutamente necessario per tentare di avvicinare l'approccio italiano a regole più flessibili: tra gli auspici collegati alle direttive comunitarie si ritrova l'esigenza di avere *“un nuovo codice ed un nuovo regolamento chiari, organici ed esaustivi, atti a facilitare al massimo chi è chiamato ad operare nel delicato mondo della contrattualistica pubblica e che conferisca stabilità di disciplina al settore”*¹⁴⁷. Pertanto, per il superamento delle criticità afferenti soprattutto alla presenza di fenomeni corruttivi e di instabilità generale del sistema, sarà necessaria una nuova e diversa concezione della semplificazione, già presente nel nostro ordinamento all'art. 1 della legge 241/1990¹⁴⁸, ma il cui vero punto di partenza dovrà ritrovarsi nelle modalità di recepimento delle direttive comunitarie, nonché nel contenuto delle stesse.¹⁴⁹

Le tre direttive emanate nel 2014 dall'Unione europea se da un lato risultavano necessarie a dare una scossa al sistema italiano del public procurement, al tempo stesso suscitarono problemi in merito alla piena attuazione delle stesse, posto che, come ampiamente analizzato prima, l'approccio comunitario e quello nazionale, per utilizzare una figura evocativa, erano le due estremità della stessa retta. Anzitutto va detto che in Europa si possono individuare tre modelli da poter seguire nel recepire le direttive europee: il primo, definito come *“copy out method”*; il metodo del *“goldplating”*, che prevede solo alcune regole di adattamento del contenuto della direttiva e infine i modelli di recepimento più articolati, che hanno come effetto quello di ricodificare l'intero settore preso in esame.¹⁵⁰ Prima di scendere nel dettaglio e vedere la linea su cui ha deciso di muoversi il nostro Legislatore, appare utile mostrare due esempi che afferiscono alle diverse modalità di recepimento da parte degli Stati membri. Se infatti, nel 2004 in Italia si era scelto il metodo *“più sofisticato e complesso”*, che aveva portato poi all'emanazione del D.lgs. n.163/2006, conosciuto come Codice dei contratti; totalmente diversa è il metodo scelto dal Regno Unito, che nel recepire le direttive del

¹⁴⁷G. Giovannini, *La disciplina degli appalti tra il vecchio e il nuovo*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.27.

¹⁴⁸ Al comma 2 dell'articolo si legge che *“La pubblica amministrazione non può aggravare il procedimento se non per straordinarie e motivate esigenze imposte dallo svolgimento dell'istruttoria”*.

¹⁴⁹ Cfr. C. Saltelli, *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.359.

¹⁵⁰ Cfr. G. M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.419-421.

2014 ha optato per il modello del “*copy out*”, permettendo così l’anticipazione di un anno dell’attuazione delle stesse e ottenendo così una semplificazione massima nell’adozione delle migliori pratiche commerciali quanto a efficienza, risparmio e qualità nel settore del public procurement. Anche in questo confronto con il nostro Paese si ravvisa dunque un diverso atteggiamento rispetto ad altre realtà in Europa: l’esempio del Regno Unito che ha recepito la direttiva europea subito dopo che il Parlamento Europeo gli aveva permesso di procedere appare, agli occhi del sistema italiano, come un’assurdità e sorge infatti spontanea la domanda legata alle motivazioni alla base di questo grande entusiasmo nel contaminare senza freni il proprio ordinamento con le disposizioni di fonte comunitaria. La risposta sta proprio nel diverso atteggiamento rispetto all’Italia, in quanto va ricordato che gli inglesi da circa quindici anni a quella parte “*hanno fatto un enorme investimento in una variabile chiave di efficacia: la competenza dei loro responsabili delle loro stazioni appaltanti, dei c.d. public buyer*”¹⁵¹, ed è dunque naturale che si vada a delineare un sistema che, a differenza del nostro, si basa sulla fiducia e sulla discrezionalità dei pubblici dipendenti. Viceversa, l’Italia ha dimostrato ancora una volta l’atteggiamento di chiusura tanto criticato quanto necessario: già nel periodo antecedente al recepimento delle tre direttive, la giurisprudenza aveva preso una posizione ben precisa in tal senso. Lo stesso Consiglio di Stato, in una sua pronuncia, aveva infatti stabilito che “*le nuove direttive, nonostante il contenuto in alcune parti dettagliato, non possono ritenersi self-executing per la dirimente considerazione che è ancora in corso il termine previsto per l’attuazione da parte dello Stato*”¹⁵²: va infatti ribadito che il termine ultimo per riceverle era l’aprile del 2016. Questa questione, tuttavia, sarebbe stata immediatamente risolta, dal momento che è la stessa Corte di Giustizia a dettare il criterio secondo cui le direttive producono effetti giuridici anche prima della scadenza del termine di attuazione, con la conseguenza che nello stesso periodo ciascuno Stato membro debba rispettare l’obbligo di astensione da interpretazioni difformi rispetto ai risultati che le direttive stesse si propongono di raggiungere, nonché di evitare l’adozione di misure che possano essere non conformi al contenuto delle stesse: “*incombe cioè agli stessi l’obbligo di stand still, che poi è il tradizionale obbligo di buona fede, nel senso che devono astenersi dall’adottare disposizioni che possano comprometterne il risultato prescritto dalla direttiva*”¹⁵³. Superato tale dubbio, rimaneva ancora aperta la questione circa il metodo da scegliere, posto che quello del “*copy out*” era stato a priori escluso, in quanto avrebbe significato una pedissequa trasposizione del contenuto sulle norme

¹⁵¹ G. Piga, *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell’economista*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.76-77.

¹⁵² Cons. Stato, VI Sez. pronuncia 11 settembre 2015, n. 4356.

¹⁵³ G. Tesaurò, *Diritto dell’Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012, p. 201.

dell'ordinamento nazionale: esito inaccettabile per un ordinamento geloso della propria sovranità come il nostro. Si deve dunque necessariamente entrare nell'ottica secondo cui la semplificazione e la delegificazione tanto auspiccate dalle direttive possono costituire sì uno spunto per superare alcuni ostacoli presenti nel nostro, come in altri, Paesi; tuttavia, è sempre da tenere a mente un giusto bilanciamento tra gli interessi in gioco anche e soprattutto alla luce delle esigenze proprie di ogni singolo ordinamento giuridico. È interessante a tal proposito ripercorrere un ragionamento che ruota attorno a tali tematiche e che trova la sua base nel cd. dilemma di Sunstein¹⁵⁴. Nel suo libro *“Semplice”*, nel quale presenta anche le caratteristiche proprie dell'amministrazione Obama, sottolineando come si sia preso realmente in considerazione l'approccio flessibile e discrezionale della regolamentazione; al tempo stesso si legge che *“la critica nei confronti di particolari regole non necessarie andrebbe presa con grande cautela. [...] Quel che importa è il contesto: Se il Governo trova il modo di ridurre i costi e di accrescere la semplicità producendo regole chiare, senza con ciò creare rigidità costose o inutile, dovrà optare per regole chiare. Il progetto di semplificazione richiederà un aumento della discrezionalità in alcuni ambiti e un aumento di regole chiare in altri.”*¹⁵⁵ Alla luce di tale ragionamento si comprende dunque come gli istituti flessibili abbiano potenzialmente il grande merito di semplificare il sistema, ma è altrettanto vero che è necessario valutare attentamente le peculiarità che ogni Paese possiede per poter attuare le migliori strategie vincenti: ecco perché ancora in Italia vi era un certo scetticismo verso la totale adesione ad un approccio aperto e flessibile come quello comunitario. Occorre dunque, a tal proposito, ricordare uno dei tre modelli indicati precedentemente, ossia quello del *“gold plating”*, definito dalla Commissione europea come la tecnica che permette agli Stati membri di mantenere ampia discrezionalità in sede di attuazione delle direttive comunitarie; ma con la previsione congiunta del cd. *“comply or explain”*, secondo cui per l'introduzione di requisiti più rigidi a quelli fissati dall'Unione deve essere data una motivazione completa e pertinente¹⁵⁶, onere che si riallaccia dunque con il meccanismo di *gold plating*, il quale, per essere seguito deve essere altresì motivato: un esempio calzante è l'istituto del subappalto, attorno al quale da sempre ruota un acceso dibattito da chi lo reputa uno strumento pericoloso e insidioso e chi invece, ritiene che costituisca una grande opportunità per coinvolgere quanti più soggetti possibili nel mondo del mercato. A tal proposito, il mantenimento in Italia del limite massimo del 30% per il ricorso a tale istituto potrebbe essere considerato *gold plating*, posto che le direttive europee punterebbero all'eliminazione di qualsiasi vincolo percentuale. E' la stessa

¹⁵⁴ Cass Robert Sunstein è stato a capo dell'Office of Information and Regulatory Affairs nel Governo Obama.

¹⁵⁵ C. R. Sunstein, *Semplice. L'arte del Governo nel Terzo Millennio*, Milano, Feltrinelli, 2014, pp.16-21.

¹⁵⁶ Cfr. P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.55-56.

direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 12 aprile 2013 che fornisce direttamente alle amministrazioni gli strumenti operativi necessari ad individuare il livello minimo di regolazione, precisando che si tratterebbe di *gold plating* l'introduzione o il mantenimento di oneri non strettamente necessari all'attuazione delle direttive, nonché l'estensione dell'ambito oggettivo o soggettivo di applicazione di determinate regole rispetto a quanto fissato dalle direttive, ove questo comporti oneri gravosi per i destinatari; e infine si segnala come superamento di livello minimo di regolazione anche l'introduzione o il mantenimento di sanzioni, procedure o meccanismi operativi più complessi di quanto individuato già a livello comunitario. Dunque, nella vigenza del divieto del *gold plating*, l'Italia avrebbe dovuto recepire le tre direttive tentando di abbandonare l'atteggiamento rigido e oneroso del passato, senza però che questo si traduca in scelte eccessivamente liberali e sbagliate per le necessità del nostro ordinamento: d'altronde, in dottrina è stato chiarito che *“chi interpreta il gold plating solo in direzione di un astratto modello liberale, con meno regole e più discrezionalità, si sottrae alla verifica (pur richiesta) della tutela degli interessi pubblici sottesi che, nello specifico contesto, si coniugano in larga misura con gli interessi privati che si esprimono nei mercati aperti.”*¹⁵⁷ La sfida che si riproponeva il Governo italiano, dunque era duplice: quella di recepimento delle direttive di stampo liberale seguendo le regole appena descritte e quella di mantenimento di livelli elevati nel monitoraggio e controllo nel settore del public procurement, soprattutto per contrastare la corruzione: *“se l'impegno contro la corruzione è centrale per l'intero Paese è altrettanto chiaro che appalti e concessioni non possono essere considerati ex se come l'anticamera del crimine”*¹⁵⁸. Precisate le modalità di recepimento delle direttive, non resta ora che ripercorrere le parti salienti delle stesse per poter capire come si sarebbe prospettato il quadro degli appalti pubblici con la nuova disciplina ad hoc.

1.5. Le direttive comunitarie: aspetti innovativi

Il primo aspetto di fondamentale importanza delle direttive è quello secondo cui, diversamente dal 2004, questa volta formavano una trilogia: se la 2014/24 UE disciplinava i settori ordinari e andava dunque ad abrogare la precedente direttiva 2004/18 UE; la 2014/25 UE si dedicava ai settori speciali, sostituendosi alla 2004/17 UE: la novità di maggior rilievo era dunque la previsione di un'apposita disciplina per le concessioni, per la prima volta distinte dagli appalti, che veniva regolamentata dalla direttiva 2014/23 UE. Questa scelta trovava la sua giustificazione proprio nella ratio sottesa

¹⁵⁷ P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.62.

¹⁵⁸ P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.29.

all'istituto concessorio: sfruttare il potenziale dei privati, anche e soprattutto in termini di conoscenze tecniche, per poter realizzare al meglio lavori e servizi, ricorrendo ove necessario ad istituti innovativi volti a ridurre la distanza tra privato e P.A. Per la prima volta a livello europeo viene stabilita la definizione di concessione, distinguendola da quella di appalto pubblico: *“Le concessioni sono contratti a titolo oneroso mediante i quali una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici”*¹⁵⁹. Nella stessa direttiva va segnalato poi un aspetto molto importante, che è rappresentato dalla concessione di libertà a ciascun Stato membro nella scelta tra autoproduzione ed esternalizzazione, decisione che poi influenzerà con un meccanismo a cascata, tutte le procedure e gli accorgimenti da prendere in relazione alla situazione specifica prospettata, dovendo tenere sempre a mente i rischi di corruzione, nonché di garanzia di efficienza. Passando al contenuto principale della direttiva concessioni, essa introduce un importante principio, quello della libera amministrazione delle autorità pubbliche nazionali, attraverso il quale alle stesse è ora consentito decidere le modalità con cui gestire l'esecuzione di lavori e la prestazione di servizi: in questo modo si sarebbe potuto garantire qualità, sicurezza, accessibilità, nonché la fondamentale “par condicio” tra gli operatori economici: aspetti e principi che ritroviamo soprattutto anche nelle linee da seguire nella fase di aggiudicazione, in modo tale da orientare l'attività dell'amministrazione aggiudicatrice in tal senso. Sempre con riferimento ai soggetti aggiudicatori, va precisato che *“le amministrazioni aggiudicatrici devono inoltre adottare misure adeguate per combattere frodi, favoritismi e corruzione e per prevenire efficacemente, identificare e risolvere i conflitti di interesse che possono sorgere in occasione dello svolgimento delle procedure di aggiudicazione e concessione”*¹⁶⁰. Queste disposizioni e indicazioni si ritroveranno poi nel testo della legge delega di recepimento delle direttive, e in particolare produrranno i loro effetti nella regolazione dei singoli istituti: una novità sicuramente di notevole portata, in quanto le concessioni in Italia erano state fino a quel momento disciplinate da principi desumibili dalla giurisprudenza amministrativa e dagli orientamenti, spesso contraddittori, della dottrina, con la conseguente formazione di un quadro regolatorio sicuramente poco chiaro.

Se questo il contenuto principale della direttiva concessioni, volgiamo ora lo sguardo alle altre due direttive, che si occupano di disciplinare gli appalti nei settori ordinari e speciali, distinzione già

¹⁵⁹ Direttiva 2014/23 UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

¹⁶⁰ P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.21.

avvenuta dieci anni prima. I principali contenuti innovativi da segnalare riguardano anzitutto una serie di misure volte ad incentivare l'accesso al mercato da parte delle piccole e medie imprese, con conseguente riduzione di costi amministrativi di partecipazione alle gare: sicuramente questa previsione è in linea con la volontà di semplificazione degli istituti e degli oneri burocratici, in quanto consente anche a chi apparentemente non avrebbe gli strumenti per partecipare ad una procedura ad evidenza pubblica di affacciarsi sul mercato. Nonostante in Italia il coinvolgimento delle piccole e medie imprese fosse già tutelato, le direttive, nel concreto prevedono l'incentivazione della suddivisione degli appalti in lotti, con la precisazione che qualora l'amministrazione non dovesse ottemperare a tale previsione, sarà tenuta a darne motivazione. Nell'ottica di ridurre la distanza tra operatore economico e amministrazione, la direttiva appalti prevede poi l'introduzione di nuove procedure di affidamento che mirano ad aumentare la possibilità di negoziazione tra P.A e imprese: esempi sono il partenariato per l'innovazione, il dialogo competitivo e le consultazioni preliminari di mercato, che ritroveremo poi disciplinati nel Codice dei contratti Pubblici. Sempre con il presupposto di avvicinare la pubblica amministrazione ai privati, con le direttive si prevede la possibilità di ricorrere alla trattativa privata da parte delle stazioni appaltanti e solo per i settori ordinari viene introdotta la procedura competitiva con negoziazione: novità che, come era possibile immaginare, non verranno sempre viste di buon occhio dal legislatore italiano, ancora intimorito dai fenomeni corruttivi e schivo all'eccessiva apertura.

Non resta ora che esaminare rapidamente il contenuto della direttiva sui settori speciali, ossia: acqua, energia, trasporti e servizi postali, ossia la 2014/25/UE, che si sarebbe sostituita alla 2004/17/CE. Va ricordato che la ragione dell'esclusione di tali settori dalla disciplina generale degli appalti pubblici si giustifica proprio sulla specialità intrinseca, senza però dimenticare che anche per i "settori esclusi" è opportuno prevedere una regolazione europea, da coordinare poi con le attività amministrative, anche di vigilanza, in ciascuno Stato membro. Al di là delle varie disposizioni contenute nella direttiva, tutte calibrate sulla specialità dei settori in esame, è interessante notare che il criterio di aggiudicazione sembrerebbe essere quello del prezzo più basso¹⁶¹, con una nota di sorpresa in quanto si ricordi che tale criterio, introdotto con la legge Merloni nel 1994, era stato fortemente criticato a livello comunitario a causa dell'automatismo che si creava e che determinava l'inefficienza dei servizi resi. Tuttavia, tale scelta pareva trovare giustificazione, ancora una volta, proprio sulle peculiarità dei settori speciali, in quanto è pacifico che, a proposito del criterio di aggiudicazione prioritario dell'offerta economicamente più vantaggiosa si dovrebbe tenere a mente che gli stessi enti

¹⁶¹ Cfr. P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.19.

aggiudicatori che operano nei settori speciali gestiscono un sistema di qualificazione di prodotto/soluzione che presuppone dunque una valutazione anticipata dal punto di vista qualitativo.

Tornando alla portata innovativa di tali direttive nel loro complesso, rispetto alle direttive del 2004, alle quali va comunque riconosciuto il merito di aver dato un assetto più organico alla disciplina del public procurement, a distanza di dieci anni si è deciso di ampliare lo spettro operativo per non soffermarsi solo ed esclusivamente su una disciplina di dettaglio. Si è infatti per la prima volta compresa l'importanza strategica degli appalti pubblici, con la conseguente necessità di una normativa chiara che possa garantire, oltre alla certezza del diritto, anche la tutela di importanti valori quali la concorrenza, l'efficacia della spesa pubblica, le cui criticità vanno combattute, oltre che con strumenti di vigilanza e controllo, anche a monte, con un quadro normativo snello e preciso.¹⁶² Le stesse direttive dunque si ripropongono di agire su più fronti: proprio nella parte "Considerando" delle tre direttive si trova affermato che gli appalti svolgono un ruolo di fondamentale importanza nell'attuazione della strategia "Europa 2020"¹⁶³, con l'obiettivo prioritario di un uso più efficiente possibile dei finanziamenti pubblici. Ecco che si spiegano dunque, le misure di incentivazione per la partecipazione delle piccole e medie imprese e di omogeneizzazione delle procedure di gara. Anche le centrali di committenza, sempre in quest'ottica inclusiva e di sostenibilità, saranno chiamate a svolgere un ruolo fondamentale: con l'ausilio di professionalità giuridiche ed economiche e grazie all'impiego di strumenti elettronici per la digitalizzazione si dovrà assicurare maggiore trasparenza e sicurezza nello svolgimento delle procedure, onde evitare l'innestarsi di accordi illeciti, per il perseguimento di interessi personali, che si traducano in pratiche corruttive.¹⁶⁴ Si dovrà poi necessariamente procedere ad una revisione dell'intero sistema, stante l'impossibilità di mantenimento di gare autonome frammentate in oltre 30 mila amministrazioni aggiudicatrici. Il tutto accompagnato da disposizioni con le quali perseguire sempre più obblighi di trasparenza, nell'ottica di *"una disclosure che si estenda esattamente fino al punto in cui non risulti più conveniente tentare di comprare l'infedeltà o la scorrettezza dei funzionari pubblici e imprese. [...] Inoltre una più ampia trasparenza dei dati favorisce le attività di benchmarking nazionali ed europee che contribuiscono a*

¹⁶² Cfr. C. Saltelli, *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.360-363.

¹⁶³ È la strategia decennale UE volta a favorire una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva, con un maggior coordinamento della politica economica e sociale tra Unione europea e Stati membri.

¹⁶⁴ Cfr. G. M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p. 413.

far emergere le più evidenti anomalie e i sintomi di corruzione".¹⁶⁵ Una serie di misure che saranno ovviamente coordinate con l'attività svolta dall'ANAC, cui sarà dedicato l'intero terzo paragrafo di tale capitolo.

Quello che ci si aspetterà dal recepimento di queste direttive sarà dunque un'integrale riscrittura del Codice di contratti pubblici, piuttosto che l'ennesimo innesto in un codice già ampiamente modificato nei dieci anni trascorsi. Nei prossimi paragrafi si analizzeranno dunque le novità che con la legge delega 50/2016 sono intervenute nel settore del public procurement in Italia e si vedrà soprattutto come il ruolo dell'ANAC dovrà essere centrale e ancor più corredato da ampi poteri, al fine di combattere uno dei mali principali che ancora intacca il sistema appalti: la corruzione.

2. La nascita del Codice dei contratti pubblici con il D.lgs. n. 50/2016

Nel precedente paragrafo si è ampiamente parlato delle criticità riscontrate nella regolamentazione del delicato settore del public procurement, con gli annessi problemi soprattutto afferenti alla corruzione e all'inefficienza dell'operato della P.A, tanto che a livello comunitario è risultato necessario un intervento tempestivo: questo paragrafo sarà invece dedicato al tracciamento delle principali novità del Codice dei contratti pubblici, nato proprio dal recepimento delle tre direttive europee, grazie alle quali si è rivisto l'assetto ormai inadeguato dettato dal Codice del 2006 e le successive modifiche.

2.1. La legge delega discussa in Parlamento

Esaminando nello specifico la legge delega, questa avrebbe dovuto seguire una serie di principi nell'azione di recepimento delle direttive, tra cui la compilazione di un unico testo normativo, recante le disposizioni legislative in materia di affidamento e gestione di appalti e concessioni, nel rispetto dei principi del TFUE; una ricognizione e riordino del quadro normativo vigente in tale settore, per razionalizzare e ridurre il complesso delle disposizioni vigenti, nell'ottica, come trattato prima, di semplificare quanto più possibile i procedimenti. Secondo tali linee guida contenute nella legge

¹⁶⁵ G. M. Racca, *Dall'autorità sui contratti pubblici all'autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.418.

delega, la manovra di recepimento avrebbe dunque dovuto far ruotare il sistema del public procurement attorno a tre fonti normative: il codice unico dei contratti, un regolamento recante la disciplina esecutiva e attuativa del codice, il quale tuttavia verrà sostituito da linee guida di carattere generale, rientranti nella terza fonte: la *soft law*¹⁶⁶, derivante dalle pronunce dell'ANAC stante l'ampliamento dei suoi poteri, cui sarà dedicato un intero paragrafo. Il Parlamento dunque aveva preferito optare per il diretto riordino del Codice dei contratti, piuttosto che per uno sdoppiamento di termine, il primo che avrebbe visto l'ordinamento italiano recepire le direttive europee e solo successivamente procedere alla riforma del settore degli appalti, agendo sul codice: tale scelta venne motivata dalle Camere tenendo conto del fatto che il doppio termine di recepimento avrebbe comportato necessariamente un periodo di incertezza giuridica circa le norme applicabili nel settore.¹⁶⁷

2.2. Il Codice dei contratti pubblici: gli aspetti procedurali

Dopo aver chiuso il cerchio delle incertezze e problematicità legate al recepimento delle direttive, non resta che, codice alla mano, esaminare le principali novità che si possono leggere negli articolati contenuti nel D.lgs. n. 50/2016, il quale, assieme alla prassi e alle linee guida, avrebbe sostituito il vecchio Codice del 2006 e abrogato il relativo regolamento di esecuzione adottato con d.P.R. nell'ottobre del 2010. Quel che balza subito agli occhi è la struttura più snella e ordinata rispetto a quanto si era previsto dieci anni prima: con un totale di sei parti, suddivise in titoli, il Codice dei contratti pubblici risultava ora composto da poco più di duecento articoli. Le principali direttrici lungo cui gli stessi si sviluppano riguardano novità che coinvolgono tutte le fasi della gara pubblica: a partire dall'introduzione di nuovi criteri di aggiudicazione, passando per una serie di istituti che afferiscono al momento dell'aggiudicazione di un contratto, senza dimenticare di disciplinare anche il lato della domanda, mediante la previsione di una disciplina articolata delle aggregazioni tra stazioni appaltanti, alle quali verrà altresì dedicato un apposito sistema di qualificazione. Per quanto riguarda ulteriori istituti giuridici rilevanti, si segnala l'introduzione del Documento di Gara Unico Europeo e dei cataloghi elettronici per favorire procedure snelle e rapide. Sempre sulla scia di tali presupposti, si è sentita la necessità di intervenire anche nella fase di esecuzione del contratto, prevedendo, tra le altre

¹⁶⁶ Si veda P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.60.

¹⁶⁷ Cfr. M. P. Chiti, *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.114-115.

cose, la riduzione dei formalismi di gara ai fini della comprova dei requisiti, nonché il divieto di ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori. Chiaramente nel testo non è mancata l'attenzione verso la problematica della corruzione, combattuta per la verità anche attraverso l'auspicio che la semplificazione potesse ridurre gli spazi d'ombra che da sempre ne favorivano la crescita: in materia di anticorruzione, si prevede ora l'introduzione di nuovi obblighi di pubblicazione, nonché l'introduzione di forme di monitoraggio dei contratti, al fine di implementare il raggio d'azione della trasparenza amministrativa. Tenendo sempre a mente il pericolo di infiltrazione criminale in questo settore così ambito per la grande ed intrinseca portata economica, se da un lato sono agevolate diverse forme societarie, anche eventualmente con una componente prettamente pubblicistica, vengono delineati con parsimonia i confini entro cui i contraenti che presentano determinate caratteristiche possano partecipare alle gare ed eventualmente, contrarre con la P.A. Si prenda come riferimento il caso degli affidamenti "*in house*"¹⁶⁸, in cui, oltre al necessario possesso di determinati requisiti in capo al soggetto affidatario, viene predisposta l'istituzione presso l'ANAC di un elenco delle amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti delle proprie società, per l'appunto, *in house*.¹⁶⁹ Tramite l'iscrizione a tale elenco, si riesce dunque a monitorare con maggior sicurezza, l'attività svolta dagli iscritti e la valutazione dell'effettiva pubblicazione degli atti sul profilo di committente, nella sezione denominata "amministrazione trasparente". Passando ora all'esame di un altro aspetto innovativo del Codice del 2016, è interessante vedere come, nell'ambito della procedura di scelta del contraente si sia optato per una graduazione delle procedure sulla base del livello di definizione dell'oggetto dell'appalto: questo è un chiaro esempio di come, nonostante l'avvenuto recepimento delle direttive di stampo liberale, l'Italia non abbia voluto abbassare la guardia con riferimento ad uno dei momenti più delicati nella procedura ad evidenza pubblica, per evitare di incorrere ancora in situazioni di inefficienza operativa o ancora, di accordi illeciti tra i contraenti e la P.A. Ecco allora spiegata la previsione di una serie di istituti che avrebbero operato in presenza di un basso livello di definizione dell'oggetto del contratto, distinti da quelli cui ricorrere nell'ipotesi inversa; il tutto seguendo, come detto prima, un meccanismo graduale onde evitare automatismi. Agli estremi di tale schema si vede collocato, nel caso in cui l'oggetto del contratto sia indeterminato, l'istituto del partenariato per l'innovazione, seguito dal dialogo competitivo, attraverso il quale è possibile un confronto diretto tra P.A e operatore economico nella scelta della miglior soluzione possibile. Accanto a questi due istituti

¹⁶⁸ Le società *in house* sono società di diritto privato che però operano come braccio operativo di un ente pubblico, il quale le controlla come fossero proprie.

¹⁶⁹ Cfr. Art. 192 del D.lgs. n. 50/2016.

si collocano poi la procedura negoziata senza bando e la procedura competitiva con negoziazione, attivabile nel caso in cui le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non avrebbero potuto essere soddisfatte senza l'adozione di soluzioni non ancora però, disponibili sul mercato. Chiaramente il ricorso a tale procedura presuppone la presenza di circostanze particolari, accanto al necessario presupposto dell'impossibilità di definire con sufficiente precisione le specifiche tecniche del contratto.¹⁷⁰ Passando ora all'ipotesi in cui il livello di definizione dell'oggetto dell'appalto sia qualificabile come alto, troviamo gli istituti della procedura ristretta e della procedura aperta, già previsti dal precedente codice, i quali si intrecceranno poi con altri istituti innovativi, tra cui il sistema dinamico di acquisizione e i cataloghi elettronici. Una procedura interessante da segnalare è poi quella che disciplina l'istituto dell'offerta anormalmente bassa¹⁷¹, la quale è vista come un campanello d'allarme che può segnalare la presenza di pratiche corruttive sottostanti. Nello specifico, qualora si sia optato per il criterio del miglior rapporto qualità prezzo, la congruità delle offerte dovrà essere valutata sulla base di quelle che presentano sia i punti relativi al prezzo, che la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione; se invece il criterio utilizzato è quello del minor prezzo, l'idoneità delle offerte sarà valutata su quelle che presentano un ribasso pari o addirittura superiore ad una soglia anomala predeterminata. Il procedimento di verifica vedrà coinvolti la stazione appaltante, la quale inoltrerà una richiesta all'operatore economico interessato per far sì che lo stesso possa poi trasmettere le spiegazioni: l'offerta sarà esclusa solo se queste non risulteranno idonee a giustificare il basso livello di prezzi o di costi proposti, ovvero ancora se l'offerta non dovesse rispettare una serie di obblighi predisposti dal codice stesso. Un'ulteriore novità è riscontrabile anche nell'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, istituto che, insieme agli altri, mira ad evitare quanto più possibile lo scenario peggiore: la turbativa d'asta.

2.3. Il Codice dei contratti pubblici: più efficienza e meno corruzione

Se queste, le novità strettamente afferenti agli aspetti procedurali, meritano una trattazione separata gli articoli, rivolti direttamente ai soggetti coinvolti in una gara, dedicati al miglioramento dell'efficienza operativa nel settore appalti, nonché al contrasto alla corruzione. Centrale in questa tematica è l'articolo 80¹⁷² del D.lgs. n. 50/2016, il quale, nel dettare i motivi di esclusione da una gara pubblica, costituisce uno degli elementi più importanti per il perseguimento di principi quali la

¹⁷⁰ Si vedano gli artt. 62 e 59 del D.lgs. n. 50/2016

¹⁷¹ Cfr. art.97 del D.lgs. n.50/2016.

¹⁷² Tale articolo è stato poi oggetto di modifiche con il D.lgs. n.56/2017, che ne ha esteso l'applicazione soggettiva e la portata.

correttezza e la trasparenza, fortemente sentiti anche a livello comunitario e riscontrabili nelle stesse direttive: gli obiettivi principali erano infatti quelli di dissuadere gli operatori economici dal porre in essere comportamenti scorretti tali da incidere sull'affidabilità dell'impresa, e salvare al contempo gli operatori economici che invece si fossero resi colpevoli di meri errori formali o di negligenze lievi. In aggiunta ai motivi di esclusione già disciplinati dal dall'art.38 del vecchio codice¹⁷³, ne vengono introdotti di nuovi, tra cui, il trovarsi in una situazione di conflitto di interesse irrisolvibile, sorta proprio dalla domanda di partecipazione dell'operatore alla procedura; e ancora, l'ipotesi di distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto in questione, ovvero il caso in cui un'impresa si trovi in uno stato di decozione a seguito di dichiarazione di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o ancora di ammissione al concordato preventivo.¹⁷⁴ Sempre l'articolo 80 prevede poi, tra i motivi di esclusione alla gara, l'ipotesi in cui il titolare di un'impresa individuale, ovvero un socio di una S.N.C. e ancora i soci accomandatari di una S.A.S. si siano resi responsabili di una serie di reati elencati nell'articolo stesso.¹⁷⁵ E ancora, ai commi 4 e 5 vengono dettate delle ulteriori ipotesi di esclusione: mentre nel primo caso si tratta di violazioni gravi circa obblighi fiscali e previdenziali, sul presupposto che si tratti di debiti definitivamente accertati e inoppugnabili; il comma successivo¹⁷⁶ riconosce alla stazione appaltante la facoltà di escludere l'operatore economico dalla gara ove venga dimostrata la colpevolezza riguardo a gravi illeciti professionali tali da renderne dubbia la professionalità e l'integrità, come ad esempio in caso di carenze riscontrate nell'esecuzione di un precedente contratto che hanno condotto alla risoluzione anticipata dello stesso. Chiaramente tale previsione necessita di un utilizzo ponderato e pertanto, al fine di evitare rigidi automatismi che restringano l'area della portata valutativa della stazione appaltante, si richiede un obbligo di dimostrazione e di adeguata motivazione circa l'effettiva rilevanza e gravità della condotta passata contestata. Sul punto, si segnala inoltre il recente intervento della Corte Europea, la quale ha affermato che: *“la nozione di errore nell'esercizio della propria attività professionale comprende qualsiasi comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico di cui trattasi”*¹⁷⁷, dal quale si deduce dunque il monito rivolto alle stazioni appaltanti di verificare l'incidenza della condotta dell'operatore economico, tenendo comunque conto di tutte le circostanze rilevanti. Sull'articolo 80 è opportuno poi fare un'ulteriore precisazione, in quanto se i commi esaminati fino

¹⁷³ Si veda par.5.1, cap. 2.

¹⁷⁴ Si veda art.80, comma 5, lett.b. del D.lgs. n. 50/2016.

¹⁷⁵ Si veda art.80, c.1, del D.lgs. n. 50/2016.

¹⁷⁶ Ci si riferisce al comma 5 dell'art.80 così come novellato dal correttivo e dallo Sbloccacantieri.

¹⁷⁷ Corte UE, IX Sez., Sent. 4 giugno 2019 n.425, Causa C-425/18.

ad ora denotano un atteggiamento di sfiducia e di chiusura nei confronti di quegli operatori economici che apparentemente non sono in grado di dimostrare la loro affidabilità morale, va segnalato un istituto di portata innovativa: il *self cleaning*.¹⁷⁸ La base normativa dell'istituto è l'art.57 della direttiva 2014/24/UE, poi recepito nel comma 7 del succitato articolo: esso si applica alle sole ipotesi di condanna definitiva riportate al primo comma, limitatamente ai casi in cui si tratti di condanna non superiore ai diciotto mesi, ovvero qualora sia stata riconosciuta l'attenuante della collaborazione, e ancora, in tutte le ipotesi prospettate dal comma 5.¹⁷⁹ In tutte queste situazioni, all'operatore economico è concessa la possibilità di provare di aver risarcito qualunque tipo di danno causato dal reato o dall'illecito e di essersi inoltre attivato per prevenire ulteriori reati o illeciti.¹⁸⁰ Nonostante tale istituto sia di derivazione comunitaria, va comunque precisato che la portata applicativa italiana risulta notevolmente ridimensionata rispetto a quanto previsto nella direttiva, e si disegnano quindi in modo preciso i limiti entro cui poterne fare ricorso: un esempio è la non estensibilità dell'istituto ai soggetti destinatari di misure di prevenzione o interdizione antimafia, stante la peculiarità di tali situazioni illecite¹⁸¹. Proprio tale disposizione, infatti, riveste un ruolo importante, in quanto è in questa sede che il Codice antimafia¹⁸² sembra aver trovato un'attuazione nella disciplina del public procurement così come rivisitata alla luce delle direttive comunitarie. La rilevanza di tale innesto si può vedere chiaramente nell'attenta regolazione dedicata alle diverse ipotesi in cui l'operatore economico abbia una vicinanza, più o meno significativa, con il "mondo" delle mafie. Partendo dall'ipotesi più grave, ossia di interdittiva emessa nei confronti dell'aggiudicatario, in questo caso la stazione dovrà comminare l'esclusione dalla gara, facendo perdere automaticamente efficacia all'aggiudicazione e determinando l'automatico scorrimento della graduatoria della gara. Qualora, poi, il contratto nelle more dovesse essere stato eseguito, l'annullamento o la revoca del provvedimento non determineranno il diritto per l'aggiudicatario di ottenere quanto perduto. Ancora, nel caso in cui il contratto di appalto sia stato già stipulato e solo successivamente venga accertato il tentativo di infiltrazione antimafia, le stazioni appaltanti, ricevuta l'informazione di interdittiva, recedono dal contratto, facendo salvo il pagamento delle opere già eseguite. Al di là del successivo comma, che prevede eccezioni rispetto a quanto detto finora, e pur segnalando che il correttivo del

¹⁷⁸ È un meccanismo finalizzato a stimolare ravvedimenti virtuosi e condotte orientate alla prevenzione, al fine di consentire all'impresa concorrente di dimostrare la sua affidabilità a dispetto della presenza di un motivo di esclusione dalla gara.

¹⁷⁹ Cfr. A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, pp.120-122.

¹⁸⁰ Cfr. G. Pesce, *L'ammissione alle procedure (artt.79-82)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.634-635.

¹⁸¹ Si veda art.80, c.2 del D.lgs. n.50/2016.

¹⁸² Si tratta del D.lgs. n. 159/2001.

2017 al Codice dei contratti ha comunque apportato delle modifiche a tale meccanismo operativo, ciò che giova in questa sede evidenziare è la particolarità dell'articolo 80 del Codice, il quale *“individua un sistema di cerchi concentrici: il rispetto dei requisiti di ordine morale, che a loro volta implicano anche il rispetto della normativa antimafia in tutte le fasi del procedimento di gara e anche successivamente in sede di esecuzione del contratto”*¹⁸³, con la previsione di norme che non lasciano spazio alla discrezionalità e che vincolano la stazione appaltante, la quale non può mettere in discussione un provvedimento il cui apprezzamento è riservato in via esclusiva all'Autorità di pubblica sicurezza. Ci si chiede, allora, se il sistema che viene a crearsi dall'intreccio del public procurement con la disciplina antimafia possa considerarsi compatibile con quanto previsto dalle direttive, soprattutto alla luce del divieto di gold plating sopra citato. A dar risposta a tale quesito è intervenuto il Consiglio di Stato¹⁸⁴, il quale ha interpretato il concetto di divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli richiesti dalle direttive, in una prospettiva di riduzione dei soli oneri necessari, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di salvaguardia di valori costituzionali.¹⁸⁵ Il Consiglio di Stato, inoltre, per giustificare tali previsioni restrittive, fece leva proprio su una pronuncia della Corte UE, nella quale era stato affermato che: *“va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza”*¹⁸⁶, così da mantenere in vigore il quadro precedentemente esaminato.

Se queste disposizioni tendono ad arginare la presenza di fenomeni corruttivi attraverso delle previsioni, per così dire, in negativo, in quanto nell'ipotesi in cui emerga uno dei motivi rientranti nelle cause di esclusione il soggetto verrà appunto estromesso; meritano di essere presi in considerazione anche i criteri di selezione del contraente, individuati come: *“a) i requisiti di idoneità professionale; b) la capacità economica e finanziaria; c) le capacità tecniche e professionali”*.¹⁸⁷ In tal modo dunque, si riesce a disegnare un sistema in cui nel momento della scelta del contraente, oltre a dover tener conto delle procedure adatte a ciascuna situazione, si dovrà guardare all'esistenza effettiva di quanto richiesto dall'articolo succitato: in questo modo la scelta avverrà sicuramente tra un novero di soggetti che possono comunque vantare un'adeguata professionalità, nonché di capacità tecniche specifiche e infine, non meno importante, vi è una garanzia dal punto di vista della

¹⁸³ G. Pesce, *L' ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.619.

¹⁸⁴ Si veda Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n.855.

¹⁸⁵ Cfr. G. Pesce, *L' ammissione alle procedure*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp. 620-621.

¹⁸⁶ Corte UE, V Sez., Sent. 22 ottobre 2015, causa C-425/14.

¹⁸⁷ Art.83, c.1 del D.lgs. n.50/2016.

sostenibilità economica nella realizzazione del contratto, stante la necessaria e comprovata capacità economico e finanziaria. Legato a tale aspetto della valutazione di requisiti in capo agli operatori privati si ricollega poi l'importante istituto del rating d'impresa¹⁸⁸, il quale si sostanzia in un meccanismo connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. Tali requisiti reputazionali dovranno tenere conto del rating di legalità rilevato dall'ANAC, in collaborazione con l'AGCM, dei precedenti comportamenti dell'impresa ed infine della regolarità contributiva dei tre anni precedenti. Tutto il sistema verrà curato e gestito dall'Autorità nazionale anticorruzione, con i relativi premi o penalità e rilascerà egli stessa l'apposita certificazione all'impresa privata. Merita infine uno sguardo il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, riscontrabile nell'art. 38 del Codice. Con lo scopo di attestare il possesso della capacità organizzativa e professionale necessaria ad indire appalti, si prevede l'istituzione, ancora una volta presso l'ANAC, di un apposito elenco di stazioni appaltanti qualificate, nel quale sono ricomprese altresì le centrali di committenza, con una validità quinquennale rinnovabile. Tale qualificazione chiaramente si basa su dei parametri specifici, quali: presenza di idonee strutture organizzative all'interno dell'ente, adeguata competenza del personale preposto, un numero determinato di gare svolte nell'arco dei cinque anni ed infine il rispetto dei termini e il numero di varianti concesse. Oltre a questi requisiti, l'ANAC ne può riconoscere ulteriori, sulla base delle misure anticorruzione adottate ovvero sull'uso di tecnologie telematiche nelle procedure di gara. Come si può vedere, dunque, l'organizzazione delle stazioni appaltanti è una tematica particolarmente cara al Legislatore e verso cui si avverte la necessità di una regolazione di dettaglio *ad hoc*: ma perché questa attenzione nei confronti del ruolo ricoperto dalle stesse? Per rispondere alla domanda basti pensare, anzitutto, alla veste da protagonista della stazione appaltante all'interno di una procedura di gara, in quanto è colei che "dialoga" direttamente con gli operatori economici, compiendo altresì la scelta definitiva, pur sulla base del rispetto di oneri procedurali; inoltre, anche grazie a determinate disposizioni del Codice, tra cui l'art. 30, si può senza dubbio riconoscere il ruolo della stazione appaltante quale garante dei lavoratori, durante l'intera procedura di gara.¹⁸⁹ Sulla base di queste premesse è quindi comprensibile la linea d'azione a contrasto della corruzione perseguita proprio attraverso la disciplina dei conflitti di interesse che potrebbero far capo ai soggetti della stazione

¹⁸⁸ Con il D.lgs. n. 56/2017 (decreto correttivo), il rating d'impresa diventerà facoltativo, e dunque solo a carattere premiale.

¹⁸⁹ Cfr. M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.224-226.

appaltante, dal momento che spetta a quest'ultima perseguire l'interesse pubblico nell'affidare a un determinato soggetto la realizzazione dell'oggetto del contratto, ed è dunque inaccettabile che sia proprio tale soggetto a trovarsi in una posizione ambigua: “*in altri termini, si discute di come le stazioni appaltanti agiscono e di come queste realizzino tale domanda pubblica*”.¹⁹⁰ In particolare, l'articolo in esame è il 42, che affronta il tema dei conflitti di interessi nei suoi caratteri generali, preoccupandosi soprattutto dell'organizzazione all'interno delle stazioni appaltanti in modo tale da ridurre al minimo i rischi che ne potrebbero derivare, soprattutto di stampo corruttivo. Gli elementi essenziali per poter esprimere correttamente la domanda pubblica nel settore del public procurement diventano dunque, accanto alla qualificazione esaminata prima, anche l'imparzialità e l'aggregazione, attraverso cui si cerca altresì di porre un freno alla crescita dei fenomeni corruttivi. E proprio per raggiungere tale obiettivo, come segnalato prima, è indispensabile investire una serie di disposizioni sull'assetto delle stazioni appaltanti, oltre che attraverso la professionalizzazione delle stesse, anche con una dettagliata classificazione dei vari tipi di conflitti di interesse. Provando a dare una definizione a quest'ultimo concetto, possiamo dire che il conflitto di interessi si basa anzitutto su un'indebita interferenza che va a coinvolgere l'interesse posto a fondamento del potere, da un lato, e un secondo interesse incompatibile con il primo, oltre che non perseguibile se non attraverso il suo sacrificio.¹⁹¹ A questo punto, si può passare all'analisi delle diverse teorie che si sono affermate in materia e che risultano utili per categorizzare il livello di conflitto di interesse e le relative sanzioni applicabili. Se, ad esempio, si considera il carattere puramente “statico” del conflitto di interessi, quest'ultimo si verifica ogni volta che entrano in gioco più interessi anche solo potenzialmente in conflitto tra loro: ciò che rileva è la mera ed ipotetica, ma concreta, situazione in cui la realizzazione di uno degli interessi determinerebbe l'automatico impedimento della soddisfazione dell'altro, senza prendere in considerazione il modo di agire degli individui. Viceversa, qualora considerassimo il conflitto di interessi dal punto di vista “dinamico”, in questo caso non ci si limita a prendere in considerazione il contenuto degli interessi coinvolti e ci si spinge ad analizzare il comportamento posto in essere dai soggetti in questione.¹⁹² Sulla base di queste valutazioni, diversamente da quanto accaduto a livello comunitario, il Legislatore italiano aveva da tempo avvertito l'esigenza di introdurre una disciplina ad hoc per contrastare la presenza di conflitti di interesse: qui si rilegge chiaramente il diverso approccio tra Unione europea e normativa interna, ma questa volta è da

¹⁹⁰ F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.391.

¹⁹¹ Cfr. F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.395.

¹⁹² Cfr. F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.395-396.

segnalare che a prendere spunto da un modello di gestione già in parte consolidato era stato il Parlamento Europeo, che, nell’emanazione delle direttive del 2014 ha mostrato particolare attenzione verso questa tematica, così che, anche nell’opera di recepimento, il vecchio Codice dei contratti è stato riscritto con un atteggiamento ancora più sensibile verso la disciplina del conflitto di interesse, terreno fertile per i fenomeni corruttivi. La nuova disciplina sul conflitto di interesse si innesta dunque su una base normativa già consolidata nel D.lgs. n.163/2006, precisamente all’articolo 84, ma ampliandone notevolmente la portata applicativa si apre ora con un monito rivolto alle stazioni appaltanti in cui si individua il compito di prevedere “*misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse*”¹⁹³. Spostandoci ora, al secondo comma, anche qui troviamo un’ulteriore conferma del fatto che la disciplina del conflitto di interesse ha una portata notevolmente più estesa rispetto al passato: ora, nel definire il concetto di conflitto di interesse, si fa riferimento al “*personale*” della stazione appaltante e non più solo ai membri delle Commissioni giudicatrici; inoltre, alla nozione di “*personale*” viene attribuita un’interpretazione estensiva, tanto da ricomprendere al suo interno anche coloro che, benché non legati da un effettivo rapporto di lavoro con la stazione appaltante, prestano un’attività in favore di quest’ultima.¹⁹⁴ Da ciò emerge una chiara volontà di controllare e prevenire la presenza di situazioni ambigue che all’interno di una gara oltre a poter compromettere il regolare svolgimento, tradursi in accordi illeciti basati proprio sulla particolare situazione cui versa il cd. “*personale*”. A tal proposito, lo stesso articolo 42, prevede che coloro i quali versino in una situazione di conflitto di interesse, inteso dunque dal punto di vista cd. statico, devono darne immediata comunicazione e astenersi dal partecipare alla procedura ad evidenza pubblica, pena l’irrogazione di sanzioni disciplinari: ancora una volta, si va ad estendere l’applicabilità di tale disciplina rispetto a quanto era previsto nel precedente codice, dove l’articolo 84 proponeva una nozione del conflitto di interessi solo dal punto di vista cd. dinamico, richiedendo dunque l’esistenza di un’effettiva condotta potenzialmente lesiva di alcuno degli interessi in gioco. Sul punto si è inoltre più volte espresso il Consiglio di Stato e giova in questa sede menzionare la precisazione in merito all’interesse rilevante per l’insorgenza del conflitto: come detto prima, infatti, è stato chiarito che la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che

¹⁹³ Art.42 del D.lgs. n.50/2016.

¹⁹⁴ Cfr. F. Mataluni, *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.401.

la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare attraverso la prescrizione del divieto di prescrizione.¹⁹⁵

2.4. L'importanza della trasparenza per la lotta alla corruzione

“*Trasparenza e anticorruzione sono colte e viste come parti di un'endiadi e le parole sono spesso utilizzate addirittura l'una in luogo dell'altra*”¹⁹⁶: questo quello che emerge in dottrina quando si parla di trasparenza e lotta alla corruzione. Non solo da questa riflessione, ma anche dalla misurazione del più volte citato CPI, in riferimento al quale il punteggio massimo pari a dieci corrisponde al grado più alto di trasparenza, mentre lo zero è associato al maggior grado di diffusione della corruzione.¹⁹⁷ Lo stretto rapporto che lega tale fenomeno ad un'attività amministrativa non conforme a trasparenza ha pertanto condotto il Legislatore a prendere atto di ciò, soprattutto alla luce di un'importante considerazione: esiste infatti, un ulteriore rapporto, questa volta inverso, secondo cui ad una politica strategica incentrata su oneri pubblicitari, corrisponderà un segnale positivo per l'anticorruzione¹⁹⁸. Per avere un'idea ancora più chiara di cosa significhi agire avendo riguardo della trasparenza, è utile citare una metafora particolarmente evocativa: “*Sunlight is said to be the best of disinfectants; electric light the most efficient policeman*”.¹⁹⁹ Con tale espressione, traducibile in “*la luce del sole è il miglior disinfettante, la luce elettrica il poliziotto più efficiente*” si vuole far capire l'importanza di porre l'azione amministrativa, anche quella dei privati che vengono coinvolti in rapporti con la P.A., sotto un riflettore, in modo tale da poter monitorare e verificare eventuali condotte illecite, da poter bloccare sul nascere. Si ricordi, inoltre, che la trasparenza funge da fattore negativo nel calcolo dei costi corruttivi²⁰⁰, riducendo notevolmente l'impatto economico che invece tradizionalmente deriva da condotte poco limpide. Fatte tali premesse, è utile volgere lo sguardo alla normativa dedicata alla trasparenza, che coinvolge non solo l'attività amministrativa in generale, ma anche e soprattutto il settore che in questo elaborato è oggetto di un approfondito esame: il public procurement.

Continuando infatti la disamina delle disposizioni del Codice più rilevanti e utili per la lotta alla corruzione, è doveroso segnalare come si sia puntata l'attenzione sulla trasparenza, che funge in

¹⁹⁵ Si veda Cons. Stato, V Sez., Sent. 11 luglio 2017, n.3415.

¹⁹⁶ E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019, p.498.

¹⁹⁷ Per un approfondimento si veda A. Vannucci, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010, pp.43-44.

¹⁹⁸ Sul punto si veda E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019, pp.503-504.

¹⁹⁹ L. Brandeis, *What publicity can do*, in *Harper's Weekly*, 20 dicembre 1913, p.10.

²⁰⁰ Cfr. par.1.2, cap.1.

questo specifico caso da garanzia della legittimità dell'operato sia della P.A. che degli operatori privati. Anzitutto va ribadito che il principio della trasparenza gioca un ruolo fondamentale sotto almeno due punti di vista: è pacifico in dottrina che *“da un lato consente agli operatori di avere un panorama di informazioni il più completo possibile e, di conseguenza, di presentare un'offerta quanto più efficace possibile [...] per altro verso, impone all'amministrazione di rendere trasparenti i propri iter decisionali e le proprie valutazioni in ordine alle modalità di impiego delle risorse pubbliche”*²⁰¹. Per far capire ancor di più la rilevanza di tale principio, è utile un breve excursus su come negli anni il Legislatore ha tentato di orientare l'attività di pubblici e privati verso l'adozione di procedure limpide e, appunto, trasparenti. Già il precedente codice conteneva una disposizione con portata generale che avrebbe trovato applicazione con riferimento alla disciplina sulla contrattazione pubblica e si traduceva nella necessità di garantire la posizione giuridica di tutti quei concorrenti che fossero stati interessati a conoscere le condizioni sostanziali e procedurali relative all'appalto.²⁰² Tuttavia, se fino a quel momento la trasparenza veniva concepita nell'ottica di tutela degli interessi giuridicamente rilevanti per il singolo, successivamente si è avvertita l'esigenza di dare nuova linfa al principio, tanto da diventare fondamentale per lo svolgimento di una funzione di controllo circa il rispetto dell'imparzialità e del buon andamento dei pubblici poteri *“possibile solo attraverso un'accessibilità totale ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni”*²⁰³. Chiaramente tali concetti non rientrano solamente nei valori dell'etica pubblica, ma contribuiscono attivamente alla riduzione dei fenomeni corruttivi: va infatti segnalato che la legge 190/2012 di cui si è parlato precedentemente, è stata recentemente riformata dal D.lgs. n. 97/2016, il quale, tra le altre cose ha rinforzato gli oneri di pubblicazione a carico delle stazioni appaltanti. Per quanto riguarda invece il Codice, l'articolo dedicato all'attenzione di tali tematiche rubricato come *“Principi in materia di trasparenza”*,²⁰⁴ con contestuale fissazione di precisi obblighi di pubblicazione, promuovendo in un certo senso la sovrapposizione tra il principio di trasparenza e quello di pubblicità, invece nettamente distinti nel vecchio codice. Sempre confrontando il nuovo sistema con quello precedente, l'accesso ai documenti di gara diviene la regola, con l'auspicio dell'adozione di strumenti di pubblicità di tipo informatico gestiti dall'ANAC. All'articolo 29 va poi riconosciuta una chiarezza e completezza testuale non

²⁰¹ M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici* (artt. 29, 30, 34, 50, 51), in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.207.

²⁰² Si veda art.2 del D.lgs. n.163/2006.

²⁰³ M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici* (artt. 29, 30, 34, 50, 51), in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.208.

²⁰⁴ Art.29 del D.lgs. n. 50/2016.

indifferente: esso specifica infatti che l'obbligo di pubblicazione e aggiornamento costante sul sito web delle singole amministrazioni, investirà non solo le procedure di affidamento e dunque la fase decisoria, ma altresì il momento della programmazione di opere, servizi e forniture, in quanto è proprio in tale fase che trova spazio l'atto di destinazione delle risorse pubbliche. Infine, nel contenuto dell'articolato c'è un espresso richiamo alle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 33/2013, con la precisazione all'accesso civico introdotto da quest'ultimo, si aggiunge il generale obbligo di pubblicazione in capo alle P.A nelle apposite sezioni dedicate.²⁰⁵ Sul punto, risulta interessante una riflessione in particolare sull'accesso civico generalizzato e la sua applicazione alle procedure ad evidenza pubblica: se infatti, è vero che con tale istituto i cittadini sono posti nella condizione di poter monitorare sull'attività della pubblica amministrazione, stante gli obblighi di pubblicazione nelle piattaforme digitali; sorge un dubbio qualora si ipotizzi l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alle gare pubbliche, contesti in cui vengono coinvolti interessi particolarmente rilevanti di cui se ne fanno portatori i diversi operatori economici partecipanti. Nel contesto della gara pubblica, infatti, la trasparenza e la pubblicità, per quanto siano valori rilevanti, devono, da sempre, convivere con la necessità di tutela della segretezza delle informazioni degli operatori economici e con il rispetto della privacy in riferimento a informazioni sensibili: è dunque applicabile l'accesso civico generalizzato nel contesto delle procedure ad evidenza pubblica? La risposta a tale domanda è rintracciabile proprio nella più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha posto fine ai dubbi sorti in merito. Per comprendere al meglio la decisione dell'Adunanza Plenaria, è tuttavia doveroso menzionare altre due pronunce del Consiglio di Stato circa l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla gara pubblica, le quali hanno alimentato il contrasto giurisprudenziale già esistente. Sul punto, un primo filone giurisprudenziale perseguiva infatti un'interpretazione letterale e statica dell'articolo 53 del Codice dei contratti pubblici, statuendo un'esclusione assoluta della disciplina dell'accesso civico generalizzato alle procedure di gara, e facendo leva sugli interessi in gioco particolarmente delicati e sensibili, quali ad esempio le informazioni private degli imprenditori partecipanti, che non avrebbero consentito agli altri operatori economici di appellarsi ad una *disclosure*, per l'appunto generalizzata.²⁰⁶ Di segno opposto risultava invece essere la giurisprudenza che propendeva per un'interpretazione costituzionalmente orientata del succitato articolo: tale orientamento riconosceva infatti all'accesso civico generalizzato una notevole portata, che avrebbe dovuto dunque trovare applicazione anche nelle gare pubbliche, in modo tale da garantire valori quali

²⁰⁵ Cfr. M. Cafagno, A. Farì, *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici* (artt. 29, 30, 34, 50, 51), in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.212.

²⁰⁶ Si veda Cons. Stato, V Sez., Sent. 2 agosto 2019, n.5502.

il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione²⁰⁷ proprio grazie a tale strumento di trasparenza.²⁰⁸ Stante tale contrasto giurisprudenziale, è risultato doveroso l'intervento dell'Adunanza Plenaria²⁰⁹, alla quale sono stati sottoposti diversi quesiti, tra i quali, se sia configurabile in capo all'operatore economico collocato nella graduatoria dei concorrenti la titolarità di un interesse giuridicamente protetto ad avere accesso agli atti della fase esecutiva delle prestazioni; e ancora, se la disciplina dell'accesso civico generalizzato fosse applicabile anche ai documenti relativi alle attività delle amministrazioni inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla fase esecutiva. Sul punto, l'Adunanza plenaria, esprimendosi in senso affermativo, ha posto fine ai contrasti giurisprudenziali prima esaminati, chiarendo in definitiva che l'accesso civico generalizzato debba trovare applicazione anche nella materia dei contratti pubblici, non solo, peraltro in fase di gara, ma anche in fase di esecuzione.²¹⁰ Si riconosce in tal modo agli operatori economici un ulteriore strumento attraverso cui poter reclamare il rispetto di oneri pubblicitari e di trasparenza amministrativa, con la precisazione che *"resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni [...] a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza"*²¹¹. Nel ribadire tale concetto, l'Adunanza Plenaria teneva dunque a precisare che l'istituto dell'accesso civico generalizzato avrebbe potuto sì trovare applicazione anche nell'ambito delle procedure di gara, ma pur sempre entro i confini tracciati dal rispetto della riservatezza di taluni documenti, in modo tale da risultare legittimo. Proprio su tale bilanciamento di interessi in gioco numerose sono state le pronunce giurisprudenziali, successive alla pronuncia dell'Adunanza Plenaria sopra esposta. In particolare, di recente il TAR Lazio si è pronunciata in materia, statuendo che *"nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica è esclusa l'ostensibilità degli atti di gara per quella parte dell'offerta che riguarda le specifiche riservate capacità tecnico industriali o in genere gestionali proprie dell'impresa di gara"*²¹². Da ultimo, invece, si segnala un'interessante pronuncia in cui viene analizzato il rapporto tra accesso difensivo e segreto tecnico commerciale: in questa giurisprudenza, viene in particolar modo evidenziato il diverso valore che i suddetti interessi in gioco rivestono. Si è in definitiva stabilito che, mentre il segreto tecnico commerciale, che limita lo stesso accesso ai documenti, trova tutela solamente in fonti

²⁰⁷ Ci si riferisce ad una interpretazione costituzionalmente orientata conforme all'art.97 della Costituzione.

²⁰⁸ Si veda Cons. Stato, III Sez., Sent. 5 giugno 2019, n.3780.

²⁰⁹ Si ricordi che il Consiglio di Stato si riunisce in tale tipo di adunanza, che svolge nell'ambito della giurisdizione amministrativa una funzione nomofilattica in senso stretto: l'organo ricevente è infatti tenuto ad attenersi alle sue sentenze.

²¹⁰ Si veda Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 2 aprile 2020, n.10.

²¹¹ Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 2 aprile 2020, n.10, punto 38 c).

²¹² Si veda TAR Lazio, II Sez., Sent. 23 febbraio 2021, n.2194.

di rango primario²¹³; il diritto di accesso difensivo trova riconoscimento anche nella Carta costituzionale²¹⁴ e gli va pertanto riconosciuta una tutela rafforzata.²¹⁵ Quelle appena citate sono delle pronunce che, pur non riferendosi direttamente all'accesso civico generalizzato, riescono a far comprendere l'importanza e la portata di quest'ultimo istituto che, anche e soprattutto grazie alla sentenza dell'Adunanza Plenaria prima citata, ricopre una posizione di notevole importanza non solo nell'attività amministrativa in generale, ma anche e soprattutto nel settore del public procurement.²¹⁶

Quel che emerge da questa analisi è che la trasparenza si configura come strumento principe, o meglio ancora come *“un antibiotico a largo spettro che favorisce il contrasto alla corruzione agendo su una pluralità di fattori”*.²¹⁷ Si è visto infatti che molteplici sono le norme dedicate all'individuazione di oneri pubblicitari che consentono, da un lato, di mettere sotto i riflettori tutti i momenti dell'agire amministrativo; dall'altro, legittimano i protagonisti della lotta al fenomeno corruttivo, primo tra tutti, l'ANAC, ad attivarsi tempestivamente per evitare conseguenze irreversibili, che senza lo strumento della trasparenza potrebbero emergere troppo tardi. Si legge, nella più autorevole dottrina, che l'intreccio tra anticorruzione e trasparenza è così profondo *“che un'eventuale rottura del rapporto rischierebbe di essere esiziale, certo per l'anticorruzione, verosimilmente per la trasparenza, probabilmente per entrambe”*.²¹⁸ Si è visto, peraltro, come la recente pronuncia in tema di accesso civico generalizzato costituisca un importantissimo passo in avanti che il nostro Paese ha fatto, per attuare una strategia di contrasto alla corruzione nel settore della contrattualistica pubblica. Parimenti, si vedrà soprattutto nell'ultimo capitolo dell'elaborato, come la trasparenza venga considerata sempre maggiormente come antidoto per le pratiche corruttive, nell'ottica di migliorare la gestione del Paese. Tuttavia, la vera e propria spinta verso un'attività amministrativa importata alla trasparenza dovrà venire dalla normativa di settore dedicata, ossia il Codice dei contratti: nel prossimo paragrafo, pertanto, verrà effettuata una prima valutazione circa gli aspetti innovativi e quelli ancora da implementare, per far sì che il D.lgs. n. 50/2016 riguardi non solo la regolazione della contrattualistica pubblica, ma abbracci a trecentosessanta gradi tutte le esigenze di questo delicato settore.

²¹³ Si fa riferimento all'art.53 del D.lgs. n.50/2016 e agli artt.98 ss. Del Codice della proprietà industriale.

²¹⁴ Si fa riferimento all'art.24 della Costituzione.

²¹⁵ Si veda TAR Lazio, Sez. I-quater, Sent. 11 agosto 2021, n.9363.

²¹⁶ Sul punto, cfr. E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019, pp. 533-536.

²¹⁷ E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019, p.506.

²¹⁸ E. Carloni, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019, p.537.

2.5. Il Codice dei contratti pubblici: prime valutazioni e critiche

Le considerazioni che a questo punto possono essere fatte vertono tutte su una domanda: sono state rispettate le previsioni contenute nelle direttive europee o il Codice ha disatteso le aspettative? Sicuramente ancora sono presenti delle problematiche che non consentono di avere un sistema limpido e chiaro, si legge in dottrina che *“il principale problema dell’attuale Codice dei Contratti Pubblici è l’inattuabile comunione tra alcuni dei suoi presupposti essenziali: approccio di soft law e al contempo rigidismo, iper regolamentazione, forte componente anti- trust; rilancio delle Piccole e Medie Imprese (PMI) efficienza amministrativa e contemporaneamente ingessamento delle Pubbliche Amministrazioni”*²¹⁹. Un sistema ancora connotato da contraddittorietà e rigidismi, dunque, che non sembra aver aderito all’approccio comunitario più aperto e liberale, come richiesto dalle direttive e dalla stessa legge delega. Tuttavia, al Codice dei contratti del 2016 va comunque riconosciuto il grande merito di aver dato un assetto finalmente più preciso alla disciplina del public procurement e l’atteggiamento ancora schivo verso un’indiscriminata liberalizzazione e apertura nelle procedure è certamente giustificabile stante la necessità di tutelarne la correttezza e la trasparenza, nemica per antonomasia della corruzione. In definitiva, per rispondere al quesito, non c’è stata una scelta totalmente orientata verso un approccio rispetto ad un altro: in definitiva *“il testo appare la combinazione di disposizioni di due diverse anime”*²²⁰, in quanto se è vero che in un unico testo vengono recepite tutte e tre le direttive e ci si muove dunque lungo le direttrici dalle stesse individuate; dall’altro il decreto legislativo n. 50/2016 è figlio del diritto interno e risente ancora dei retaggi del vecchio codice, del quale vengono recepiti alcuni istituti, ai quali se ne aggiungono chiaramente dei nuovi, come visto sopra. Non è pensabile poi il totale abbandono di meccanismi rigidi di vigilanza e controllo su tale settore, in quanto se si abbassasse la guardia si moltiplicherebbero esponenzialmente i casi di mala amministrazione e questo è un errore che l’Italia non può continuare a permettersi: ecco spiegata allora, come visto sopra, la disciplina di dettaglio riservata agli istituti principali nel settore degli appalti. Se queste le novità più importanti del D.lgs. n. 50/2016, i prossimi paragrafi saranno dedicati alla chiave di volta dell’intero sistema, la già più volte menzionata ANAC, che con l’avvento di questa riforma vedrà notevolmente ampliati i propri poteri, ricoprendo ancor di più un ruolo centrale nella lotta alla corruzione.

²¹⁹ R. Grosso, F. Prizzon, M. Rebaudengo, *Il sistema anti turbativa negli appalti: analisi critica e metodologica*, Territorio Italia 2019, p.76.

²²⁰ G. Fidone, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.46.

3. La governance nel Codice dei contratti pubblici

Dall'esame delle norme del D.lgs. n.50/2016, l'aspetto che sicuramente lascia più colpiti è l'attenzione posta dal Legislatore nel formulare dettagliatamente il dispositivo degli articoli, in modo tale da lasciare meno spazi di incertezza possibili. A tal proposito, ciò che risulta assolutamente indispensabile è però un'altrettanta disciplina di dettaglio dedicata a chi spetta l'attuazione delle succitate norme, e in dottrina si legge che: *“una riforma, per quanto ben costruita, è, infatti tale solo quando raggiunge un'effettiva attuazione, che riesca concretamente ad esplicare effetti su cittadini ed imprese, a migliorare il rapporto con il pubblico potere, a semplificare l'esercizio delle attività private, a cambiare in positivo gli indicatori dell'economia e della qualità della vita”*²²¹. Stante dunque, la notevole rilevanza dell'attuazione del processo di cambiamento normativo nel settore del public procurement, vedremo come il Legislatore ha ritenuto necessaria la creazione di un modello di governance che, attraverso una visione strategica delle norme codicistiche, aveva come obiettivo quello di fornire un contributo attivo nella lotta ai due principali mali del settore: inefficienza e corruzione.

3.1. La Cabina di regia e il Mit

Partendo proprio dal testo del D.lgs. n.50/2016, gli articoli dedicati alla governance sono quattro²²²: oltre all'ANAC, figura di spicco e centrale per l'intero sistema, sono infatti previsti due ulteriori organi sui quali pare opportuno soffermarsi.

Partendo dalla Cabina di regia istituita presso la Presidenza del Consiglio dei ministri, la stessa oltre ad essere regolata dall'art. 212 del Codice, trova spazio anche nella direttiva UE 2014/24²²³. L'importanza del ruolo della Cabina di regia va anzitutto in risposta alle esigenze emerse in sede europea in riferimento alla necessità di prevedere un centro di coordinamento della policy in materia di contratti pubblici: tale organo, infatti, ha il compito di assicurare il raccordo tra i diversi attori coinvolti nel settore dei contratti pubblici, nonché di fornire un indirizzo unitario sulle politiche degli appalti pubblici e delle concessioni.²²⁴ Per comprendere appieno la rilevanza di tale funzione di coordinamento e indirizzo, improntata alla completa operatività del Codice per evitare che lo stesso

²²¹ C. Favaccio, *Governance (Artt. 212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.798-799.

²²² Si tratta degli artt.212,213,214,215 del D.lgs. n.50/2016.

²²³ Cfr. Art.83 della direttiva UE 2014/24.

²²⁴ Cfr. B. Boschetti, *La Governance (artt.212-215)*, M. Clarich (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp. 192-193.

si traduca in mere norme formali, è utile analizzare nel dettaglio quali siano le funzioni concretamente assegnate alla Cabina. Anzitutto, è affidato a tale organo il costante monitoraggio sullo stato di attuazione del Codice, compito che implica la contestuale rilevazione di eventuali criticità con annesso obbligo di segnalazione all'ANAC in caso di violazioni e problemi di tipo sistemico. Spetta inoltre alla Cabina di regia coordinare, anche con lo strumento dei testi unici, i vari compiti spettanti ai diversi soggetti che operano nel contesto del public procurement, in modo tale da rispondere tempestivamente ad esigenze di speditezza e trasparenza. Infine, tale organo avrà la possibilità di avanzare proposte di modifica normativa qualora ritenga che taluni aspetti non siano regolati in maniera soddisfacente e possano dunque condurre a zone d'ombra su cui, come detto più volte, la corruzione trova terreno fertile, assicurando al contempo ai soggetti preposti all'attività degli appalti omogeneità e certezza giuridica del diritto.

Se queste le funzioni principali accostate al ruolo della Cabina di regia, appare doveroso menzionare le restanti due attività più propriamente operative, disposte dall'articolo 212, in cui si legge che spetta a tale organo *“promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto”*²²⁵ e ancora *“promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche”*²²⁶. Da tali disposizioni emerge dunque come l'attività della Cabina di regia debba abbracciare vari aspetti del complesso settore del public procurement: l'operato della stessa non riguarda solamente i poteri di coordinamento e monitoraggio interno, ma si estende a sostegno della digitalizzazione dei processi di acquisto e alla diffusione di procedure telematiche, strumenti che come vedremo successivamente risulteranno di fondamentale importanza per la lotta alla corruzione e il miglioramento dell'efficienza operativa della pubblica amministrazione. Oltre a tale importante compito, non resta infine che menzionare l'incidenza sul piano sovranazionale della Cabina di regia: è la stessa direttiva 2014/24/UE che all'articolo 82 individua la stessa quale struttura di riferimento per i rapporti con la Commissione europea in tema di attuazione della disciplina sui contratti pubblici, nonché per l'adempimento degli obblighi in materia di cooperazione con gli altri Stati membri, disponendo altresì la designazione di un referente interno per meglio gestire i vari oneri burocratici e relazionali. Spetterà inoltre a tale organo l'importante compito di curare la relazione

²²⁵ Art. 212, Comma 1 lett. d) del D.lgs. n.50/2016.

²²⁶ Art. 212, Comma 1 lett. e) del D.lgs. n.50/2016.

triennale di controllo avente ad oggetto l'attuazione delle norme poste a presidio del public procurement, potendosi in questo caso avvalere dell'ausilio dell'ANAC.

Altro importante organo ricompreso all'interno della governance così come designata dall'attuale Codice è il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), cui spetta anzitutto il compito di adottare una serie di importanti decreti aventi natura regolamentare. Oltre a tale attività, il Ministero è promotore delle attività tecniche ed amministrative che risultano necessarie per la progettazione e l'approvazione delle infrastrutture pubbliche: proprio a presidio di tale ultimo aspetto, in collaborazione con le Regioni e le Province autonome coinvolte, svolge le attività di supporto necessarie per la vigilanza e la realizzazione delle stesse²²⁷. Al di là di tali compiti che afferiscono al momento attuativo del coordinamento tra i vari livelli di Governo riferendosi alle infrastrutture, al Ministero spetta un ruolo promozionale associato alle proprie funzioni e competenze. Il Mit, infatti promuove, nel rispetto del principio di leale collaborazione, le attività tecniche e amministrative che potrebbero risultare utili alla progettazione delle opere pubbliche: supportando la vigilanza sulla realizzazione delle stesse si potrebbe infatti perseguire con ottimi risultati l'efficienza amministrativa, sciogliendo uno dei punti più nevralgici della mala amministrazione. A tal proposito, oltre alle forme di collaborazione prima menzionate, si segnalano la possibilità per il Ministero di servirsi dell'ausilio della Guardia di Finanza, che attraverso la stipula di appositi Protocolli d'intesa dedicati, può in questo modo orientare il suo operato verso la rilevazione tempestiva di illeciti e incongruenze durante lo stato di avanzamento dei lavori. Sempre nell'ottica di perseguire l'efficienza amministrativa, le attività di supporto e assistenza sono poi estese anche alle stazioni appaltanti²²⁸, che, come detto in precedenza, rivestono un ruolo centrale nella disciplina del public procurement.

3.2. Il nuovo volto dell'ANAC: i poteri gestionali

Dopo aver passato al vaglio due importanti organi ricompresi nella categoria della governance, quali il Ministero delle infrastrutture e la Cabina di regia, è necessario ora passare alla trattazione di quella che può con fermezza essere considerata come la chiave di volta del sistema del public procurement in riferimento alla lotta alla corruzione: come visto anche nei capitoli precedenti, l'esistenza di un tessuto normativo coerente per poter sfruttare al meglio il proprio potenziale, necessita di attori dotati di poteri tali da permettere, da un lato, una pronta attuazione degli auspici comunitari e nazionali sul miglioramento della gestione di questo settore; dall'altro un'efficace meccanismo di controllo e di

²²⁷ Si ricordi che l'art. 163 del D.lgs. n. 163/2006 affidava tali compiti al CIPE.

²²⁸ Si veda l'art. 214, c. 10 del D.lgs. n.50/2016.

vigilanza nell'ottica di prevenzione più che repressione, come segnalato ampiamente nel primo capitolo. Si comprende allora perché, dopo l'istituzione nel 2014 dell'Autorità nazionale anticorruzione, ora che, un biennio dopo, il Legislatore ha l'opportunità di revisionare e ridisegnare l'intero sistema normativo del public procurement, abbia deciso di affidare all'autorità stessa nuovi e più ampi poteri; pertanto, non sorprende che in dottrina il Codice del 2016 è individuato come *“un vero e proprio testo normativo di consacrazione della centralità del sistema dell'ANAC, che spazza via definitivamente ogni possibile dubbio in ordine all'ascrivibilità della stessa a pieno titolo tra le autorità indipendenti e, anzi, tra quelle maggiormente dotate di poteri vasti e penetranti”*²²⁹. Nonostante poi, come segnalato prima, gli articoli del Codice dedicati alla governance risultano essere solo tre, da un'attenta disamina del decreto legislativo emerge un dato degno di nota: il numero delle volte in cui l'ANAC compare e viene menzionata nel testo del Codice è di oltre novanta²³⁰, in quanto l'Autorità risulterà presente in tutte le fasi delle procedure ad evidenza pubblica, a partire dalla fase prodromica all'aggiudicazione del contratto, fino ad arrivare al contenzioso giurisdizionale.

Partendo dai compiti di tipo gestionale affidati all'ANAC, gli stessi possono riscontrarsi già nella primissima fase delle procedure del public procurement: l'autorità può infatti vantare un ruolo da protagonista, essendo organo di controllo sia dal lato della domanda che dell'offerta. Ricordiamo infatti che, tra gli auspici del Legislatore vi era quello di combattere la corruzione e in generale le criticità del settore fino a quel momento emerse anche e soprattutto attraverso un'opera di sensibilizzazione attiva verso l'efficienza, valore che nell'ambito dei contratti pubblici coinvolge non solo l'operatore economico privato che porterà a compimento l'oggetto del negozio giuridico; ma anche e soprattutto le stazioni appaltanti: sono infatti quest'ultime a svolgere un ruolo da protagonista nella fase di scelta della procedura, del contraente e dei criteri da seguire per aggiudicare il contratto stesso, pertanto è impensabile che le stesse siano composte da personalità che non rispondano a requisiti di capacità e competenza in relazione ai diversi settori. A tal proposito, come accennato sopra, il Codice affida all'ANAC il compito di tenere un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, cui sono collegati una serie di poteri: anzitutto, l'autorità gode di un potere normativo che le permette di definire le modalità attuative del sistema di qualificazione, tra cui l'individuazione dei termini per consentire alle stazioni appaltanti di dotarsi dei requisiti necessari; sulla scia di tale attività, spetterà alla stessa ANAC accertare il possesso di detti parametri, nonché valutare il rispetto

²²⁹ A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, p.307.

²³⁰ Cfr. E. D'Alterio, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in Giorn. Dir. Amm. N.4, 2016, p.499.

delle misure di prevenzione volte a contrastare fenomeni corruttivi e di illegalità diffusa²³¹. Nello specifico, sarà l'Autorità stessa ad assolvere i compiti di segnalazione connessi al sistema di qualificazione e di trasmissione dei relativi dati alla Banca appositamente istituita, oltre a monitorare la fase di esecuzione delle procedure nell'ultimo quinquennio da parte della stazione appaltante, onde verificare eventuali scostamenti rispetto alle regole appositamente previste a presidio della corretta azione pubblicistica. Chiaramente l'intero sistema così delineato è uno strumento assolutamente dinamico: i requisiti dovranno infatti permanere per tutta la durata della procedura e sarà talvolta altresì necessario attestare la veridicità dei documenti contenenti la dichiarazione di tali requisiti: solo in questo modo si potrà gestire un sistema, per così dire, scalare, che si basa sulla qualificazione della stazione appaltante ad un determinato livello.

Un ulteriore compito di tipo gestionale è quello che afferisce al controllo di un altro importante attore nel panorama del public procurement: la commissione giudicatrice. Stante la particolare incidenza di quest'ultima nella fase di aggiudicazione del contratto, si prevede la tenuta dell'Albo nazionale obbligatorio delle amministrazioni aggiudicatrici proprio presso l'ANAC, alla quale spetteranno altresì incisivi poteri regolamentari.²³² Chiaramente nell'espletare tali compiti di vigilanza, l'Autorità potrà contare sull'ausilio delle stazioni appaltanti che dovranno verificare periodicamente le autocertificazioni presentate dai commissari estratti: il mancato possesso dei requisiti ovvero nell'ipotesi in cui ci siano delle situazioni di incompatibilità per i candidati, occorrerà dare tempestiva comunicazione da parte della stazione appaltante stessa all'ANAC, in modo tale che l'Autorità possa valutare in merito alla possibilità di cancellazione del soggetto in questione dall'Albo, con l'annessa possibilità di irrogare sanzioni secondo quanto stabilito dall'art.213 del Codice. Tale meccanismo, sebbene ad un primo sguardo possa apparire eccessivamente oneroso e rigido, l'incidenza della commissione aggiudicatrice sulle sorti della gara può sicuramente giustificare la scelta di prevenire situazioni in cui ci si trovi di fronte a soggetti incompetenti o, ancor peggio, privi di requisiti di moralità e affidabilità, i quali devono invece appartenere a tutti gli attori del settore. Sempre nell'ottica di garantire l'indipendenza dei membri delle commissioni aggiudicatrici, viene affidato all'ANAC un ulteriore compito: quello di determinare la definizione delle modalità di aggiornamento e gestione operativa dell'Albo, nonché di prevedere un regolamento sulle procedure informatiche per garantire la casualità della scelta dei commissari.²³³ Passando ora ad una rapida trattazione della

²³¹ Cfr. art.38 del D.lgs. n.50/2016.

²³² Si veda l'art.78 del D.lgs. n.50/2016, che assegna a Linee guida dell'Autorità il compito di fissare criteri e modalità di iscrizione all'albo e modalità di funzionamento delle commissioni.

²³³ Cfr. B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.185-186.

disciplina di dettaglio, al paragrafo 1 delle linee guida dell'ANAC vengono introdotte una serie di disposizioni relative agli adempimenti da portare a termine ad opera della stazione appaltante: quest'ultime dovranno indicare il numero di membri della commissione giudicatrice, nonché motivare in maniera adeguata le professionalità di volta in volta richieste in ragione della necessità che le offerte vengano valutate sia dal punto di vista economico che tecnico; inoltre, le stesse linee guida indicheranno le modalità di selezione dei componenti, i criteri di scelta del Presidente ed infine le modalità e la durata di svolgimento dei lavori da parte della commissione stessa.²³⁴ Il sistema che viene in definitiva ad essere così delineato rappresenta sì una garanzia per quanto riguarda l'imparzialità dei soggetti membri delle commissioni giudicatrici, ma non rischia forse di determinare un'eccessiva lontananza degli stessi verso la procedura di gara in cui si trovano a dover giudicare? Sicuramente il pericolo di scelte poco efficienti a causa dell'impossibilità di conoscenza approfondita circa le esigenze delle singole stazioni appaltanti è una tematica su cui riflettere, tuttavia occorre anche segnalare che nel caso dell'ipotesi diametralmente opposta, che consentirebbe la partecipazione alle commissioni giudicatrici anche a quei soggetti che al tempo stesso operano all'interno della stazione appaltante finirebbe per falsare l'intera procedura di gara, che risulterebbe più facilmente attaccabile dai fenomeni di accordi corruttivi.

All'interno dei compiti gestionali dell'ANAC rientrano delle forme di controllo non solo verso il lato della domanda, ma anche orientate a vigilare sugli offerenti. Oltre, infatti, ai poteri dell'autorità direttamente esercitabili in caso di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci in riferimento all'articolo 80 del Codice, già esaminato sopra²³⁵, un istituto di particolare rilevanza è sicuramente quello del rating d'impresa, il quale, nonostante sia stato declassato da obbligatorio a facoltativo con il decreto correttivo al Codice, può essere potenzialmente un valido strumento per contrastare la corruzione e migliorare l'efficienza al tempo stesso. Dopo la modifica del 2017, in particolare, il rating si atteggia ad essere istituto focalizzato sull'effettiva valutazione della performance contrattuale dell'operatore economico, aggiungendosi agli altri parametri utilizzati dalla stazione appaltante nella valutazione delle offerte, accanto al tradizionale rating di legalità, che attiene più propriamente ai requisiti di tipo soggettivo. Per un corretto funzionamento del rating d'impresa si è rivelata inoltre necessaria la messa a punto di un sistema amministrativo di premialità ovvero penalità collegato all'obbligo di denuncia delle richieste estorsive o corruttive, con annesso un apposito apparato sanzionatorio. Proprio su quest'ultimo punto, tuttavia, sono state sollevate delle perplessità

²³⁴ Cfr. E. Pistis, *La commissione giudicatrice (artt. 77-78)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.598-601.

²³⁵ Si veda par.2.2, cap.3.

alla luce del fatto che il sistema di penalità rischierebbe di ingessare il sistema, nonché di impaurire gli operatori economici stessi nell'espletamento delle loro attività: per tale motivo, in dottrina il tema è stato ampiamente dibattuto e si è pervenuti alla conclusione per cui si rivelerà determinante l'intervento proprio dell'ANAC, la quale, per il tramite di linee guida aventi ad oggetto *best practices* applicative e soluzioni compatibili anche con il diritto eurounitario, che per tradizione spinge verso procedure flessibili.²³⁶ Del pari, sempre per garantire un sistema equilibrato che tenga conto di tutte le esigenze, sarà la stessa Autorità a dover muoversi con cautela per generare un meccanismo ottimale; i criteri per la valutazione degli operatori economici dovranno infatti essere oggettivi e soprattutto resi note alle imprese, per poter poi determinare gli eventuali periodi di esclusione non soggetti a valutazione, nonché proteggere adeguatamente i dati concernenti le performance aziendali.²³⁷

A conclusione dei compiti gestionali spettanti all'Autorità nazionale anticorruzione merita di essere segnalata la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, gestita dall'autorità stessa "*al fine di garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi prodromiche e successive*"²³⁸. Attraverso tale Banca dati, che rientra tra quelle considerate di interesse generale, l'ANAC può dunque tenere sotto controllo tutte le informazioni rilevanti che si riferiscono alle diverse procedure ad evidenza pubblica e che per il tramite di sistemi informatici acquisiscono un grado di pubblicità e attendibilità una volta attestati. Come vedremo nei prossimi paragrafi questa tematica è di fondamentale importanza per tutta la disciplina del public procurement, in quanto negli anni si è compreso sempre di più come la digitalizzazione possa costituire effettivamente uno strumento prezioso per curare i mali che tradizionalmente colpiscono tale settore, e già al momento dell'entrata in vigore del Codice si era avvertita l'esigenza di fare leva su tale aspetto. Modificando infatti il D.lgs. n. 33/2013, dedicato alla riforma della P.A in generale, si è optato per la centralizzazione dei dati detenuti da ciascuna pubblica amministrazione, in modo tale da garantire l'effettivo adempimento di obblighi dichiarativi e di pubblicazione. Nella BDNCP confluiranno infatti, oltre alle informazioni contenute già nelle banche dati esistenti, anche tutte quelle acquisite dall'ANAC tramite i propri sistemi digitalizzati, che dovrà inoltre collegare il sistema della

²³⁶ Cfr. B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.187.

²³⁷ Cfr. G. Piga, *Il punto di vista dell'economista*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Torino, Giuffrè editore, 2016, p.83.

²³⁸ B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.188.

Banca dati degli operatori economici con il Casellario informatico già istituito presso l'Osservatorio dei contratti pubblici. Attraverso, dunque, l'uso strategico della Banca dati, si potranno ridurre significativamente gli oneri delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché attuare un efficace monitoraggio di tutte le fasi delle procedure di gara, essendo ricompresa anche la possibilità di tracciare i flussi finanziari ed entrare così in un'ottica di trasparenza preventiva.

Queste, dunque, le principali direttive su cui l'Autorità sarà chiamata ad affermare il suo ruolo, che, come visto da questo primo esame dei poteri gestionali, è sempre di più orientato verso un approccio collaborativo con tutti gli attori del public procurement: atteggiamento che emergerà con maggiore chiarezza nell'attività di vigilanza.

3.3. L'ANAC e i nuovi poteri di vigilanza e controllo

Come visto nel paragrafo precedente, uno degli aspetti che più premeva disciplinare e implementare nel Codice dei contratti è rappresentato dall'Autorità di settore, la quale, sebbene istituita già da un biennio, solo da questo momento in poi avrebbe potuto godere di una serie di poteri conferitigli dal Legislatore stesso. Occorre però ribadire che l'ANAC non può e non deve essere considerata senza tener conto di una serie di ulteriori elementi ricompresi nella complessa disciplina del public procurement, tra cui il necessario temperamento tra l'approccio tipicamente rigido nazionale con quello più flessibile europeo: proprio in questo paragrafo vedremo infatti come gli ampi poteri di vigilanza e controllo dovranno essere riletti in chiave collaborativa.

La posizione ricoperta dall'ANAC in tale settore risulta essere, al pari delle altre, di notevole spicco, tanto che la stessa, oltre ad essere legittimata *ex lege* a monitorare sul regolare svolgimento delle procedure in merito alla generica categoria di contratti pubblici, che ricordiamo oltre a ricomprendere gli appalti, intercetta anche altre tipologie negoziali, tra cui le concessioni; gli è altresì riconosciuta la facoltà di vigilare sui contratti di interesse regionale, su quanti richiedono l'adozione di particolari misure di sicurezza e infine su quelli esclusi dall'ambito di applicazione del Codice. Oltre a tale ampliamento della tipologia negoziale su cui l'ANAC è abilitata ad esercitare i suoi poteri, va altresì ricordato che la vigilanza ricomprende tutto il processo degli acquisti pubblici: nelle fasi prodromiche, quelle centrali e quelle relative all'esecuzione del contratto l'ANAC infatti, oltre a vedersi affidata i compiti di tipo gestionale esaminati prima, può contare sulla legittimazione, riconosciutagli dal Codice stesso, a monitorare sul rispetto degli obblighi di trasparenza, informativi, nonché quelli che attengono più propriamente alla fase esecutiva, la quale potrebbe fare da scenario

al verificarsi di eventi delicati: si pensi alle varianti in corso d'opera²³⁹, o ancora la possibilità di ricorrere al controverso istituto del subappalto, oltre alla necessità di verificare puntualmente il livello della performance contrattuale dell'operatore economico. Le attività di vigilanza poi, non si limitano ad un monitoraggio costante lungo tutta la procedura di evidenza pubblica, ma estendono il loro raggio d'azione anche alle ipotesi in cui, in luogo delle procedure ordinarie, si decida di optare per una deroga: si tratta dei casi di particolare urgenza, che dovranno essere attivati solo ove se ne ravvisi la stretta necessità, e dai quali discende poi la predisposizione di ulteriori garanzie a presidio della concorrenza, trasparenza e correttezza.²⁴⁰

Volgendo uno sguardo al Codice, la norma che fa da perno al potere di vigilanza e controllo è l'articolo 213, in cui, al primo comma vi è un rinvio alla legge 114/2014, base giuridica per l'istituzione dell'ANAC; mentre al terzo comma viene stilato un elenco che ricomprende appunto tutti gli spazi cui l'Autorità è legittimata a vigilare. In particolare, è in tale parte del dispositivo che si ravvisa un ampio margine di operatività entro cui l'ANAC può muoversi: se infatti, si legge il comma 3, lett.b), in cui si autorizza l'Autorità a svolgere le proprie funzioni di vigilanza per tutelare l'economicità dell'esecuzione dei contratti stessi; e si ricorda che l'attività dell'ANAC è orientata *“anche al fine di contrastare illegalità e corruzione”*²⁴¹, ciò che ne deriva è un sistema improntato al totale affidamento all'Autorità di una serie di compiti non poco rilevanti, tanto che il tema è stato oggetto di numerose discussioni in dottrina, risolte poi, come vedremo in seguito, con un decreto correttivo al Codice.²⁴²

Ci si chiede, a questo punto, come sia stato gestito il problema del coordinamento con l'ordinamento comunitario: si ricordi, infatti, che è proprio grazie all'approccio più flessibile che è stato possibile effettuare un cambio di rotta in Italia, sposando la logica della prevenzione piuttosto che della repressione in materia di corruzione nei contratti pubblici; tuttavia, è lo stesso diritto euro unitario ad ammettere l'introduzione di istituti più rigidi, ove necessario, da parte di ciascuno Stato membro. Con riferimento a quest'ultimo punto, in dottrina si rileva come, riguardo al settore del public procurement e in particolar modo al ruolo dell'ANAC, la peculiarità del nostro Paese sia duplice: *“da un lato la previsione di un'autorità indipendente di regolazione e vigilanza di settore, dall'altro l'unificazione*

²³⁹ Si veda l'art. 106, c. 8 e 14 del D.lgs. n. 50/2016

²⁴⁰ Cfr. B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.168.

²⁴¹ Art.213, c. 1 del D.lgs. n. 50/2016

²⁴² Si tratta del D.lgs. n. 50/2017.

soggettiva delle funzioni di quest'ultima in capo dall'Autorità nazionale anticorruzione"²⁴³. L'incidenza, dunque, dell'attività di ANAC fa sì che possa essere considerata come un "sui generis" rispetto alle altre autorità amministrative indipendenti, il tutto giustificato dalla delicatezza del settore in cui si trova ad operare, nonché dalla portata economica dello stesso²⁴⁴, senza dimenticare che l'istituzione dell'autorità stessa si era resa indispensabile visto il crescere di fenomeni di corruzione. Attraverso l'attività di vigilanza, infatti, si riesce a conoscere e bloccare tempestivamente situazioni a rischio di infiltrazione criminale, di conseguenza l'ampio spettro di poteri riconosciuto all'ANAC deve essere tale da riuscire a contrastare efficacemente questi problemi. La rilevanza di tale tematica è stata altresì portata alla luce da autorevole dottrina: si legge infatti che "*non si può contare soltanto sui giudici, che intervengono comunque per porre rimedio a violazioni già commesse e che sono vincolanti al petitum di una parte [...] E' per questo che serve un'autorità amministrativa come l'Autorità nazionale anticorruzione che il disegno di legge delega tende a costruire come vera autorità di regolazione in materia, attribuendole nuovi compiti.*"²⁴⁵ Si parla, a tal proposito di vigilanza dinamica, qualificazione che esprime il carattere adattativo dell'attività di controllo alla situazione concreta, nonché al comportamento degli stessi soggetti vigilati: "*il rispetto della norma, in questa prospettiva, è l'obiettivo stesso dell'attività di vigilanza, laddove il mancato rispetto ne è appunto il presupposto*".²⁴⁶ Come vedremo, infatti, il Codice, ma soprattutto il decreto correttivo, si sono preoccupati di regolare nel dettaglio la procedura che l'ANAC dovrà seguire nell'eventuale irrogazione di sanzioni; per quel che interessa rilevare in questa sede, vanno ricordati gli ampi poteri d'indagine riconosciuti all'autorità, la quale gode di ampi poteri ispettivi, da poter esercitare coordinandosi con altri organi dello Stato come la Guardia di finanza. L'ANAC ha inoltre la possibilità di acquisire documenti e informazioni ritenuti utili ai fini dell'accertamento dell'eventuale illecito, con conseguente esercizio del potere sanzionatorio. La base giuridica di quest'ultimo si rintraccia nel comma 13 del succitato articolo 213 del Codice, il cui ambito di applicazione si estende ad una serie di situazioni richiamate in altrettante norme: l'art. 80, in tema di esclusione dal procedimento di gara, dedica infatti un intero comma alle sanzioni pecuniarie ed interdittive da irrogare in caso di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci da parte degli operatori

²⁴³ B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.170.

²⁴⁴ Il settore del public procurement occupa circa il 18% del PIL Europeo.

²⁴⁵ B. G. Mattarella, *Disciplina dei Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, pp.350-351.

²⁴⁶ B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.171.

economici²⁴⁷; segue poi l'art.84, disponendo una serie di sanzioni, anche di tipo accessorio, con riguardo alle procedure di attestazione ad opera delle SOA; si segnala inoltre la possibilità riconosciuta all'ANAC di irrogare sanzioni pecuniarie al RUP, con particolare riferimento all'onere di compilazione del certificato di esecuzione del contratto ovvero in caso di omessa comunicazione di sospensioni da parte dello stesso.²⁴⁸ Per quanto riguarda invece il procedimento da seguire, è prevista una fase pre-istruttoria, in cui andrà valutata attentamente la fondatezza delle segnalazioni ricevute: sarà l'unità organizzativa competente a decidere poi se disporre l'archiviazione delle stesse, ovvero se avviare il procedimento istruttorio vero e proprio. Chiaramente tale meccanismo è volto ad assicurare l'instaurarsi di un procedimento solo ove ci si trovi di fronte a segnalazioni meritevoli di essere esaminate a fondo. Va infine precisato che i soggetti abilitati a dare avvio al procedimento sono, oltre all'ANAC stessa, anche da chiunque vi abbia interesse, senza dimenticare l'importante canale del *whistleblowing* esaminato nel capitolo precedente.

Dopo aver delineato i confini entro cui l'ANAC esercita la sua attività di controllo e dopo aver esaminato nel dettaglio in cosa consistano tali poteri, non resta ora che trattare la tematica della vigilanza collaborativa accennata prima.²⁴⁹ In realtà va ricordato che tale istituto era già stato oggetto di sperimentazione in relazione al grande evento Expo Milano 2015, il quale aveva raccolto tanti consensi quanti problemi dal punto di vista gestionale degli affidamenti ad esso connessi. La stessa si sostanzia in una modalità d'esercizio del potere di vigilanza, il quale viene rivisitato alla luce delle esigenze specifiche pervenute dalla lotta alla corruzione in tale delicato settore: attraverso il distacco del binomio vigilanza- controllo ex post si riesce infatti a calare l'attività di vigilanza direttamente sui processi decisionali, intervenendo in ottica confermativa, prima che la decisione stessa venga presa dalla stazione appaltante.²⁵⁰ Tale meccanismo, per così dire, preventivo, non può tuttavia essere applicato indiscriminatamente a tutti i tipi di affidamento ed infatti è lo stesso Codice a delinearne il raggio d'azione: sono ricompresi gli affidamenti di particolare interesse, quelli disposti nell'ambito di programmi straordinari di intervento in relazione a determinati eventi, nonché le realizzazioni di grandi infrastrutture strategiche.²⁵¹ Oltre a questi ed altri casi tassativamente individuati dal Codice, la vigilanza collaborativa può essere utilizzata dal giudice qualora proceda per taluni delitti di particolare rilevanza per il settore²⁵² e ancora anche in tutte quelle ipotesi in cui vi siano indici di

²⁴⁷ Cfr. art.80, c.12 del D.lgs. n.50/2016.

²⁴⁸ Art.107 del D.lgs. n. 50/2016.

²⁴⁹ Istituto disciplinato all'art.213, c.3, lett.h) del D.lgs. n.50/2016.

²⁵⁰ Cfr. Art.7 del Regolamento sulla vigilanza collaborativa del 28 Giugno 2017 in www.anticorruzione.it.

²⁵¹ Cfr. B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.177.

²⁵² Si veda l'art.32 del D.l. n. 90/2014.

elevato rischio corruttivo ricorrenti, in presenza di situazioni anomale: in questi ultimi casi sarà il Consiglio dell'ANAC a poter disporre l'accoglimento delle istanze di verifica preventiva della documentazione di gara, per poter poi agire tempestivamente. Va inoltre precisato che per avere accesso alla vigilanza collaborativa è necessario inoltrare una richiesta all'Autorità nazionale anticorruzione da parte della stazione appaltante, la quale dovrà indicare analiticamente i motivi per cui ci si intende avvalere di tale istituto, in modo tale da consentire la corretta valutazione dell'istanza, nonché per definire i limiti entro cui la vigilanza collaborativa potrà applicarsi. Qualora, esaminata la richiesta, si pervenisse ad un esito positivo, un apposito protocollo d'azione definirà le modalità di svolgimento della collaborazione con la stazione appaltante. Per dare un'importanza maggiore all'istituto si è previsto poi che, in caso di violazione degli obblighi contenuti nel protocollo annuale, la conseguenza avrebbe dovuto essere la risoluzione dello stesso. Al di là degli accordi siglati nel protocollo d'azione, resta fermo che l'ANAC avrà la possibilità di richiedere ulteriore documentazione che ritenga utile ai fini dello svolgimento della vigilanza collaborativa medesima. Nonostante questo possa apparire come un'ulteriore concessione di poteri unilaterali all'ANAC, in realtà la previsione va letta anch'essa in ottica collaborativa: *“non si tratta di una imposizione unilaterale di soluzioni, metodologie o scelte, ma di un supporto dialettico nel quale vigilante e vigilato collaborano, appunto, per il migliore sviluppo degli affidamenti e della loro esecuzione”*²⁵³. Proprio alla luce di tale osservazione è previsto che l'intero procedimento di vigilanza collaborativa si svolga in contraddittorio con la stazione appaltante, la quale rimarrà sempre libera di non adeguarsi alle osservazioni formulate dall'ANAC, avviando eventualmente ulteriori fasi di confronto reciproco.

Entrando nel vivo della procedura di vigilanza collaborativa, è previsto che in relazione a ciascuna fase della gara vengano trasmessi all'ANAC i documenti, in modo tale che l'ufficio preposto al loro controllo possa passarli al vaglio di controllo preventivo, prima che vengano adottati definitivamente. Eventuali osservazioni formulate dall'Autorità saranno inviate, a presidio del contraddittorio, alla stazione appaltante, che si potrà adeguare e inviare altresì una nota di riscontro, per poi comunicare all'ANAC l'avvio dell'esecuzione del contratto al termine della procedura di gara stessa. Chiaramente per garantire il corretto funzionamento della vigilanza collaborativa è necessario che la stazione appaltante, nel dialogo con l'ANAC rispetti una serie di valori, tra cui trasparenza, lealtà e correttezza: così agendo si potrà infatti sfruttare a pieno il potenziale di tale istituto e la stazione appaltante,

²⁵³ B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.179.

accedendovi, potrà contare sul fatto che saranno drasticamente ridotti i rischi di vigilanza “ex post” sanzionatoria. Proprio per tale motivo, l’amministrazione coinvolta dovrà dare prova di correttezza, adeguandosi alle clausole e alle condizioni contrattuali così come individuate dall’ANAC, la quale trarrà anch’essa i vantaggi di vedere ridotti gli oneri e i costi caratteristici della vigilanza postuma.

Alla luce di quanto esaminato, è innegabile la rilevanza innovativa dell’utilizzo dello strumento della vigilanza collaborativa e l’auspicio è sicuramente quello per cui se ne possa estendere l’applicabilità anche agli affidamenti, per così dire, ordinari, in quanto attraverso questa rilettura del tradizionale istituto della vigilanza, vi è un guadagno sia per l’ANAC, che per la stazione appaltante, che assume ancor di più un ruolo da protagonista nella procedura di gara, essendo maggiormente responsabilizzata. L’ANAC, d’altra parte, viene ad essere investita di nuove e diverse competenze, tanto da riuscire ad accedere ad un tipo di attività pro-attiva e non solo reattiva, intesa come risposta ex post al verificarsi di illeciti: si riesce, in tal modo, a superare l’immagine dell’Autorità come guardiano severo, problema che era stato sollevato già da anni in dottrina.²⁵⁴ Ciò che ne deriva è dunque *“una vera e propria funzione pedagogica di tale organismo, la quale si caratterizza per la configurazione di un dialogo finalizzato a “guidare”, accompagnare e soccorrere le stazioni appaltanti nell’intera procedura di gara”*²⁵⁵: una nuova veste per l’ANAC che sicuramente le permetterà di fare ingresso nelle procedure di gara in maniera meno burrascosa, in modo tale da ottenere altresì fiducia da parte delle stazioni appaltanti. Quanto detto finora non potrà di certo non avere ripercussioni positive anche e soprattutto in riferimento all’intero sistema del public procurement proprio riguardo i tradizionali mali da combattere, più volte citate nel testo: si aumenterà l’efficienza, in quanto attraverso il dialogo con la stazione appaltante ci si potrà orientare verso scelte più consapevoli e correttamente ponderate; diminuirà, dall’altro lato, la corruzione, grazie all’attivazione di questo meccanismo che agisce per sua natura in modo tempestivo e immediato sul segmento di procedura di volta in volta preso in considerazione, così da evitare di trovarsi di fronte illeciti da reprimere quando ormai però, il danno è irreversibile.

4. L’ANAC come autorità di regolazione tra critiche e consensi

“Io sono convinto che la regolazione non è un’attività alternativa all’anticorruzione. Sbaglia chi pensa che l’anticorruzione si effettua solo con la vigilanza, è giusto il contrario: la regolazione è il

²⁵⁴ Cfr. M. A. Sandulli, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell’AGCM nell’art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012, pp.1-4.

²⁵⁵ E. Frediani, *Vigilanza collaborativa e funzione “pedagogica” dell’ANAC*, in *www.federalismi.it*, 6 dicembre 2017, p.10.

primo momento dell'attività di anticorruzione, perché l'individuazione delle regole precise è il sistema attraverso il quale evitare che si creino meccanismi corruttivi"²⁵⁶: così Raffaele Cantone, primo Presidente dell'ANAC, esordisce per far comprendere a pieno l'importanza che tale figura può e deve rivestire nel nostro ordinamento, il che implica un'attribuzione di tanti poteri quanti siano necessari per la lotta alla corruzione a trecentosessanta gradi. I vari compiti attribuiti all'ANAC appena esaminati appaiono infatti sì necessari, ma non sufficienti per un'azione mirata nel settore del public procurement che non lasci spazi scoperti, ed è per tali ragioni che si deve optare per una rivoluzione di tale figura che abbracci anche i poteri di regolazione.

4.1. Il nuovo sistema di regolazione: le direttive e la legge delega

Nel corso degli anni in cui il nostro Paese ha avuto come obiettivo principale quello della lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici si è visto nei capitoli precedenti come l'intero ordinamento sia stato caratterizzato da numerosi interventi normativi in materia, senza tuttavia mai raggiungere la soluzione definitiva. Anche e soprattutto con riferimento al ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione quale autorità amministrativa indipendente, uno tra i tasselli mancanti al completamento del suo nuovo aspetto era sicuramente rappresentato dal non riconoscimento di un potere regolatorio, per così dire, autonomo. Tale esigenza era stata infatti sollevata, prima ancora che a livello nazionale, nelle direttive comunitarie, in cui si intendeva attribuire all'ANAC ampie funzioni per la promozione dell'efficienza, nonché per lo sviluppo delle c.d. *best practices* ed infine si riconosceva espressamente la possibilità di adottare "*atti di indirizzo quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo e altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante*"²⁵⁷. Il meccanismo che si sarebbe venuto a delineare, dunque, sarebbe apparso del tutto nuovo: nello scenario dei poteri attribuiti alle altre autorità indipendenti, infatti, quello regolatorio fungeva principalmente da strumento a presidio delle posizioni giuridiche deboli, come nel caso dell'AGCM, che, nel tutelare il rispetto della concorrenza nel mercato, garantiva una protezione anche e soprattutto ai privati e ai consumatori. Viceversa, nel settore del public procurement si voleva dare vita ad un sistema in cui l'ANAC avrebbe potuto dettare regole vincolanti anche nei confronti della pubblica

²⁵⁶ R. Cantone, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'ANAC come autorità di regolazione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.125.

²⁵⁷ Cfr. R. Cantone, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.126.

amministrazione e delle stazioni appaltanti. Inoltre, tra le previsioni riferite a tale tematica rintracciabili nelle direttive, si auspica a creare un interscambio informativo tra autorità e Camere improntato però non solo alla mera segnalazione a quest'ultime di necessari interventi normativi, che va a costituire il contenuto del cd. potere di advocacy riconosciuto alle autorità amministrative indipendenti: ciò cui si mira è la possibile configurazione di un rapporto di implicita condivisione tra Parlamento e ANAC, che dunque si spinge oltre. In dottrina ci si è chiesti, legittimamente, se questo meccanismo potesse funzionare ma soprattutto se potesse considerarsi una previsione corretta. La risposta, per la verità, si trova nella legge delega stessa, che, nel recepire gli *input* comunitari ha determinato una discontinuità politica rispetto alla situazione previgente: *“da qui la scelta di non ricorrere ad un regolamento governativo attuativo delle norme del Codice, per affidare tale fase attuativa, in larga parte, a linee guida della stessa ANAC, chiamata quindi a farsi regolatore a tutti gli effetti”*.²⁵⁸ Si vedrà, dunque, nei seguenti paragrafi, come queste previsioni hanno inciso sull'intero panorama nazionale, suscitando non poche problematiche circa la collocazione di tali nuovi strumenti di *soft law* affidati in maniera maggioritaria proprio all'ANAC, la quale stava giocando un ruolo da protagonista durante un momento delicato per la disciplina del public procurement, che stava subendo non poche modifiche. A prescindere, tuttavia, dalle posizioni favorevoli o contrarie all'attribuzione all'Autorità di tali poteri normativi, va riconosciuta l'audacia nel voler sostituire il tradizionale regolamento attuativo del Codice con delle linee guida: trattasi di un'idea che prova a guardare in un'altra direzione, pensando ad un sistema di regolazione secondaria in cui, si legge in dottrina, *“gli operatori pratici non subiscono la norma, ma partecipano attivamente”*.²⁵⁹

4.2. I bandi tipo come strumento di soft law

Passando all'esame di quello che in concreto si intende per poteri di regolazione attribuiti all'ANAC, quest'ultima, nell'esercizio di tali funzioni si avvale del tradizionale schema di procedimento denominato come *“notice and comment”*²⁶⁰, accanto ai tradizionali meccanismi di AIR e VIR.²⁶¹ E' importante far luce su questo aspetto, per così dire, procedurale in quanto è proprio il Codice dei contratti che, all'articolo 213, legittima l'utilizzo dei predetti istituti anche nell'ipotesi di atti rientranti nella categoria di regolazione flessibile, i quali dunque risultano sottoposti ad un'attenta verifica ed

²⁵⁸ A. Botto, S. Castrovincini Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, p.308.

²⁵⁹ R. Cantone, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'ANAC come autorità di regolazione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.129.

²⁶⁰ Si tratta di un meccanismo partecipativo che consente l'acquisizione di osservazioni o proposte di modifica rispetto ad un atto di regolazione.

²⁶¹ Per AIR si intende *“analisi d'impatto della regolazione”*, VIR sta per *“valutazione di impatto della regolazione”*.

esame dei possibili effetti avversi nonostante siano inquadrabili tra le fonti di *soft law*. Con riferimento alla citata procedura di notice *and comment*, è da segnalare che l'ANAC, ove si dovesse trovare di fronte atti ritenuti maggiormente rilevanti per numero di operatori coinvolti o ancora nel caso in cui siano ravvisabili delle condotte illecite delle stazioni appaltanti; sarà tenuta a rispettare un onere di trasmissione degli stessi alle camere, dove verranno poi esaminati.²⁶²

Venendo ora alla tipologia di atti regolamentari di competenza dell'ANAC, quest'ultimi possono dividersi in tre categorie: i bandi- tipo, le linee guida non vincolanti e le linee guida vincolanti. Quanto ai primi, essi si sostanziano in indicazioni di carattere tecnico- operativo che si ripropongono come obiettivo quello di essere d'ausilio all'intera fase di aggiudicazione di un contratto pubblico, con particolare riferimento a quella iniziale, di stesura del bando, e quella centrale, di scelta del contraente anche sulla base di quanto indicato nel bando stesso. Va ricordata, infatti, la rilevanza che questo atto assume nella disciplina del public procurement: anzitutto, esso è al tempo stesso atto amministrativo, in quanto si innesta all'interno del procedimento e atto negoziale, in quanto costituisce il primo e vero invito rivolto agli operatori economici di presentazione delle offerte: il bando, insieme al capitolato costituisce dunque la *lex specialis* di gara, componente fondamentale nelle procedure ad evidenza pubblica. Fatta questa premessa, ci si chiede perché la scelta di attribuire all'ANAC la redazione di questi schemi da seguire poi nella stesura dei singoli bandi. La risposta, in realtà, risiede proprio nella rilevanza che i bandi di gara hanno, in quanto contenenti tutte le clausole e le precisazioni tipiche di quella specifica gara, il cui contenuto esplicherà i propri effetti anche oltre la fase di aggiudicazione: basti pensare all'istituto dello *jus variandi*, il quale, nel disciplinare le varianti in corso d'opera, specifica che durante la fase di esecuzione del contratto in caso di variazione si dovrà rimandare a quanto eventualmente disciplinato in materia nel bando di gara. Tale portata applicativa richiede dunque necessariamente che gli stessi siano redatti in maniera chiara, precisa e soprattutto che non contengano clausole immediatamente escludenti, onde la possibilità d'impugnazione anche prima dell'aggiudicazione della gara: è indispensabile quindi che i bandi si mantengano coerenti con la *ratio legis*. Attraverso tale ragionamento il Legislatore è dunque arrivato all'attribuzione all'ANAC della redazione dei succitati bandi tipo: “*la scelta del legislatore nel settore dei contratti pubblici è per una regolazione interpretativa, suggestiva, fatta anche di vademecum operativi*”²⁶³ si legge in dottrina, proprio a voler sottolineare l'ampio spettro di azione dell'Autorità stessa. Solo attraverso l'attribuzione di tali poteri regolatori si potrà infatti uniformare, migliorare e soprattutto facilitare le

²⁶² Cfr. art.213, c.2 del D.lgs. n.50/2016.

²⁶³ B. Boschetti, *La governance (artt.212-215)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.160.

decisioni e le condotte tenute dai soggetti operanti nel lato della domanda: in questo modo le stazioni appaltanti vedranno significativamente ridotti i margini di rischio, in quanto avranno come modello da seguire lo schema redatto dall'ANAC. Tale impostazione si inserisce nel complesso assetto del public procurement, dove, nel corso degli anni si è visto che la certezza del diritto è una componente fondamentale, ma che tuttavia ancora non ha raggiunto livelli adeguati. Proprio per tali motivi, le regole sull'esercizio dei poteri devono essere chiare da un lato e applicate chiaramente dall'altro, onde evitare incertezza ed errori irreversibili. Anche in dottrina si è riconosciuta la necessità di muoversi in spazi sicuri: è emerso infatti che *“è particolarmente importante il ruolo delle amministrazioni- in primo luogo l'Autorità nazionale anticorruzione- preposte alla definizione di orientamenti applicativi, prezzi di riferimento e modelli, come i bandi- tipo e i contratti- tipo”*²⁶⁴, in quanto proprio attraverso tali strumenti di *soft law* si può agevolare l'attività delle amministrazioni chiamate a contrarre con gli operatori privati, proponendosi sì di regolarla, ma non di complicarla e tenendo sempre a mente gli obiettivi di prevenzione della corruzione senza imporre scelte inefficienti. A tal proposito si ricordi infatti che nonostante i bandi tipo siano tendenzialmente vincolanti, proprio per i motivi anzidetti è necessario riconoscere uno spazio discrezionale delle stazioni appaltanti, le quali, valutata la situazione specifica, potranno optare per una deroga allo schema proposto con adeguata motivazione²⁶⁵: *“più in generale l'attività di regolazione della suddetta Autorità deve essere svolta con prudenza e senza accelerazioni o improvvisazioni”*.²⁶⁶

4.3. Le linee guida dell'ANAC: tra innovazione e criticità

Se la stesura ad opera di bandi e contratti tipo, nonché la redazione di un parere sullo schema del codice, e ancora, la formulazione al Governo e Parlamento di proposte normative può essere ricompreso nei c.d. compiti normativi dell'ANAC senza particolari difficoltà interpretative, merita un discorso a parte la questione delle linee guida, vincolanti e non: le prime equiparate a veri e propri atti di regolazione o regolamenti; le seconde invece assimilabili a mere circolari, senza una vera e propria forza normativa. Tale distinzione risulta doverosa in quanto mentre le linee guida non vincolanti non creano problemi interpretativi e applicativi, la diversa forza riconosciuta a quelle

²⁶⁴ B. G. Mattarella, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.345.

²⁶⁵ Cfr. art. 71 del D.lgs. n. 50/2016.

²⁶⁶ B. G. Mattarella, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in G. Della Torre, *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016, p.345.

vincolanti portò le stesse ad essere oggetto di ampi dibattiti in dottrina e giurisprudenza. A tal proposito, il Consiglio di Stato, nel rendere il primo parere sullo schema del Codice, se da un lato ha riconosciuto la natura regolamentare delle Linee guida ministeriali; con riferimento alla possibilità di inquadrare le linee guida vincolanti dell'ANAC tra gli atti di natura regolamentare, come precedentemente riconosciuto in dottrina, ha invece ritenuto di non dover accedere a quest'ultima tesi, stabilendo in definitiva la natura di atti di regolazione propri delle Autorità indipendenti anche per le linee guida vincolanti dell'ANAC. Trattasi, dunque, di atti amministrativi generali o veri e propri atti regolamentari? Questione che ha visto contrapporsi e scontrarsi non solo idee e tesi incardinate su principi e obiettivi diversi, ma anche e soprattutto il concetto di *soft law* con quello più tradizionale di *hard law*. Occorre infatti partire da tale assunto per comprendere al meglio i profili di criticità che hanno contraddistinto, soprattutto nel primo biennio di operatività del Codice, la complessa e articolata figura dell'ANAC. Va preliminarmente ricordato che l'Autorità nazionale anticorruzione è ricompresa nella categoria di autorità amministrative indipendenti, le quali risultano separate dal circuito democratico, perno del potere legislativo nel nostro ordinamento, con la possibilità dunque di configurare una connessione solo attraverso la sottoposizione al principio di legalità, in forza del quale è possibile conferire a tali autorità poteri di regolazione e normativi in senso proprio solo su espressa previsione di legge; tuttavia il problema sorge proprio con riferimento ai limiti entro cui le autorità possono operare in tal senso: *“deve notarsi come tali poteri normativi siano in alcuni casi previsti con precisione della legge, mentre in altri risultano da previsioni generiche, che hanno portato addirittura a desumere alcuni poteri normativi che rischiano di risultare troppo estesi”*.²⁶⁷ Tali dubbi sollevati in dottrina, sebbene abbiano trovato una risposta esaustiva nella giurisprudenza, in cui si è definitivamente affermato che *“il potere regolamentare spetta quale corollario delle attribuzioni loro riconosciute dalla legge”*²⁶⁸, la questione è stata riportata alla luce proprio con riferimento alla controversa natura e legittimità delle linee guida vincolanti dell'ANAC in materia di public procurement, in quanto rappresentano una novità assoluta proprio in ragione dell'intrinseca contraddittorietà delle stesse: istituto di *soft law* dal punto di vista formale, ma inquadrabile tra le fonti di *hard law* ove si guardi alla sostanza, perché dotate di piena coerenza per i destinatari, i quali saranno dunque chiamati a conformarne le condotte. Al di là del *nomen* giuridico è infatti rilevante ricordare che la particolarità di tali linee guida vincolanti sta nel fatto che lo stesso Legislatore nel 2016 aveva espressamente attribuito all'ANAC il compito di dettare,

²⁶⁷ F. Marone, A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, p.360.

²⁶⁸ Cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920.

per il tramite di questo strumento per l'appunto, la disciplina attuativa del Codice dei contratti, andando così a legittimare il travalicamento di uno spazio normativo in precedenza riservato al Governo. In sostanza, dunque la sostituzione del Regolamento attuativo del Codice con le linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione, nonostante volto a realizzare un sistema più duttile e dinamico *“è parso finire per lasciare nelle mani dell'ANAC poteri troppo vasti, mostrando, peraltro, altri limiti, a partire da quello della certezza del diritto, certamente molto importante per gli operatori economici”*²⁶⁹, innescando così una catena di dibattiti che vedremo durerà circa un triennio. Tornando ora alla questione principale alla base delle critiche mosse nei confronti delle linee guida vincolanti dell'ANAC, va segnalato che il Consiglio di Stato si è pronunciato a tal proposito, fornendo un'interpretazione che assimila le linee guida ad atti di regolazione analoghi a quelli adottati dalle altre autorità amministrative indipendenti, e dunque legittimati sulla base del rispetto del principio di legalità come sopra accennato: in uno dei pareri di maggior rilievo si legge infatti che tali linee guida vincolanti *“non hanno valenza normativa ma sono atti amministrativi generali appartenenti al genus degli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo particolare”*²⁷⁰. Qualora si accettasse tale qualificazione, i vantaggi per l'ANAC sarebbero sostanziosi, in quanto dalla natura non regolamentare delle linee guida ne discenderebbe che, con riferimento alle disposizioni del Codice che esse devono attuare, non si incontrino i limiti previsti dal comma sesto dell'art. 117 della Costituzione, in cui si configura una potestà legislativa esclusiva dello Stato, salva delega alle Regioni. Se questa, dunque, la posizione del Consiglio di Stato, l'organo è poi intervenuto successivamente per chiarire l'altra importante tematica sottostante alla discussa natura delle linee guida vincolanti, stabilendo che le stesse per essere ascritte alla categoria di regolamenti tipici delle autorità amministrative indipendenti avrebbero dovuto essere inquadrate nella soft law *“altrimenti si finirebbe per derogare al principio di tipicità delle fonti normative, che presidia la hard law”*²⁷¹. Tale affermazione, tuttavia, non sembrò suscitare consensi, soprattutto in dottrina, in cui, come detto prima, si criticò la mancata corrispondenza di tali linee guida tra forma e sostanza, posto che la natura propria degli atti di soft law è caratterizzata da flessibilità, informalità e non vincolatività per i soggetti nei cui confronti sono emanati: viceversa, le linee guida dell'ANAC sono

²⁶⁹ F. Marone, A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, p.362.

²⁷⁰ Cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 2 agosto 2016, n.1767.

²⁷¹ Cfr. Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 14 settembre 2016, n.1920.

appositamente pensate e previste proprio per sostituire disposizioni di natura regolamentare.²⁷² In definitiva dunque, sembra impossibile poter ricondurre le linee guida vincolanti nella soft law, nonostante le varie pronunce giurisprudenziali in senso opposto, in quanto ai ragionamenti appena riportati deve aggiungersi che le linee guida dell'ANAC hanno la particolarità di essere sottoposte al sindacato del giudice amministrativo, cosa che non accade invece per gli atti di soft law in senso proprio.

A prescindere dalle varie tesi prospettate in materia e dalle diverse interpretazioni avanzate in dottrina e giurisprudenza con riferimento al binomio hard law-soft law, il problema dell'inquadramento delle linee guida come atti di natura regolamentare o amministrativi generali rimaneva comunque aperto, in quanto anche ove si fosse fatto leva sull'aspetto sostanziale e non meramente formale delle stesse, restava da risolvere la carenza dei caratteri della tecnicità e della settorialità delle linee guida, che non pareva poter legittimare l'attribuzione di tali poteri all'Autorità: *"nel caso dei nuovi poteri che il nuovo Codice riconosce all'ANAC non sembrano esserci esigenze di regolazione tali da giustificare la sottrazione di un così vasto ambito materiale alla normazione di dettaglio governativa e, di conseguenza, seppur mediatamente, al circuito democratico"*.²⁷³ La vera questione aperta ruotava infatti attorno al potere normativo riconosciuto all'ANAC, che risultava sprovvisto di un'adeguata legittimazione politica e costituzionale in un settore così delicato come quello del public procurement, in cui le norme di regolazione arrivano anche a definire fattispecie penalmente rilevanti. Come superare, però, tali criticità senza venir meno agli obiettivi di attuazione concreta del Codice affidati proprio all'ANAC? La risposta si rinviene proprio in un articolo del D.lgs. n. 50/2016, più volte citato sopra: il dispositivo dell'art. 213, al comma 2, prevedendo la sottoposizione delle linee guida anche al Parlamento, realizza così uno spazio di legalità, che, seppur definibile tale solo nel senso procedimentale, che sarebbe andata in soccorso della carenza della legalità sostanziale. Lo stesso Consiglio di Stato, nel parere del settembre 2016 prima citato, valorizza la rilevanza delle garanzie procedimentali, ritenendole idonee a sopperire il deficit di legittimazione democratica che aveva fatto tanto discutere sulla natura delle linee guida ANAC, attraverso una semplice consultazione sistematica dei soggetti interessati.²⁷⁴ Nonostante tuttavia, la predisposizione di tale garanzia procedimentale sembrava aver sciolto i dubbi sorti in merito alla legittimazione dell'ANAC di

²⁷² Cfr. F. Marone, A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, pp.368-369.

²⁷³ F. Marone, A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, p.372.

²⁷⁴ Si veda a tal proposito l'incipit del par4.2 del presente capitolo.

esercitare poteri regolatori così vasti, rimanevano ancora aperti una serie di problemi collegati alla necessità da un lato di attuare il Codice del 2016 nella maniera migliore possibile e dall'altro di non intaccare una serie di garanzie previste dal nostro ordinamento, quali la certezza del diritto e il principio di legalità nell'esercizio di determinati poteri: nei prossimi paragrafi verrà pertanto analizzata la portata delle riforme ritenutesi necessarie per far fronte a tali problemi, intervenute in qualità di risposta normativa e non più solo di carattere giurisprudenziale o dottrinale.

5. I correttivi al Codice dei contratti tra ostacoli e speranze per l'ANAC

Nel proseguire l'esame della figura perno per l'intero sistema del public procurement è doveroso segnalare che se da un lato l'ANAC aveva ottenuto consensi e molte speranze si erano riposte nelle potenzialità che quest'organo potesse avere ed esplicitare in questo delicato settore; proprio in riferimento alla portata dei compiti ad essa attribuiti erano sorte non poche perplessità e preoccupazioni. Come ampiamente esaminato sopra, infatti, in dottrina ed in giurisprudenza erano emersi dei contrasti soprattutto attorno al potere regolamentare dell'Autorità, in quanto se l'idea di ricorrere a strumenti tipici della regolamentazione flessibile, come le linee guida, era nata dalla volontà di venire incontro alle esigenze di disciplinare una realtà economica in continuo sviluppo attraverso istituti ispirati alla rapidità e all'efficacia; tale meccanismo sembrava aver finito per complicare ancor di più il sistema *“in termini di scarsa unitarietà della disciplina e di incertezza del diritto e con problemi di coordinamento con i principi generali dell'ordinamento, con i quali, in ultima analisi, rischiano addirittura di confliggere”*.²⁷⁵ Come vedremo, tale situazione incerta portò il Legislatore ad intervenire nell'immediato, e successivamente, dopo un biennio, proprio perché tematica calda quella dei poteri esercitabili legittimamente dall'ANAC: si può infatti con certezza affermare che tale autorità, anche e soprattutto per la delicatezza della materia da essa gestita, la corruzione, sarà considerata come *sui generis* rispetto alle altre autorità amministrative indipendenti e la sua storia verrà segnata da grande prestigio da un lato, e altrettante critiche dall'altro.

5.1. Il D.lgs. n. 56/2017 e le linee guida: un punto di arrivo solo apparente

Alla luce di quanto appena detto, il Legislatore si trovò costretto a meno di un anno dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici, che tanto auspicava a divenire un'ancora di salvezza per il

²⁷⁵ F. Marone, A. Pertici, *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3, p.379.

sistema del public procurement, ad approntare un intervento normativo, definito poi come “*decreto correttivo*”, come a voler riparare gli errori insiti nel decreto legislativo dell’anno precedente. Per quel che rileva in questa sede, le principali novità del Correttivo, possono individuarsi sul fronte della natura delle linee guida vincolanti: Con riferimento ai poteri regolamentari dell’ANAC, infatti, si assiste ad una marcia indietro rispetto a quanto previsto nel testo del Codice oggetto di modifica, con particolare riferimento ai destinatari di tale potere esercitabile dall’Autorità. Lo stesso Codice aveva infatti previsto un *quartum genus* di linee guida, che si traducevano in linee guida dell’ANAC sulla qualificazione degli operatori economici, che dal punto di vista processuale avrebbe incontrato il parere delle competenti commissioni parlamentari. Proprio su quest’ultimo aspetto si erano sollevati dubbi di legittimità costituzionale, in quanto si veniva a creare una situazione anomala in cui il Parlamento, organo costituzionale, avrebbe fornito parere ad un organo tecnico, ossia l’ANAC, con la precisazione che si sarebbe potuta discostare dal parere senza alcun tipo di responsabilità politica, stante la sua natura di autorità amministrativa indipendente. Si legge infatti in autorevole dottrina che “*di regola è l’organo tecnico che dà parere all’organo politico dovendo illuminare con il sapere scientifico la scelta del decisore politico; non può viceversa prevedersi che l’organo politico dia parere all’organo tecnico, sia perché l’organo tecnico deve restare indipendente dalle posizioni politiche sia perché ove si scosti dal parere politico non incorre in responsabilità politica*”.²⁷⁶

Partendo da tale ragionamento si comprende allora l’intenzione del Legislatore di rimediare a questa situazione inaccettabile nel nostro ordinamento con riferimento soprattutto al necessario riparto di competenze tra le varie istituzioni. Con il decreto correttivo si è dunque optato per affidare la qualificazione degli operatori economici ad un regolamento ministeriale, su proposta dell’ANAC e previo parere delle competenti commissioni parlamentari, riducendo dunque significativamente l’incisività dei poteri regolamentari dell’ANAC in questo specifico meccanismo di qualificazione, lasciando al contempo aperta la questione di delineamento di confini tra il MIT e l’ANAC quanto al sistema di rating d’impresa e di vigilanza su SOA.²⁷⁷ Si può dunque in definitiva dire che l’intervento normativo in esame non possa essere in alcun modo considerato esaustivo quanto alla definizione della questione delle linee guida dell’ANAC: il mero ridimensionamento delle competenze di quest’ultima non ha di certo infatti impedito la produzione di una notevole mole di linee guida, pari circa a quindici in un solo anno, periodicamente aggiornate alla luce delle modifiche legislative intervenute sulla disciplina del public procurement in generale, facendo sì che sul piano concreto si registrasse “*una diffusa effettività che ha contribuito a consolidare sul piano fattuale il corpus*

²⁷⁶ R. De Nictolis, *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1° luglio 2017, pp.13-14.

²⁷⁷ Cfr. R. De Nictolis, *I poteri dell’ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1° luglio 2017, p.14.

*normativo contenuto nelle linee guida*²⁷⁸ e determinando dunque una cornice ancora più complessa attorno alla discussa figura dell'ANAC.

5.2. I nuovi poteri impugnatori dell'ANAC

Come anticipato prima, se con il primo correttivo al Codice l'ANAC si è vista ridotti i poteri regolamentari, con un ulteriore intervento normativo poi convertito in legge n.96/2017, si è mosso nel senso diametralmente opposto con riferimento ai poteri di impugnazione attribuiti all'Autorità. Va anzitutto segnalato che prima dell'intervento del decreto, il Codice contemplava agli articoli 211 e seguenti l'ipotesi per cui l'ANAC avrebbe potuto esercitare un potere di raccomandazione vincolante. Proprio tale disposizione, tuttavia, era stata contestata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato, che, in particolar modo in due pareri del 2016²⁷⁹ aveva messo in luce molteplici aspetti critici e di dubbia legittimità anche con riferimento all'esercizio di poteri di vigilanza e sanzionatori esercitabili dall'autorità stessa. Prima dell'approvazione del testo definitivo del Codice, la possibilità di riconoscere un penetrante ruolo all'ANAC trovava ostacolo nelle determinazioni del Consiglio di Stato, il quale a sua volta, lamentava una presunta incompatibilità dell'istituto della raccomandazione vincolante con il sistema di riparto di competenze stabilito dall'ordinamento: l'ANAC, esercitando un potere assimilabile di fatto all'annullamento, avrebbe assunto lo stesso ruolo dell'organo che ha adottato l'atto ovvero del giudice amministrativo. Inoltre, il Consiglio di Stato si era spinto oltre, suggerendo una riformulazione dell'istituto in chiave collaborativa, limitando di fatto il raggio d'azione della raccomandazione vincolante alle sole ipotesi di vizi afferenti agli atti più importanti, quali bandi e atti generali ovvero qualsiasi atto di gara, purché relativo ad un appalto di particolare rilevanza. All'esito di questi travagliati confronti, il testo del Codice, definitivamente approvato, non riconosceva all'Autorità il potere sospensivo ma solo la possibilità di impugnare la raccomandazione vincolante dinnanzi al giudice amministrativo, seppur con i dubbi portati alla luce dalla giurisprudenza.²⁸⁰

La situazione cui ci si trovava di fronte era dunque quella di un'autorità con marginali poteri impugnatori, impossibilitata dunque nel poter esercitare in maniera idonea la sua attività. È così che il Legislatore, ad un anno dall'entrata in vigore del Codice, comprende l'esigenza di un intervento ampliativo dei poteri impugnatori dell'ANAC, prendendo spunto dal modello operante per l'Antitrust

²⁷⁸ A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, p.309.

²⁷⁹ Si veda Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n. 855 e Cons. Stato, Comm. Speciale, 28 dicembre 2016, n. 2777.

²⁸⁰ Cfr. art.211 del D.lgs. n. 50/2016.

secondo quanto previsto dall'art. 21-bis della legge 287/1990 a seguito della modifica nel 2011, in modo tale da superare le criticità emerse dai pareri del Consiglio di Stato e presentando un assetto ben strutturato. Ciò che compie il Legislatore è infatti una rivisitazione dell'art.211 del Codice, intervenendo sui commi 1-bis, 1-ter e 1- quater. Quanto al primo, con esso si legittima l'ANAC a presentare ricorso diretto al giudice amministrativo, secondo le tempistiche e le modalità previste ad hoc per il rito appalti²⁸¹, qualora l'Autorità ritenga di dover impugnare atti relativi a contratti di rilevante impatto: nonostante sia dedicato un'apposita disposizione nel Regolamento ex art.211 in cui vengono elencate le fattispecie sussumibili all'interno di questa categoria, alcune previsioni sembrano lasciare all'Autorità rilevanti margini di valutazione circa la concreta ricorrenza dei presupposti per ricorrere in giudizio²⁸². Viceversa, il comma 1-ter, nel disciplinare l'ipotesi di ricorso previa emissione parere motivato, indica dettagliatamente in quali situazioni possono essere configurabili come gravi violazioni del Codice, che legittimano l'ANAC a impugnare l'atto che sarà prima oggetto di parere motivato e poi, eventualmente arriverà al sindacato del giudice amministrativo. Nello specifico costituisce una grave violazione l'ipotesi di affidamento di contratti pubblici senza previa pubblicazione del bando o altra forma di pubblicità espressamente richiesta ex lege, ancora l'ipotesi in cui la procedura scelta non sia consentita nel caso specifico; nonché qualora ci si trovi di fronte un atto afferente a rinnovo tacito dei contratti pubblici e in caso di modifica sostanziale del contratto senza la previsione di una nuova procedura di gara, nonostante fosse richiesto. Inoltre si menziona la mancata o illegittima esclusione di un concorrente, la mancata risoluzione del contratto nel caso in cui ciò fosse necessario, ovvero ancora l'ipotesi in cui ci sia un contratto affidato in presenza di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati comunitari ed infine, sempre sulla scia della tutela della concorrenza, rientra nella categoria delle gravi violazioni un bando o un altro atto indittivo di procedure ad evidenza pubblica, qualora contengano clausole o misure ingiustificatamente restrittive della partecipazione di taluni concorrenti. Ebbene, in tutti questi casi, l'iter procedimentale che dovrà seguire l'ANAC troverà il suo incipit in un parere motivato che verrà emesso entro 60 giorni dall'acquisizione della notizia della violazione, il quale verrà poi trasmesso alla stazione appaltante con contestuale assegnazione di un termine entro il quale essa è invitata a conformarsi alle prescrizioni formulate dall'Autorità. A tal punto, inizia a decorrere il termine entro cui l'ANAC potrà ricorrere al giudice amministrativo: qualora infatti la stazione appaltante risponda, i 30 giorni decorreranno dal relativo atto di risposta; viceversa, nel caso in cui l'amministrazione ometta di

²⁸¹ Si fa riferimento agli artt. 119 e seguenti del c.p.a.

²⁸² Cfr. A. Botto, S. Castrovinci Zenna, *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2020, pp. 334-335.

rispondere, il termine decorrerà dallo scadere del tempo per formulare la risposta assegnato precedentemente.

Si delinea dunque un sistema articolato e chiaro al contempo in cui l'ANAC riesce a crearsi degli spazi di manovra sufficientemente ampi. Il riconoscimento di questa legittimazione a ricorrere al giudice amministrativo ad un soggetto formalmente terzo ed estraneo rispetto alla procedura di gara costituisce infatti sicuramente un'anomalia: si ricordi infatti che nel giudizio civile, così come in quello amministrativo, le condizioni dell'azione richiedono il rispetto dei requisiti dell'interesse a ricorrere e di legittimazione a ricorrere, quest'ultimo riconosciuto nelle procedure ad evidenza pubblica solo agli operatori economici che abbiano effettivamente presentato un'offerta o comunque preso parte alla gara stessa. L'ANAC, viceversa, non sembra presentare il requisito della legittimazione a proporre ricorso; tuttavia, la legittimazione ex lege ad impugnare gli atti di gara è ben giustificata proprio in ragione della rilevanza della disciplina del public procurement e della principale battaglia che l'Autorità si ripropone di combattere: la corruzione e l'inefficienza amministrativa. Sarebbe in definitiva impensabile non riconoscere tale facoltà ad un soggetto così fondamentale per il settore della contrattualistica pubblica.

5.3. La nuova fisionomia dell'ANAC dopo lo “Sblocca cantieri”

“Il decreto correttivo opera sicuramente quanto all'ANAC, non un depotenziamento ma una razionalizzazione: le competenze regolatorie e di vigilanza sono rese coerenti con il quadro costituzionale, le regole in tema di gerarchia delle fonti e divisione dei poteri”²⁸³. Se questo il grande merito riconosciuto dalla dottrina all'intervento del 2017, va altresì ricordato che rimaneva ancora aperto l'equivoco di fondo sulla controversa natura delle linee guida dell'ANAC, il che contribuiva a creare ancora più instabilità nel settore dei contratti pubblici. Ed è proprio sulla scorta di tali considerazioni che si ricava uno spazio il nuovo intervento operato dal d.l. 32/2019, noto anche come decreto Sblocca cantieri. Il punto di partenza è da rintracciarsi proprio nella presa di coscienza di un quadro normativo “poco chiaro e in continuo divenire [...] con evitabili, preoccupanti, ricadute sul corretto svolgimento del mercato degli appalti pubblici”.²⁸⁴ Tale situazione, di conseguenza, finisce per non agevolare la concorrenza e anzi scoraggia gli investimenti delle imprese estere favorendo altresì la commissione di eventi corruttivi: un meccanismo a cascata che si riflette sull'intero

²⁸³ R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1 luglio 2017, p.30.

²⁸⁴ C. Chiariello, *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 Novembre 2020, p.10.

equilibrio socio economico del Paese. In risposta a tutto ciò e nell'intento di soddisfare l'esigenza di una maggiore certezza del diritto nelle procedure a evidenza pubblica ha optato per superare il sistema di attuazione del Codice attraverso il ricorso agli strumenti delle linee guida, per lasciare spazio invece al precedente modello di regolazione: il regolamento attuativo unico, finendo così per ridurre drasticamente le competenze normative dell'ANAC. Nello specifico, il decreto del 2019 in esame, introducendo un nuovo comma all'art.216 del Codice ha predisposto l'adozione di un regolamento unico *“recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice”*; viceversa, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni sarebbero rimasti efficaci solo fino all'entrata in vigore del regolamento succitato. In questo modo, dunque si opta per un ridimensionamento della categoria delle linee guida ANAC oggetto di polemiche, senza tuttavia espungerle completamente dal Codice: le linee guida adottate fino a quel momento che non risulteranno in contrasto con le disposizioni della nuova fonte regolamentare rimarranno infatti in vigore. Residuano, allo stato dei fatti, almeno tre ipotesi in cui permane la formulazione previgente del Codice in cui si rinvia alle linee guida vincolanti dell'Autorità: prima fra tutti, la situazione disciplinata dall'art.80, comma 5, in cui è necessaria la definizione dei mezzi di prova che devono essere adeguati nonché le eventuali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto da parte dell'operatore economico che possa essere motivo di esclusione; ancora, si rinvia alle linee guida dell'ANAC in materia di affidamento in caso di procedura concorsuale dell'impresa concorrente secondo quanto disciplinato dall'art. 110 del Codice al comma 6; ed infine, per la determinazione dei sistemi di monitoraggio cui si servirà l'amministrazione aggiudicatrice per esercitare il controllo sull'operatore economico.²⁸⁵

Se quanto detto finora si riferisce alle linee guida vincolanti, discorso a parte va fatto per quelle prive di forza normativa vera e propria. Ebbene, riguardo a quest'ultime il decreto sblocca cantieri non dispone in alcun senso: rimarrà quindi operante l'art. 213 del Codice, che al comma 2 le disciplina, individuandole quali strumenti chiamati a garantire *“la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche”*. Se ne deduce quindi che nella vigenza delle linee guida non vincolanti all'interno dei confini sopra indicati, il regolamento attuativo sarà chiamato a disciplinare esclusivamente i settori indicati nel d.l. 32/2019: in questo modo si ridisegna un sistema in cui, pur riconoscendo all'ANAC

²⁸⁵ Cfr. C. Chiariello, *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 Novembre 2020, p.12.

un potere di intervento normativo orientato a migliorare l'intero settore del public procurement, è stato chiarito dalla stessa giurisprudenza di merito che le linee guida non vincolanti non sono idonee a costruire un vero e proprio parametro di legittimità per le regole di gara che dovranno seguire le stazioni appaltanti, in quanto possono essere più propriamente considerabili come strumenti ricognitivi di principi di carattere generale in materia.²⁸⁶

In estrema sintesi, nonostante lo stesso Consiglio di Stato abbia più volte tentato di dare un assetto ordinato alla figura dell'ANAC, l'inquadramento delle linee guida tra le fonti del diritto appare ancora fortemente incerto. Si è passati infatti dal considerare le stesse come strumento di *soft law*, per poi far leva invece sull'aspetto sostanziale più che formalistico e anche l'intervento del decreto correttivo si è rivelato fallace. In definitiva, poi, il Consiglio di Stato, dopo l'entrata in vigore dello Sblocca cantieri, ha riconosciuto carattere normativo alle linee guida vincolanti, posto che il dettato della norma primaria risulti chiaro e inequivocabile. Ferma restando poi, come detto sopra, la natura incontestata degli atti amministrativi generali delle linee guida non vincolanti, è chiaro che il Legislatore, con il ripristino del regolamento abbia voluto attribuire preminente importanza alla certezza del diritto *“ritenendo che la tentata strada di una regolazione più flessibile non si sia rivelata funzionale ai prefissati obiettivi di efficienza e trasparenza nel settore della contrattualistica pubblica”*.²⁸⁷

5.4. Spunti di riflessioni: l'operato dell'ANAC e il calo del CPI

Se si volesse ora, fare il punto della situazione sull'attività condotta dall'ANAC e ci si interrogasse sui possibili scenari futuri, sicuramente si aprirebbero scorci stimolanti. Al di là, infatti, degli interventi normativi fin qui narrati e delle molteplici controversie sorte nell'immediata entrata in vigore del Codice del 2016, ci si chiede quali siano i punti cardine da cui partire per ovviare ai molteplici problemi ancora presenti in Italia nella contrattualistica pubblica. Anzitutto, al Codice va riconosciuto il merito di essersi aperto verso un'ottica collaborativa e più predisposta al dialogo tra P.A. e cittadini; in secondo luogo, va apprezzato il tentativo di conciliare l'approccio tendenzialmente rigido nazionale con quello più flessibile tipico del panorama europeo. Posto centrale poi, ricordiamo, è quello occupato dall'ANAC, che, nonostante le critiche mosse in merito all'eccessiva mole di poteri

²⁸⁶ Si veda Cons. di Stato, V sez., Sent. 13 novembre 2019 n. 7805.

²⁸⁷ C. Chiariello, *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 Novembre 2020, p.18.

ad essa attribuiti, può vantare sicuramente un ruolo di spicco nella disciplina del public procurement che ha portato, per altro, i suoi frutti: dal 2012 al 2018 l'Italia è infatti riuscita a guadagnare ben diciannove posizioni nella classifica generale dell'indice di percezione della corruzione²⁸⁸, più volte citato in questo elaborato, con vantaggi tangibili non solo sul fronte interno ma anche su quello internazionale in materia di investimenti. Visti questi progressi, che hanno fatto salire il nostro Paese dalla settantaduesima posizione del 2012 alla cinquantunesima in soli sette anni, si può certamente affermare che *“la nascita dell'ANAC ha inciso sicuramente molto nel miglioramento del ranking italiano, sia a livello di efficacia reale, per la prevenzione della corruzione, sia per quanto riguarda il percepito”*²⁸⁹. Ma come combattere ancora più strenuamente la corruzione? Tale domanda sorge spontanea, in quanto l'ANAC da sola non può di certo riuscire a intervenire in maniera capillare su tutti i mali della pubblica amministrazione: si legge in dottrina che *“l'ANAC può fare molto per l'efficienza e la legalità del sistema degli appalti pubblici, ma non è attrezzata per i miracoli: la sua azione deve poter contare su un contesto di regole chiare e stabili e su stazioni appaltanti qualificate”*²⁹⁰. Molteplici, dunque, i temi da tenere in considerazione, partendo dall'assunto che nessuna vigilanza può ritenersi veramente efficace se permane un numero eccessivo di soggetti da vigilare, e ancora, se non vengono predisposti strumenti di lavoro idonei all'ANAC. Per risolvere questa situazione, come è stato più volte sollevato in dottrina, vedremo che risulterà necessario un intervento per revisionare l'intero sistema di base: le direttrici lungo cui ci si dovrà muovere, alcune delle quali poi contenute anche nel PNA del 2019, saranno sicuramente quelle di una rilettura dell'azione della P.A., la quale dovrà essere controllata più che nella forma nella sostanza e si dovrà lasciare sempre più spazio per l'ingresso di procedure digitalizzate, le quali consentono da un lato di avere contenuti certi e dall'altro di ovviare ad esigenze di celerità e speditezza.

In definitiva, ciò che andrebbe rivisitato è l'intera macchina operante del public procurement, partendo da una semplificazione generale, passando per una più attenta qualificazione degli attori operanti nelle procedure di gara e sfruttando al meglio il potenziale degli istituti innovativi, come le procedure digitalizzate. Solo attraverso un penetrante e attento intervento nella contrattualistica pubblica l'ANAC potrà contare su un sistema di regole omogeneo e chiaro, orientando così la sua attività alla lotta alla corruzione e all'inefficienza nella maniera più adeguata e quindi, vincente.

²⁸⁸ Si veda *Figura 1* in appendice.

²⁸⁹ C. Fontana, *La corruzione percepita in Italia cala. Anche grazie all'ANAC di Cantone*, in www.valori.it, 23 gennaio 2020.

²⁹⁰ R. De Nictolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1° luglio 2017, p.31.

Capitolo 4. “L’emergenza epidemiologica Covid-19 e il suo impatto nel settore dei contratti pubblici: scenari corruttivi e ruolo dell’ANAC”

1. Rilevanza delle situazioni di emergenza per la contrattualistica pubblica

L’analisi del meccanismo di funzionamento del public procurement finora condotta ha designato un sistema ricco di norme, regole e altrettanti problemi, primo fra tutti quello della corruzione, nell’ambito di svolgimento dell’attività ordinaria: cosa accade, invece, quando il Paese si trova a fronteggiare una situazione emergenziale? Sicuramente vengono attivati una serie di istituti volti a gestire lo scenario *sui generis* nei diversi settori dell’ordinamento: nei successivi paragrafi verrà condotta un’analisi circa l’impatto dell’emergenza epidemiologica scaturita dal virus Covid-19, che da gennaio 2020 ha colpito il nostro Paese e il resto del Mondo, stravolgendolo: sarà pertanto condotta una breve analisi anche sugli obiettivi di ripresa dell’Italia messi in atto dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Verrà esaminato in particolare il settore del public procurement, le norme destinate a modificare il quadro normativo esistente e, infine, il determinante ruolo dell’ANAC nel contrastare l’insorgere di fenomeni corruttivi, che nelle situazioni emergenziali riescono ancor di più a trovare terreno fertile.

1.1. Le precedenti situazioni emergenziali e i problemi emersi

Come appena accennato, l’ordinamento giuridico di un Paese, oltre a regolare i rapporti giuridici e a creare un apparato di norme per ciascun settore per garantire che la macchina dello Stato operi in modo adeguato ed efficiente può essere chiamato talvolta a fronteggiare situazioni emergenziali, derivanti per lo più da eventi imprevedibili. La principale conseguenza è dunque l’attivazione di istituti idonei alla gestione dell’emergenza, nonché la rivisitazione di norme già esistenti, ma inadeguate per far fronte all’emergenza; e ancora, l’insorgere di eventi imprevedibili, come nel caso dell’epidemia da Covid-19, può rappresentare l’occasione per rinnovare, anche parzialmente, l’apparato normativo di uno o più settori, dal momento che la situazione emergenziale porta ancor di più alla luce le problematiche preesistenti alla stessa.

Fatte queste premesse, è opportuno ripercorrere in breve le tappe significative e le principali situazioni emergenziali che il nostro Paese ha dovuto gestire: ci si soffermerà, in particolar modo, sul peculiare settore dei contratti pubblici e sull’incidenza sullo stesso delle situazioni straordinarie in esame, stante la rilevanza socioeconomica che il public procurement ricopre nel nostro ordinamento, nonché le patologie dalle quali è affetto, prima fra tutti la corruzione. La disciplina normativa di settore che

consente di derogare a quella ordinaria risale addirittura al periodo Monarchico: nel Regio decreto del 18 novembre 1923, n. 2240 e in quello del 23 maggio dell'anno successivo, n. 827 balzano agli occhi due articoli, rispettivamente l'art.6 e l'art. 41, i quali contengono termini riferiti espressamente a situazioni emergenziali. Il primo, infatti, disponeva che *“per speciali ed eccezionali circostanze [...] il contratto potrà essere concluso a trattativa privata”*²⁹¹, stabilendo dunque un regime derogatorio rispetto alle procedure ordinarie di conclusione di un contratto pubblico. Parimenti, l'articolo 41 prevedeva la possibilità di ricorrere all'istituto della trattativa privata ove ricorressero *“speciali ed eccezionali circostanze”*. Nonostante la capacità di rispondere a tali eccezionali circostanze attraverso la deroga agli ordinari istituti, tale sistema risultava incompleto e messo a repentaglio: dal momento che non si specificavano le condizioni per il ricorso alla trattativa privata in luogo delle normali procedure di gara si rischiava l'indiscriminato utilizzo dell'istituto derogatorio, in quanto l'unico onere richiesto era quello di indicare nel decreto di approvazione del contratto le speciali ed eccezionali circostanze in grado di giustificare il ricorso. Questa prima risposta normativa alle situazioni di emergenza, pertanto sarebbe stata necessariamente superata negli anni, in quanto tale regime derogatorio rischiava di determinare un ricorso indiscriminato agli istituti di urgenza, distorcendone la *ratio* e rischiando finendo così per prestare il fianco per la proliferazione dei fenomeni corruttivi. Per tale motivo, il Legislatore si è trovato costretto ad intervenire più volte sul tema per chiarire i dubbi interpretativi sorti: in prima battuta, con il D.lgs. del 24 luglio 1992 si riconosceva alle amministrazioni aggiudicatrici la facoltà di concludere contratti ricorrendo alla trattativa privata e senza la necessità di previa pubblicazione del bando di gara ove *“l'eccezionale urgenza risultante da avvenimenti imprevedibili non sia compatibile con i termini imposti dalle ordinarie procedure”*²⁹², con la precisazione che le circostanze invocate per giustificare l'eccezionale urgenza non avrebbero dovuto essere imputabili all'amministrazione aggiudicatrice, stante l'operatività del criterio della necessità, da applicare a tale disciplina derogatoria. Nella stessa direzione si muoveva il testo dell'art. 7 del D.lgs. n.157/1995, il quale consentiva l'utilizzo della trattativa privata senza oneri pubblicitari della *lex specialis* di gara ove non fosse stato possibile rispettare i termini ordinari previsti *“per l'impellente urgenza determinata da avvenimenti imprevedibili”*. In quegli anni, dunque, si iniziava ad avvertire la necessità, da un lato, di dare una risposta tempestiva alla presenza di tali situazioni straordinarie ed imprevedibili; dall'altro, si doveva tenere a mente il rischio di un ricorso incondizionato a tali procedure derogatorie, utilizzate per fare da scudo alla conclusione di accordi illeciti. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla tragica vicenda del

²⁹¹ Art. 6 del R.d. n. 2440/1923.

²⁹² Art.9 del d.lgs. n. 358/1992.

terremoto che nel 1980 colpì l'Irpinia, ove la Corte dei Conti ha stimato che, a partire dall'anno successivo, le risorse finanziarie a carico dello Stato per le opere di ricostruzione e per lo sviluppo in Campania e Basilicata ammontavano complessivamente a 33 miliardi di euro, senza però un uso efficiente di tale somma: alla tragedia determinata dall'evento sismico se ne affiancò infatti un'altra, di stampo socioeconomico, che condusse all'apertura di un'inchiesta denominata "*Irpiniagate*"²⁹³, per indagare sui percorsi illeciti del denaro stanziato per la ricostruzione delle zone colpite dal terremoto. Da tale inchiesta, tutt'ora aperta, emersero scenari corruttivi di notevole rilevanza, ove trovarono coinvolgimento non solo le amministrazioni e la politica dei Comuni interessati, ma anche e soprattutto le imprese del Nord Italia, le quali, approfittando della situazione emergenziale, riuscirono ad avere accesso ai fondi pubblici stanziati, senza però adempiere alla controprestazione richiesta, attraverso la creazione di imprese destinate a fallire dopo aver concluso il contratto stesso. Chiaramente va precisato che gli scandali connessi a tale gestione del denaro pubblico per la ricostruzione delle zone terremotate si riferivano ad un periodo storico in cui la disciplina del public procurement non era ancora stata messa a punto e il quadro normativo di riferimento era rappresentato dalla legge Merloni: la legge quadro sui lavori pubblici, tuttavia, non prevedeva norme adeguate per la prevenzione della corruzione, era ancora lontana l'istituzione dell'ANAC e soprattutto non vi era un'espressa previsione per le situazioni emergenziali, in quanto si rimandava, come accennato prima, a interventi dell'esecutivo che di volta in volta veniva chiamato a gestire la situazione di urgenza. La principale problematica derivava dalla mancanza di norme precise e dai confini ben definiti che potessero essere utilmente attivate all'insorgere di una situazione imprevedibile e di emergenza, come nel caso di un terremoto o di un'altra catastrofe naturale, per consentire una gestione sì tempestiva, ma anche efficiente e scevra da illeciti, a presidio dei fondi pubblici e dunque della contrattualistica nel suo insieme.

Per ravvisare un intervento che tenesse conto delle esigenze contrapposte di celerità di intervento e tutela dei valori di integrità e concorrenza tra operatori economici si dovette però attendere, ancora una volta, l'intervento comunitario: ci si riferisce, infatti, a quanto stabilito dalla Direttiva comunitaria 2004/18/UE, la quale, all'articolo 31 riconosce la possibilità di aggiudicare contratti pubblici mediante una procedura negoziata senza la necessaria pubblicazione del bando nel caso in cui "*l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando*

²⁹³ Nota anche come "Mani sul terremoto", si tratta di un'inchiesta parlamentare del filone "Mani pulite" relativa alla gestione dei fondi destinati ai comuni danneggiati dal terremoto dell'Irpinia.

di gara".²⁹⁴ Qua l'intento del Legislatore comunitario è visibilmente orientato verso una logica in linea con quanto previsto fino a quel momento dalla normativa emergenziale; tuttavia, sia nel succitato articolo della Direttiva europea che nel primo Codice dei contratti²⁹⁵ si ravvisa un elemento di novità sul quale si farà poi leva nella stesura delle norme a ciò dedicate nel Codice dei contratti del 2016. Si fa riferimento al livello di chiarezza espositiva che viene raggiunto nel prevedere che si può attivare la procedura di urgenza solo nella misura strettamente necessaria: nonostante questi termini comparissero anche nei decreti legislativi degli anni novanta sopra esaminati, in questa sede non si parla più di una necessità generica; viceversa, si richiede la presenza di una condizione di urgenza estrema e qualificata, che possa così limitare il ricorso alle procedure derogatorie alle sole ipotesi di effettiva necessità. Sul punto, si è espressa anche autorevole dottrina, specificando che la disposizione dell'art.57 del Codice dei contratti del 2006 dovesse ritenersi esaustiva "*di tutti i possibili casi in cui l'urgenza consenta l'utilizzo della procedura negoziata senza bando*"²⁹⁶. La stessa autorità di settore operante prima dell'istituzione dell'ANAC, inoltre, in una propria determinazione, aveva ritenuto illegittimo il ricorso alla trattativa privata senza previa pubblicazione del bando nel caso in cui ci si trovasse di fronte ad una situazione di urgenza sopravvenuta per condotta colpevole dell'amministrazione operante: disponeva l'AVCP, infatti, che l'urgenza dovesse essere "*qualificata e non generica, deve corrispondere ad esigenze eccezionali e contingenti e tale da far ritenere che il rinvio dell'intervento comprometterebbe irrimediabilmente il raggiungimento degli obiettivi che la stazione appaltante si è posta mediante la realizzazione dell'intervento stesso*".²⁹⁷ Con tale intervento si tracciavano ancor meglio le direttrici lungo le quali l'amministrazione avrebbe potuto e dovuto muoversi qualora si fosse trovata dinnanzi una situazione emergenziale, nello specifico ambito della gestione della spesa pubblica: attraverso il riferimento alla condotta della stazione appaltante si tendeva infatti a responsabilizzare l'azione del contraente pubblico, in quanto la stessa avrebbe dovuto attuare una corretta pianificazione degli interventi di spesa da seguire per non configurare la propria condotta come colposa. Per completezza espositiva meritano menzione i commi 6 e 10 dell'art.125 del Codice stesso, dedicati alle ipotesi di urgenza qualificata, tale da consentire di utilizzare forme di acquisizione di beni, servizi e lavori attraverso l'amministrazione diretta e il cottimo fiduciario: forme rilevanti a parere della dottrina più rilevante, che le definisce come procedure "*comportanti vantaggi non indifferenti alle amministrazioni aggiudicatrici, essendo*

²⁹⁴ Art. 31 della Direttiva 2004/18/UE.

²⁹⁵ Cfr. art.57 del D.lgs. n.163/2006.

²⁹⁶ Cfr. R. De Nictolis, C. Volpe, *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in R. De Nictolis, R. Garofoli, M.A. Sandulli (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè editore, 2008, p.1786.

²⁹⁷ Determinazione dell'AVCP del 5 aprile 2000.

*notevolmente ridotti i tempi e i costi per la realizzazione di opere e la provvista di beni e servizi”.*²⁹⁸

Il primo tra i commi citati stabiliva che i lavori eseguibili attraverso tali procedure semplificate avrebbero dovuto essere individuati da ciascuna stazione appaltante nell’ambito di diverse categorie, mentre il comma 10 si disponeva che l’acquisizione in economia di beni e servizi era ammessa nel caso in cui l’urgenza fosse determinata da eventi oggettivamente imprevedibili che avrebbero potuto mettere a repentaglio la sicurezza e la salute pubblica ovvero il patrimonio storico, artistico e culturale del Paese.²⁹⁹

Questa, dunque, la risposta normativa di gestione della spesa pubblica durante le situazioni emergenziali sotto il periodo di vigenza del Codice dei contratti del 2006: esaustiva o insufficiente? Per rispondere a tale domanda, basti pensare ad una delle situazioni emergenziali cui si è dovuto far fronte negli anni seguenti: il terremoto che nel 2009 ha visto coinvolta la città Abbruzzese l’Aquila. Similarmente a quanto avvenuto anni prima nel Sud Italia, anche questa circostanza emergenziale ha rappresentato un’occasione per il proliferare di pratiche corruttive nella gestione della spesa pubblica volta alla ricostruzione post sismica, con provvedimenti penali indirizzati a funzionari pubblici, imprenditori e professionisti, ritenuti responsabili, tra i vari reati a questi imputati, di concorso in corruzione per l’esercizio della funzione e turbativa d’asta: ancora una volta, quindi, si assisteva ad accordi illeciti conclusi tra funzionari pubblici e imprenditori privati agevolati proprio dalla situazione emergenziale che faceva da sfondo, legittimando la deroga a procedure ordinarie. Si sarebbe quindi dovuta trovare una soluzione al problema irrisolto dalle disposizioni dedicate alle situazioni emergenziali previste dal D.lgs. 163/2006, le quali, sebbene innovative rispetto al passato, non riuscivano a contrastare il male che affligge da sempre la contrattualistica pubblica e che ancor di più si inserisce nei periodi di debolezza di un Paese, come quello del sisma del 2009, ove *“l’obiettivo della ‘ndrangheta è stato quello di creare le basi logistico-operative per pilotare l’aggiudicazione di gare di appalto bandite per la ricostruzione post-terremoto”.*³⁰⁰

1.2. La logica emergenziale nel Codice dei contratti pubblici

Visti i fallimenti nel garantire una corretta ed efficiente gestione della spesa pubblica nelle situazioni emergenziali, occorre ora esaminare la disciplina normativa proposta dal Legislatore europeo con le

²⁹⁸ T. Paparo, *I contratti sotto soglia*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.965.

²⁹⁹ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, pp.1000-1001.

³⁰⁰ N. Gratteri, A. Nicaso, *Ossigeno illegale*, Milano, Mondadori, 2020, p.36.

direttive comunitarie del 2014, successivamente recepite nell'ordinamento interno con la nascita del Codice del 2016. Quest'ultimo, a differenza del precedente, contempla la cd. "somma urgenza", già disciplinata a livello regolamentare dall'art.176 del d.P.R 207/2010, innalzata ora a fonte legislativa. L'istituto della somma urgenza fa riferimento nello specifico a tutte quelle ipotesi ulteriori rispetto a quelle caratterizzate dall'urgenza o dall'estrema urgenza, operando dunque nel caso in cui la situazione emergenziale non possa essere fronteggiata selezionando un contraente con una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, caso previsto invece all'art. 63 del medesimo Codice.³⁰¹ In particolare, l'istituto della somma urgenza potrà essere attivato solo in *extrema ratio*: come sottolineato dal Consiglio di Stato, rispetto a quanto previsto dall'art.63 del Codice, "*gli affidamenti di cui all'art.163 devono essere considerati ulteriormente eccezionali e quindi tale disposizione deve essere interpretata e applicata in senso assolutamente rigoroso e restrittivo*"³⁰². Il quadro che si crea è dunque caratterizzato dalla compresenza di queste due disposizioni, che orientano l'attività nel public procurement durante le situazioni emergenziali in un'ottica di graduale valutazione delle stesse sulla base dell'urgenza. Anche l'ANAC è stata chiamata a pronunciarsi sull'operatività dell'istituto, in quanto va tenuto a mente che la logica della gestione delle emergenze deve conciliarsi con la necessaria tutela di valori importanti, per evitare la presenza di fenomeni di corruzione: l'Autorità, in particolare, nel ribadire l'eccezionalità dell'istituto, stante la possibilità di affidare direttamente l'esecuzione di lavori senza alcun confronto competitivo con gli operatori economici, specifica che tale facoltà deve essere concessa solo quando "*sono effettivamente in gioco interessi superiori la cui lesione appare prossima e certa, in modo tale che l'esigenza di un previo e imparziale procedimento, ancorché semplificato, di evidenza pubblica, cede il passo a un affidamento diretto*"³⁰³. Un importante passo in avanti, dunque, utile a contrastare l'indiscriminato ricorso all'affidamento diretto giustificato proprio da quelle ragioni di urgenza, sia somma o estrema, che rischiano di eludere più che derogare alle norme poste a presidio per il corretto svolgimento delle procedure di gara pubblica: ecco perché si fa leva sull'accadimento di un evento o sulla concreta possibilità che lo stesso si verifichi tale da non consentire il ricorso a procedure alternative: ciò che rileva è dunque l'esistenza di un nesso di causalità tra l'evento o la probabilità del suo verificarsi e la situazione di emergenza che ne può derivare.³⁰⁴ Per quanto riguarda, nello specifico, l'iter procedimentale da seguire nel caso di operatività della somma urgenza in relazione alle situazioni

³⁰¹ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1003.

³⁰² Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n.855.

³⁰³ ANAC, delibera n.286/2016, in www.anticorruzione.it, 9 marzo 2016.

³⁰⁴ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1003.

individuate dai commi 1-5 dell'art.163, vengono chiamati a tutelare il corretto agire della P.A. il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente i quali, dopo essersi recati sul luogo, oltre a disporre il verbale in cui vengono indicati i motivi dello stato di urgenza, possono disporre anche la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200mila euro o di quanto indispensabile al fine di rimuovere lo stato di pregiudizio per la pubblica incolumità. Si segnala, inoltre, la disposizione secondo cui gli atti relativi agli affidamenti di somma urgenza vengano pubblicati sull'apposita sezione web del committente, nella quale andranno altresì specificate le modalità di scelta dell'affidatario nonché fornita adeguata motivazione in merito all'impossibilità di scelta delle procedure ordinarie³⁰⁵. Infine su tali atti graverà un onere di trasmissione all'Autorità nazionale anticorruzione, la quale procederà con l'attività di controllo ad essa demandata e potrà altresì richiedere alle amministrazioni pubbliche eventuali informazioni documentali integrative: qualora dall'attività di vigilanza emergano rilevanti irregolarità, spetterà all'ANAC dare avvio al procedimento di vigilanza previsto dall'art.13 del regolamento adottato dalla stessa Autorità il 15 febbraio 2017, che potrà concludersi con l'adozione di raccomandazioni vincolanti.³⁰⁶ In definitiva, si può certamente affermare che tali operazioni di somma urgenza non comportano affatto l'assenza di controlli: le stesse amministrazioni aggiudicatrici, una volta effettuato l'affidamento, verificano che l'operatore economico possa vantare i requisiti necessari e, in caso di risposta negativa, le stesse sono abilitate a recedere dal contratto, con il pagamento del solo valore delle opere già eseguite e il relativo rimborso delle spese sostenute.³⁰⁷ Dopo aver analizzato la principale novità in materia di somma urgenza, merita per completezza espositiva un'analisi anche il più volte citato articolo 63, dedicato ai casi di estrema urgenza, che si pone in rapporto di *genus* delle procedure urgenti, in un'ottica in cui la disciplina di cui sopra, è considerabile come *species*, o, ancor meglio, *extrema ratio*. L'iter procedimentale designato dal Codice dei contratti risulta esaustivo e preciso nel disporre che *“le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare [...] nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione[...] L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art.95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”*³⁰⁸: in questo modo vengono poste delle garanzie a presidio dei valori appena citati

³⁰⁵ Art. 163, c.10 del D.lgs. n.50/2016.

³⁰⁶ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1018.

³⁰⁷ Cfr. U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *www.federalismi.it*, 8 aprile 2020, pp.7-8.

³⁰⁸ Art. 63, c.6 del D.lgs. n. 50/2016.

anche nel caso, come questo, in cui si propenda per la scelta di procedure derogatorie rispetto a quanto previsto ordinariamente. Stessa cosa vale per l'iter procedimentale da seguire nel caso di operatività della somma urgenza in relazione alle situazioni viste sopra, in cui vengono chiamati a tutelare il corretto agire della P.A. il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente.³⁰⁹ Il quadro che si crea è dunque caratterizzato dalla compresenza di queste due disposizioni che orientano l'attività nel public procurement durante le situazioni emergenziali, in un'ottica di graduale valutazione delle stesse sulla base dell'urgenza, in modo tale da consentire un uso e non un abuso della disciplina derogatoria stessa, la quale si prefigge l'obiettivo di snellire le procedure senza tuttavia eludere i controlli. Sul punto si segnala il contributo della legislazione antimafia: nel Codice dedicato a tale disciplina si prevede infatti che, nell'ipotesi di affidamento di lavori o forniture in situazioni di somma urgenza, ove successivamente alla stipula del contratto si accertino violazioni di divieti o infiltrazioni mafiose, l'amministrazione è chiamata a revocare le concessioni ovvero recedere dal relativo contratto di appalto³¹⁰: l'informativa antimafia si colloca così tra gli istituti indirizzati alla prevenzione della corruzione nel public procurement, i quali risultano utili a limitare la presenza di accordi collusivi nel delicato settore degli appalti senza incidere negativamente sulla realizzazione dei contratti e tutelando al contempo gli operatori economici coinvolti, attraverso la previsione del rimborso delle spese sostenute.³¹¹

Se queste le procedure da seguire nel caso di affidamento di un contratto nei contesti emergenziali, meritano ora un cenno gli articoli 106 e 107 del D.lgs. 50/2016, che disciplinano il rapporto tra fattispecie emergenziale e fase di esecuzione dei lavori. A differenza dei dispositivi sopra esaminati, tuttavia, il testo non presenta i termini "urgenza" o "emergenza", limitandosi invece a riconoscere specifici poteri di scelta ai soggetti competenti. Si legge infatti all'articolo 106 che le modifiche e le varianti dei contratti di appalto in corso di validità possono essere autorizzate dal RUP, tra le altre ipotesi, anche nel caso in cui *"la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore"*³¹². Viceversa, l'articolo 107 del Codice, al comma 5, riconosce all'esecutore dell'appalto la possibilità di chiedere la sospensione e la relativa proroga del termine fissato precedentemente per la conclusione dei lavori, nel caso in cui *"per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine*

³⁰⁹ Cfr. art.163, c.1-5 del D.lgs. n.50/2016.

³¹⁰ Cfr. art.94 Codice antimafia.

³¹¹ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1017.

³¹² Art. 106, comma 1, lett c), del D.lgs.n. 50/2016

fissato”. La decisione circa la concessione della proroga è rimessa al RUP che dovrà contestualmente sentire il direttore dei lavori, il quale esaminerà la richiesta dell'appaltatore.

In definitiva, si può con certezza affermare che la normativa prevista dal Codice dei contratti del 2016 per fronteggiare situazioni emergenziali, o comunque di urgenza, in maniera quanto più efficiente possibile è sicuramente più completa rispetto al passato; si legge infatti in dottrina che *“il regime derogatorio previsto per le circostanze di urgenza ha quale unico scopo quello di rendere più snelle le procedure e non, al contrario, quello di pregiudicare il controllo, o ancor più, il rispetto dei principi fondamentali quali il possesso delle certificazioni, l'assolvimento degli obblighi contributivi [...] in quanto destinati alla tutela di beni primari non subiscono alcuna deroga, nemmeno in presenza di situazioni eccezionali quali quelle determinate dal verificarsi di una calamità naturale”*³¹³: se è vero che le situazioni emergenziali richiedono delle disposizioni specifiche e adatte alla gestione dell'emergenza stessa, è altrettanto vero che non possono in alcun caso essere sacrificati i principi posti alla base della contrattualistica pubblica e del nostro ordinamento nel suo complesso.

1.3. La Protezione Civile e gli altri soggetti coinvolti nelle emergenze

Per una corretta gestione delle situazioni emergenziali nell'ambito della contrattualistica pubblica, se il quadro normativo sovra esposto risulta essere certamente necessario, al contempo non può essere considerato esaustivo: un insieme di regole senza la presenza di soggetti attuatori delle stesse non condurrà di certo all'efficienza e alla completezza gestionale. Risulta a tal proposito necessario un *focus* sulle istituzioni coinvolte nella gestione della spesa pubblica, i cui poteri vengono attivati qualora a richiederlo sia proprio la situazione di particolare necessità ed emergenza.

Una posizione di particolare rilevanza in questo contesto è rivestita dalla Protezione Civile³¹⁴, la quale è chiamata ad esercitare una serie di poteri ed attività tutti rivolti ad una corretta gestione della situazione emergenziale, che coinvolge dunque inevitabilmente anche l'apparato decisionale dell'affidamento di lavori e servizi ad operatori economici privati. Così come già segnalato in riferimento alla normativa predisposta dal Codice dei contratti, anche in questo caso, alla base della previsione di una regolazione *ad hoc* per le procedure di acquisti pubblici, a fare da sfondo vi è il generale divieto di deroga alle procedure ordinarie di affidamento: il Legislatore statale ribadisce

³¹³ U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in www.federalismi.it, 8 aprile 2020, p.9.

³¹⁴ È l'organismo preposto ad attuare tutte le misure di previsione e prevenzione dei maggiori rischi presenti sul nostro territorio, legati ad eventi calamitosi sia naturali che antropici, nonché ad attivarsi per la gestione delle situazioni legate ad essi.

infatti l'operatività del principio di matrice comunitaria secondo il quale il ricorso a procedure derogatorie “*deve costituire un'eccezione, limitata a casi particolari*”³¹⁵. Occorre dunque partire da questa premessa per comprendere a pieno l'ottica in cui la Protezione Civile è chiamata ad operare, avvalendosi sì delle procedure derogatorie predisposte, ma senza farne un utilizzo distorto e indiscriminato, ancora una volta per sottolineare come determinati valori quali la trasparenza e la concorrenza necessitano di tutela. Per garantire ancor di più il corretto svolgimento dell'attività da parte della Protezione Civile, inoltre, va segnalato che il D.lgs. n. 50/2016 regola direttamente le ipotesi di acquisizione di servizi, lavori e forniture in occasione di emergenze di Protezione Civile, ricomprendendola altresì nella categoria di somma urgenza: questo segna un decisivo passo in avanti rispetto alla previgente normativa settoriale, ai sensi della quale gli interventi della protezione civile erano regolati solamente in via generale dalla legge n.225/1992, e successivamente dal D.lgs. n. 1/2018. Quest'ultimo intervento normativo rappresenta la prima codificazione delle disposizioni in materia di Protezione Civile: se dunque parte dell'attività è ricompresa nel Codice dei contratti, altrettanto rilevante è il quadro designato dal decreto legislativo del 2018. Anzitutto viene dettato l'iter da seguire per la dichiarazione dello stato di emergenza, che avviene tramite delibera del Consiglio dei ministri, previa valutazione speditiva svolta dal Dipartimento della protezione civile in collaborazione con i dati che le Regioni e le Province autonome interessate forniscono³¹⁶. L'articolo successivo invece è dedicato alle ordinanze di Protezione Civile, mediante le quali si provvede “*per il coordinamento dell'attuazione degli interventi da effettuare durante lo stato di emergenza di rilievo nazionale [...] in deroga ad ogni disposizione vigente, nei limiti e con le modalità indicati nella deliberazione dello stato di emergenza e nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento giuridico e delle norme dell'Unione europea*”³¹⁷. Nel secondo periodo di questo primo comma si sottolinea come ci si possa e debba muovere entro limiti ben precisi, essendo impensabile che le deroghe alle disposizioni vigenti comportino una lesione dei principi generali nazionali e comunitari. Parimenti, sulla stessa linea di pensiero si muove tutto il primo comma del succitato articolo, chiarendo che le ordinanze, qualora si discostino dal contenuto delle leggi vigenti, debbano contenere l'indicazione delle principali norme cui si intende derogare, con annessa motivazione dettagliata, onde evitare un ricorso incontrollato allo strumento dell'ordinanza derogatoria. Continuando l'analisi dell'articolo in esame, se al comma secondo viene elencato il diverso contenuto che le ordinanze stesse possono assumere, partendo dall'attivazione di misure economiche di sostegno al tessuto economico e sociale,

³¹⁵ V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1004.

³¹⁶ Cfr. art.24 del D.lgs. n. 1/2018.

³¹⁷ Art. 25, c. 1, del D.lgs. n. 1/2018.

fino ad arrivare alla ricognizione dei fabbisogni per il ripristino delle strutture e delle infrastrutture pubbliche e private che sono state danneggiate dall'evento catastrofico; al terzo comma ci si preoccupa di specificare che tali ordinanze sono sottratte al controllo preventivo di legittimità da parte della Corte dei conti.

Prima di passare all'analisi del rapporto intercorrente tra azione di Protezione Civile e Codice dei contratti, è opportuno segnalare un punto a lungo controverso: emerge infatti che *“tra le disposizioni più frequentemente derogate dalle ordinanze di protezione civile si annoverano soprattutto quelle relative alla modalità di scelta dei contraenti, disposizioni introdotte di regola dal diritto dell'Unione europea”*³¹⁸: questo ha comportato la Commissione europea ad avviare nei confronti del nostro Paese una serie di procedure di infrazione, facendo leva sulla presunta violazione delle norme comunitarie in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici proprio a causa di alcune ordinanze di Protezione Civile ex. Art. 5, comma 2 legge 225/1992. La Commissione europea, in particolare, sosteneva che le ordinanze di Protezione civile non fossero supportate da una situazione di estrema urgenza, che potesse dunque legittimare la deroga alle procedure ordinarie operative nel public procurement;³¹⁹ e ancora, che in alcune situazioni emergenziali non potevano rinvenirsi i presupposti dell'imprevedibilità e della non imputabilità allo Stato membro, considerati questi requisiti indefettibili per il ricorso a procedure di gara difformi rispetto a quelle individuate dal Legislatore comunitario.³²⁰ Ancora una volta dunque un monito, non solo a livello interno ma anche sovranazionale, teso a garantire il rispetto dei principi e, conseguentemente, anche delle procedure nella contrattualistica pubblica, onde evitare la presenza di situazioni emergenziali, per così dire, fittizie, e preservare dunque le norme poste a presidio del corretto svolgimento delle gare pubbliche: monito che, come visto nei precedenti capitoli, nel recepimento delle direttive comunitarie del 2014 aveva assunto la forma del divieto di *gold plating* nella costruzione del Codice dei contratti del 2016³²¹, in quel caso per tentare di avvicinare il rigido approccio Italiano a forme semplificate e snellite.

Non resta ora che esaminare il vero punto di raccordo tra l'attività svolta dalla Protezione civile e il Codice dei contratti pubblici, riscontrabile proprio nella fattispecie della somma urgenza di cui si è parlato sopra. Il Legislatore italiano ha infatti ricondotto all'interno di questa categoria anche il

³¹⁸ V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1008.

³¹⁹ Si veda Corte UE, II Sez., Sent. 18 luglio 2007, Causa C-382/05.

³²⁰ Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1008.

³²¹ Cfr. par.1.4, cap. 3.

verificarsi degli eventi di Protezione Civile individuati attualmente dall'art.7 del D.lgs. n. 1/2018, nonché quelli che si verificano a livello comunale o sovranazionale e che non necessariamente comportino la declaratoria dello stato di emergenza di rilievo nazionale secondo l'iter dell'art.24 prima esaminato. Inoltre, con riferimento alla mera, ma concreta probabilità del verificarsi dell'evento rischioso per la pubblica incolumità, quando si parla di valutare la cd. ragionevole previsione di quest'ultimo non è ammissibile un astratto giudizio probabilistico, preferendosi al contrario un criterio di valutazione della prevedibilità in concreto dell'evento.³²² Sul punto, inoltre, si è espresso anche il Consiglio di Stato, che ha sottolineato la necessità di far riferimento *“a parametri oggettivi e rigorosi onde evitare che la previsione dell'imminente evento sia legata a parametri soggettivo-discrezionali che rischiano di rendere arbitrario e incontrollabile il ricorso alla procedura eccezionale”*³²³. È lo stesso testo legislativo, d'altronde, a designare i limiti entro cui si può parlare di somma urgenza nei casi di Protezione Civile, ritenendola esistente fintanto che non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità; nonché a specificare che debba rispettarsi il principio di proporzionalità nell'adottare misure specifiche: è pacifico in dottrina che *“si tratta di affidamenti che devono essere necessari per garantire le attività e i compiti di protezione civile, e che si sostanziano in quelle attività volte alla previsione, prevenzione e mitigazione dei rischi, alla gestione delle emergenze e al loro superamento”*.³²⁴ Tali previsioni risultano quindi in linea con quanto detto sopra, andando a limitare o quanto meno controllare l'attività svolta dalla Protezione civile nel settore del public procurement.

A completare il binomio dei soggetti chiamati a gestire situazioni emergenziali incidendo sulla contrattualistica pubblica vi è la categoria dei Commissari straordinari. Dal punto di vista strettamente formale, il potere di nomina di un Commissario straordinario trova la sua base normativa nella legge n. 400/1988, la quale determina l'attività, l'ordinamento e la potestà regolamentare del Governo della Repubblica Italiana³²⁵: il Commissario straordinario, infatti, nel nostro ordinamento giuridico è un ufficiale di Governo nominato per far fronte a situazioni urgenti o straordinarie e attraverso l'affidamento di un incarico temporaneo, vi è un accentramento o un aumento dei poteri in capo alla sua persona in riferimento a diversi settori dell'ordinamento stesso, tra cui anche il public procurement. Ecco perché, ai fini della nomina, si richiede la necessaria presenza di una situazione

³²² Cfr. V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1011.

³²³ Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n.855.

³²⁴ V. Antonelli, *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in M. Clarich (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019, p.1011.

³²⁵ Cfr. art.11 della l. n. 400/1988.

emergenziale: va precisato che questa *“deve essere intesa in senso oggettivo e in quanto tale va valutata nella sua sussistenza, al suo verificarsi diviene necessario assumere i provvedimenti idonei a rimuoverla, senza che assuma rilevanza la causa che in concreto la abbia determinata, anche nell’ipotesi in cui essa sia causata dal cattivo uso dei poteri amministrativi ordinari”*³²⁶. Tale precisazione è fondamentale, in quanto se è vero che la figura del Commissario straordinario ha intrinsecamente una serie di garanzie, tra cui la competenza e la nomina da parte di soggetti istituzionali; è altrettanto vero che attivare indiscriminatamente la procedura di nomina di uno di essi ogni qualvolta il Paese versi in una situazione di difficoltà momentanea o comunque facilmente superabile, comporterebbe il rischio di alterazione dei procedimenti di formazione delle decisioni da parte della pubblica amministrazione ed è pertanto necessario individuare i presupposti in funzione di cui possa operare il commissario. Per quel che rileva in questa sede, oggetto di esame non saranno tutte le tipologie di Commissario straordinario, ma solo quelli attivati per la gestione di opere pubbliche. Negli anni questo settore ha fatto da sfondo a diverse categorie di Commissari straordinari, a partire da quelli istituiti per la gestione di opere strategiche, per lo stato di emergenza ovvero ancora per la gestione di opere autostradali: sicuramente, poi, va ricordato il Commissario straordinario istituito per la vicenda Expo Milano 2015, di cui si è parlato ampiamente nel secondo capitolo, evidenziando altresì i rapporti che lo stesso aveva in quella sede intrattenuto con le altre istituzioni e con l’ANAC. Occorre infatti precisare che, al di là dei poteri che vengono conferiti nel caso specifico al commissario straordinario a seguito della sua nomina, la sua attività non può che essere orientata all’efficienza gestionale nonché alla segnalazione all’Autorità di settore di eventuali irregolarità riscontrate nella gestione degli appalti durante l’emergenza stessa. Un punto di svolta molto importante per la categoria dei Commissari straordinari e la loro operatività in riferimento al settore della contrattualistica pubblica c’è stato con il D.l. n. 32/2019³²⁷, attraverso la nomina di alcuni commissari straordinari per la gestione di opere pubbliche da tempo bloccate a causa di ritardi legati alle fasi progettuali ed esecutive, nonché dalla complessità delle procedure amministrative stesse.

Come vedremo nei successivi paragrafi, dedicati all’esame della gestione dell’emergenza epidemiologica scatenata dal virus Covid-19, la figura dei Commissari straordinari riveste un ruolo ormai da protagonista, che può talvolta condurre però alla messa in discussione dell’istituzione stessa, nel caso in cui si riscontrino gestioni inefficienti, scelte inopportune o, ancor peggio, situazioni di

³²⁶ C. Franchini, *La figura del commissario straordinario prevista dall’art.20 del D.l. n. 185/2008*, in *Contratti pubblici e provvedimenti anti- crisi: dai commissari al processo amministrativo, passando per le procedure di gara*, Roma, 26 Febbraio 2009, p.3.

³²⁷ Si veda l’art. 4 del relativo decreto-legge, noto anche come “Sblocca cantieri”.

poca chiarezza e trasparenza del denaro pubblico che conducono a sospetti, o certezze, di pratiche collusive e corruttive. Anche in dottrina vi sono pareri contrastanti: c'è infatti chi ritiene che la figura del Commissario straordinario non sia la chiave di volta del sistema di gestione emergenziale della contrattualistica pubblica, come nel caso del Professor Cassese, il quale durante un'intervista a cura di F. Fantozzi si è pronunciato in tal senso, affermando che *“gli interventi straordinari rallentano quelli ordinari. Quindi nel complesso il ricorso a procedure e organi straordinari non serve a semplificare”*; viceversa, altri esponenti della dottrina guardano alla figura commissariale con grande ammirazione, statuendo che *“nel dibattito politico istituzionale si torna ad auspicare la nomina di tanti commissari speciali quante sono le opere da sbloccare”*³²⁸. In ogni caso, si dovrebbe propendere per un assetto organizzativo della contrattualistica pubblica adeguato a far fronte a tutte le situazioni riscontrabili, da quelle ordinarie a quelle emergenziali, tenendo sempre a mente i valori cui tendere e gli obiettivi da raggiungere: riduzione della corruzione e aumento dell'efficienza amministrativa.³²⁹ Ecco perché, come ribadito più volte sopra, per poter sfruttare al meglio il potenziale dei vari istituti posti a presidio delle situazioni emergenziali, nel delicato settore della contrattualistica pubblica, risulta anzitutto indispensabile verificare l'effettiva sussistenza di un'emergenza, e, in secondo luogo, l'attività dei soggetti operanti, sia dal lato pubblico che privato, dovrà essere attentamente controllata: questo anche e soprattutto grazie al prezioso contributo operativo dell'ANAC.

2. L'emergenza epidemiologica del virus Covid-19: crisi sanitaria, sociale ed economica

L'analisi dei possibili scenari emergenziali che possono coinvolgere un Paese e la relativa incidenza sul settore della contrattualistica pubblica ha portato alla luce gli aspetti ancora controversi della normativa dedicata accanto ai possibili istituti attivabili per la gestione quanto più efficiente possibile della situazione *sui generis*. Ci si soffermerà dunque ora su uno specifico scenario emergenziale, che da due anni a questa parte coinvolge il nostro Paese e tutto il resto del Mondo: la pandemia scatenata dalla circolazione del virus Covid-19.

³²⁸ F. Cintoli, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino editore, 2020, p.14.

³²⁹ Cfr. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020, pp.34-41.

2.1. I primi effetti della diffusione del virus nel Paese

La rapidissima diffusione del virus Sars-Cov-2 ha visto l'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) costretta a dichiarare in prima battuta di essere in presenza di un'epidemia considerabile come *“un'emergenza di sanità pubblica di rilevanza internazionale”*³³⁰, per poi riconoscere, l'11 marzo 2020, la condizione di pandemia scaturita proprio dalla velocità di trasmissione del virus. Venendo al nostro Paese, esso è stato uno tra le prime aree europee ad essere colpito dal Covid-19, il che ha comportato una reazione tempestiva delle istituzioni: prima della dichiarazione dello stato di pandemia da parte dell'OMS, come appena riportato, il Governo italiano il 31 gennaio 2020 ha infatti dichiarato lo stato di emergenza, inizialmente fino al 31 luglio 2020, per poi prorogarlo successivamente.³³¹ Come vedremo, dalla dichiarazione dello stato di emergenza deriveranno a cascata una serie di altri provvedimenti e decreti stante la complessa situazione da gestire; tuttavia per ora ci si soffermerà sulle prime problematiche legate alla diffusione del virus, con particolare attenzione agli effetti riscontrati e riscontrabili nella gestione del mercato dei contratti pubblici.

In primo luogo, l'emergenza pandemica in corso, soprattutto nella prima fase dell'espansione del virus, ha comportato forti limitazioni delle libertà individuali ed economiche, proprio per far fronte alla necessità di ridurre al minimo i rapporti sociali al fine di arrestare per quanto possibile la diffusione del virus. Da ciò, nonostante l'adozione di misure restrittive come il *lockdown*³³² abbia sortito gli effetti sperati e i casi di soggetti positivi al virus sono notevolmente diminuiti, il tessuto sociale ed economico del nostro Paese ne ha risentito fortemente. Le attività economiche del Paese, ad eccezione di quelle ritenute essenziali³³³, hanno subito un arresto totale fino a maggio 2020, per poi poter ripartire pur nel rispetto dei protocolli di sicurezza individuati anche grazie alla collaborazione del comitato tecnico scientifico³³⁴. Nonostante, tuttavia, la ripresa dello svolgimento delle attività economiche, i mesi successivi sono stati caratterizzati da un aumento esponenziale della curva dei contagi da Covid-19, tanto che il Governo è stato chiamato nuovamente ad adottare misure di contenimento dell'epidemia, meno stringenti rispetto a quelle previste nella prima fase di

³³⁰ Si veda la dichiarazione del Direttore generale dell'OMS della situazione del PHEIC, espressa nel Comitato di Emergenza dell'International Health Regulations.

³³¹ Lo stato di emergenza ha subito già due proroghe: la prima, fino al 30 aprile 2021, la seconda fino al 31 marzo 2022.

³³² È un anglicismo che si traduce in blocco, chiusura di una città o di un intero Paese per attuare misure di confinamento della popolazione necessarie.

³³³ Rientrano tra le attività economiche essenziali i supermercati e generi alimentari, negozi di prima necessità, farmacie, servizi bancari, postali, finanziari, assicurativi e il settore agricolo e zootecnico.

³³⁴ Si veda il dossier *“La fase 2 per le attività produttive nell'attuale emergenza epidemiologica da COVID”* del Servizio Studi della Camera dei deputati, in www.camera.it, 15 luglio 2020.

diffusione del virus, ma comunque destinate ad incidere negativamente sull'apparato economico del Paese e del Continente europeo in genere: dai dati raccolti ed elaborati dalle Istituzioni comunitarie competenti emerge una situazione di crisi addirittura più importante di quella economico finanziaria che aveva colpito il nostro Paese nel 2007, tanto da definire la situazione epidemiologica come *“la crisi più grave dal secondo dopoguerra”*³³⁵. Una paralisi dell'intero sistema interno, dunque, che ha presentato una serie di sfide al Governo anche e soprattutto nella gestione della contrattualistica pubblica. A tal proposito la sfida maggiore in tale settore è sicuramente stata, ed è tutt'ora, quella di garantire la continuità ai contratti già in essere e, al contempo, attivarne di nuovi per evitare che la macchina dell'amministrazione nonché dell'imprenditoria privata si arresti definitivamente. Inoltre, come si vedrà nella trattazione dei successivi paragrafi, un'altra problematica da non sottovalutare è sicuramente rappresentata dalla necessità di approntare rapidamente una serie di interventi normativi per far ripartire la produzione, considerando al tempo stesso tutte le peculiarità che sono inevitabilmente legate ad un'emergenza sanitaria: tra le prime preoccupazioni legate alla gestione della spesa pubblica si legge che *“se da un lato va evitato che l'impatto del coronavirus si traduca nella definitiva compromissione delle attività in essere al 23 febbraio scorso, per altro verso occorrerà avviare con immediatezza nuove iniziative, in grado di imprimere quella svolta alla spesa per investimenti, da tempo auspicata, decisiva per risalire la china di un PIL, ad oggi, a -10%”*³³⁶. Da tenere a mente, poi, un altro tema caldo, destinato ad incidere sul quadro normativo della contrattualistica pubblica: quello delle condizioni economico ed operative in cui la ripresa avrebbe avuto luogo, con particolare riferimento all'esigenza di garantire, tra le altre cose, la salute e la sicurezza degli esecutori dei contratti di appalto, implicando ciò una serie di accorgimenti e rispetto di protocolli che richiedono necessariamente ulteriori oneri di spesa. Basti pensare alla gestione dei cantieri edili, della predisposizione di attività di sanificazione, controllo della temperatura tramite termoscanner: questi ulteriori costi avrebbero gravato sul committente o sull'appaltatore? Questione di non semplice ed immediata soluzione, in quanto trattasi di oneri rilevanti e mai venuti alla luce prima d'ora, che potrebbero inoltre dar vita a contenziosi destinati a ostacolare ancor di più la realizzazione di opere e lavori.³³⁷ E ancora, occorre anche individuare in che modo poter gestire i fondi pubblici, destinati non solo a coprire i costi derivanti da committenze di appalti e di fornitura di dispositivi di protezione individuale, vista la delicata situazione sanitaria cui si versa, ma anche

³³⁵ Si veda Commissione europea, *European Economic Forecast. Autumn 2020*, 5 novembre 2020.

³³⁶ P. Piselli, S. De Marinis, *Dopo il coronavirus, gli appalti pubblici per la ripresa: ecco le sfide da affrontare*, in www.agendadigitale.eu, 13 maggio 2020.

³³⁷ Cfr. P. Piselli, S. De Marinis, *Dopo il coronavirus, gli appalti pubblici per la ripresa: ecco le sfide da affrontare*, in www.agendadigitale.eu, 13 maggio 2020.

volti a confluire nella dazione di denaro sotto forma di ristori e bonus a sostegno delle imprese in difficoltà. Pertanto, si sarebbe dovuto tener conto anche di un fondo *ad hoc* al quale le amministrazioni pubbliche impegnate a riequilibrare i rapporti in corso potessero attingere in caso di necessità: il tema delle risorse e dell'utilizzo efficiente di quelle già disponibili, d'altronde, era già in auge prima dello scatenarsi dell'emergenza pandemica, in quanto da sempre si auspica alla *“capacità da parte della macchina amministrativa di scaricarle utilmente sul territorio, ciò sia garantendo l'accesso diretto alle relative disponibilità da parte delle singole amministrazioni, sia in termini di procedure, che vanno semplificate restituendo rapidità di intervento ed efficacia al funzionario pubblico chiamato a gestirle”*³³⁸. Nell'ottica, dunque, di ottimizzare la spesa pubblica e predisporre fondi da attivare nel caso di necessità occorreva orientarsi verso un approccio, ancora una volta a sostegno dell'efficienza dell'agire della P.A., che puntasse all'integrità e alla competenza dei pubblici funzionari, senza tuttavia rallentare le procedure stesse.

In definitiva, dunque, quello che accadeva nel settore dei contratti pubblici all'alba della nuova crisi sanitaria, ma anche socioeconomica scaturita dal Covid-19, era il riemergere di questioni già sorte negli anni precedenti, in merito alla necessità di efficientamento di un sistema ancora insoddisfacente quanto a speditezza e semplificazione delle procedure: il problema è stato oggetto di dibattito anche in dottrina, ove, tra le critiche sollevate si legge che *“In questi ultimi tempi, anche prima della crisi sanitaria, considerata la stagnazione economica del nostro Paese, abbiamo avuto modo di ascoltare analisi sociologiche, economiche, politologiche, non accompagnate tuttavia da proposte concrete che potessero tradursi in concrete ipotesi di atti normativi”*³³⁹. Le critiche sono state talvolta accompagnate da spunti di riflessione utili per capire come, a partire dalla gestione dell'emergenza, poter dare una svolta al sistema appalti: risultano, a tal proposito, stimolanti le parole del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi, il quale, riferendosi al sistema appalti afferma la necessità di *“ridurre gli oneri amministrativi non necessari, superare la paura della firma, uscire quanto prima da un regime derogatorio, se non speciale, in materia di appalti e concentrarsi, per il regime ordinario, su una riduzione dello stock regolatorio e sull'organizzazione delle stazioni appaltanti, fornendo le stesse e le amministrazioni generali di personale tecnico, giovane e motivato”*.³⁴⁰ Preso atto, dunque, della situazione emergenziale e dei relativi problemi latenti provenienti da un Codice dei contratti modificato già diverse volte in soli quattro anni di vigenza, si

³³⁸ P. Piselli, S. De Marinis, *Dopo il coronavirus, gli appalti pubblici per la ripresa: ecco le sfide da affrontare*, in www.agendadigitale.eu, 13 maggio 2020.

³³⁹ G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e...appalti a sorte*, in www.federalismi.it, 5 maggio 2020, p.3.

³⁴⁰ F. Patroni Griffi, *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, in ww.astrid-online.it, 2 febbraio 2021, p.9.

auspicava ad una gestione efficiente del sistema appalti che rischiavano di essere rallentati dall'incessante diffusione del virus e dunque, ostacolati nell'effettiva realizzazione dell'oggetto contrattuale; accanto a questo, però, si propendeva verso un vero e proprio punto di svolta nel settore del public procurement guardando dunque alla situazione epidemiologica non solo come l'ostacolo, ma, viceversa, come opportunità per mettere a punto il sistema della contrattualistica pubblica al fine di farlo diventare più snello, efficiente e meno corrotto e macchinoso.

2.2. Le prime risposte alla situazione emergenziale: lo stato di emergenza e l'intervento dell'UE

Il ritrovarsi in una situazione come quella che, nei primi mesi del 2020, stava iniziando a colpire l'Italia comporta, come accennato più volte sopra, la necessità di gestire quanto più velocemente possibile i problemi ad essa connessi. In particolare, la dichiarazione dello stato di emergenza³⁴¹ ha visto coinvolto il Dipartimento della Protezione civile nel cercare una soluzione per conciliare le disposizioni dettate dal Codice dei contratti con le esigenze di rapido affidamento delle forniture, soprattutto, come vedremo, relative ai dispositivi di protezione individuale. Sempre in un'ottica emergenziale, ad affiancare la Protezione civile era stato nominato il Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria, il quale avrebbe poi ricoperto un ruolo da protagonista non solo in questa primissima fase di emergenza, ma anche e soprattutto in quelle successive, stanti gli ampi poteri poi riconosciutigli dal Governo. Soffermandoci su quanto disposto nell'imminenza, per gestire gli effetti derivanti dal diffondersi del virus Covid-19 in tutto il Paese, si segnala la prima ordinanza emessa dal Commissario straordinario Domenico Arcuri, in cui statuendo che i rischi connessi con la rapida trasmissione del virus avrebbero dovuto *“con immediatezza di intervento, essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo”*³⁴². Questo aveva portato alla nomina, da parte del Commissario stesso, di più soggetti attuatori delle disposizioni da lui impartite per il tramite delle direttive, i quali sarebbero stati così autorizzati ad avvalersi delle procedure attivabili in caso di emergenza, già previste dal Codice dei contratti pubblici ai succitati articoli 63 e 163.³⁴³ Nei mesi successivi alla dichiarazione dello stato di emergenza, tuttavia, il ricorso a tali procedure si rivelò inadeguato per la corretta e completa gestione degli approvvigionamenti da parte della pubblica amministrazione, tanto che si è arrivati, nel febbraio dello stesso anno, alla nomina di tutti i presidenti della Regione come soggetti attuatori delle disposizioni impartite dal

³⁴¹La dichiarazione dello stato di emergenza avviene ai sensi degli artt. 7 e 24, comma 1 del D.lgs.1/2018.

³⁴² Art. 3 dell'Ordinanza n. 630 del 3 febbraio 2020 del Commissario straordinario.

³⁴³ Cfr. M. Magri, *Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, in Istituzioni del Federalismo, numero speciale 2020, p.78.

Commissario straordinario, per poi estendere tale facoltà ad altre amministrazioni: nello specifico, quelle del Comparto della sicurezza, della difesa e del soccorso pubblico, nonché il Ministero della salute, le quali avrebbero potuto acquisire direttamente e autonomamente i dispositivi di protezione individuale, salvo ottenimento dell'autorizzazione da parte del Dipartimento della Protezione civile. Nel giro di pochissime settimane, dunque, alla luce dell'aggravamento del contesto epidemiologico, il Commissario straordinario era stato costretto ad attivare una vasta rete di soggetti per gli approvvigionamenti necessari, nonché ad allargare, con l'ordinanza n. 641 del febbraio 2020, l'oggetto delle acquisizioni dirette, facendovi rientrare anche i dispositivi di ventilazione destinati ai pazienti ricoverati negli ospedali e affetti da Covid-19 in forma grave. Se dunque, con la prima ordinanza si era manifestata una tendenza di accentrimento della spesa, riconoscendo a pochi soggetti la facoltà di acquisto secondo le procedure accelerate, questo approccio aveva poi dovuto lasciare il posto *“a una condotta di progressivo decentramento e di moltiplicazione dei centri di acquisto, con il rapido peggioramento della situazione sanitaria”*³⁴⁴. Nonostante questo apparisse, in un primo momento, come l'approccio vincente per la miglior gestione della situazione, quello cui si arrivò fu un ricorso incondizionato ai cd. poteri in deroga, in quanto i soggetti attuatori delegavano a loro volta i poteri in capo ad Agenzie Regionali della Protezione civile, Aziende ospedaliere e Aziende sanitarie, creando, così, un quadro gestionale tutt'altro che semplice e chiaro, portando inevitabilmente ad una confusione dell'individuare i soggetti operanti in senso derogatorio alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici.³⁴⁵ A ciò si aggiunga che la risposta del Legislatore non ha fatto altro che incrementare la caotica situazione creatasi, conducendo così al risultato opposto rispetto a quello sperato: si auspicava, infatti ad una semplificazione burocratica e gestionale, ma si finì per ottenere una grande carenza di coordinamento tra le pubbliche amministrazioni e lo stesso Commissario straordinario, dotato di poteri forse eccessivamente ampi. Prima di passare all'esame dei decreti intervenuti a sostegno della complessa situazione, che hanno altresì apportato delle deroghe significative al Codice dei contratti, è necessario volgere lo sguardo all'importante apporto della Commissione europea, la quale con la Comunicazione del 1 aprile 2020/C- 1081/01 ha fornito agli Stati membri alcune indicazioni per far fronte alla situazione emergenziale connessa con la crisi sanitaria, indirizzando inoltre le stazioni appaltanti verso soluzioni rapide e ponendo al tempo stesso l'accento sulla distinzione tra il concetto di urgenza ed estrema urgenza, vista la significativa

³⁴⁴ M. Magri, *Il “collasso” del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, *Istituzioni del Federalismo- Anno XLI*, numero speciale 2020, in www.regione.emilia-romagna.it, p.79.

³⁴⁵ Cfr. M. Colistro, *I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future*, in www.ratioiuris.it, p.5.

riduzione dei tempi d'acquisto rispetto a quelli ordinari.³⁴⁶ Occorre a tal proposito ricordare quanto detto nei precedenti capitoli in merito al diverso approccio nel public procurement del Legislatore comunitario rispetto a quello italiano: se, infatti, quest'ultimo improntato a previsioni rigide nel ridurre al minimo la discrezionalità nella scelta delle amministrazioni aggiudicatrici; a livello comunitario da sempre si opta per un atteggiamento di apertura e flessibilità delle procedure. Ebbene, tali diversità non si riscontrano nella logica della gestione emergenziale, in cui anche il Legislatore comunitario guarda alla deroga dell'ordinario con atteggiamento di sfavore: si ricordi, anzitutto la disposizione dettata dall'art.32 della direttiva 2014/24/UE, dedicata alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, la quale riconosce alle Pubbliche amministrazioni la possibilità di negoziare direttamente con gli operatori economici, con contestuale deroga rispetto ai vincoli procedurali e temporali, solo ove ne ricorrano effettivamente le condizioni di urgenza e inutilizzabilità delle procedure ordinarie.³⁴⁷ Chiaramente qui vi è una delimitazione dei confini entro cui potersi avvalere di detti istituti, ribadito e precisato ancor di più nella parte della direttiva in cui viene specificato che si può ricorrere alla procedura negoziata senza adempiere agli oneri pubblicitari *“per cause di estrema urgenza dovute a eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice”*, anche se nel proseguo del testo viene lasciata aperta la possibilità di attivare la procedura derogatoria anche nel caso in cui *“è chiaro fin dall'inizio che la pubblicazione non genererebbe maggiore competitività ovvero migliori risultati dell'appalto, non da ultimo perché un solo operatore economico è oggettivamente in grado di eseguire l'appalto”*³⁴⁸: nonostante in questo passaggio emerga ancora una volta come nella mente del Legislatore europeo l'obiettivo primario cui aspirare nella contrattualistica pubblica sia l'efficienza e la tutela della concorrenza, nelle situazioni emergenziali non è ammesso il sacrificio incondizionato degli aspetti procedurali nati per implementare la trasparenza e consentire dunque un controllo più capillare. Se questo, l'aspetto principale riferito alla gestione degli appalti in periodi emergenziali riscontrabile nelle direttive comunitarie del 2014, occorre ora focalizzarsi sulle novità introdotte dalla Comunicazione denominata *“Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19”*, in cui vengono fornite indicazioni sul *modus operandi* da seguire per gli acquisti pubblici e l'affidamento di forniture volti a contrastare la crisi sanitaria in corso. Dall'esame del testo della Comunicazione, emerge un sistema graduale circa la procedura derogatoria da preferire in base al livello di necessità, suggerendo altresì

³⁴⁶ Cfr. G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e...appalti a sorte*, In www.federalismi.it, 5 maggio 2020, p.2.

³⁴⁷ Si veda *Documento di analisi della direttiva 2014/24/UE in materia di appalti pubblici*, in www.itaca.org, 19 febbraio 2015, pp.50-52.

³⁴⁸ Considerando 50 della direttiva 2014/14/UE.

di seguire dei canoni di proporzionalità e adeguatezza. In primo luogo, infatti, la Commissione ammette che le amministrazioni si avvalgano della facoltà di ridurre considerevolmente i termini previsti per le procedure aperte o ristrette, nel caso l'accelerazione sia richiesta dall'urgenza della situazione stessa; qualora, poi, questo aspetto derogatorio si dovesse rivelare inadeguato o insufficiente, è possibile ricorrere ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, per poi consentire, *in extremis*, l'aggiudicazione diretta ad un operatore economico selezionato in precedenza, alla condizione che esso sia l'unico in grado di assicurare le forniture richieste rispettando i vincoli tecnici e gli stretti termini temporali imposti dalla situazione emergenziale medesima.³⁴⁹ La stessa Commissione europea ha poi predisposto una serie di suggerimenti pratici al fine di accelerare le procedure, tra cui la possibilità di contattare telefonicamente o via mail i potenziali contraenti all'interno o al di fuori dell'UE, inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle necessarie scorte del materiale necessario in modo tale da approntare una consegna immediata e ancora, permettere la collaborazione tra acquirenti pubblici e reti di imprenditori in grado di fornire soluzioni innovative. Nel testo della Comunicazione oggetto di esame si legge infatti che *“Il quadro dell'UE conferisce agli acquirenti pubblici piena facoltà di interagire con il mercato e di impegnarsi in attività di matchmaking (incontro tra domanda e offerta)”*, in una logica tutta ispirata alla collaborazione tra pubblico e privato come chiave di volta di un sistema messo in ginocchio da un'emergenza sanitaria tanto preoccupante. Lo stesso Commissario per il Mercato interno Thierry Breton si era espresso in tal senso, affermando con fermezza che *“L'attuale crisi del coronavirus costituisce una situazione di urgenza estrema e imprevedibile e proprio in queste situazioni le nostre norme europee consentono agli acquirenti pubblici di acquistare in pochi giorni, addirittura in poche ore se necessario”*³⁵⁰. Nell'esaminare in maniera completa le linee entro cui muoversi durante l'emergenza così come fornite dall'UE, occorre precisare che se da un lato si è potuto riscontrare un grande favore accordato all'utilizzo di procedure derogatorie, d'altra parte è stato posto un freno al ricorso incondizionato ad esse: oltre a quanto già precisato nel Considerando 50 della direttiva 24 del 2014, la stessa Corte di Giustizia UE si è espressa più volte sul tema, specificando che l'aggiudicazione diretta a un operatore economico deve essere comunque considerata l'eccezione e le condizioni di urgenza e necessità devono essere soddisfatte cumulativamente qualora si voglia ricorrere ad istituti derogatori. Nello specifico, nella valutazione individuale di ogni singolo caso l'amministrazione aggiudicatrice dovrà verificare la sussistenza dei criteri dettati dalla direttiva prima

³⁴⁹Si veda Commissione europea, comunicazione 2020/C 108 I/01, punto 1.

³⁵⁰ Si veda *“Covid-19: orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici”*, In www.agenziacoesione.gov.it

menzionata, i quali richiedono, oltre all'imprevedibilità dell'evento, l'impossibilità del rispetto dei termini, il nesso di causalità tra l'evento imprevedibile e l'estrema urgenza e infine l'utilizzo delle procedure derogatorie fintanto che non si trovi una soluzione definitiva³⁵¹. Nonostante, tuttavia, tali criteri possano sembrare apparentemente stringenti, l'assoluta imprevedibilità della diffusione del Coronavirus, nonché delle sue conseguenze disastrose, connesse soprattutto con l'impellenza per gli ospedali e le istituzioni sanitarie di ottenere i dispositivi di protezione individuali in quanto indispensabili per il contenimento del virus, hanno fatto sì che la Commissione valutasse positivamente l'esistenza di tutti i predetti requisiti, così da consentire la deroga alle procedure ordinarie, fermo tuttavia restando la possibilità di valutare caso per caso se qualche affidamento poteva essere ugualmente effettuato attraverso le procedure ordinarie.³⁵² La stesura, dunque, di tali linee strategiche ha sicuramente rappresentato un ingente aiuto per gli Stati Membri nella ricerca della giusta modalità di gestione degli appalti pubblici in un momento così delicato, pur non mancando peculiarità e problematiche nell'attuazione pratica da parte dei Governi delle regole in materia di public procurement, come avvenuto nel nostro Paese.

2.3. Emergenza sanitaria e disciplina interna: gli interventi in deroga al Codice dei contratti pubblici

Nel trattare la legislazione d'emergenza necessaria a far fronte alle problematiche emerse anche nel settore del public procurement a causa della diffusione del virus Covid-19, merita un'attenzione particolare l'esame dei vari decreti legislativi emanati dopo la dichiarazione dello stato di emergenza e ancor prima dell'intervento comunitario di cui ci si è occupati nel paragrafo precedente, comportando ingenti modifiche al Codice dei contratti del 2016. Occorre ricordare, a tal proposito, che il D.lgs n. 50/2016 in soli tre anni di vigenza, era stato oggetto di più modifiche³⁵³, alle quali, erano destinate ad aggiungersene altre proprio in virtù della situazione emergenziale in corso. Il primo di questi interventi, noto come decreto "Cura Italia"³⁵⁴ contiene delle specifiche deroghe al Codice dei contratti pubblici, tra cui la possibilità di aggiudicare contratti di forniture, lavori e servizi con la

³⁵¹ Cfr. artt.27 e 28 della direttiva 2014/14 UE.

³⁵² Cfr. B. Aurelio, *La comunicazione della commissione europea per la crisi covid-19 del 1 aprile 2020 e le procedure negoziate senza pubblicazione di bando: giurisprudenza e recenti problematiche*, in www.diritto.it, 14 aprile 2020.

³⁵³ Cfr. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020, pp.3-6.

³⁵⁴ Si tratta del D.l. n.18/2020 rubricato *Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*, poi convertito in legge n.27/2020 del 24 aprile.

procedura già prevista dall'articolo 63 del Codice, ricorrendo dunque all'affidamento senza previa pubblicazione del bando di gara ma predisponendo un semplice invito rivolto ad almeno cinque operatori economici, per far fronte alla situazione di estrema urgenza che richiede celerità negli acquisti delle amministrazioni.³⁵⁵ Sulla stessa scia dell'urgenza nel fronteggiare le difficoltà legale alla situazione pandemica in corso, l'articolo 75 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici e le autorità amministrative indipendenti possano acquistare beni e servizi informatici o di connettività, senza la necessità di adempiere agli oneri pubblicitari della *lex specialis* di gara, con l'accorgimento di selezionare l'affidatario tra almeno quattro operatori economici in cui dover ricomprendere almeno una *start up* innovativa o una piccola e media impresa innovativa.³⁵⁶ Tale previsione si colloca dunque nell'ottica di agevolare tutte quelle imprese che, data la loro piccola dimensione o la loro recente formazione, possano risultare svantaggiate nel mercato: si va quindi a far leva sul principio del *favor participationis*, che deve a maggior ragione trovare applicazione in un momento di crisi economica, scatenata da quella sanitaria, in cui le piccole e medie imprese potrebbero trovarsi ancor di più in difficoltà, riconoscendo al contempo il carattere innovativo che alcune di esse hanno e che potrebbe risultare vincente nell'affidamento stesso di servizi e forniture, soprattutto se a carattere informatico e tecnologico come nel caso dell'articolo in esame. Quest'ultimo prosegue poi stabilendo che alle amministrazioni sia concessa la facoltà di stipulare il contratto “*anche in deroga ai termini di cui all'art.32 del decreto legislativo 50/2016*” , con la precisazione che le stesse dovranno acquisire preventivamente un'autocertificazione dell'operatore economico in cui si attesti la sua regolarità del DURC, l'assenza di motivi di esclusioni sulla base di segnalazioni rilevate dal Casellario Informatico, oltre alla necessaria verifica del rispetto delle prescrizioni imposte dal codice delle leggi antimafia: la peculiarità, in questo caso, sta nella deroga alla previsione del cd. *stand-still period* di trentacinque giorni, posto a presidio di eventuali vizi da sollevare prima della stipula ed esecuzione del contratto. Sempre nel testo del decreto Cura Italia va segnalata inoltre la disposizione attraverso cui si autorizza l'esecuzione dei lavori di somma urgenza per il tramite delle procedure di cui all'art.163 del Codice dei contratti appositamente dedicato³⁵⁷, in quanto necessaria al ripristino della piena funzionalità degli Istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del Covid-19: il tutto può avvenire anche in deroga ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori e i limiti di spesa previsti, con il solo tetto massimo della soglia europea.³⁵⁸ Se tali disposizioni rimandano agli articoli del Codice posti a presidio delle situazioni emergenziali già esaminati nel primo paragrafo di tale capitolo, il

³⁵⁵ Si veda art.72, comma 2, lett a) del D.l. n. 18/2020.

³⁵⁶ Cfr. U. Frangipane, *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in *www.federalismi.it*, 8 aprile 2020, p.11.

³⁵⁷ Cfr. art.81 del D.l. n. 18/2020.

³⁵⁸ Si veda l'art. 86 del D.l. n. 18/2020.

Decreto legge in esame contiene ulteriori disposizioni che integrano quanto già previsto dal Codice dei contratti pubblici: un esempio ne è l'articolo 91, il quale rimanda alla norma del Codice rubricata “*Soglie di rilevanza comunitaria*”, specificando che l'erogazione dell'anticipazione viene consentita ora “*anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'art.32, comma 8, del presente codice*”, anteriormente dunque alla vera e propria stipula del contratto d'appalto nella vigenza dello *stand still period*³⁵⁹. Nell'ambito, invece, dell'acquisizione di forniture e servizi da utilizzare per contrastare l'emergenza sanitaria in atto, viene riconosciuto dall'art.99 del Decreto la possibilità per le aziende, agenzie e enti del Servizio sanitario nazionale di ricorrere all'affidamento diretto senza previa consultazione degli operatori economici, con la precisazione che lo stesso sia conforme al motivo della liberalità e solo qualora l'acquisizione sia finanziata esclusivamente da donazione di persone fisiche o giuridiche private.³⁶⁰ Da un primo esame delle principali novità introdotte dal Decreto legge n.18/2020 si può dunque affermare che l'orientamento seguito è stato sicuramente quello di accelerare le procedure, derogando a termini o altri tipi di oneri, pur mantenendo un grado di garanzia minimo per altrettanti valori importanti quali la trasparenza e la concorrenza e non dimenticando il carattere di eccezionalità della deroga rispetto alla regola ordinaria. Altro aspetto rilevante è costituito poi dalla particolare attenzione rivolta nei confronti non di tutti i contratti pubblici, ma in particolar modo verso quelli aventi ad oggetto l'acquisto di servizi e forniture utili a contrastare la diffusione del virus Covid-19, come visto prima nell'analisi dell'articolo 99. Sul punto, tuttavia, risulta necessaria una precisazione, in quanto la disciplina *ad hoc* che si riferisce all'approvvigionamento dei Dispositivi di protezione individuale (DPI)³⁶¹ risulta essere ampia, stante l'assoluta priorità di acquisizione da riconoscere a tali dispositivi, quali: guanti, mascherine e visiere; destinati ad essere distribuiti, acquistati ed utilizzati da tutta la popolazione per arrestare la crescita esponenziale della curva epidemiologica, nella quale si registravano sempre più soggetti risultati positivi al Coronavirus. A tal proposito, si segnalano le numerose ordinanze emesse dalla Protezione civile anche sulla scorta di quanto previsto dal decreto legge del 2 marzo 2020: all'articolo 34 del testo, infatti, si conferiva proprio al Capo Dipartimento dell'organo, nonché a tutti i soggetti attuatori da esso individuato, il compito di acquisire dispositivi di protezione individuali disponendo una serie di deroghe già esposte

³⁵⁹ Si ricordi che tale istituto consiste in un impedimento temporaneo alla stipula del contratto di appalto che trova applicazione una volta ottenuta l'aggiudicazione definitiva dello stesso. Il termine non può avere una durata inferiore ai trentacinque giorni e superiore ai sessanta.

³⁶⁰ Cfr. M. Colistro, *I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?*, in www.ratioiuris.it, pp.5-9.

³⁶¹ Il Ministero della Salute, con circolare n.4373 del 12 febbraio 2020 ha individuato una serie di dispositivi atti ad impedire il contatto diretto, il droplet e la trasmissione aerea del virus da parte di soggetti risultati positivi.

prima.³⁶² In tal modo l’approvvigionamento di tali prodotti veniva a ricoprire una posizione prioritaria nella complessa categoria di acquisti che le amministrazioni avrebbero dovuto sostenere per arrestare la corsa incessante del virus; tuttavia, nonostante i dispositivi di protezione individuale costituiscano l’oggetto dei principali contratti pubblici conclusi nell’ambito della situazione emergenziale, non si deve dimenticare che nella vasta categoria del public procurement sono ricompresi contratti aventi ad oggetto servizi e forniture di diverso genere, alcuni dei quali possono certamente vantare una stretta connessione con la lotta all’emergenza pandemica; altri comunque meritevoli di disciplina *ad hoc* in quanto, seppur non afferenti necessariamente all’approvvigionamento di mascherine o guanti, comunque ricompresi all’interno di un periodo storico difficile anche e soprattutto dal punto di vista economico: in tal senso, molteplici le riflessioni in dottrina, in cui si legge che “*al di là dei prodotti sanitari, occorrono strumenti per riavviare, anche qui con i mezzi dell’estrema urgenza, l’economia*”.³⁶³

Ad intervenire su quanto disposto con il decreto Cura Italia è poi intervenuto il d.l. n. 34/2020, incidendo, oltre che sulla dilatazione dei termini operanti circa le deroghe già previste dal precedente decreto, anche sull’orientamento della spesa pubblica. In particolare si è consentito alle pubbliche amministrazioni che si avvalgono di gestori privati ai fini dello svolgimento di prestazioni individuali e a distanza, di modificare i contratti stessi per garantire la continuità dei servizi,³⁶⁴ in modo tale da poter assicurare che le prestazioni convertite in altra forma siano retribuite mediante una quota dell’importo dovuto per l’erogazione del servizio definito in *prima facie*.³⁶⁵ Per garantire il completamento delle opere pubbliche e tutelare al contempo i lavoratori e le attività imprenditoriali è stato poi predisposto un incremento pari a 40 milioni di euro destinati a confluire nel Fondo salva-opere³⁶⁶, da utilizzare anche a favore di sub-appaltatori e sub-affidatari che abbiano trasmesso all’amministrazione aggiudicatrice o al contraente generale i documenti necessari, con l’esclusione dei controlli di regolarità fiscale e contributiva.³⁶⁷ L’ultimo aspetto innovativo di tale decreto da approfondire riguarda una deroga al Codice dei contratti pubblici: questa incide sulla disciplina dedicata alla procedura di scelta del contraente ed è applicabile ai soli bandi pubblicati in data anteriore del 19 maggio 2020, stabilendo che “*l’importo dell’anticipazione prevista dall’art.35, comma 18, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50, può essere incrementato fino al 30 per cento,*

³⁶² Si veda il par.2.2 del presente capitolo.

³⁶³ G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e..*, in *www.federalisimi.it*, 5 maggio 2020, p.1.

³⁶⁴ Cfr. art.109 del D.l. n. 34/2020.

³⁶⁵ Cfr. M. Colistro, *I contratti pubblici prima e durante l’emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?* in *www.ratioiuris.it*, pp.8-9.

³⁶⁶ Fondo istituito dall’art.47 del D.l. n. 34/2019.

³⁶⁷ Si veda l’art.201 del D.l.n. 34/2020.

*nei limiti e compatibilmente con le risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento a disposizione della stazione appaltante*³⁶⁸, creando in tal modo una disciplina di favore per l'appaltatore, che potrà vedersi incrementato anche del 10% l'anticipazione del prezzo dal contraente pubblico. Sulla scia di quanto esaminato finora, in cui la preoccupazione principale in tema di contratti pubblici era quella collegata alla necessità di concludere contratti nel minor tempo possibile, il che ha costretto il Legislatore a derogare su vari aspetti al Codice dei contratti, si segnala un altro importante intervento normativo: il D.l 16 luglio 2020 n.76, noto come il "Decreto Semplificazioni", poi convertito in legge 11 settembre 2020, n.120. Nello specifico, il Decreto Semplificazioni era intervenuto proprio a seguito del monito da parte della Commissione europea agli Stati Membri di cui si è parlato precedentemente, in cui, si ricordi, vi erano precise indicazioni *"per far fronte alla situazione emergenziale connessa alla crisi sanitaria indirizzando le stazioni appaltanti verso soluzioni rapide, confermando la distinzione tra urgenza ed estrema urgenza, mediante l'acquisto dei servizi e delle forniture in tempi ridotti rispetto a quelli ordinari"*³⁶⁹. Al di là della dettagliata individuazione di differenti termini connessi con specifiche previsioni, per quel che rileva in questa sede, è opportuno esaminare il contenuto di talune disposizioni che vanno a derogare ancora una volta a determinati articoli del Codice dei contratti pubblici. In particolare, il decreto stesso si apre con un articolo parzialmente derogatorio rispetto a quanto previsto dall'art.36 del Codice, statuendo che al fine di accelerare quanto più possibile la durata dell'affidamento delle procedure, l'individuazione del contraente e dunque l'aggiudicazione del contratto debbano avvenire entro due o quattro mesi massimi, a seconda del valore dell'affidamento, rispettivamente inferiore ovvero superiore ai 150mila euro. Nei commi successivi dell'art.1 vengono poi individuate le tipologie di procedure da attivare nel periodo emergenziale in corso, qualora ci si trovi in presenza di un affidamento sotto-soglia, con un dimezzamento rispetto a quanto già previsto dal decreto Sbloccacantieri, in un'ottica quindi di ulteriore semplificazione procedurale. Le stazioni appaltanti potranno dunque optare tra l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, sempre tenendo a mente un criterio di gradualità basato sul valore dell'appalto stesso. Guardando ora ad un altro aspetto di fondamentale importanza nell'iter procedurale della gara pubblica, si prevede che la scelta circa il criterio di aggiudicazione del contratto sia rimessa alla valutazione della stazione appaltante stessa, la quale, nel caso di procedura negoziata, potrà dunque scegliere tra il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso; con la precisazione, tuttavia, che restano ferme le ipotesi in cui il criterio da seguire sia il primo dei due, le quali sono individuate ex

³⁶⁸ Art.207 del D.l. n. 34/2020.

³⁶⁹ G. Leone, *Coronavirus, sorte del paese e... appalti a sorte*, in www.federalismi.it, 5 maggio 2020, p.3.

lege.³⁷⁰ Un'ultima peculiarità che opera con riferimento agli affidamenti sotto soglia, è quella della non operatività di quanto disposto dall'articolo 93 del Codice, dedicato alla garanzia a corredo dell'offerta che ciascun operatore economico deve presentare, pena l'esclusione dall'intera procedura di gara: nello specifico, il decreto Semplificazioni lascia la decisione alle stazioni appaltanti di non richiedere tale garanzia, salva l'ipotesi in cui non ricorrano esigenze particolari, nel qual caso l'ammontare di quanto richiesto deve essere dimezzato rispetto a quanto previsto nei casi ordinari. Un atteggiamento, dunque, di inequivocabile apertura e flessibilità nei confronti delle decisioni prese dalle stazioni appaltanti durante l'emergenza pandemica che non appartiene solo alla categoria degli affidamenti sotto-soglia, riscontrabile in parte anche con riferimento a quelli di valore superiore rispetto alla soglia comunitaria. Quanto alle disposizioni volte ad accelerare la stipula dei contratti, vi è un generico rinvio a quanto detto sopra; mentre con riferimento alle procedure da utilizzare durante il periodo di emergenza, se ne occupa l'articolo 2 del decreto semplificazioni, ammettendo *“la procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, (la procedura competitiva) con negoziazione di cui agli articoli 61 e 62 del decreto legislativo n.50 del 2016 (o il dialogo competitivo di cui all'articolo 64 del decreto legislativo n.50 del 2016), per i settori ordinari, e di cui agli articoli 123 e 124, per i settori speciali, in ogni caso con termini ridotti di cui all'articolo 8, comma 1, lettera c) del presente decreto”*³⁷¹. Quello che emerge dall'esame di tali disposizioni pare volto ad un atteggiamento di flessibilità e di totale fiducia nell'attività svolta dalle stazioni appaltanti, partendo dalla scelta della procedura fino all'individuazione del criterio da seguire nell'affidamento del contratto; tuttavia, ad una lettura più attenta e approfondita si riscontra ancora una volta un fallimento nel tentativo, da parte del Legislatore, di semplificare il settore della contrattualistica pubblica. Se, infatti, gli articoli sopra citati sembrano lasciare ampi margini di manovra alle amministrazioni all'interno della procedura di gara, vi sono poi delle forti limitazioni, come quella rileggibile nell'art.2, comma 4, ove dispone la possibilità di deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale *“fatto salvo il rispetto delle disposizioni del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n.159, nonché dei vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, ivi inclusi quelli derivanti dalle direttive 2014/24/UE e 2015/25/UE, dei principi di cui agli articoli 30, 34 e 42 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n.50 e delle disposizioni in materia di subappalto”*. Con il riferimento, tra le altre cose, all'art.30 del Codice, il quale elenca una serie di principi da rispettare come la tempestività e la correttezza si arriva di fatto a legare le mani

³⁷⁰ Si veda l'art.95, c. 3 del D.lgs. n. 50/2016.

³⁷¹ Art.2, c. 2 del D.l. n. 76/2020.

alle stazioni appaltanti: si segnalano sul punto numerose critiche, che in dottrina ha portato a ritenere addirittura inutile la stesura della disposizione stante la sua indeterminatezza, nonché dell'intero decreto: *“è indubbio che il Decreto in esame abbia generato tanta incertezza riguardo l'individuazione dei confini tra regole ed eccezioni, fattispecie che condurrà le amministrazioni a un atteggiamento piuttosto prudente”*³⁷². Ci si chiede, dunque, se quanto auspicato dal decreto Semplificazioni sia stato effettivamente raggiunto o se, per l'ennesima volta, ci si trovi dinanzi l'ennesima normativa derogatoria non incapace di dare una risposta definitiva ai problemi del settore della contrattualistica pubblica.

Chiaramente la previsione di limiti ben delineati entro cui poter agire in via derogatoria non è un aspetto totalmente negativo, in quanto, come più volte ribadito anche in dottrina, la legislazione di urgenza non può e non deve prendere il posto di quella ordinaria, la quale a differenza della prima, tiene conto non solo della rapidità delle procedure, ma anche della necessaria tutela della concorrenza, efficienza, pubblicità e trasparenza. Tuttavia, proprio nell'ottica secondo cui la deroga deve essere concessa solo in presenza di effettiva necessità, le norme derogatorie e semplificatorie del Codice devono risultare tutt'altro che di difficile interpretazione, per evitare l'effetto paradossale che il Decreto semplificazioni sembra invece aver prodotto: si legge in dottrina che *“ai sensi del decreto semplificazioni tutte le disposizioni in materia di appalti sono derogabili, salvo quelle che risultino inderogabili; se non fosse che queste ultime occupano pressoché per intero la materia disciplinata, rendendola di fatto inderogabile”*³⁷³. In definitiva, si deve certamente riconoscere al decreto in esame, così come agli altri interventi sopra esaminati il grande merito di aver provveduto tempestivamente alla gestione di una crisi sanitaria, sociale ed economica che forse non ha eguali negli ultimi venti anni; tuttavia non può non essere criticato per l'ennesima volta l'errore che vi è stato nell'approcciare la regolazione del settore del public procurement: *“il decreto semplificazioni è solo l'ultimo degli interventi legislativi che miravano a riordinare il settore dei contratti pubblici e che, invece, non hanno fatto altro che alimentare un caos legislativo tramite una complessa decifrabilità della disciplina. È chiaro, dunque, che il diritto emergenziale abbia complicato ancor di più il mercato pubblico”*³⁷⁴. Ancora una volta, quindi, venivano alla luce problemi già riscontrati nel passato, che, a detta della più illustre dottrina, avrebbero potuto risolversi solo attraverso la

³⁷² M. Colistro, *I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?* in www.ratioiuris.it, p.15.

³⁷³ C. Contessa, *Le novità del “Decreto Semplificazioni”, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?* in www.lavoripubblici.it, 20 dicembre 2020, p.767.

³⁷⁴ M. Colistro, *I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?* in www.ratioiuris.it, p.18.

risrittura integrale di un codice che tenesse conto delle esigenze maturate nel tempo. Non mancano critiche in tal senso anche in dottrina, in cui si volge uno sguardo critico alla stagione dell'emergenza sanitaria, descrivendola contrassegnata da un paradosso: si legge infatti che *“l'azione di contenimento e contrasto richiede rapidità nelle azioni e adempimenti amministrativi ridotti al minimo e quindi poche e chiare regole di funzionamento degli appalti. La novità assoluta e la gravità dell'emergenza hanno però innescato una produzione normativa torrenziale e mostrato i limiti di un sistema amministrativo già segnato da arretratezze e mali cronici”*³⁷⁵. L'aspetto che poi desta maggiore preoccupazione è che i problemi riscontrati con la legislazione emergenziale, da un lato eccessivamente derogatoria, dall'altra di non chiara lettura, non si limitano a segnalare una difficoltà nell'interpretazione normativa. Da non sottovalutare è infatti il binomio dei mali che, come visto ampiamente negli altri capitoli, affliggono il settore della contrattualistica pubblica: inefficienza e corruzione, ai quali saranno dedicati i restanti paragrafi di questo capitolo. Nel periodo dell'emergenza pandemica scaturita dal Covid-19 è infatti emerso con maggiore vigore il tarlo degli accordi illeciti, la presenza di soggetti incompetenti e, non da ultimo, una base normativa di riferimento talvolta insufficiente, o, ancor peggio, inadeguata per la gestione degli appalti pubblici, dalla quale emerge ancora molta incertezza interpretativa, prestando facilmente il fianco al moltiplicarsi di fenomeni corruttivi. La stessa ANAC ed altre istituzioni, come si vedrà, hanno riscontrato in questi anni una notevole diffusione di accordi collusivi e pratiche illecite, spesso per giunta legittimate dalla stessa legislazione di emergenza, che, se da un lato crea incertezza a causa dei limiti operativi, dall'altro ammette il ricorso a procedure derogatorie che non sempre si rivelano vincenti in termini di efficienza e legalità.

3. Il public procurement e la crisi pandemica: tra semplificazione e rischio corruzione

Come visto nelle righe sovrastanti, al netto dei principali interventi normativi durante l'emergenza pandemica, a sostegno del delicato settore della contrattualistica pubblica si riscontrava, soprattutto in dottrina, un malcontento generale. In particolare, tra i molteplici problemi connessi con l'inadeguata risposta normativa durante il periodo emergenziale, va sottolineato quello della corruzione, talvolta addirittura agevolata dalle innumerevoli deroghe che l'estrema urgenza chiede alle procedure ordinarie. Guardando all'esperienza italiana, purtroppo, anche in altri contesti emergenziali era sorto il medesimo problema: si pensi alle molteplici vicende sismiche che hanno

³⁷⁵ U. Fantigrossi, *Burocrazia zero: si ma come?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, p.1.

coinvolto il nostro Paese, o ancora, la gestione dell'emergenza rifiuti in Campania.³⁷⁶ Nei seguenti paragrafi verranno pertanto esaminati i principali fattori che hanno esposto e continuano ad esporre, durante l'emergenza pandemica da Covid-19, il delicato settore della contrattualistica pubblica, e sui quali dunque si dovrebbe agire tempestivamente.

3.1. Le deroghe alle discipline ordinarie: possibili scenari di corruzione

Volgendo uno sguardo critico alla gestione dell'emergenza epidemiologica, la principale direttrice che si stava muovendo nel campo della contrattualistica pubblica era improntata ad una deroga continua alle disposizioni del Codice dei contratti, nella speranza di accelerare le procedure e di approntare una soluzione quanto più efficace possibile. Tuttavia, non sono mancate le critiche a questo approccio: si legge infatti nella più autorevole dottrina che *“le riforme amministrative dell'emergenza [...] hanno solo parzialmente cercato di rispondere ai problemi di fragilità del sistema amministrativo, che è in larga parte aggirato anziché affrontato”*.³⁷⁷ In particolar modo, le contestazioni sollevate non paiono riferirsi solo ed esclusivamente alle scelte normative derogatorie approntate nella primissima fase emergenziale, ma anche nei periodi ad essa successivi: a tal proposito, pare difficile giustificare l'estensione delle soluzioni derogatorie alle fasi successive alla prima, sola e unica veramente considerabile come imprevedibile. Questo, si vedrà nei successivi paragrafi appositamente dedicati, comporterà nella spesa pubblica uno scenario caratterizzato da ampi margini di libertà per le stazioni appaltanti, con il risultato di un aggiramento non solo delle procedure tradizionali, ma dell'intero Codice dei contratti.³⁷⁸

Volgendo uno sguardo al quadro normativo che si era andato a delineare nel settore degli appalti, le principali critiche erano mosse nei confronti del decreto Semplificazioni, il quale, se è vero che a differenza degli altri emendamenti, andava ad incidere in maniera significativa sulle disposizioni del Codice dei contratti, l'introduzione un regime normativo più snello e veloce non sembrava avere i riscontri pratici auspicati.³⁷⁹ La stessa Autorità nazionale anticorruzione aveva già presentato, in considerazione della fase emergenziale in atto, alcune proposte di modifica della normativa di settore, con l'obiettivo di imprimere un'accelerazione nelle procedure di affidamento; tuttavia, *“senza*

³⁷⁶ Cfr. N. Gratteri, A. Nicaso, *Ossigeno illegale*, Milano, Mondadori, 2020, pp.19-47.

³⁷⁷ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.3.

³⁷⁸ Sul punto Cfr. E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.4-5.

³⁷⁹ Cfr. N. Pietrantonio, G. Mari, M. Pozzi, *Il lato oscuro della semplificazione. Carenze e rischi del Decreto legge che agevola le procedure di appalto in pandemia*, in www.thegoodlobby.it.

compromettere l'impianto complessivo della materia che essendo, com'è noto, di derivazione europea impone una particolare attenzione".³⁸⁰ Nell'audizione presso le Commissioni riunite Lavori pubblici e Affari costituzionali del Senato, l'ANAC ha poi fornito una dettagliata e precisa analisi dei singoli interventi normativi individuati nel D.l. n. 76/2020, facendo emergere *"un quadro normativo poco chiaro, in alcune parti quasi confuso e difficilmente in grado di prevenire eventuali fenomeni di natura illecita"*.³⁸¹

Per avere contezza di ciò che, nella vigenza delle deroghe previste dal decreto Semplificazioni, veniva messo in discussione è utile dunque esaminare gli aspetti di maggiore rilevanza circa il rischio di infiltrazioni criminali nel mercato pubblico, sfruttando le maglie larghe offerte proprio dalla normativa emergenziale. Partendo dalla gestione dei contratti pubblici sotto soglia, al di là della riduzione delle tipologie di affidamento, mosso quest'ultima che potrebbe anche essere potenzialmente idonea a perseguire gli obiettivi di celerità e speditezza; ciò che preme rilevare è che la nuova disciplina rischia di alimentare fenomeni corruttivi o illeciti in quanto la norma dedicata agli affidamenti sotto soglia non prevede alcun obbligo di motivare la scelta dell'affidatario, che viene individuato discrezionalmente dalla stazione appaltante. Sul punto l'ANAC, nel documento sopra riportato, osserva inoltre che *"nel 2019 la fascia di procedure comprese fra 40.000 e 150.000 ha rappresentato il 54% del totale e pertanto oltre la metà di esse, con la modifica normativa prevista, sarebbero sottratte ad un confronto concorrenziale"*³⁸², mostrando dunque non poca preoccupazione per le conseguenze che ne potrebbero derivare sul piano della legalità. Passando ora a quanto disciplinato per i contratti sopra soglia si ricordi la deroga di notevole portata riguardo all'affidamento di attività di progettazione e di esecuzione dei lavori in determinati settori quali la sanità e l'edilizia scolastica, in cui le stazioni appaltanti sono abilitate ad operare in deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale, salvo poi prevedere una serie di limiti determinati dai principi di tutela che creano, come visto nel paragrafo precedente, incertezza e malcontento nella dottrina. La stazione appaltante, infatti, se da un lato risulta soggetta al rispetto di determinate norme e vincoli inderogabili derivanti dall'appartenenza all'Unione europea, l'ANAC segnala che questo *"potrebbe avere effetti negativi in termini di minore partecipazione alle procedure di gara, e quindi,*

³⁸⁰ ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, in www.anticorruzione.it, p.1.

³⁸¹ N. Pietrantoni, G. Mari, M. Pozzi, *Il lato oscuro della semplificazione. Carenze e rischi del Decreto legge che agevola le procedure di appalto in pandemia*, in www.thegoodlobby.it.

³⁸² ANAC, Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, in www.anticorruzione.it, p.2.

*determinare un restringimento alla concorrenza in tale ambito*³⁸³. Inoltre, si osserva che la mancanza di un richiamo espresso ai principi della trasparenza sarebbe stato opportuno, in quanto essa rappresenta *“uno strumento di controllo a fronte dell’ampio regime derogatorio previsto”*³⁸⁴. Un’altra falla rilevata dall’Autorità di settore è stata individuata con riferimento alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, già introdotta con il decreto Sblocca cantieri. La norma così come novellata dal d.l. n.76/2020 desta tuttavia qualche perplessità in quanto nell’introdurre il criterio da seguire nella rotazione delle imprese da invitare, basato sulla diversa dislocazione territoriale delle stesse, non si precisa su quale base e secondo quali parametri vada considerata tale diversa dislocazione territoriale. Anche in dottrina non sono mancate critiche rivolte all’incompletezza del sistema di rotazione, il quale *“se è vero che rimanda ad un meccanismo tecnico preciso, quello dell’avvicinarsi degli operatori economici, non è in sé autosufficiente sul piano operativo”*.³⁸⁵ Tale norma, pertanto, nel tentativo di porre questo criterio a presidio della parità di trattamento degli operatori economici, finisce per causare disomogeneità in fase applicativa, rischiando altresì di produrre *“quegli stessi effetti discriminatori ratione loci che la giurisprudenza censura in quanto lesivi dei principi di uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza”*³⁸⁶. L’ANAC, così statuendo, fa emergere l’effetto paradossale della norma stessa, che nel tentativo di tutelare i valori appena citati, finisce per ostacolarne l’applicazione: ecco perché nell’audizione dell’Autorità si suggerisce un intervento chiarificatore. Sempre connessa con il tema degli affidamenti è poi la novità introdotta dal Decreto semplificazioni in materia di poteri riconosciuti ai Commissari straordinari attivati nelle situazioni d’emergenza.³⁸⁷ Sul punto, prima di individuare le perplessità e le critiche mosse, conviene presentare il quadro individuato proprio dal decreto stesso, il quale ha modificato quanto già previsto dal Decreto Sbloccacantieri. Si conferisce al Presidente del Consiglio dei Ministri la facoltà di individuare, attraverso lo strumento del decreto, gli interventi infrastrutturali che risultino caratterizzati da un elevato grado di complessità progettuale o altra difficoltà esecutiva attuativa tale da comportare un impatto rilevante sul tessuto

³⁸³ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell’ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.5.

³⁸⁴ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell’ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.8.

³⁸⁵ I. Madeo, F. Carnovale, *Prime riflessioni sul criterio della dislocazione territoriale (l.120/2020) e sulle principali questioni aperte*, in www.periodicimaggioli.it, 7 gennaio 2021, p.30.

³⁸⁶ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell’ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.3.

³⁸⁷ Cfr. art.9 del D.l. n.76/2020.

socioeconomico della Nazione o degli altri livelli di Governo; con la contestuale possibilità di nomina di uno o più Commissari straordinari per la realizzazione o il completamento degli interventi di cui si è detto prima.³⁸⁸ Una volta nominati, poi, i Commissari straordinari potranno essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni espletate dalle stazioni appaltanti, con una deroga dunque rispetto a quanto previsto in via ordinaria dal Codice dei contratti, con la precisazione che dovranno comunque essere osservate le norme del Codice antimafia nonché i vincoli derivanti dall'Unione europea. In tal modo, dunque, si è optato per un potenziamento notevole circa il ruolo e le funzioni svolte dai Commissari straordinari, tanto che si è arrivati ad ipotizzare l'adozione di un meccanismo ben preciso per la gestione di tutta l'emergenza pandemica: trattasi del cd. modello Genova³⁸⁹, il quale rappresenta ancora un *unicum* nel panorama italiano delle grandi opere pubbliche. Tale modello viaggiava sostanzialmente su due binari: da un lato, con il D.l. 109/2018 vi era stata una deroga al codice dei contratti che, con l'adozione di procedure più snelle e rapide aveva evitato ostruzionismi nella ricostruzione del Ponte Morandi; dall'altro, era stata predisposta la nomina del Sindaco di Genova Marco Bucci a Commissario straordinario, con contestuale accentramento di poteri in capo alla sua figura. Nonostante, tuttavia, l'indiscussa genialità riscontrabile nel modello appena citato, risultato vincente nella gestione della vicenda riguardante il Ponte Morandi, l'Autorità nazionale anticorruzione non ha accolto con altrettanto favore l'idea di replicare questo modello per la gestione dell'emergenza pandemica Covid-19. Le ragioni che hanno spinto l'ANAC, così come altri soggetti in dottrina e in giurisprudenza, ad esprimere la propria contrarietà circa l'utilizzo della figura del Commissario straordinario in maniera, per così dire, generalizzata e notevolmente estesa, emergono con estrema chiarezza nelle sue parole, in cui denuncia che tale modello *“non consente alle stazioni appaltanti di raggiungere livelli di competenza professionale adeguata per lo svolgimento della gestione in autonomia delle procedure di gara”*.³⁹⁰ Si legge, sempre nell'audizione alle Commissioni riunite del Senato, che il rischio potrebbe essere quello di creare un'amministrazione parallela, ove l'unica figura attorno al quale ruotano poteri gestionali e decisionali è proprio il Commissario straordinario, che verrebbe a questo punto dotato di poteri *“sproporzionati e controproducenti”*. Viceversa, è la stessa Autorità a spingere verso l'utilizzo della figura del Commissario straordinario

³⁸⁸ Cfr. F. Cusano, *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020, p.66.

³⁸⁹ Si tratta del modello adottato nel 2018 con la l.130/2018, in cui si è disposto una serie di misure urgenti al fine di ricostruire le infrastrutture necessarie ad assicurare la viabilità nel Comune di Genova e nelle relative aree portuali, danneggiate dal crollo del tratto del viadotto Polcevera dell'autostrada A10 (Ponte Morandi).

³⁹⁰ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.21.

verso lo svolgimento di un'attività di coordinamento amministrativo e strategico, nonché per tutte le attività prodromiche alla procedura di gara, in quanto figura in grado di contribuire in maniera positiva alla gestione delle emergenze, senza la pretesa però di essere l'unica figura di riferimento. Una figura dunque controversa quella del Commissario straordinario per l'emergenza sanitaria che, come vedremo, ricoprirà in ogni caso un ruolo da protagonista nell'intera gestione degli appalti pubblici in tempo di pandemia. Se l'Autorità nazionale anticorruzione ha espresso le sue perplessità nell'attribuzione di poteri eccessivi ai Commissari straordinari in materia di appalti pubblici, non sono mancate altrettante critiche verso le ulteriori novità introdotte dal Decreto semplificazioni ritenute rischiose per il proliferare di fenomeni corruttivi. Anzitutto occorre parlare delle più snelle verifiche antimafia e dell'introduzione della cd. informativa antimafia liberatoria provvisoria, la quale consiste in un trattamento sicuramente di favore per gli operatori economici, rispetto a quanto previsto dal Codice dei contratti. Nello specifico, per quanto riguarda l'erogazione di benefici economici è ora consentito alla pubblica amministrazione di procedere nell'erogazione di tali benefici anche qualora non sia presente l'informazione antimafia, ferma restando l'operatività della condizione risolutiva nel caso in cui emerga successivamente una causa ostativa, come l'adozione nei confronti del soggetto di misure di prevenzione.³⁹¹ Così disponendo si introduce pertanto una presunzione di sussistenza circa il requisito di urgenza, il quale coincide con la durata dello Stato di emergenza: va ricordato però che tale requisito rappresenta uno dei presupposti per l'applicazione della disciplina derogatoria disciplinata nel Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione.³⁹² Continuando con l'esame della norma del decreto Semplificazioni, essa aggiunge che tale procedura è ammissibile ove l'informazione non sia immediata conseguenza della consultazione della banca dati, tuttavia con talune eccezioni cui rimanda l'articolo stesso, che afferiscono all'ipotesi in cui venga allegata un'autodichiarazione di assenza di applicazione delle misure di prevenzione antimafia³⁹³ alla richiesta di erogazione del beneficio stesso; senza tuttavia chiarire quale sia l'ambito di operatività e l'estensione di tale rinvio al meccanismo di autocertificazione. Se il primo comma dell'art.3 va a modificare e riadattare alla situazione emergenziale un istituto già esistente, il comma successivo apporta invece una novità vera e propria: l'informativa liberatoria provvisoria. Quest'ultima, secondo quanto previsto dalla norma, può essere rilasciata solo successivamente alla consultazione della banca dati, a condizione che *“non emergano nei confronti dei soggetti sottoposti alle verifiche antimafia le situazioni di cui agli articoli 67 e 84, comma 4 lettere a), b) e c) del decreto legislativo 6 settembre*

³⁹¹ Art.3 del D.l. n. 76/2020.

³⁹² Cfr. N. Pietrantonì, G. Mari, M. Pozzi, *Il lato oscuro della semplificazione. Carenze e rischi del Decreto legge che agevola le procedure di appalto in pandemia*, in www.thegoodlobby.it.

³⁹³ Si veda l'art.67 del D.lgs. n. 159/2011.

2011, n.159”³⁹⁴. Ancora una volta, dunque, per concedere tale informativa liberatoria agli operatori economici si rinvia al Codice delle leggi antimafia, ponendo come garanzia di legalità la previa valutazione che nelle imprese non vi siano stati tentativi di infiltrazione o nei confronti delle quali non vi siano state predisposte misure di prevenzione. Sembrerebbe dunque, un meccanismo ragionevole, se non fosse per una falla, riscontrabile nel fatto che tra le imprese in questione sono ricomprese anche quelle non censite: riguardo quest’ultime, le stazioni appaltanti risulterebbero materialmente impossibilitate nel verificare la loro correttezza legale, in mancanza di informazioni contenute in banche dati in cui poter cercare le informazioni stesse. I rischi di questa previsione si estenderebbero poi ad un problema di coordinamento con una norma centrale per la prevenzione della corruzione: l’articolo 80 del Codice³⁹⁵, il quale, tra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla procedura di gara, rinvia proprio agli articoli 67 e 84 del D.lgs. n.159/2011. Con l’introduzione dell’informativa provvisoria si ammette dunque la possibilità che le pubbliche amministrazioni stipulino i vari contratti senza effettuare alcun tipo di controllo antimafia sugli operatori economici stessi: nonostante operi, come detto prima, la condizione risolutiva, il problema rimarrebbe aperto con riferimento alle imprese non censite. Sebbene si sia trovato un modo per ovviare a tale problema, ossia l’equiparazione tra il censimento nelle banche dati e l’iscrizione nelle *white list* con l’iscrizione nell’Anagrafe antimafia, questa previsione è individuabile sotto la rubrica dedicata ai protocolli di legalità ai fini della prevenzione e del contrasto dei fenomeni corruttivi meramente facoltativi, senza obbligare dunque alcun soggetto ad adottare questo meccanismo di garanzia per la legalità delle imprese, soprattutto quelle non censite. Sul punto non sono mancate le osservazioni da parte dell’ANAC, che, pur valutando positivamente questo meccanismo acceleratorio, ribadisce la necessità di muoversi comunque con cautela quando si deve verificare la regolarità degli operatori economici: pertanto l’Autorità, oltre a presentare dubbi circa la puntualità della disposizione in esame, suggerisce “*la previsione di un meccanismo di comunicazione volto ad assicurare l’aggiornamento in tempo reale di tali elenchi al fine di scongiurare la permanenza di soggetti che hanno ottenuto informative o comunicazioni antimafia interdittive*”.³⁹⁶ L’ultima delle disposizioni da esaminare riguarda invece, a differenza di quanto detto finora, un aspetto esterno al Codice dei contratti, ma comunque rilevante per contrastare i fenomeni corruttivi in un settore così delicato, che, come visto, nei contesti emergenziali può subire notevoli deroghe. La novità in esame riguarda il nuovo regime

³⁹⁴ Art. 3, c. 2 del D.lgs. n. 76/2020.

³⁹⁵ Si veda par.2.3, cap.3.

³⁹⁶ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell’ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.12.

di responsabilità dei funzionari pubblici e della pubblica amministrazione in genere, introdotto al fine di attenuare quanto più possibile il coinvolgimento dei soggetti operanti in seno alla P.A. in accertamenti giudiziari di natura penale ed erariale, per superare anche il problema della “paura della firma” che spesso blocca gli stessi funzionari dal compiere scelte più efficienti, ma più rischiose, orientando dunque l’attività verso soluzioni meno audaci e che non espongono il dipendente pubblico a profili di responsabilità, perché prudenti. Nello specifico, con riguardo alla responsabilità di tipo erariale, il decreto modifica il testo dell’art.1, soffermandosi sull’elemento soggettivo richiesto per la configurabilità di un tipo di responsabilità, per l’appunto, erariale: se originariamente si richiedeva che la condotta del soggetto pubblico fosse connotata da dolo o colpa grave, senza ulteriori specificazioni di dettaglio; ora viene richiesta *“la dimostrazione della volontà dell’evento dannoso”*. Inoltre, con riferimento alla responsabilità del dipendente o del funzionario pubblico sulla base di una condotta punibile a titolo di colpa grave, il decreto Semplificazioni, sempre nell’ottica di snellire il sistema, sopprime, per tutta la durata dello stato di emergenza, la punibilità connessa con questa tipologia di elemento soggettivo. Il quadro che emerge raffigura dunque una pubblica amministrazione chiamata a rispondere delle proprie azioni dannose solo in presenza di una condotta dolosa, con l’ulteriore precisazione che l’onere probatorio di tale elemento oggettivo risulta più difficile e macchinoso, in quanto richiede la precisa dimostrazione che il soggetto abbia voluto la dannosità dell’evento, e non solo il realizzarsi di esso, a prescindere dai danni che ne sarebbero poi potuti derivare. Quanto al profilo di responsabilità penale, il decreto interviene su una specifica fattispecie criminosa: l’abuso d’ufficio³⁹⁷, anche in questo caso perseguendo una logica di favore nei confronti del pubblico dipendente. La novità sta nel prevedere che la responsabilità penale si configuri qualora siano state attuate condotte in violazione *“di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità”*, e non più nel caso di violazione di norme di legge o di regolamento come stabilito precedentemente. Emerge chiaramente il *favor legislativo* riconosciuto da questo intervento, che nel restringere il campo dei casi in cui si può ritenere responsabile penalmente il soggetto pubblico, crea un vero proprio scudo a protezione del dipendente che abbia commesso un illecito penale, ora individuato in termini meno stringenti. Altro aspetto problematico, connesso all’eventuale approvazione dell’abuso di ufficio così riscritto, risiede nell’eventuale irrilevanza penale di tutti quei fatti commessi prima dell’entrata in vigore del decreto, ma che, ai sensi dello stesso, non sono considerabili come punibili: in forza della regola secondo cui *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano*

³⁹⁷ Art. 323 del Codice penale.

l'esecuzione e gli effetti penali”³⁹⁸, ci si chiede se sia accettabile come effetto collaterale della riforma l’archiviazione dei procedimenti in fase di indagine, nonché la revoca delle sentenze passate in giudicato nei confronti dei dipendenti pubblici stessi.³⁹⁹

I molteplici dubbi emersi, come si è visto, hanno tutti un comun denominatore: per quanto sia corretto e auspicabile mirare ad una semplificazione nel settore del public procurement, soprattutto in un contesto di crisi socioeconomica, accanto a quella sanitaria; occorre, d’altra parte che le esigenze di mercato tengano conto dei rischi insiti nel settore della contrattualistica pubblica, quali accordi illeciti e infiltrazioni criminali con ricadute anche e soprattutto in termini di efficienza amministrativa. Ecco perché, con specifico riferimento ai decreti intervenuti in deroga al Codice dei contratti per rispondere, almeno temporaneamente, alle esigenze di celerità e speditezza negli affidamenti pubblici rischiano di esporre ancor di più questo settore a rischi di corruzione. In definitiva, il Governo, nella scelta tra soluzioni accelerate, ma regolate e soluzioni totalmente derogatorie, pare essersi orientato proprio su quest’ultima opzione, con conseguenze disastrose per l’orientamento della spesa pubblica, rivelatosi totalmente inefficiente.⁴⁰⁰ Si legge, inoltre, nelle parole della stessa Autorità nazionale anticorruzione che *“è proprio, nella tensione tra legalità, concorrenza ed efficienza che è necessario trovare anche in una situazione di eccezionale gravità quale quella presente un punto di equilibrio che salvaguardi la trasparenza dell’azione amministrativa e un livello minimo di confronto con il mercato”*⁴⁰¹. Ancora una volta, dunque, risultava al centro del sistema la trasparenza, che se da un lato implica oneri burocratici che potrebbero rendere le procedure macchinose e lente, la maggiore sfida, soprattutto nel contesto emergenziale pandemico, è stato ed è tutt’ora quello di conciliare i controlli e gli istituti a presidio della legalità con procedure sì snelle e veloci, ma non “frettolose”. Esemplare, a tal proposito, è la riflessione ad opera di illustre dottrina secondo cui *“se la complicazione certamente favorisce la corruzione, non è detto che la semplificazione la combatta, per cui è necessario distinguere e analizzare con attenzione i singoli strumenti di semplificazione”*.⁴⁰²

³⁹⁸ Art.2, c.2 del Codice penale.

³⁹⁹ Cfr. N. Pietrantonì, G. Mari, M. Pozzi, *Il lato oscuro della semplificazione. Carenze e rischi del Decreto legge che agevola le procedure di appalto in pandemia*, in www.thegoodlobby.it.

⁴⁰⁰ Sul punto si veda E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, pp.5-6.

⁴⁰¹ ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell’ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell’audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, p.2.

⁴⁰² F. Costantino, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in M. D’Alberti (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene editore, 2017, p.320.

3.2. La gestione degli appalti in sanità: acquisti inefficienti e procedure inidonee

Le molteplici critiche sollevate con riferimento alla normativa emergenziale eccessivamente derogatoria e talvolta tutt'altro che di chiara e celere applicazione purtroppo non possono considerarsi dei meri dubbi interpretativi: il sistema degli appalti, infatti, durante l'emergenza pandemica ha fatto e fa tutt'ora da scenario per il moltiplicarsi di fenomeni corruzione, accordi illeciti e soprattutto inefficienza nella gestione della spesa pubblica. In particolar modo, tra i molteplici contratti che l'amministrazione ha dovuto concludere, talvolta con notevole celerità vista la rapidissima diffusione del virus, si segnalano quelli aventi ad oggetto i dispositivi di protezione individuale cui si è accennato prima. Nel contesto dell'emergenza sanitaria, infatti, buona parte della spesa pubblica è stata orientata all'acquisto di materiale quali guanti, mascherine, calzari e visiere, da destinare non solo al personale medico ma anche a tutti i cittadini. I maggiori profili di criticità emersi su tale versante interessano diverse problematiche: prima fra tutte, la mancanza di una politica di coordinamento equilibrata tra il Governo centrale e le amministrazioni periferiche. Tale rapporto risulta infatti connotato da tensioni e conflittualità le cui cause possono ravvisarsi in fattori tipicamente istituzionali: *“l'inestricabile intreccio di competenze normative che chiedevano di essere attivate per contrastare i diversi effetti della crisi sanitaria e l'assenza di una disposizione costituzionale sull'emergenza, diversamente da quanto accade in altri Paesi anch'essi colpiti dalla pandemia, come Francia, Spagna e Germania”*.⁴⁰³ Sulla scorta di questo, è chiaro che per propendere ad una gestione delle risorse pubbliche improntata all'efficienza e alla legalità, i rapporti tra le istituzioni non possono che essere contrassegnati dalla massima chiarezza e collaborazione *“affinché i cittadini e le istituzioni pubbliche e private possano operare in un contesto di regole chiare e non conflittuali”*⁴⁰⁴: ancora una volta, dunque, si segnalava un problema connesso con la mancanza di chiarezza e limpidezza di compiti, ruoli e norme da applicare. Chiaramente quanto appena detto non rappresenta, purtroppo, un problema nuovo e infatti più volte il tema dei conflitti tra l'attività svolta a livello centrale e periferico è stata oggetto di scontri, anche dopo l'apparente risoluzione dei rapporti con la revisione del Titolo V della Costituzione.⁴⁰⁵ Va infatti precisato che, nonostante tale riforma abbia introdotto un approccio rivoluzionario nel modello dello “stato regionale” introdotto dalla Costituzione del 1947, non sembra aver fatto chiarezza nella ripartizione della potestà delle diverse realtà governative soprattutto con

⁴⁰³ A. Poggi, *Tornare alla normalità nei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in www.federalismi.it, 9 settembre 2020, p.2.

⁴⁰⁴ A. Poggi, *Tornare alla normalità nei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in www.federalismi.it, 9 settembre 2020, p.4.

⁴⁰⁵ Si veda la l. n. 3/2001.

riferimento a talune materie, tra cui l'ambito sanitario: la tutela della salute rientra infatti fra le materie di competenza concorrente, spazio in cui lo Stato può dettare e determinare i principi fondamentali della disciplina, lasciando di fatto poco margine di manovra alle Regioni. Al di là del riparto di competenza legislativa ancora poco chiaro, quel che interessa rilevare in questa sede è che *“la intrinseca complessità dell'azione amministrativa in ambito sanitario è intuitiva di comprensione ove si ponga mente alle esigenze da soddisfare contemporaneamente nel settore quali l'approntamento delle prestazioni richieste dal fabbisogno sanitario e la contemporanea necessità di assicurare il risparmio di spesa, garantendo, comunque, alle Regioni autonomia nell'impiego delle risorse finanziarie con le connesse responsabilità amministrativo contabili”*.⁴⁰⁶Fatta questa premessa, è utile ora volgere uno sguardo critico a come la mancanza di collaborazione tra i diversi livelli di Governo abbia inciso nel public procurement e, in particolar modo, sugli acquisti in ambito sanitario. Nello specifico, soprattutto nella prima fase di gestione dell'emergenza pandemica, il mercato era notevolmente carente dal lato dell'offerta in quanto non riuscivano a trovarsi nelle grandissime quantità necessarie dispositivi medici individuali, quali mascherine, che fino a quel momento avevano un utilizzo tra i cittadini pressoché pari a zero. Ad aggiungersi a questa situazione, il quadro normativo di riferimento tutt'altro che chiaro, che ha portato le varie Regioni d'Italia a modalità di approvvigionamento differenziate tra loro. Il risultato è stato catastrofico: nella volontà di concludere i contratti quanto prima possibile e poter vantare mascherine o ventilatori polmonari, in molte Regioni si sono registrati episodi di inefficienza, nonché di situazioni sceve da controlli e quindi legalità: si pensi a quanto accaduto nella Regione Lazio dopo l'acquisto di circa 10 milioni di mascherine, mai consegnate da parte della società italo-cinese e costate alla Regione intorno ai 36 milioni di euro.⁴⁰⁷ Questo solo uno dei molteplici casi di affidamenti di DPI che hanno comportato mancanza di efficienza, nonché difformità anche qualitative rispetto a quanto affidato, nonostante nel panorama del Paese si siano registrati anche casi in cui le Regioni abbiano gestito virtuosamente i fondi pubblici. Non va poi dimenticato che problemi legati alla mancanza di coordinamento nella gestione della spesa pubblica tra Governo e Regioni rappresentano sicuramente una realtà che ha reso ancor più complesso e macchinoso l'indirizzamento dell'azione amministrativa verso politiche strategiche comuni: talvolta gli operatori economici hanno avuto la possibilità di determinare quasi autonomamente le

⁴⁰⁶ I. Raiola, *Il regionalismo cooperativo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 gennaio 2021, p.2.

⁴⁰⁷ Cfr. Quotidiano Sanità, *Coronavirus. Nel Lazio consegnati 210 ventilatori polmonari per la respirazione assistita*, 21 aprile 2020.

condizioni contrattuali, facendo leva proprio sulla priorità assoluta dei governi periferici di acquisire i dispositivi di protezione individuale quanto prima possibile.

Oltre a questo aspetto problematico, dalle varie relazioni aventi ad oggetto gli acquisti nel periodo dell'emergenza pandemica, ciò che emerge come fattore incentivante la conclusione di accordi corruttivi è proprio il ricorso alle procedure in deroga ai contratti pubblici di cui si è parlato nel paragrafo precedente. Con specifico riferimento al periodo marzo-aprile 2020, la spesa è stata quasi pari a 6 miliardi di euro, in cui nella quasi totalità degli affidamenti si è trattato di contratti di valore superiore alla soglia comunitaria⁴⁰⁸: si parla dunque di cifre rilevanti, la cui mala gestione comporta ricadute economiche con effetti a lungo termine. Al di là delle differenze riscontrabili nelle scelte operate dalle singole Regioni, in cui la spesa pro capite mostra una diffusa eterogeneità, vi sono alcuni fattori comuni a quasi tutte le realtà prese in esame: le criticità rilevate dalle stazioni appaltanti. In particolare, quest'ultime, in relazione ad una campionatura di 311 CIG, denunciano vari tipi di inefficienza, in particolar modo riguardo gli approvvigionamenti delle mascherine, seguite dai tamponi, ventilatori ed ossigeno e igienizzanti⁴⁰⁹. Su un totale di 52 segnalazioni indirizzate dalle stazioni appaltanti all'ANAC, nella redazione che quest'ultima ha redatto, si evidenzia che *“le maggiori criticità si concentrano nel mancato rispetto dei tempi di consegna, sulla qualità della fornitura, sulle quantità della fornitura nonché sul mancato rispetto del possesso dei requisiti di partecipazione”*.⁴¹⁰ Emerge dunque un quadro in cui i problemi di efficienza si intrecciano con quelli del quasi totale ricorso a procedure eccessivamente semplificate in cui la legalità trova difficilmente spazio: il risultato non può che essere un aumento del rischio di corruzione, da un lato e un'insoddisfazione generale diffusa tra i cittadini che nutrono in tal modo un sentimento di sfiducia nei confronti dello Stato e delle istituzioni, viste le problematiche e le polemiche nella gestione della spesa pubblica. Dall'indagine condotta dall'Autorità nazionale anticorruzione cui si è accennato prima, accanto alle difficoltà per l'amministrazione di reperire i DPI rispettando le tempistiche e al tempo stesso gli standard qualitativi richiesti⁴¹¹, un altro aspetto che viene denunciato è la mancanza dei requisiti di partecipazione ex articolo 80 del D.lgs. 50/2016. Questo articolo, più volte citato nella

⁴⁰⁸ Cfr. Relazione ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19-Report di seconda fase*, in www.anticorruzione.it, 4 agosto 2020, p.19.

⁴⁰⁹ Si veda *Figura 2* in appendice.

⁴¹⁰ Cfr. Relazione ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19-Report di seconda fase*, in www.anticorruzione.it, 4 agosto 2020, p.59.

⁴¹¹ Trattandosi di dispositivi di protezione individuale, gli stessi devono essere corredati da una certificazione CE per l'omologazione del prodotto.

trattazione, risulta centrale nella disciplina del public procurement e in particolar modo nella prevenzione della corruzione, che nel settore sanitario risulta ancor di più di fondamentale importanza. Attraverso l'esclusione di operatori economici non in grado di rispettare requisiti di vario genere, o che, a causa delle loro inadempienze legali o contabili risultino inaffidabili, si riesce infatti a bloccare sul nascere, o ad eliminare quanto prima il problema dell'esecuzione di un contratto pubblico in maniera inadeguata. Tuttavia, vista la situazione di estrema urgenza e necessità di approvvigionarsi dei DPI quanto prima possibile, talvolta gli operatori economici che avrebbero dovuto essere esclusi in applicazione dell'articolo 80, anche grazie alla disciplina derogatoria che in tale situazione fa da sfondo alla contrattualistica pubblica, sono riusciti a concludere contratti con la P.A., con conseguenze chiaramente disastrose.

Da, ultimo è bene ricordare che tradizionalmente il settore sanitario del public procurement è stato spesso attaccato da fenomeni di corruzione, probabilmente per la grande convenienza economica che gli operatori possono trarre nell'aggiudicarsi appalti in questo ambito: la stessa Autorità nazionale anticorruzione, nella delibera n.950/2017, dedicata all'infungibilità negli acquisti in ambito sanitario *“ha sottolineato la notevole attenzione dedicata al settore degli acquisti sanitari per la loro rilevanza in termini economici nonché per la loro agevole esposizione a criticità in funzione della prevenzione dei fenomeni corruttivi”*⁴¹², ancor di più se ci si trova in una situazione emergenziale come quella in corso.

3.3. Il caso delle mascherine chirurgiche: la turbativa d'asta nella gara di Consip

È utile a tal proposito riportare il caso giudiziario che ha visto coinvolto l'imprenditore Antonello Ieffi, effettivo dominus della società a responsabilità limitata Biocrea, attraverso la quale si era aggiudicato la fornitura di 24 milioni di mascherine chirurgiche, per un valore complessivo di 15 milioni di euro.⁴¹³ Nello specifico, la gara, bandita da Consip⁴¹⁴, era stata predisposta con la massima urgenza per garantire l'approvvigionamento di dispositivi di protezione individuale e apparecchiature elettromedicali: tra i vari lotti in cui si era suddiviso l'appalto, il numero 6, relativo alla fornitura di oltre 24 milioni di mascherine chirurgiche veniva affidato alla società anzidetta. La Biocrea S.r.l., inoltre, con la sottoscrizione dell'Accordo Quadro con Consip si impegnava alla consegna di una

⁴¹² R. Rolli, *Contratti pubblici ed appalti nel settore sanitario: necessità di conservazione e spinta verso l'innovazione*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020, p.273.

⁴¹³ Cfr. I. Cimmarusti, *Consip, turbativa d'asta nella fornitura di 24 milioni di mascherine: un arresto*, in www.ilsole24ore.com, 9 aprile 2020.

⁴¹⁴ Si ricordi che sulla base di quanto previsto dall'Ordinanza emessa dal Capo del Dipartimento della protezione civile del 3 febbraio 2020, n.630, Consip S.p.a. è stato nominato soggetto attuatore con Decreto 2 marzo 2020, n.666.

parte delle mascherine (circa 3 milioni) entro tre giorni dall'ordine, senza però rispettare le tempistiche pattuite: si legge, in particolare che *“Ieffi, il quale interloquiva per conto dell'impresa sebbene non risultasse nella compagine societaria, lamentava l'esistenza di problematiche organizzative relative al volo di trasferimento della merce, asseritamente già disponibile in un punto di stoccaggio in Cina”*⁴¹⁵. Successivamente a tale dichiarazione da parte dell'imprenditore, e nel permanere l'inadempimento alla data di scadenza riferita alla consegna delle mascherine come prevista dal contratto, l'Agenzia delle Dogane accertava l'inesistenza del materiale presso l'aeroporto cinese, dando vita ad un'inchiesta a seguito della denuncia da parte di Consip alla procura di Roma. In particolare, ciò che è emerso e che l'imprenditore, oltre a tentare una dissimulazione servendosi di un prestanome cui ricondurre la società aggiudicataria dell'appalto, l'oggetto sociale era totalmente estraneo al settore merceologico relativo alla gara, che aveva ad oggetto la fornitura di materiale riconducibile alla categoria dei dispositivi di protezione individuale, di cui si è ampiamente parlato prima. La Biocrea S.r.l. si occupava infatti di coltivazione di fondi, allevamento di animali e selvicoltura, risultando pertanto priva di una struttura idonea alla realizzazione dell'appalto su vari fronti: assenza di dipendenti, mezzi e capitali. Da successive verifiche è emerso, inoltre, che la società vantava pregresse posizioni debitorie per violazioni tributarie nei confronti dell'Erario, per un ammontare di oltre 150mila euro.⁴¹⁶ Sul punto è interessante rilevare come attraverso la falsa attestazione in merito all'insussistenza di qualsiasi causa di esclusione dalla procedura di gara, secondo quanto regolato dall'art.80, la Biocrea S.r.l. era riuscita ad aggiudicarsi comunque l'appalto: tuttavia, grazie alla tempestiva attivazione delle indagini, si è potuto evitare che la società stessa concludesse ulteriori contratti, pur non avendo le capacità richieste. Da tale vicenda controversa è stata poi emessa la prima sentenza legata ad un'indagine nata durante l'emergenza pandemica da Covid-19, in cui l'imprenditore Antonello Ieffi è stato dichiarato colpevole in primo grado ai sensi dell'art.353 del Codice penale, che rubrica il reato di turbativa d'asta, con successiva conferma da parte della Corte di Appello di Roma. Quello appena presentato è un caso giudiziario che riesce a riassumere a pieno la necessità di contemperare esigenze di tipo acceleratorio, con meccanismi posti a presidio della legalità e del corretto agire, onde evitare conseguenze irreversibili e onerose per il contraente pubblico e lo Stato nel suo insieme. Si è infatti visto come, nonostante la predisposizione della gara pubblica con estrema celerità, la stessa Consip al primo “campanello d'allarme” circa l'inadempienza da parte della Biocrea S.r.l. ha provveduto ad attivare le procedure necessarie,

⁴¹⁵ I. Cimmarusti, *Consip, turbativa d'asta nella fornitura di 24 milioni di mascherine: un arresto*, in www.ilsole24ore.com, 9 aprile 2020.

⁴¹⁶ Si veda l'articolo *“Turbativa d'asta nella gara Consip per acquistare oltre 24 milioni di mascherine chirurgiche. La Finanza arresta a Roma un imprenditore”*, in www.lanotiziagiornale.it, 9 aprile 2020.

inviando altresì un'apposita segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione. Se da un lato, quindi, risulta corretto non ostruire le procedure di acquisto pubblico, soprattutto durante il periodo emergenziale, dall'altro occorre monitorare costantemente sul corretto espletamento delle stesse: come affermato dall'ex Presidente ANAC Raffaele Cantone in un'intervista in cui si è parlato anche del caso giudiziario sopra esposto *“Quando si fa una gara pubblica, chiunque può partecipare, com'è giusto che sia, poi dopo ovviamente ci saranno le opportune verifiche. Malgrado si andasse di fretta, la Consip ha sentito “puzza di bruciato” e denunciato alla magistratura”*.⁴¹⁷ Il tradizionale meccanismo di controlli nelle varie fasi delle procedure ad evidenza pubblica di cui si è parlato nei precedenti capitoli non può dunque lasciare spazio ad un sistema tutto improntato alla speditezza e alla necessità di approvvigionarsi determinati materiali in quanto, come visto nel caso della Società Biocrea, gli operatori economici potrebbero sfruttare a loro favore la situazione di emergenza che talvolta spinge o costringe a effettuare meno controlli e a proiettarsi sulla celere conclusione del contratto. Nei paragrafi che seguono si vedrà con maggiore attenzione quanto sia fondamentale coniugare la snellezza delle procedure con la rapida attivazione della vigilanza e dei controlli, in cui, ancora una volta, l'ANAC risulta figura indispensabile.

4. Il ruolo dell'ANAC durante l'emergenza pandemica Covid-19

Nel proseguire la trattazione e l'esame in merito alla gestione della spesa pubblica durante l'emergenza pandemica è necessario scendere ancora di più nel dettaglio e comprendere anzitutto come i problemi di cui si è parlato prima possano condurre alla crescita del fenomeno corruttivo, nonché individuare le soluzioni approntate durante l'emergenza pandemica. Nello specifico, su quest'ultimo punto, risulterà ancora una volta centrale il ruolo dell'ANAC: durante l'emergenza pandemica è stata infatti chiamata a presidiare ancor di più la correttezza dell'agire da parte degli attori nello scenario della contrattualistica pubblica e pare ancora attuale l'approccio con cui, all'alba del Codice dei contratti del 2016, si guardava all'Autorità anticorruzione come istituzione in grado di gestire al meglio le problematiche illecite di questo settore. Si legge infatti nella dottrina appena successiva alla sua istituzione che l'ANAC sarebbe stata destinata ad avere *“un'amplissima responsabilità di carattere politico, da svolgere attraverso la ponderazione dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione con l'interesse al buon funzionamento delle procedure relative ai contratti pubblici ed alla corretta esecuzione di essi, assicurando al contempo il principio*

⁴¹⁷ A. Lupicchini, *Raffaele Cantone: “Burocrazia e criminalità nemici della ripresa”*, in www.opinione.it, 7 maggio 2020.

comunitario di concorrenza”.⁴¹⁸ Ebbene, proprio tali compiti risulteranno necessari ancor di più durante l'emergenza pandemica in corso, configurandosi quasi come un'inversione di rotta rispetto alla riduzione significativa dei poteri dell'ANAC con il Decreto Sblocacantieri del 2019.⁴¹⁹

4.1. L'ANAC e l'attività di vigilanza sugli affidamenti emergenziali: il caso delle mascherine affidate dall'AID

Per capire a pieno come i poteri esercitati dall'Autorità nazionale anticorruzione abbiano inciso nel contrastare pratiche illecite in un momento così delicato e se si vuole, anche rischioso, viste le molteplici deroghe alle regole ordinarie consentite nonché il novero di soggetti cui consentire di agire tempestivamente in qualità di stazione appaltante; conviene prendere le mosse da alcuni dati ufficiali. Va anzitutto precisato che la pandemia da Covid-19 non è l'unica situazione emergenziale cui l'ANAC è stata coinvolta: si pensi al grande evento Expo Milano 2015 e a tutta l'attività inerente alla ricostruzione successiva al sisma che nel 2016 ha colpito alcune zone dell'Italia centrale. In riferimento a questi casi, e ancor di più con il presentarsi dell'emergenza epidemiologica si è registrato un trend in crescita circa il coinvolgimento dell'ANAC: in particolare, nel corso del 2020 l'emergenza Covid-19 ha determinato un significativo incremento delle richieste volte ad ottenere dall'Autorità pareri di congruità. Come si può vedere nella tabella, il ricorso a questo istituto ha riguardato diverse categorie merceologiche, con un totale di circa 90 istanze di pareri dall'ammontare complessivo di 72,5 milioni di euro.⁴²⁰ Attraverso i pareri di congruità le Amministrazioni riescono ad approvvigionarsi tempestivamente e senza alcun tipo di formalità appalti pubblici di forniture e servizi indispensabili e urgenti, di un importo superiore a 40mila euro, “*subordinando la determinazione del prezzo a una regolazione ex-post da parte dell'Autorità*”⁴²¹. Questo, dunque, uno strumento molto utile vista l'impellenza di acquisti di DPI da parte delle stazioni appaltanti che potrebbe comportare il rischio di affidamenti fin troppo veloci e senza una valutazione preventiva su vari aspetti, tra cui il prezzo: più avanti, si vedrà infatti che nella gestione della spesa pubblica l'intervento di vigilanza dell'ANAC sarà indispensabile, per poter arrestare sul nascere affidamenti a prezzi eccessivamente elevati o comunque, in presenza di offerte anomale. Tornando ora a quelli che sono le attività dell'Autorità ascrivibili alla categoria della vigilanza collaborativa, a seguito delle

⁴¹⁸ N. Longobardi, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.igitalia.it, 15 ottobre 2015, p.18.

⁴¹⁹ Si veda par.5.3., cap.3.

⁴²⁰ Cfr. ANAC, *Relazione sull'attività svolta dall'Autorità nel corso del 2020*, Camera dei deputati, 18 giugno 2021, in www.anticorruzione.it, pp.15-16.

⁴²¹ ANAC, *Relazione sull'attività svolta dall'Autorità nel corso del 2020*, Camera dei deputati, 18 giugno 2021, in www.anticorruzione.it, p.16.

disposizioni emergenziali attivate dal Governo, ha predisposto la sospensione dei termini dei procedimenti di vigilanza in corso, dilazionando altresì le scadenze per taluni adempimenti specifici: tra gli altri, si ricordi la proroga che ha riguardato il termine di 90 giorni per il perfezionamento del Codice identificativo di gara (CIG), portato a 150 giorni e l'obbligo di trasmissione dei dati contrattuali all'osservatorio contratti pubblici dilazionato di 30 giorni rispetto a quanto previsto ordinariamente.⁴²² Ai fini dunque, di monitorare il rispetto di norme sulla trasparenza e corretto espletamento delle procedure, si è optato verso un'ottica collaborativa tra le stazioni appaltanti e l'ANAC stessa, sulla scia di quanto si era auspicato avvenisse a seguito dell'entrata in vigore del Codice nel 2016. I casi di vigilanza collaborativa, inoltre, non si sono limitati ad un dialogo con le stazioni appaltanti e, come emerge dalla Relazione dell'attività svolta dall'ANAC durante il 2020, molteplici sono stati i soggetti e le istituzioni che, riconoscendo l'importanza del ruolo dell'Autorità e delle potenzialità da sfruttare, si sono servite del suo ausilio. Si ricordi, ad esempio, il protocollo di vigilanza collaborativa stipulato con il Commissario Straordinario Arcuri, grazie al quale gli è stato fornito un supporto immediato e veloce in merito ai pareri richiesti all'ANAC su specifiche questioni relative agli affidamenti pubblici. Inoltre, si legge all'interno del protocollo che lo stesso *“disciplina lo svolgimento di attività di vigilanza collaborativa preventiva finalizzata a verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, all'individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale”*.⁴²³ L'assoluta utilità e portata pragmatica di tale collaborazione si rilegge con estrema chiarezza all'articolo 3 del Protocollo, nella parte in cui specifica che *“tali procedure e le relative indicazioni collaborative sono da considerarsi quali leading case a cui possono adeguarsi le procedure omogenee o similari, nell'ambito degli interventi condotti dal Commissario, che avrà cura di verificare il rispetto delle indicazioni dell'Autorità nei successivi affidamenti”*, estendendo dunque la portata applicativa anche a procedure analoghe a quelle già sottoposte a parere dell'ANAC ed evitando lentezza burocratica e ostruzione negli affidamenti urgenti. Se si vuole, poi, avere contezza dell'aspetto collaborativo della vigilanza, questo è incentivato dalla previsione di oneri reciproci: da un lato, infatti, spetterà al Commissario sottoporre gli atti alla vigilanza dell'Autorità seguendo il procedimento dettato dallo stesso Protocollo e dal Regolamento ANAC; dall'altro, l'Autorità stessa si impegnerà a trasmettere tempestivamente la documentazione esaminata e vagliata sotto vari profili di correttezza, formulando eventualmente rilievi motivati cui il Commissario potrà adeguarsi o fornire le proprie controdeduzioni.

⁴²² Cfr. Delibera ANAC 19 marzo 2020, n.268, in www.anticorruzione.it.

⁴²³ Art.2 Protocollo di azione di vigilanza collaborativa con il Commissario straordinario per l'emergenza Covid-19, in www.anticorruzione.it

Sebbene l'attività di vigilanza collaborativa rappresenti, soprattutto nel contesto emergenziale, uno strumento di fondamentale importanza che vede l'ANAC in prima linea nell'avvicinare la celerità delle procedure ad un controllo di legalità delle stesse, va tenuto a mente che tra i compiti più tradizionali dell'Autorità stessa vanno annoverati quello di prevenzione della corruzione da realizzarsi per il tramite di diverse vie: prima fra tutti, quella di monitoraggio del corretto ricorso alle procedure e di rispetto delle norme poste a presidio della trasparenza e correttezza nelle gare pubbliche. È utile riportare, a tal proposito, la delibera dell'ANAC n.432 del 26 maggio 2021 avente ad oggetto l'acquisto di mascherine chirurgiche per il personale delle Forze Armate da parte dell'Agenzia Industrie Difesa (AID), ente con personalità giuridica di diritto pubblico e sotto la vigilanza del Ministro della Difesa, la quale ha agito in qualità di stazione appaltante. Va menzionato, poi, l'Ufficio Vigilanza Servizi e Forniture, operante sotto il presidio dell'Autorità, che ha inviato all'AID una richiesta di informazioni, per poi avviare l'istruttoria volta a verificare *“la legittimità degli affidamenti diretti degli appalti di forniture di mascherine chirurgiche effettuati dall'AID”*⁴²⁴. Per comprendere il contesto in cui l'Autorità nazionale anticorruzione è stata chiamata ad attivarsi, è doveroso riportare sinteticamente l'accaduto. L'appalto indetto da parte dell'Agenzia Industrie Difesa è riconducibile al 1° aprile 2020, quando, mediante affidamento diretto, la società Technical Trade S.r.l. ha ottenuto la fornitura di mezzo milione di mascherine chirurgiche, destinate poi al personale della Marina Militare, Aeronautica Militare e allo Stato Maggiore Difesa: l'importo definitivo dell'affidamento è stato di circa 223mila euro, con un leggero discostamento in difetto rispetto al prezzo previamente stimato. La stessa società si è trovata poi a contrarre nuovamente con l'AID, la quale, con un ulteriore affidamento diretto ha predisposto che la Technical Trade S.r.l. fornisse 1 milione di mascherine chirurgiche, destinate questa volta all'Arma dei Carabinieri: va precisato, per completezza espositiva, che lo stesso tipo di affidamento era stato predisposto dalla medesima stazione appaltante nei confronti anche di un altro operatore economico, la Vinca S.r.l. Da tenere a mente è poi un ultimo affidamento: in data 26 maggio 2020, infatti, l'Agenzia Industrie Difesa ha predisposto l'acquisto di 2 milioni di mascherine chirurgiche, in aggiunta a quelle commissionate precedentemente *“opzionate con la determina a contrarre n.94 del 6 aprile 2020 per un importo totale €850.000,00”*⁴²⁵. Sul punto si è sollevata subito una perplessità in merito alla correttezza nell'indicazione delle quantità di mascherine commissionate: nell'istruttoria si è prospettata la violazione, nello specifico, dell'art.32, comma 2, del D.lgs. 50/2016, ai sensi del quale la determina

⁴²⁴ ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021, p.2.

⁴²⁵ ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021, p.3.

a contrarre deve essere emanata prima dell'avvio delle procedure di affidamento di appalti pubblici, e non in *itinere*, come accaduto con le 2 milioni di mascherine aggiuntive. Su tale prima vicenda, nonostante l'AID abbia fornito le proprie deduzioni, chiarendo che sebbene l'acquisto riguardasse un totale di 3milioni di mascherine, solo una parte ne era stata acquistata, e le rimanenti 2milioni meramente opzionate, l'Autorità nazionale anticorruzione ha dovuto far leva anche su un'altra questione, relativa alla modifica del vettore da militare a civile, avvenuta ad opera dell'AID, con conseguenze sull'importo finale dell'affidamento, che è stato riparametrato. Quel che rileva l'ANAC nel protocollo è un difetto di documentazione e motivazione circa il cambiamento di vettore, sebbene necessario e urgente, nella determina a contrarre: pertanto, da subito emerge come, nonostante si comprenda la situazione emergenziale in cui si opera, l'ingiustificato cambiamento di elementi fondamentali in una procedura di affidamento, tale da comportare una variazione significativa di prezzo, costituisce un inadempimento motivazionale che non può essere accettato. Quanto all'esame della procedura utilizzata, ossia quella dell'affidamento diretto, la stessa è stata giustificata alla luce di quanto previsto dalle Ordinanze 630/2020 e 638/2020 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con le quali si consentono deroghe alle procedure ordinarie e presiedute da maggiori garanzie previste nel Codice degli appalti, sulla base della situazione emergenziale in corso. Nello specifico, la falla rilevata in sede di istruttoria, pare vertere sull'ordinanza 638/2020 del Capo del Dipartimento della Protezione Civile, in cui *“si circoscrive l'ambito soggettivo di applicazione delle norme derogatorie al d.lgs.50/2016 di cui alle citate OCPC, comprende esclusivamente il Dipartimento Protezione Civile e gli enti attuatori in esso nominati”*⁴²⁶: nel caso degli affidamenti in esame, tuttavia, non risultava essere stato emanato alcun Decreto del Capo del Dipartimento della Protezione Civile atto a nominare il Ministero della Difesa ovvero l'AID in qualità di ente attuatore, per poter giustificare poi l'affidamento diretto di appalti di forniture sopra la soglia comunitaria, in deroga alle procedure ordinarie del Codice, nonché in violazione dei principi generale di trasparenza, rotazione e concorrenza. In risposta a tale rilevazione da parte dell'Autorità, l'Agenzia Industrie Difesa ha giustificato il suo agire facendo leva su quanto predisposto, a seguito dell'aggravamento dell'emergenza sanitaria, da parte del Capo della Protezione civile con ordinanza 639/2020, contenente un ampliamento dell'ambito soggettivo di cui si è appena parlato. All'articolo 1 di tale ordinanza, si legge infatti che *“Le amministrazioni del Comparto di sicurezza, della difesa e del soccorso pubblico ed il Ministero della salute provvedono direttamente ed autonomamente alle acquisizione di dispositivi di cui al comma 1 previa autorizzazione del Dipartimento della protezione civile, ferma restando la possibilità della Regione e Province autonome di acquistare direttamente”*.

⁴²⁶ ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021, p.5.

Se è indiscutibile che la norma appena menzionata ampli la platea di soggetti legittimati a ricorrere a procedure di gara semplificate, quale l'affidamento diretto, è altrettanto vero che tale facoltà è sì riconosciuta astrattamente anche all'AID, soggetto in-house al Ministero della Difesa, ma con la precisazione che ciò è ammesso solo a seguito di espressa autorizzazione preventiva da parte della Protezione civile, nel caso di specie mancante. Anche ipotizzando, poi, che l'affidamento realizzato dall'AID possa legittimarsi sulla base di quanto previsto dal decreto Cura Italia nella parte in cui si afferma che *“al fine di fronteggiare le particolari esigenze emergenziali connesse all'epidemia da Covid-19, è autorizzata per l'anno 2020 la spesa di 34,6 milioni di euro per il potenziamento dei servizi sanitari militari e per l'acquisto di dispositivi medici e presidi sanitari mirati alla gestione dei casi urgenti e di biocontenimento”*⁴²⁷, l'ANAC non ritiene che tale norma e tantomeno la circolare del Ministero della Difesa, in sua attuazione, possa giustificare le modalità di affidamento scelte dall'AID; con contestuale conferma dei rilievi contenuti nell'avvio dell'istruttoria. Da ultimo, va segnalato un altro errore a carico dell'Agenzia, la quale, nell'atto di determina a contrarre non ha provveduto a fornire la documentazione richiesta per potersi ammettere il ricorso alle procedure di somma urgenza di cui all'art.163 del Codice dei contratti. Nello specifico, l'AID non avrebbe adempiuto agli obblighi motivazionali previsti dal comma 7 del predetto articolo, in cui è previsto che *“l'amministrazione aggiudicatrice dà conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti, in ogni caso non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, in assenza delle relative verifiche positive”*. Rispetto a tale questione, l'ANAC si è preoccupata di precisare che *“l'applicazione delle procedure di somma urgenza, pur consentendo di posticipare la verifica dei requisiti morali e speciali dei concorrenti, non comporta deroghe alle modalità ordinarie di verifica dei requisiti stessi”*,⁴²⁸ riconoscendo dunque una violazione nella verifica dei requisiti a presidio della legalità e competenza degli operatori economici; quanto, invece alla qualificazione degli affidamenti, l'Autorità ha confermato i rilievi emersi in sede di valutazione istruttoria. In definitiva, l'ANAC, con delibera, ha affermato che l'AID *“ha impropriamente affidato in forma diretta forniture di mascherine chirurgiche monouso da destinare al personale delle Forze Armate [...] applicando il regime derogatori [...] senza tuttavia indicarlo compiutamente nelle determine a contrarre e senza osservare le seppur minime garanzie procedurali previste”*⁴²⁹.

⁴²⁷ Art.9 del D.l. n. 18/2020.

⁴²⁸ ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021, p.7.

⁴²⁹ ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021, p.10.

Dal dettagliato esame del caso di studio appena riportato, non può che riconoscersi il determinante e pregnante ruolo rivestito dall'ANAC, la quale, per il tramite dei poteri già riconosciuti con la nascita del Codice dei contratti, si pone in qualità di istituzione a presidio della legalità e correttezza nel settore del public procurement sia nelle situazioni, per così dire, ordinarie, che in quelle emergenziali come la situazione del Covid-19, in cui è bene monitorare con costanza il ricorso a procedure consentite dalla legge e soprattutto i limiti entro cui la deroga è consentita.

4.2. L'ANAC e la gestione della spesa pubblica durante l'emergenza pandemica: il caso dei banchi scolastici a rotelle

“Analisi dell’efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo sono temi strettamente correlati [...] elevati eccessi dei prezzi rispetto a quelli di riferimento, per acquisti di beni/servizi simili, può presumibilmente essere imputabile a fattori di inefficienza, che possono a loro volta celare dei potenziali fenomeni corruttivi”⁴³⁰: è così che si apre la relazione del 2018 a cura dell’Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento dei contratti pubblici operante presso l’ANAC. Da ciò ne deriva che, oltre a monitorare e vigilare sul corretto utilizzo delle procedure ad evidenza pubblica, per tutelare i principi di trasparenza, correttezza ed efficienza occorre prestare particolarmente attenzione ai prezzi riferiti ad ogni singola categoria merceologica nelle diverse procedure di affidamento di forniture di detti beni. Come già accennato nei paragrafi precedenti, durante la situazione emergenziale della pandemia Covid-19 le stesse stazioni appaltanti tra le molteplici criticità rilevate negli appalti pubblici, segnalano problematiche con riferimento a prezzi talvolta eccessivamente elevati rispetto al valore di mercato. Tale aumento, in particolare, si riferisce nella maggior parte dei casi, ai dispositivi di protezione individuale, ma anche in tutti quegli affidamenti di fornitura di beni connessi con la gestione dell’emergenza sanitaria, in quanto necessari e prioritari per le amministrazioni stesse. In realtà, però, questo tarlo non è venuto alla luce con l’emergenza epidemiologica e già negli anni precedenti l’ANAC si era impegnata a cercare una soluzione, individuando come istituto potenzialmente adeguato quello della determinazione *ex ante* dei prezzi di riferimento. Si legge, infatti, nella relazione sopra citata, come esso *“si configuri come uno strumento di sintesi della complessità, che rende comparabili i prezzi di contratti assai articolati*

⁴³⁰ ANAC, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, Relazione a cura di G. Marino e F. Sbicca, Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento contratti pubblici, in www.anticorruzione.it, gennaio 2018, p.2.

relativi a beni/servizi altamente eterogenei, altrimenti difficilmente confrontabili”⁴³¹. In particolare, il meccanismo di funzionamento prevede l’individuazione del prezzo di riferimento a seguito di un’indagine che metta a confronto acquisti caratterizzati da specifiche contrattuali tra loro diversi, stabilendo altresì dei vincoli di prezzo massimo e le condizioni di efficienza normale. E’ proprio sviscerando l’iter di fissazione di tali vincoli che si riesce a comprendere l’estrema utilità per prevenire fenomeni corruttivi: la stessa Autorità nazionale anticorruzione spiega che “*tali prezzi massimi possono concorrere al contrasto della corruzione in duplice maniera: in primo luogo limitando direttamente l’eccesso di remunerazione per l’impresa, ossia la rendita che è il principale incentivo alla corruzione; indirettamente, favorendo la trasparenza e l’accountability, la cui efficacia sono spesso minate dalla complessità e dall’eterogeneità*”⁴³². Vi è dunque un’azione riferita sia al lato della domanda che a quello dell’offerta: le stazioni appaltanti, infatti, attraverso i prezzi di riferimento, possono avere maggiore contezza nella scelta del contraente in modo tale da ridurre al minimo il problema dell’asimmetria informativa; gli operatori economici, d’altra parte, non potranno far leva sull’eventuale convenienza economica derivata dalla speculazione dei prezzi gonfiati. Se questo è quanto rilevato dall’analisi del 2018 dell’ANAC riferita ad alcuni affidamenti, occorre ora volgere lo sguardo ai prezzi di aggiudicazione così come individuati dalle 163 stazioni appaltanti nell’indagine condotta dall’Autorità in riferimento al primo periodo dell’emergenza pandemica, sulla base di un dataset composto da circa 900 records. Dopo una prima divisione percentuale su base merceologica, sono stati raccolti in una tabella i prezzi minimi, medi e massimi per ciascun tipo di prodotto: in questo modo si è potuto facilmente rilevare una grande variabilità dei prezzi, in parte attribuibile anche alla crisi di mercato innescata proprio dalla pandemia, durante la quale ad un aumento repentino della domanda è corrisposta una grande difficoltà di reperimento del materiale richiesto.⁴³³ Tra i vari tipi di prodotti, una particolare attenzione è stata rivolta alle mascherine chirurgiche e di tipo FFP2 e, prendendo come riferimento un intervallo di tempo di circa un mese, se inizialmente è stata registrata una forte impennata dei prezzi⁴³⁴ dovuta alla crisi dal lato dell’offerta

⁴³¹ ANAC, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, Relazione a cura di G. Marino e F. Sbicca, Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento contratti pubblici, in www.anticorruzione.it, gennaio 2018, p.2.

⁴³² ANAC, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, Relazione a cura di G. Marino e F. Sbicca, Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento contratti pubblici, in www.anticorruzione.it, gennaio 2018, p.3.

⁴³³ Cfr. Relazione ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell’epidemia da COVID 19-Report di seconda fase*, in www.anticorruzione.it, 4 agosto 2020, p.54.

⁴³⁴ Secondo quanto rilevato dalla Relazione ANAC 4 agosto 2020, il range dei prezzi delle mascherine era tra i 2,2€ ai 4,95€.

di cui si è detto prima, in un secondo momento è stata rilevata una riduzione degli stessi, probabilmente anche grazie alle ingenti quantità acquistate da alcune stazioni appaltanti, come Consip.⁴³⁵

Al di là delle rilevazioni effettuate dall'ANAC in questa indagine conoscitiva, è opportuno segnalare che diffusissimi sono stati gli episodi di prezzi aumentati esponenzialmente, proprio in virtù della situazione di necessità di reperimento degli stessi da parte delle amministrazioni: si pensi al caso degli acquisti di camici per medici e infermieri in Lombardia. Nello specifico, in due Comuni di questa stessa Regione, Legnano e Lodi, rispondenti dunque a medesimo assessorato, si riscontra una sostanziale e inspiegabile differenza di prezzo nell'acquisto di camici per medici e infermieri: a Lodi il prezzo è di circa 1,80 euro ciascuno, mentre a Legnano di 7,90 euro: una differenza del 339%⁴³⁶ Quello riportato, tuttavia, solo uno dei molteplici scenari che hanno coinvolto diverse Regioni italiane, in cui, solo nel primo mese dell'emergenza sono stati spesi circa 6 miliardi di euro con la conclusione di oltre 60mila contratti.

Dopo aver esaminato gli aspetti più critici riguardanti il prezzo di DPI, soprattutto nella prima fase emergenziale, per avere un quadro più completo e ancora più chiaro circa i problemi sorti nella spesa pubblica per la gestione dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, è interessante volgere lo sguardo ad un specifico caso che ha visto coinvolto direttamente anche l'ANAC: si tratta della procedura di acquisizione e distribuzione di banchi scolastici e sedute attrezzate per l'intera Nazione, in cui rivestiva la qualità di stazione appaltante il Commissario straordinario per l'attuazione e il coordinamento delle misure occorrenti per il contenimento e il contrasto dell'emergenza epidemiologica COVID-19. Prima di passare a quanto accaduto nel caso specifico, è opportuno ricordare il ruolo del Commissario Straordinario, nominato con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri. In particolare, volgendo lo sguardo all'articolo del decreto legge che contiene le funzioni che esso può esercitare, si legge che *“per garantire un'adeguata risposta sanitaria all'emergenza, il Commissario attua e sovrintende a ogni intervento utile a fronteggiare l'emergenza sanitaria, acquisendo e sostenendo la produzione di ogni genere bene strumentale utile a contenere e a contrastare l'emergenza stessa, o comunque necessario in relazione alle misure adottate per contrastarla”*⁴³⁷. In tal modo, confluiscono nella figura del Commissario una serie di poteri e

⁴³⁵ Cfr. Relazione ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19-Report di seconda fare*, in www.anticorruzione.it, 4 agosto 2020, p.56.

⁴³⁶ Cfr. G. Salvaggiulo, *Prezzi gonfiati del 4250 per cento, gli affari degli sciacalli del Covid*, in www.lastampa.it, 20 agosto 2020.

⁴³⁷ Art. 122, c.1, del D.l. n. 18/2020.

funzioni che, seppur non sottratte a soggetti quali la Protezione civile, la Consip o altre stazioni appaltanti, riconoscono al Commissario stesso la facoltà di gestione, organizzazione e coordinamento di aspetti molto rilevanti nella gestione dell'emergenza stessa, come per l'appunto le decisioni attinenti alla spesa pubblica. Secondo quanto pubblicato nel sito della Presidenza del Consiglio dei ministri, i contratti conclusi dal Commissario straordinario al 7/12/2020 mediante il ricorso allo strumento delle negoziazioni dirette sono stati circa 260, per un ammontare di circa 3miliardi di euro spesi per l'acquisto di mascherine, guanti, tamponi, igienizzanti e altri prodotti utili al contrasto dell'emergenza epidemiologica. Fatta questa breve premessa, è necessario precisare che tra i molteplici acquisti predisposti dal Commissario straordinario in qualità di stazione appaltante durante l'emergenza epidemiologica, non rientrano solo gli acquisti per i dispositivi di protezione individuale, ma sono ricompresi anche altre forniture connesse comunque con l'emergenza⁴³⁸. Il caso di studio che si esaminerà ha infatti ad oggetto, come accennato prima, l'acquisto e la distribuzione di banchi scolastici: beni, che, in un primo momento potrebbero apparire del tutto estranei al contenimento e al contrasto del virus Covid-19. Tuttavia, l'acquisto di tali banchi scolastici è stato ritenuto necessario proprio dal Ministero dell'Istruzione che, sentito il Comitato tecnico scientifico, ne ha predisposto l'acquisizione per poi poter riaprire gli istituti scolastici in sicurezza⁴³⁹: trattasi, infatti di banchi monoposto e sedute attrezzate aventi delle specifiche caratteristiche per consentire il distanziamento nelle aule scolastiche, che possono essere lette nel bando di gara pubblicato dallo stesso Commissario in data 20 luglio 2020⁴⁴⁰. Orbene, proprio in relazione a tale procedura, l'ANAC ha aperto il Fascicolo n.3727/2020, a seguito di un esposto da parte del Codacons⁴⁴¹, indirizzato anche alla Corte dei conti e al Commissario stesso. Nello specifico, si legge nel fascicolo, che il Codacons, in relazione alle sedute innovative, aveva segnalato una serie di profili anomalia, tra cui il fatto che ancor prima della conclusione della procedura era già noto il nome di uno degli affidatari, la società C2 Group di Cremona, la quale aveva proposto un prezzo di circa 350€ per ciascun pezzo. Proprio su tale ultimo aspetto, a seguito di un'indagine, il Codacons segnalava che i prezzi unitari di acquisto per le sedute innovative oscillerebbero dai 35 ai 135 euro più Iva, mentre il prezzo risultante dal bando sarebbe di circa 300 euro più Iva, con una differenza notevole e sospetta al tempo stesso. Se questo, l'oggetto del primo esposto, il Codacons ne ha poi presentato un altro, riferito nello specifico ad uno dei due lotti in cui la procedura di gara era stata suddivisa e rilevando in particolare che tra gli affidatari

⁴³⁸ Si veda *Procedura aperta semplificata e di massima urgenza per l'acquisizione e la distribuzione di banchi scolastici e sedute attrezzate sull'intero territorio Nazionale, Allegato 2-specifiche tecniche*, in miur.gov.it.

⁴³⁹ Si veda nota del 9 luglio 2020 del Ministero dell'Istruzione.

⁴⁴⁰ La procedura di gara sarebbe stata finalizzata all'acquisto di circa 3milioni di banchi monoposto e sedute attrezzate innovative, nonché di 700mila sedute tradizionali prima dell'avvio dell'anno scolastico 2020/2021.

⁴⁴¹ Si tratta di un'associazione senza fini di lucro nata nel 1986 e si occupa della tutela dei consumatori e utenti.

risultava la società Nexus Made S.r.l. *“il cui oggetto sociale non sarebbe pertinente con l’oggetto dell’appalto. [...] La società in questione non avrebbe la capacità tecnica ed economica richiesta per l’esecuzione dell’appalto, avendo solo un dipendente e dichiarando solo 400 mila euro annui di fatturato”*⁴⁴², affermando altresì che il contratto di appalto sarebbe già stato sottoscritto ad opera del Commissario Straordinario, pur non ricorrendone gli estremi. A seguito di tali rilevazioni, la procedura di gara aperta semplificata e di massima urgenza⁴⁴³ veniva dunque sottoposta ad apposita istruttoria ad opera dell’Autorità nazionale anticorruzione, per esaminare e approfondire le anomalie individuate dal Codacons sovra esposte. Seguendo quanto individuato dall’Autorità nel fascicolo oggetto di esame, si è data risposta puntuale a tutti gli aspetti precedentemente segnalati, affermando, in prima battuta, che l’anomalia dell’affidamento preventivo alla società C2 Group risulta infondato, in quanto la stessa non risulta vincitrice in alcuna delle tre procedure; parimenti, anche con riguardo alla mancanza dei requisiti della società Nexus Made S.r.l. le contestazioni sollevate dal Codacons non trovano risposta affermativa, dal momento che lo stesso Commissario Straordinario, all’esito delle verifiche circa i requisiti di detta società, non ha proceduto a sottoscrivere il contratto. Se dunque, questi primi aspetti non hanno condotto alla rilevazione di alcun tipo di anomalia effettiva, l’ANAC ha tuttavia ritenuto meritevole di attenzione la problematica riguardante i prezzi di affidamento dei banchi monoposto e delle sedute oggetto dell’appalto. Nello specifico, è stata rilevata la mancata indicazione del valore a base d’asta nonché della determinazione del prezzo: sebbene nella risposta del Commissario è stato dichiarato che la procedura scelta avesse seguito il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, l’assegnazione dei punteggi non è stata parametrata su alcun valore a base d’asta, dividendo semplicemente il prezzo unitario più basso ottenuto in gara con il prezzo unitario offerto dal concorrente. Sul punto, nonostante il Commissario straordinario abbia giustificato tale *modus operandi* sulla base dell’estrema situazione di urgenza in corso, l’ANAC ha segnalato un’irregolarità lapalissiana: si legge infatti nel fascicolo 3727/2020 che *“i prezzi unitari offerti dai concorrenti non sono stati confrontati e valutati con prezzi di riferimento, ma con quello del concorrente che ha offerto il prezzo unitario più basso”*, facendo sì che la procedura si allontanasse dal principio di buon andamento dell’azione amministrativa disciplinato dall’art.97 della Costituzione, che in questo caso si traduce nella realizzazione del miglior acquisto tenendo conto dell’economicità e dell’efficienza della spesa pubblica, impossibile da realizzare se non si tiene conto dei prezzi di riferimento previsti dal mercato.⁴⁴⁴ In risposta alle contestazioni sollevate circa le

⁴⁴² ANAC, fascicolo n.3727/2020, in www.anticorruzione.it, 3 marzo 2021, p.3.

⁴⁴³ Tale procedura è stata indetta ai sensi dell’art.8, comma 8 del D.l. 76/2020 grazie ai poteri attribuiti al Commissario Straordinario dall’art.122 del D.l. n. 18/2020.

⁴⁴⁴ Cfr. ANAC, fascicolon.3727/2020, in www.anticorruzione.it, 3 marzo 2021, p.12.

modalità di individuazione del prezzo dei singoli beni, il Commissario Straordinario ha fornito poi delle controdeduzioni, in cui dichiara di aver effettuato un'indagine preliminare di mercato, stimando una spesa media di 75 euro per i banchi monoposto, 45 euro per le sedute e di 307 euro per le sedute di tipo innovativo; tuttavia, a seguito delle negoziazioni con gli operatori economici, i prezzi si sono rilevati maggiori rispetto a quanto stimato in precedenza: 94 euro per singolo banco, 58 euro per le sedute complementari e 219 euro per quelle innovative, senza considerare però le spese di trasporto, i quali, secondo quanto dichiarato dal Commissario *“hanno influito molto sui prezzi, anche perché non pochi operatori hanno dovuto modificare in itinere la programmazione produttiva e distributiva in base alle priorità di consegna progressivamente definite secondo le esigenze via via segnalate”*⁴⁴⁵. Sebbene le spiegazioni fornite dal Commissario sembrano essere il risultato di una ponderazione tra i principi di economicità e i canoni di efficacia e tempestività richiesti dalla situazione emergenziale, l'ANAC ha tuttavia riscontrato un'ingiustificata differenza tra il prezzo di affidamento definitivo e quello originariamente stimato dei banchi e delle sedute tradizionali, con un aumento rispettivamente di 19 e 14 euro per pezzo unitario. Quanto agli affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, l'ANAC censura invece il *modus operandi* del Commissario Straordinario in quanto, sebbene i principi comunitari di trasparenza, pubblicità e parità di trattamento non siano stati formalmente violati; gli stessi, a detta dell'Autorità *“avrebbero potuto essere maggiormente salvaguardati attraverso un avviso volto a far conoscere al mercato la necessità di acquistare ulteriori arredi scolastici, anche successivamente alla scadenza del termine del 5 agosto, fissando nella procedura aperta per la presentazione delle offerte, anziché attraverso l'accoglimento tout court di proposte spontanee da parte degli operatori economici”*⁴⁴⁶. Ancora una volta, dunque, si andava a contestare l'utilizzo improprio di procedure derogatorie al Codice dei contratti che, se pur legittimate dall'urgenza e dall'emergenza che hanno attribuito al Commissario stesso tali poteri straordinari in materia di contrattualistica pubblica, è doveroso agire tempestivamente a presidio e a tutela dell'espletamento in maniera corretta e trasparente delle procedure di gara. Sulla base delle valutazioni emerse dall'istruttoria e dalle controdeduzioni fornite dal Commissario straordinario, l'Autorità nazionale anticorruzione, con delibera n.246 del 3 marzo 2021 ha ritenuto necessario inviare il provvedimento alla Procura Regionale per il Lazio della Corte dei conti per procedere ad un esame più approfondito in merito alle anomalie rilevate, soprattutto con riferimento ai prezzi superiori a quelli stimati.

⁴⁴⁵ ANAC, fascicolo n.3727/2020, in www.anticorruzione.it, 3 marzo 2021, pp.13-14.

⁴⁴⁶ ANAC, fascicolo n.3727/2020, in www.anticorruzione.it, 3 marzo 2021, pp.16-17.

La vicenda appena riportata dimostra come l'attività svolta dall'ANAC durante l'emergenza epidemiologica sia rivolta al settore del public procurement a trecentosessanta gradi, in cui i suoi compiti tradizionali si vanno ad adattare a quella che è la situazione emergenziale, con un'attenzione particolare nei confronti degli affidamenti espletati in questo periodo anche da stazioni appaltanti, per così dire, non tradizionali, come il caso del Commissario straordinario. Il fine ultimo è dunque quello di bloccare sul nascere talune situazioni anomale e orientare la spesa pubblica all'efficienza, possibile grazie ad una serie di accortezze, tra cui il monitoraggio dei prezzi e la riduzione al minimo dell'asimmetria informativa.

4.3. Valutazioni complessive dell'attività dell'ANAC durante l'emergenza pandemica: calo del CPI e obiettivi futuri

L'emergenza epidemiologica del virus Covid-19, come visto nei precedenti paragrafi, ha destabilizzato fortemente il tessuto sociale ed economico del nostro Paese: il Governo è stato infatti chiamato ad organizzarsi tempestivamente per far fronte ad un'emergenza sanitaria iniziata nei primi mesi del 2020 e ancora in corso. Accanto poi, all'aspetto più propriamente connesso con la tutela della salute dei cittadini, messa a repentaglio dalla rapidità nel diffondersi del virus Sars-Cov-2, un ulteriore tema con cui confrontarsi è stato quello della gestione degli appalti pubblici. Nello specifico, i rischi di infiltrazione criminale e di pratiche corruttive risultavano esponenzialmente aumentati proprio a causa dell'emergenza sanitaria in corso, che ha reso necessarie numerose deroghe alle procedure ordinarie di gara così come previste dal Codice dei contratti. Sul punto, indispensabile è stato il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione, la quale ha agito tempestivamente per far fronte ad esigenze più disparate: monitoraggio sui prezzi negli affidamenti come nel caso dei banchi a rotelle, valutazione sul corretto utilizzo delle procedure come visto in relazione all'approvvigionamento di mascherine e ancora, attività di vigilanza collaborativa per dialogare con le stazioni appaltanti e con tutti i soggetti coinvolti nella contrattualistica pubblica. È inoltre opportuno segnalare che, tra i numerosi provvedimenti e atti emanati dall'ANAC, non mancano spunti di riferimento e indicazioni preziose riferite alle pubbliche amministrazioni. Oltre al necessario contrasto ai fenomeni corruttivi durante l'emergenza pandemica, è infatti importante, secondo quanto dichiarato dal Presidente Giuseppe Busia, che *“gli affidamenti pubblici non devono rappresentare un ostacolo, ma uno strumento per consentire alle imprese di rialzarsi”*⁴⁴⁷. Proprio a causa dell'emergenza sanitaria in corso alcuni settori produttivi hanno infatti subito un calo significativo a

⁴⁴⁷ ANAC, *Appalti pubblici e Covid-19: dall'ANAC suggerimenti alle PA per garantire la partecipazione alle gare delle imprese in difficoltà*, in www.anticorruzione.it, 19 aprile 2021, p.1.

fronte della mancata erogazione di taluni servizi meno sfruttati dagli utenti anche a causa delle numerose restrizioni della libertà personale per contrastare la diffusione del virus. A tal proposito, l’Autorità nel citato comunicato stampa, dichiara che questo potrebbe avere *“un impatto potenzialmente limitativo della partecipazione alle gare future”* dal momento che il fatturato minimo annuo è uno degli elementi che le stazioni appaltanti possono chiedere per poi valutare i requisiti di capacità economica e finanziaria e scegliere il contraente cui aggiudicare la gara. Per ovviare a tale problema, l’ANAC suggerisce pertanto di richiedere un fatturato minimo annuo su base triennale, antecedente però agli anni 2020-2021, ossia quelli in cui la pandemia ha colpito il Paese, in modo tale da non escludere ingiustificatamente le imprese che invece sarebbero svantaggiate a causa della crisi determinata dalla pandemia.

Facendo ora il punto della situazione circa la diffusione della corruzione nel nostro Paese, nonostante le forti preoccupazioni espresse soprattutto durante l’emergenza pandemica⁴⁴⁸, sono confortanti i dati emersi durante la presentazione dell’Indice di percezione della corruzione durante la giornata del 25 gennaio 2022. Se infatti, nella classifica stilata da Transparency International riferita all’anno 2020 l’Italia non aveva né guadagnato né perso posizioni, con un punteggio pari 53/100 come nel 2019; il 2021 ha visto il nostro Paese guadagnare ben tre punti, salendo così al 42esimo posto su 180 Paesi presi in considerazione, potendo vantare 56 punti su 100. Inoltre, volendo estendere il raggio alla situazione italiana un decennio fa, si registrano ben quattordici punti di differenza⁴⁴⁹: nel 2012 infatti il punteggio ottenuto dal nostro Paese era pari a 42, per poi crescere parallelamente ai numerosi interventi in materia, tra cui l’istituzione di un’Autorità nazionale anticorruzione indipendente e la riscrittura del Codice dei contratti. Un importantissimo traguardo raggiunto vista la situazione delicata situazione che tutt’ora si sta vivendo. La stessa presidente di Transparency International Italia, Ioele Anna Savini, durante la presentazione dell’Indice riferito al 2021 ha così commentato: *“l’emergenza generata dalla pandemia ha fortemente influenzato l’elaborazione del CPI, dal momento che in alcuni casi ha generato una minor fiducia nei Paesi che hanno preferito rimuovere le garanzie di controllo, in altri ha determinato un rafforzamento della coscienza collettiva e risposte più solide da parte dei Governi”*⁴⁵⁰. In definitiva, si può dunque affermare che l’Italia abbia gestito nel complesso in maniera positiva i rischi corruttivi nel public procurement durante l’emergenza pandemica anche grazie al notevole lavoro compiuto dall’Autorità nazionale anticorruzione e tutte le istituzioni

⁴⁴⁸ Sul punto, si veda *Relazione del Ministro dell’Interno al Parlamento sull’attività svolta e sui risultati conseguiti dalla Direzione Investigativa Antimafia*, in www.interno.gov.it, 22 settembre 2021.

⁴⁴⁹ Si veda *Figura 3* in appendice.

⁴⁵⁰ G. Alfaro, *Corruzione. Transparency International: “L’Italia migliora. Cresce la fiducia internazionale”*, in www.agensir.it, 25 gennaio 2022.

coinvolte nella lotta ai fenomeni illeciti. Quel che ci si aspetta per il futuro, nel periodo di ripresa del nostro Paese dalla pandemia che ha messo a dura prova il tessuto economico e sociale, è sicuramente un atteggiamento positivo, volto a sfruttare quanto più possibile le risorse disponibili e a cercare di migliorare gli aspetti ancora critici della contrattualistica pubblica, forti delle esperienze e degli insegnamenti che la situazione emergenziale appena vissuta, ma non ancora del tutto superata, ci ha fornito.

5. Il futuro del public procurement dopo la crisi pandemica

Come accennato più volte nel corso di questo capitolo, oltre alla gestione della contrattualistica pubblica alla luce delle difficoltà derivanti dall'emergenza pandemica, un aspetto di fondamentale importanza è rappresentato dalla ripresa economica del Paese, il quale può certamente trarre dalla spiacevole situazione venutasi a creare a seguito della diffusione del virus Covid-19 molteplici spunti di riflessione e idee stimolanti.⁴⁵¹ Si pensi, a titolo esemplificativo, a come l'emergenza pandemica abbia spinto, se non obbligato, gran parte dei cittadini all'utilizzo di strumenti digitali di cui prima molti di essi non ne avevano dimestichezza: stando ai dati elaborati dall'AGCOM si nota un'impennata dell'incremento del traffico sulla rete internet, aumentando del 90% rispetto al 2019. Nel mese di marzo 2020, a dimostrazione di come la pandemia stava cambiando le abitudini di tutti gli Italiani, significativo è il dato che registra oltre 2 milioni di download delle piattaforme Google Meet e Zoom⁴⁵² a seguito della rivisitazione in chiave tutta, o parzialmente, digitale del mondo del lavoro e dell'istruzione.⁴⁵³ Fatta questa breve premessa, ci si chiede come il mondo del digitale possa influire nell'attività delle amministrazioni e soprattutto nel settore del public procurement. Pertanto, seguirà un esame più dettagliato delle principali novità in tema di digitalizzazione, con un *focus* particolare sul recente intervento governativo: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, conosciuto anche con l'acronimo PNRR, il quale abbraccia a trecentosessanta gradi la contrattualistica pubblica, preoccupandosi di dare una nuova veste anche all'ANAC.

⁴⁵¹ Si veda sul punto E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.5.

⁴⁵² Cfr. *L'impatto della pandemia sulle abitudini digitali degli italiani*, in www.vincos.it, 15 dicembre 2020.

⁴⁵³ Si fa riferimento al necessario ricorso alla DAD, didattica a distanza e allo smart working, ossia il lavoro da casa, per il contenimento del virus Covid-19.

5.1. Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: digitalizzazione e semplificazione

I dati emersi dalla classifica dell'indice di percezione della corruzione, di cui si è parlato prima, sono certamente confortanti: tuttavia, occorre tenere a mente che il fenomeno corruttivo non rappresenta l'unico male della contrattualistica pubblica, esistendo altrettanti aspetti cui tener conto, che si vedranno a breve. Anzitutto, l'Italia ha attraversato una crisi che ha gravato non solo sul sistema sanitario ma anche su quello amministrativo: tra le critiche emerse in dottrina, si legge che *“ad essere drammaticamente emersa non è solo l'inadeguatezza gestionale-operativa, ma anche quella di governo, in un disegno nel quale il centro ha risposto alla sua debolezza con massicce dosi di centralizzazione amministrativa iniettate su corpi burocratici paralleli, mentre la periferia è stata rappresentata essenzialmente da un livello regionale apparso spesso in cerca di un ruolo ed in fuga da responsabilità”*.⁴⁵⁴ L'emergenza pandemica da Covid-19 pare aver messo alla prova dunque l'intero meccanismo della macchina amministrativa italiana, con ripercussioni anche sul settore che ne occupa una grande fetta: quello degli appalti pubblici. Infatti, dopo il primo anno di pandemia, secondo l'Ance⁴⁵⁵, *“vi sarebbero opere pubbliche, per complessivi 40 miliardi, bloccate solo per la mancanza di firme, lentezza burocratiche, la semplice paura di funzionari assumersi responsabilità personali, penali e patrimoniali”*⁴⁵⁶. Risulta poi altrettanto preoccupante quanto emerso dal recente rapporto ad opera del Servizio studi della Camera, nel quale si legge che, a distanza di venti anni dalla prima legge obiettivo sulle grandi opere, ossia la n.443/2001, solo il 21% del totale risulta portato a compimento.⁴⁵⁷ Il quadro che emerge è quindi tutt'altro che confortante, dal momento che i problemi ante stanti a questa situazione critica non sono riferibili esclusivamente alla mancata copertura finanziaria, ma, come si legge in dottrina *“anche a procedure amministrative spesso oscure e farraginose, di cui sono prime vittime i cittadini e le imprese ma che poi finiscono per soffocare la stessa amministrazione, vittima a sua volta di una legislazione ipertrofica, che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione”*⁴⁵⁸. Con gli anni si è quindi creato una sorta di circolo vizioso, che ha portato i cittadini a guardare con sfavore all'attività delle amministrazioni, e quest'ultime a

⁴⁵⁴ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.8.

⁴⁵⁵ Si tratta dell'Associazione nazionale costruttori edili che rappresenta a livello nazionale gli imprenditori privati di ogni dimensione e forma giuridica, operanti nei settori delle opere pubbliche, dell'edilizia abitativa, commerciale, direzionale e industriale.

⁴⁵⁶ C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021, p.126.

⁴⁵⁷ Si veda il report riferito all'attuazione del programma delle infrastrutture strategiche, in camera.it.

⁴⁵⁸ C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021, p.127.

non trovare alcun tipo di garanzia in un panorama normativo complesso e macchinoso. Una riflessione sul passato, appare a tal proposito *“indispensabile per non ripetere gli errori di sempre nella ricostruzione di un futuro che speriamo prossimo, ed è certo che quello della burocrazia o, come forse sarebbe meglio dire, del sistema amministrativo e della sua qualità, è un tema cruciale”*⁴⁵⁹. Ci si è chiesti, pertanto, come far uscire il nostro Paese da questa situazione di stallo: le risposte degli operatori del settore sono state concordi nel constatare la necessità di creare condizioni favorevoli per il mondo appalti, in modo tale da riuscire ad attrarre gli investimenti e realizzare così un circolo virtuoso da cui far ripartire il Paese dopo lo stop causato dalla pandemia Covid-19.⁴⁶⁰ A tal proposito, nello scorso anno è stato adottato il Decreto legge 77/2021⁴⁶¹, poi convertito in legge n.108, in cui si vanno ad ampliare le ipotesi in cui è concesso l’affidamento senza gara, estendendo così, fino al 30 giugno 2023, le deroghe al Codice di contratti già predisposte dal decreto Semplificazioni. Nonostante la sindacabilità di tale scelta, dal momento che l’utilizzo di strumenti derogatori ed eccessivamente acceleratori può portare, come visto nei precedenti paragrafi, al moltiplicarsi di inefficienza e corruzione, quel che rileva in questa sede è l’ottica in cui tale intervento “Semplificazioni-bis” si inserisce. A quest’ultimo si affianca infatti un importante piano di investimenti già predisposto in precedenza nel documento “Italia veloce” e ora confluito nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza. Il PNRR rappresenta uno degli interventi più importanti degli ultimi dieci anni e si sostanzia in un piano predisposto dall’Italia al fine di rilanciare l’economia dopo la crisi pandemica da Covid-19, con l’obiettivo di permettere lo sviluppo sensibile alle problematiche ambientali e improntato alla digitalizzazione del Paese. Un ulteriore aspetto da tenere a mente è che ad essere coinvolto in questo piano di ripresa è anche l’Unione europea: l’Italia, a tal proposito, è stata la prima beneficiaria in Europa dei due strumenti del piano “*Next Generation UE*”, ossia il Dispositivo per la Ripresa e Resilienza e il Pacchetto di assistenza alla Ripresa per la Coesione e i Territori di Europa. In particolare, all’interno del piano di ripresa europeo indirizzato a tutti gli stati membri, vengono stanziati circa 750 miliardi di euro, da poter utilizzare tramite accesso diretto al mercato finanziario.⁴⁶² Quanto agli strumenti previsti dal PNRR, essi si sostanziano nell’erogazione di risorse monetarie da impiegare in un periodo di circa cinque anni, destinati a diverse missioni, tra cui la digitalizzazione, la transizione ecologica, l’inclusione sociale e il rafforzamento della rete territoriale

⁴⁵⁹ A. Pajno, *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 aprile 2020, p.1.

⁴⁶⁰ Cfr. C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021, pp.127-128.

⁴⁶¹ Noto come Decreto semplificazioni-bis.

⁴⁶² Sul punto si veda E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, pp.8-9.

del Servizio Sanitario Nazionale. Nonostante si stia parlando di obiettivi tutti meritevoli di tutela ed attenzione, per quel che rileva ai fini di questa trattazione è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti rilevanti per il settore della pubblica amministrazione in genere e del public procurement, che, come detto prima, esce dalla pandemia con non pochi problemi. Anzitutto, prima di passare all'esame delle principali novità introdotte dal PNRR sul fronte pubblicistico, occorre chiarire l'approccio con cui si accoglie tale riforma: da tempo era infatti ormai emersa la necessità di semplificare una volta per tutte il sistema della P.A, senza mai ottenere però risultati concreti; all'alba di questa nuova grandissima opportunità le critiche che venivano ancora mosse, e dalle quali si è certamente preso spunto per la redazione del piano, vertevano sul problema che ormai accompagna l'Italia sin dalla nascita della Costituzione: l'ipertrofia normativa, cui si rinvia sopra per i rischi che comporta nella contrattualistica pubblica.⁴⁶³ E' utile, a tal proposito, riportare una riflessione di autorevole dottrina: *“Se ci si perde in una serie di regole astruse e contraddittorie, la causa non è soltanto in un certo tipo di cultura e di mentalità della burocrazia o nella sua mancanza di qualità, in una parola, nei mali endogeni dell'amministrazione, ma , innanzi tutto, in quel reticolo di leggi, regolamenti, disposizioni primarie e secondarie che circondano lo svolgimento dell'azione amministrativa e che costituiscono il frutto di una autentica esondazione legislativa che ha aumentato a dismisura lo stock normativo”*.⁴⁶⁴ Ad intervenire su questo tarlo che da anni non sembra abbandonare l'amministrazione e il public procurement è proprio il PNRR, che nella sua struttura prevede un doppio binario per tale materia: le misure urgenti e gli interventi a regime. Per quanto riguarda le prime, se ne è fatto cenno sopra in relazione all'estensione delle deroghe già previste dal decreto Semplificazioni, con l'obiettivo di incentivare e velocizzare gli investimenti e la portata a compimento delle procedure; gli interventi a regime consistono invece in un'attività di legiferazione conferita al Governo con l'obiettivo di razionalizzare, riordinare e semplificare. Scendendo ancor di più nel vivo della legge delega approvata dal Consiglio dei ministri, essa enumera ben diciannove principi da seguire nella rivisitazione della normativa di settore: tra questi, tre risultano particolarmente significativi, in quanto sebbene non sconosciuti al public procurement, scarsamente attuati ma *“di particolare rilevanza strategica per un serio tentativo di ottenere un ammodernamento strutturale del sistema della contrattualistica pubblica”*⁴⁶⁵. Si tratta di una triade che abbraccia a trecentosessanta gradi questo settore, in quanto rivolti in primis ad una qualificazione delle stazioni appaltanti al fine della riduzione al minimo dei problemi di asimmetria informativa, che potrebbero condurre l'attore pubblico a

⁴⁶³ Si veda par.2.2, cap.1.

⁴⁶⁴ A. Pajno, *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in www.giustizia-amministrativa.it, 14 aprile 2020, p.2.

⁴⁶⁵ M. L. Barone, *PNRR e appalti, urge semplificare: ecco le priorità*, in www.agendadigitale.eu, 6 ottobre 2021.

compiere scelte poco efficienti; parimenti, anche dal lato dell'offerta, si insiste su un sistema di qualificazione generale degli operatori economici anche mediante l'utilizzo di banche dati, già esistenti ma poco sfruttate, in modo tale da eliminare le incertezze circa le capacità degli imprenditori che vogliono partecipare ad una gara pubblica; infine, si dovrà far leva su una piena digitalizzazione e informatizzazione delle stesse procedure: aspetto quest'ultimo che se ben coeso con i primi due e se esteso ai soggetti operanti nella P.A. in generale potrebbe portare il nostro Paese ad un grado di competenza tale da non lasciare spazio a fenomeni illeciti che rischiano di ostruire il corretto funzionamento del sistema intero. Partendo dal primo degli aspetti considerati, il nodo della qualificazione delle stazioni appaltanti purtroppo non è nuovo al nostro ordinamento e infatti più volte nel corso degli anni si è tentato di dare risposta a questo problema: tuttavia, gli sforzi sono risultati vani nella maggior parte dei casi, in quanto anche la predisposizione di centrali di committenza come Consip non ha condotto ai risultati sperati, viste le modalità di gestione della spesa pubblica spesso risultata inefficace ed inefficiente. Ecco perché la strada da perseguire sarà probabilmente quella di un sistema di qualificazione basato non solo sulla professionalizzazione già maturata, ma anche riguardo a specifici approvvigionamenti circoscritti. Stessa cosa dovrà avvenire con riguardo degli operatori economici per garantire alle stazioni appaltanti di avere un accesso rapido alle informazioni circa i requisiti di professionalità, capacità economico-organizzativa e di rating di legalità: *“un sistema unico, integrato e completo di qualificazione degli operatori economici rappresenterebbe uno strumento prezioso per tutte le stazioni appaltanti non solo per promuovere e rendere sicure ed efficaci le procedure espletate telematicamente ma anche per favorire l'espletamento di procedure semplificate di acquisto”*⁴⁶⁶. Venendo ora al tema della digitalizzazione e informatizzazione delle procedure, la missione che il PNRR intende perseguire è quella di trasformare l'Italia in un Paese digitale. Nello specifico, il piano predisposto dal Governo riguarderà trasversalmente tutti i settori di cui il PNRR stesso si occupa⁴⁶⁷: la scuola e la sanità con riferimento all'aumento delle competenze digitali del personale che vi opera, il settore terziario e i processi industriali al fine di compiere un'accelerazione e infine la pubblica amministrazione, sia con riguardo ai servizi da fornire ai cittadini che con specifico riferimento al settore della contrattualistica, mediante lo sfruttamento di piattaforme digitali, banche dati e altri istituti posti a presidio non solo di esigenze di celerità, ma anche di sicurezza e trasparenza, di cui si parlerà più avanti. Quel che interessa sottolineare ora è come gli obiettivi di digitalizzazione del nostro Paese così come individuati nel PNRR costituiscano

⁴⁶⁶ M. L. Barone, *PNRR e appalti, urge semplificare: ecco le priorità*, in www.agendadigitale.eu, 6 ottobre 2021.

⁴⁶⁷ Cfr. M. Carmignani, *PNRR- Piano nazionale di Ripresa e Resilienza: cos'è e novità*, in www.agendadigitale.eu, 21 dicembre 2021.

“un’opportunità storica, non solo come catalizzatore in grado di accelerare un processo di trasformazione ampio e complesso ma anche come garanzia che il cambiamento possa agire in profondità, avere effetti duraturi, migliorare la qualità dei servizi per i cittadini”.⁴⁶⁸ Questo, dunque, un tema particolarmente delicato e importante che tuttavia non trova la sua genesi con il PNRR: è bene infatti ricordare che già le tre direttive europee del 2014 e, di conseguenza, il Codice dei contratti in loro attuazione, avevano previsto delle norme *ad hoc* con l’obiettivo di regolamentare e standardizzare i processi nell’ambito dell’*electronic procurement*⁴⁶⁹. Tra i vari articoli dedicati all’e-procurement, di spicco è il testo dettato dall’art.40 del Codice, con il quale si prevede a partire dal 2018, l’entrata in vigore dell’obbligo di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronica nelle gare d’appalto. Nonostante la portata di tale norma possa apparire vincolante, l’articolo 52 riconosce tuttavia la possibilità alle stazioni appaltanti di derogare a quanto detto sopra: questa una prima falla del sistema di informatizzazione, il quale, sebbene introdotto già da diversi anni, non ha mai avuto una sua dimensione obbligatoria e decisiva e di fatto le procedure digitali sono state utilizzate in una percentuale molto bassa rispetto al totale. La spinta del nostro Legislatore verso un Paese più digitalizzato, in realtà, deve ricercarsi ancora prima dell’emanazione del Codice del 2016: le prime esperienze di amministrazione digitale risalgono agli anni Novanta con le reti civiche, una seconda fase il processo è proseguito con l’e-government e infine, l’attuale fase vede protagoniste delle politiche di intervento denominate *Open Government*, con le quali si auspica ad un accesso più rapido alle informazioni da parte dei cittadini.⁴⁷⁰ Senza scendere troppo nel dettaglio delle diverse fasi, è opportuno segnalare alcuni istituti che in particolare hanno contribuito, seppur in minima parte, ad avvicinare il nostro Paese a procedure digitalizzate, in modo tale da coinvolgere in un momento successivo anche il settore della contrattualistica pubblica cui sono dedicati, come si vedrà, degli strumenti appositi. Il primo passo in avanti è stato fatto con l’emanazione del decreto legislativo 82/2005, il quale ha introdotto nel nostro ordinamento Il Codice dell’Amministrazione Digitale, noto anche come CAD. Quest’ultimo, integrato con successivi interventi normativi, si sostanzia in un testo unico di disposizioni volte all’uso dell’informatica come strumento da privilegiare nei rapporti tra pubblica amministrazione e cittadini, disponendo altresì l’utilizzo di credenziali quali lo SPID e disciplinando al contempo il valore legale di tali istituti informatizzati, come nel caso della firma

⁴⁶⁸ L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell’efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d’Italia, numero 89-Giugno 2020, p.281.

⁴⁶⁹ Si vedano gli articoli 44, 52 e 58 del D.lgs. 50/2016.

⁴⁷⁰ Cfr. L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell’efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d’Italia, numero 89-Giugno 2020, p.283.

digitale, con le sue molteplici declinazioni. Inoltre, il CAD, pur essendo formalmente rivolto alle pubbliche amministrazioni e all'organizzazione delle loro strutture, si preoccupa di avvicinare al mondo digitale anche tutti i cittadini: *“nel definire il programma della progressiva informatizzazione occorre considerare un tema fondamentale, quello del digital divide, al fine di evitare che si possano determinare delle discriminazioni o delle disparità nell'accesso ai servizi digitali, sia riguardo alle persone sia relativamente alle zone di territorio”*.⁴⁷¹ Proprio su quest'ultimo aspetto è intervenuto il PNRR, predisponendo la destinazione di fondi economici anche per la formazione digitale presso università, scuole e altri istituti. Accanto al CAD, va segnalata poi un'innovazione di fondamentale importanza: l'Agenzia per l'Italia digitale, costituita nel 2012. I compiti ad essa attribuiti sono finalizzati alla diffusione dei sistemi informatici e delle soluzioni nelle P.A., per il tramite di fissazione di standard, elaborazione di regole tecniche e coordinamento con i programmi inseriti nell'agenda digitale italiana. Quelli appena descritti sono solo due degli innumerevoli istituti posti a sostegno dello sviluppo del digitale nel nostro Paese: si pensi, infatti, ai recenti interventi con cui si è costituita l'AppIO, destinata ad avvicinare i cittadini alla P.A. attraverso l'utilizzo di un'unica piattaforma on-line su cui confluiranno tutti gli altri strumenti di cittadinanza digitale⁴⁷²; e ancora la creazione della piattaforma PagoPA, attraverso la quale l'omonima società pubblica riesce a gestire il sistema dei pagamenti erogati a favore delle pubbliche amministrazioni e dei gestori di pubblici servizi in Italia. L'impressione è dunque quella di andare verso un Paese sempre più digitalizzato, senza tuttavia dimenticare che secondo quanto riportato dall'Indice di digitalizzazione dell'economia e della società (Desi), l'Italia si colloca al 20esimo posto tra i 27 paesi dell'Unione Europea: sarà dunque premura delle istituzioni porre in essere quanto contenuto nel PNRR, al fine di informatizzare i processi quanto più possibile in tutti i settori e, in particolar modo quello della contrattualistica pubblica. Sul punto, non sono mancati stimoli anche da parte del Legislatore comunitario: nel definire le nuove priorità europee in un momento di ripresa economica così delicato, la Commissione tende infatti a delineare un'idea di Europa moderna e proiettata al futuro, concentrandosi in particolare sui

⁴⁷¹ L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, numero 89-Giugno 2020, p.287.

⁴⁷² Cfr. L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, numero 89-giugno 2020, pp.297-300.

temi della transizione ecologica e di un'amministrazione digitale, vicina al cittadino, strategie cui i singoli Stati membri dovranno conformarsi.⁴⁷³

Se finora si è parlato degli istituti volti ad avvicinare il nostro Paese verso procedure digitalizzate, è interessante fare un *focus* su quella che è la situazione del public e-procurement, in cui si possono distinguere due ambiti con relativi processi: la pre-aggiudicazione e la post-aggiudicazione. Quanto alla prima, essa ricomprende una serie di attività, per così dire, tradizionali, che possono essere replicate in forma digitalizzata: si tratta dell'*e-notification*, ossia la pubblicazione elettronica dei bandi di gara, *l'e-access* che si riferisce all'accesso elettronico ai documenti di gara, *l'e-submission* ossia la presentazione delle offerte in forma elettronica e infine *l'ESPD* e *l'e-certis*, rispettivamente cioè il documento di gara unico europeo in forma digitale e il sistema informatico che consenta di individuare on-line i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti.⁴⁷⁴ Altro strumento digitale che opera nella contrattualistica pubblica è il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePA), cui le stazioni appaltanti possono ricorrere per effettuare acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, utile per una celere definizione delle procedure. Ebbene, è su questa scia che si inserisce il PNRR, volto, come più volte ribadito, a orientare gli acquisti della P.A. verso procedure digitalizzate: si pensi alla nascita di PA digitale 2026, piattaforma che consentirà alle amministrazioni di richiedere i fondi del PNRR dedicati al digitale, nonché di rendicontare i progetti e richiedere assistenza⁴⁷⁵. Un ulteriore esempio concreto è rappresentato dall'istituto, operativo a partire da Gennaio 2022, del bando digitale tipo per tutte le gare, la cui predisposizione sarà curata dall'ANAC. Lo stesso Presidente dell'Autorità ha guardato con estremo favore a tale strumento, in quanto *“segna un passaggio importante nella modernizzazione del sistema degli appalti pubblici in Italia e nella digitalizzazione delle procedure [...] favorendo una maggiore qualità ed efficienza nell'attività delle stazioni appaltanti”*⁴⁷⁶. Questo istituto si va dunque ad aggiungere alla categoria degli strumenti ricompresi nell'e-procurement, che il PNRR vuole implementare: in tal modo si possono infatti ridurre significativamente i tempi e i costi per le Amministrazioni, puntando l'attenzione anche sull'efficienza dell'attività delle stazioni appaltanti. Da segnalare è infine l'intero testo del DPCM n.148/2021, cui si rinvia per un esame di dettaglio, il quale illustra i processi telematici di gestione di ogni passaggio della procedura di affidamento, partendo dall'acquisizione

⁴⁷³ Cfr. E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, pp.10-11.

⁴⁷⁴ Cfr. E-procurement, in www.agid.gov.it

⁴⁷⁵ Si veda *Nasce PA digitale 2026, il punto di accesso alle risorse per la transizione digitale della PA*, in innovazione.gov.it, 18 novembre 2021.

⁴⁷⁶ A. Massari, *Introduzione del bando digitale per tutte le gare pubbliche*, in appaltiecontratti.it, 3 gennaio 2020.

del codice identificativo gara fino all'acquisizione del contratto stesso. Sicuramente anche questo costituisce un ulteriore segnale di svolta verso una dedizione verso l'utilizzo del digitale che tuttavia presenta ancora alcune incertezze e perplessità nel nostro ordinamento: atteggiamento che viene facilmente spiegato, oltre che con la diffusa poca dimestichezza nell'utilizzo di tali strumenti, anche con il timore di andare incontro a procedure quasi automatizzate e prive di ogni tipo di controllo e garanzia sia per le amministrazioni che per gli operatori economici. In risposta a ciò interviene ancora una volta il Governo con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza che, nel voler disciplinare al meglio tutto il mondo del public procurement si preoccupa altresì di fare un uso strategico degli appalti pubblici e di ridefinire al tempo stesso le competenze dell'ANAC, consapevole di quanto questa figura sia indispensabile per combattere la corruzione e promuovere legalità ed efficienza nella pubblica amministrazione.

5.2. Il ruolo dell'ANAC nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza: tra semplificazione e legalità

Se si vuole analizzare a trecentosessanta gradi il PNRR, non si può non parlare dell'Autorità nazionale anticorruzione, la quale se tradizionalmente riveste un ruolo di fondamentale importanza per la contrattualistica pubblica, in un momento delicato come questo in cui l'Italia vuole proiettarsi verso una ripresa economica, l'ANAC diviene ancor di più una figura di spicco. Si è infatti prima accennato che il PNRR mira a realizzare un approccio sempre più celere nelle procedure del public procurement, tuttavia, sul punto *“occorre premettere che in Italia si oscilla costantemente tra due grandi poli, quello della semplificazione e quello della prevenzione della corruzione”*⁴⁷⁷. Si è visto infatti che, già nel corso della gestione della pandemia da Covid-19 non sempre le procedure semplificate si sono tradotte in correttezza ed efficienza: pertanto la snellezza va letta alla luce dei principi di concorrenza e legalità. Sul punto, è utile riportare una disposizione del d.l. 9 giugno 2021, n.80, recante *“Misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per l'efficienza della giustizia”*, di cui l'articolo 6 ha destato non poche polemiche in dottrina circa l'inquadramento dei poteri attribuiti all'ANAC. Nello specifico, tale norma prevede che il Piano anticorruzione confluisca nel nuovo Piano integrato di attività e organizzazione: sebbene parte della dottrina⁴⁷⁸ ritenga che i

⁴⁷⁷ C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in *Federalismi.it*, 29 dicembre 2021, p.130.

⁴⁷⁸ Cfr. C. Benetazzo, *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in *Federalismi.it*, 29 dicembre 2021, pp130-132.

poteri dell'ANAC siano sottratti a favore del Dipartimento della Funzione pubblica, leggendo meglio la norma si perviene ad una ridefinizione dei poteri dell'Autorità che non implicano un ruolo minoritario. Occorre infatti precisare che mentre al Dipartimento spetta l'esercizio dei poteri sanzionatori in caso di mancata approvazione del Piano, l'ANAC conserva in toto i propri poteri in materia di anticorruzione e trasparenza, dovendo presidiare al rispetto della legge 190/2012. Va peraltro ricordato che l'ANAC nel contesto di ripresa economica post-pandemica potrà con maggior vigore esercitare i propri poteri di vigilanza collaborativa con le diverse istituzioni, nonché con gli attori operanti nel settore della contrattualistica pubblica. Si segnala, a tal proposito, il *“Protocollo d'intesa per l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e ulteriori profili di collaborazione”*, concluso tra il Presidente del Consiglio dei Ministri, Mario Draghi e l'Autorità nazionale anticorruzione proprio alla luce e a seguito dell'approvazione del PNRR. Nello specifico, la qualificazione avrà ad oggetto *“il complesso delle attività che caratterizzano il processo di acquisizione di un bene, servizio o lavoro e può riguardare uno o entrambi i seguenti ambiti: a) capacità di progettazione delle gare e di affidamento; c) capacità di verifica sull'esecuzione e controllo dell'intera procedura”*⁴⁷⁹. Un aspetto interessante è quello per cui, all'art.6, si affida all'ANAC la redazione di Linee guida applicative, le quali, secondo quanto dispone la norma *“forniscono alle amministrazioni interessate le modalità di richiesta alle stazioni appaltanti dei dati non presenti nella Banca Dati nazionale dei Contratti Pubblici, nonché le indicazioni operative, anche tramite check list, sulle attività da svolgere per la verifica di sussistenza dei requisiti di qualificazione”*: in questo modo, l'ANAC assume un ruolo più che centrale nella gestione pratica della gara nonché degli strumenti utili al monitoraggio dei soggetti coinvolti in essa. Da ultimo, si segnala un'ulteriore disposizione contenuta nel succitato Protocollo d'intesa in cui emerge ancor di più il ruolo pregnante dell'Autorità: si legge infatti che *“al fine di assicurare il miglior perseguimento degli obiettivi stabiliti dal PNRR, nell'ambito del presente protocollo d'intesa, ANAC mette a disposizione della Presidenza del Consiglio dei Ministri il necessario supporto tecnico, con particolare riferimento alle proprie specifiche competenze, anche con l'elaborazione di proposte e documenti da sottoporre alla successiva valutazione della Cabina di Regia”*⁴⁸⁰. Si riconosce dunque all'Autorità, nell'ambito della sua competenza, un ruolo dinamico e attivo per la ripresa del Paese che si rilegge facilmente anche sul piano pratico: lo scorso 13 gennaio l'ANAC ha elaborato un bando

⁴⁷⁹ Art. 3 Protocollo d'intesa per l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e ulteriori profili di collaborazione, in anticorruzione.it.

⁴⁸⁰ Art.9 Protocollo d'intesa per l'attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e ulteriori profili di collaborazione, in anticorruzione.it.

tipo per sostenere i piccoli Comuni che volessero accedere ai fondi del PNRR⁴⁸¹, affiancando così gli enti locali nella progettazione su scala territoriale degli investimenti e mettendo a disposizione le proprie competenze per agevolare l'effettiva ripartenza economica anche nelle realtà più piccole.⁴⁸² Oltre a questi importanti contributi, che spaziano dunque dalla vigilanza collaborativa al monitoraggio sul corretto espletamento delle procedure, per arrivare allo sfruttamento delle potenzialità che il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza offre merita un approfondimento quello che è il tema della digitalizzazione, di cui si è parlato prima, e di come l'ANAC accoglie e gestisce gli istituti innovativi volti ad informatizzare gran parte della disciplina del public procurement e la pubblica amministrazione in generale. Se le numerose deroghe al Codice dei contratti avvenute nel periodo dell'emergenza epidemiologica e giustificate alla luce della situazione imprevedibile e difficile da gestire non erano state accolte positivamente dall'Autorità, in quanto aveva ravvisato in esse numerose zone d'ombra in cui i fenomeni corruttivi avrebbero potuto facilmente trovare spazio, la semplificazione delle procedure nell'ottica della digitalizzazione e dell'innovazione di esse pare trovare favore anche in seno all'ANAC. Quest'ultima è concorde con gran parte della dottrina nel riconoscere che le continue modifiche alla normativa sugli appalti rischiano di produrre effetti diametralmente opposti rispetto a quelli auspicati, spiazzando in tal modo gli operatori del settore che si trovano costretti ad adeguare la propria organizzazione con oneri piuttosto consistenti.⁴⁸³ Fatta tale considerazione preliminare, l'Autorità riconosce che *“occorrerebbe inquadrare il problema dei possibili lacci al sistema produttivo presenti nel Codice superando una visione parziale e di breve periodo per muoversi verso una prospettiva organica e di lungo periodo. A riguardo, in coerenza con gli orientamenti comunitari, i due perni principali su cui occorre muoversi sono la digitalizzazione e la professionalizzazione degli acquirenti pubblici”*⁴⁸⁴: questo, totalmente in linea con gli obiettivi perseguiti dal PNRR. Proprio partendo da tale considerazione di favore verso le procedure digitali nel mondo degli appalti pubblici, l'ANAC segnala inoltre che, sebbene il Codice contenga numerose disposizioni che spingono verso la digitalizzazione, dai dati che essa possiede, emerge che ancora 1/3 delle gare vengono svolte in modalità cartacea. Il punto da cui si dovrebbe prendere le mosse, a detta dell'Autorità, sarebbe dunque quello di attuare gli istituti esistenti ma di cui non viene sfruttato il potenziale, per poi passare certamente ad abbracciare novità in materia che possano implementare

⁴⁸¹ Si tratta in particolare del Fondo concorsi progettazione e idee per la coesione territoriale.

⁴⁸² Cfr. ANAC, *Fondi Pnrr ai piccoli Comuni, sostegno di Anac per i bandi*, in www.anticorruzione.it, 13 gennaio 2022.

⁴⁸³ Cfr. ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in anticorruzione.it, 27 maggio 2020, p.3.

⁴⁸⁴ ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in anticorruzione.it, 27 maggio 2020, p.3.

il funzionamento dell'intera macchina dell'e-procurement pubblico: quel che l'Autorità auspicava nel maggio del 2020, ossia “*un programma di politica pubblica in grado di sviluppare azioni e incentivi, in coordinamento con tutti i soggetti coinvolti, al fine di condurre il sistema italiano alla completa digitalizzazione dei contratti pubblici, assicurando così al sistema maggiore semplicità, efficienza, affidabilità, trasparenza e accessibilità*”⁴⁸⁵ è quel che poi è stato inserito nel PNRR circa un anno dopo. Per il settore del public procurement la digitalizzazione sarà un aspetto di fondamentale importanza che abbraccerà tutte le sue fasi: partendo dalla programmazione degli acquisti, si riuscirebbe infatti a razionalizzare e tracciare le informazioni preliminari, nonché gestire in maniera rapida gli albi e gli elenchi per poi snellire i processi di qualificazione degli operatori economici stessi. Anche il segmento di gara in cui avviene la scelta del contraente, se digitalizzato, potrebbe garantire ancor di più l'effettiva concorrenza e la segretezza delle offerte economiche, nonché le dichiarazioni dei concorrenti. Un ulteriore conseguenza della digitalizzazione delle procedure, secondo l'ANAC potrebbe poi portare alla riduzione del contenzioso, in quanto le procedure telematiche garantirebbero la corretta ricezione delle domande di partecipazione, nonché l'adeguata conservazione dei documenti di gara.⁴⁸⁶ Quel che preme sottolineare al netto di queste riflessioni è che, oltre ad ottenere procedure snelle e semplificate, attraverso la digitalizzazione si può tutelare proprio l'aspetto che più spaventava della semplificazione: la trasparenza e la correttezza dell'agire amministrativo e degli operatori economici. Questa, una tematica su cui si è fatta luce anche nella Raccomandazione del Consiglio europeo sul programma nazionale di riforma 2020 dell'Italia, che si inserisce nel più ampio quadro del *Recovery fund* e degli obiettivi del PNRR. Nel testo della raccomandazione si pone particolare enfasi sull'importanza di continuare a garantire prontezza nella prevenzione e repressione di fenomeni corruttivi, puntando in particolar modo l'attenzione sulla trasparenza delle procedure di gara e la necessità al contempo di speditezza⁴⁸⁷: come garantire ciò? Ancora una volta, la risposta verte sull'utilizzo di strumenti di digitalizzazione. Sul punto, è utile segnalare che la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, istituita presso l'ANAC, nel 2018 è stata collocata al primo posto nel contest europeo “*Better Governance through Procurement Digitalization*”, il quale premia i migliori istituti e le migliori soluzioni in materia di digitalizzazione e trasparenza nella contrattualistica pubblica. Ebbene, il PNRR è intervenuto a sostegno della BDNCP, disponendo l'istituzione del fascicolo virtuale dell'operatore attraverso la creazione,

⁴⁸⁵ ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in anticorruzione.it, 27 maggio 2020, p.5.

⁴⁸⁶ Cfr. ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in anticorruzione.it, 27 maggio 2020, p.6.

⁴⁸⁷ Cfr. E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.16.

all'interno della Banca dati nazionale, di un'unica banca dati gestita sempre dall'ANAC, in modo tale da consentire la verifica dei requisiti che gli operatori economici devono poter vantare. Accanto a tale previsione, un ulteriore strumento che riesce a coniugare esigenze di velocità delle procedure e correttezza delle stesse è la *blockchain*⁴⁸⁸, che si sostanzia in una serie di blocchi, uniti per l'appunto come se vi fosse una catena, in cui vengono registrate in modo immutabile le transazioni o qualsiasi altro dato, consentendone in tal modo la totale tracciabilità. Il meccanismo attorno al quale ruota questo istituto consente quindi di soddisfare due requisiti fondamentali per la correttezza dell'agire amministrativo e al contempo, la rapidità. Attraverso la gestione sicura dei dati e delle transazioni, che vengono registrate in ciascun "blocco" senza possibilità alcuna di modifica e la predisposizione di una totale autonomia gestionale delle informazioni stesse ad opera di network che cooperano senza prevaricazioni, *"la blockchain si sta affermando come uno dei trend digitali più interessanti, anche per quanto riguarda il suo utilizzo nell'ambito dei processi della PA"*⁴⁸⁹. Sebbene vada precisato che la blockchain presenta ancora talune problematiche che in alcuni casi ne limitano l'utilizzo, primo fra tutti l'elevato dispendio di energia elettrica che essa richiede, che si traduce poi in oneri economici, si può certamente guardare con assoluto favore a questo strumento che spinge ancor di più verso la digitalizzazione, potendo vantare al contempo elevati livelli di sicurezza e trasparenza.

In definitiva, si può certamente affermare che la digitalizzazione e la spinta verso l'innovazione ha trovato pieno consenso anche da parte dell'Autorità nazionale anticorruzione e ripone grandi aspettative nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, il quale colloca l'ANAC in una posizione centrale, perché in grado di trovare un punto di incontro tra esigenze di semplificazione e tutela di valori quali la concorrenza, l'efficienza e la trasparenza, che rappresentano l'antidoto migliore per i fenomeni corruttivi.

⁴⁸⁸ Si tratta di un registro di contabilità condiviso e immutabile che fa parte della più ampia famiglia dei registri distribuiti, in cui tutti i nodi di rete hanno la stessa copia di un database.

⁴⁸⁹ L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, numero 89-giugno 2020, in www.bancaditalia.it, p.309.

5.3. PNRR e Contratti pubblici: riflessioni e prospettive future

“Il PNRR è una storica occasione che determinerà l’eredità che lasceremo ai giovani. Potremo raggiungere gli obiettivi sperati solo se sarà visibile un impegno corale e una convergenza di fondo tra pubblico e privato, tra istituzioni e imprese”: questo il monito rivolto agli italiani da parte del Presidente della Repubblica Sergio Mattarella durante la cerimonia della consegna delle Stelle del lavoro lo scorso novembre. Se infatti, il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza costituisce senza dubbio un’occasione unica e forse irripetibile per il nostro Paese, è altrettanto vero che per poterne apprezzare veramente gli effetti positivi e raggiungere quel circolo virtuoso che vede coinvolti tutti i settori del nostro ordinamento; occorre impiegare nella maniera corretta le risorse, indirizzandole verso scelte ponderate e produttive. Proprio per tale ragione, se si vuole davvero fare un uso strategico degli appalti pubblici, sarà necessario investire nella formazione dei soggetti che saranno poi chiamati a gestire, sia dal lato della domanda che dell’offerta, i soldi della spesa pubblica: solo attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, di cui si è parlato nei precedenti paragrafi, si arriverà all’efficienza amministrativa e alla realizzazione soddisfacente dei contratti stessi. A tal proposito, indispensabile sarà l’utilizzo di procedure informatizzate se l’obiettivo è quello della semplificazione e della snellezza, in modo tale da contrastare la lentezza della burocrazia. *“Affinché possa essere superata l’attuale diffusione a macchia di leopardo della digitalizzazione dei processi di procurement è necessario promuovere l’adozione di standard comuni, investire sugli open data, incentivare l’utilizzo delle tecnologie emergenti”*⁴⁹⁰. Come rilevato dal Presidente ANAC durante un seminario universitario presso la LUISS Guido Carli, trattasi di un processo che non può arrestarsi e che deve anzi coinvolgere anche le realtà più piccole, per far sì che ogni ufficio della pubblica amministrazione dislocato sul territorio Nazionale agisca in maniera rapida ed efficiente. In particolare, viene evidenziato anche dalla più autorevole dottrina che *“per l’implementazione del PNRR ci sarà bisogno di un’amministrazione all’altezza sia attingendo alle migliori competenze disponibili nelle amministrazioni sia arricchendo l’amministrazione di nuove competenze, in grado di innervarla e irrobustirla anche nel futuro”*.⁴⁹¹ Infine, riguardo alla contrattualistica pubblica, si dovrà continuare a vigilare sulle procedure d’acquisto e sul corretto agire della P.A. per evitare che

⁴⁹⁰ L. Sperati, *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell’efficienza organizzativa*, in L. Donato (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d’Italia, numero 89-Giugno 2020, in www.bancaditalia.it, p.310.

⁴⁹¹ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021, p.28.

l'illegalità possa compromettere il corretto utilizzo dei fondi pubblici: qui, fondamentale sarà il ruolo dell'ANAC, chiave di volta del sistema della contrattualistica pubblica anche e soprattutto nel periodo di ripresa economica post-pandemica. Nell'anno in corso si assisterà con molta probabilità ad una riscrittura del Codice dei contratti pubblici che, come si è visto nella presente trattazione è stato oggetto di tante modifiche quante critiche, basate proprio sulla sua macchinosità e complessità interpretativa. Quel che si auspica è dunque l'ottenimento di un quadro normativo chiaro, che tenga conto degli errori e delle criticità riscontrate nel passato, avendo riguardo della realtà in cui è calato: quello dell'industria 4.0 e della digitalizzazione. Da ultimo, non può che ricordarsi la perdurante necessità della lotta ai due mali che ancora colpiscono il public procurement: l'inefficienza e la corruzione, riponendo dunque estrema fiducia nella figura dell'ANAC, indispensabile a tal fine, e preoccupandosi di creare un tessuto di norme che possa fungere d'aiuto e non da ostacolo.

Conclusioni

Nel volgere al termine del presente elaborato, è opportuno compiere una ricognizione di quello che è emerso dall'analisi del fenomeno corruttivo e soprattutto, delle modalità per il suo contrasto, in cui, come si è visto, figura cardine è l'ANAC.

Dapprima è risultato necessario un esame dettagliato di cosa sia la corruzione: non può infatti di certo ridursi ad essere considerata solo come una fattispecie penalmente rilevante, avendo un raggio d'azione che si estende fino all'apparato socioeconomico di un Paese. È infatti a seguito di una dettagliata disamina che si può vedere come la corruzione comporti conseguenze pesanti per l'intero ordinamento giuridico, finendo per gravare sul tessuto economico e disintegrando il patto sociale esistente tra istituzioni e cittadini. Quest'ultimi, infatti, alla diffusione di fenomeni corruttivi, rispondono con un atteggiamento di sfiducia nei confronti dell'apparato governativo, che si trova dunque a gestire una popolazione non contenta dell'operato amministrativo. In particolar modo, tale aspetto va tenuto in considerazione qualora si voglia misurare la diffusione del fenomeno corruttivo, stante la sua multiformità e la sua difficile valutazione dal punto di vista strettamente oggettivo, collegato al numero di denunce sperte o di inchieste giudiziarie avviate. Nel corso degli anni ha pertanto riscosso sempre più consensi un istituto in grado di mostrare quanto la corruzione sia diffusa in ciascun paese: l'indice di percezione della corruzione (CPI), stilato annualmente in una graduatoria da parte della ONG *Transparency International*, cui ci si è appellati più volte nel corso dell'elaborato per valutare l'andamento del punteggio ottenuto dall'Italia. Con particolare riferimento al nostro Paese, si deve infatti constatare che il fenomeno corruttivo ha da sempre trovato terreno fertile, soprattutto in un settore tanto delicato quanto rilevante per l'intera economia europea: il *public procurement*. Nella contrattualistica pubblica, infatti, anche a causa del quadro normativo nazionale, caratterizzato da ipertrofia e zone d'ombra, le infiltrazioni criminali riescono a proliferare in maniera piuttosto florida, traendo indebiti ed ingenti vantaggi economici che derivano dalle stesse procedure di gara, mediante aggiudicazioni illecite o inadempimenti contrattuali. Su quest'ultimo punto è necessaria una precisazione: se infatti la corruzione viene tradizionalmente associata ad un *pactum sceleris* tra più soggetti che intendono conseguire benefici tramite procedure illecite, è altrettanto vero che gli effetti collaterali sono piuttosto considerevoli. Sulla scia di questo ragionamento entra in gioco un altro fattore, considerabile come conseguenza e al tempo stesso antidoto della corruzione: l'efficienza. Si parla di conseguenza in quanto scelte della pubblica amministrazione che non puntino a massimizzare i profitti e la gestione di spesa pubblica, potrebbero avere di mira l'ottenimento proprio di quei vantaggi illeciti di cui si è detto prima; viceversa, l'efficienza può fungere da antidoto

per la corruzione in quanto scelte ponderate che hanno di mira solo il corretto funzionamento della macchina pubblica non lasciano spazio a ulteriori aspetti di convenienza personale. Da ciò, ne deriva che il Legislatore dovrà puntare anche e soprattutto su un'implementazione dell'efficienza della P.A., che da sola, tuttavia, non basta per ridurre significativamente gli episodi corruttivi.

Quale strategia adottare, quindi, se si vuole un Paese meno corrotto? Sicuramente di fondamentale importanza è un apparato normativo solido, chiaro e che non lasci spazi di incertezza che facilmente prestano il fianco al proliferare di accordi occulti, in elusione delle regole; tuttavia, bisogna precisare che non si può prescindere dalla presenza di istituzioni demandate a monitorare e vigilare sul corretto agire della P.A. La stagione normativa che va dalla fine degli anni Novanta al primo decennio del Duemila nonostante abbia consentito di fare importanti passi in avanti nella lotta al fenomeno corruttivo, anche grazie alla consapevolezza di un approccio regolatorio preciso del mondo della contrattualistica pubblica, non è sembrata sufficiente per far regredire la corruzione in Italia. Viceversa, un importante punto di svolta per tale problematica si è avuto con l'istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione, riconosciuta quale autorità amministrativa indipendente. Dall'esame, infatti, dei poteri ad essa attribuiti, nonché dai rapporti intrattenuti con le istituzioni a livello nazionale e internazionale, l'operato di ANAC ha sin da subito lasciato intendere che si stesse perseguendo la strada giusta: testimonianza ne è il calo del CPI dopo solo due anni dalla sua istituzione, nonché le importanti strategie attuate in materia di prevenzione e repressione della corruzione. L'attività svolta dall'ANAC abbraccia infatti a trecentosessanta gradi il problema, con particolare riguardo nei confronti del settore del *public procurement*. Nel corso dell'elaborato si sono poi esaminati i vari strumenti di cui l'Autorità nazionale anticorruzione si serve per contrastare tempestivamente l'insorgenza di pratiche illecite, primo fra tutti il meccanismo di vigilanza collaborativa che permette un dialogo costante e aggiornato tra i vari attori operanti nelle procedure di gara, e l'autorità stessa.

Da ultimo, ci si è focalizzati sul ruolo dell'ANAC durante un periodo particolarmente complesso, che da due anni a questa parte ha messo a dura prova il nostro Paese e il Mondo intero: la pandemia scaturita dalla circolazione del virus Covid-19. Nello specifico, si è trattato di una crisi non solo sanitaria, ma anche economica e sociale, che ha fatto emergere con maggior vigore una serie di problemi già presenti da tempo nel nostro Paese, tra cui l'inefficienza del sistema della pubblica amministrazione e l'instabilità della normativa che si occupa del settore del *public procurement*. Il rischio di fenomeni corruttivi è inoltre aumentato esponenzialmente, complici i numerosi interventi in deroga al Codice dei contratti per far fronte alla situazione emergenziale: anche su tale fronte, si è

potuto osservare come grazie al ruolo dell'ANAC si è riusciti ad evitare l'elusione delle regole poste a presidio del corretto agire amministrativo e del regolare espletamento di procedure che tengono conto di principi fondamentali, quali la trasparenza e la concorrenza, riducendo notevolmente anche il CPI, monitorato nel corso del presente elaborato.

Il questo modo l'Autorità nazionale anticorruzione si è dimostrata figura cardine per la prevenzione di condotte illecite anche in un momento così delicato e particolare per il Paese, tanto che le verrà riconosciuto un ruolo da protagonista anche nella fase successiva all'emergenza pandemica. Si è parlato, in particolare, del Piano nazionale di Ripresa e Resilienza, il PNRR, che tra i molteplici obiettivi per la ripresa economica dell'Italia, auspica ad uno sfruttamento pieno delle potenzialità che il settore della contrattualistica pubblica offre, prevedendo altresì lo stanziamento di ingenti fondi economici da destinare a ciò. La ricostruzione di un Paese segnato da una crisi così forte come quella della pandemia da Covid-19, è parsa dunque l'occasione perfetta per riflettere sugli errori del passato, tra cui quelli di un'amministrazione che non rispondesse a canoni di efficienza ed efficacia. In particolare, ci si dovrà orientare sempre di più verso la digitalizzazione dell'Italia, in tutti i suoi settori, tra cui quello del *public procurement*: in questo modo si potrà infatti rispondere ad esigenze di efficienza amministrativa e speditezza burocratica; contemporaneamente, gli strumenti digitali potranno garantire la trasparenza e il monitoraggio costante delle diverse attività pubblicistiche, in modo tale da combattere il male delle pratiche illecite. In questo panorama, ruolo principe sarà chiaramente riservato all'ANAC, autorità che, nonostante le perplessità sollevate nel corso degli anni da una parte della dottrina, può sicuramente definirsi come *primus inter pares*, stante la sua centralità in un settore così delicato e visto il suo difficile e importante compito: quello di combattere la corruzione. Occorre, in ultima battuta, segnalare che nel corso del 2022 il *public procurement* sarà oggetto di una riforma normativa che si auspica possa essere una soluzione definitiva alla macchinosità del sistema appalti, spesso fattore scatenante nelle pratiche corruttive. Nell'ottica di una tale importante riforma, si dovrà peraltro riconoscere i meriti dovuti all'ANAC, figura indispensabile nella contrattualistica pubblica e colonna portante per l'intero sistema anticorruzione.

Appendice

I PROGRESSI DELL'ITALIA NELL'INDICE DI PERCEZIONE DELLA CORRUZIONE DAL 2012 AD OGGI

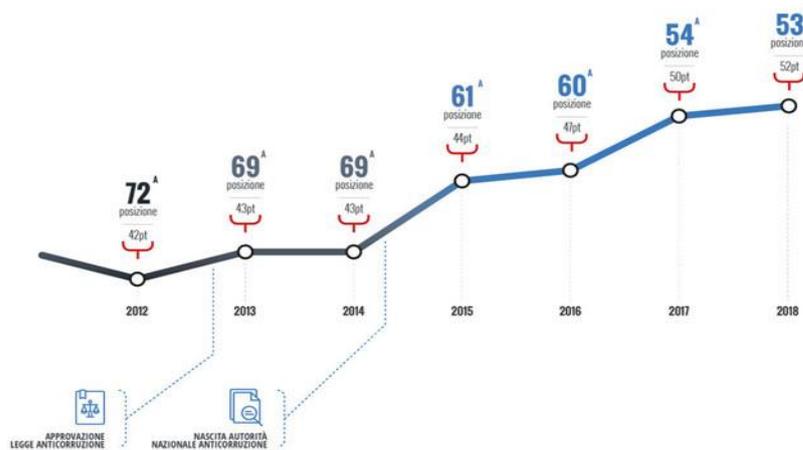


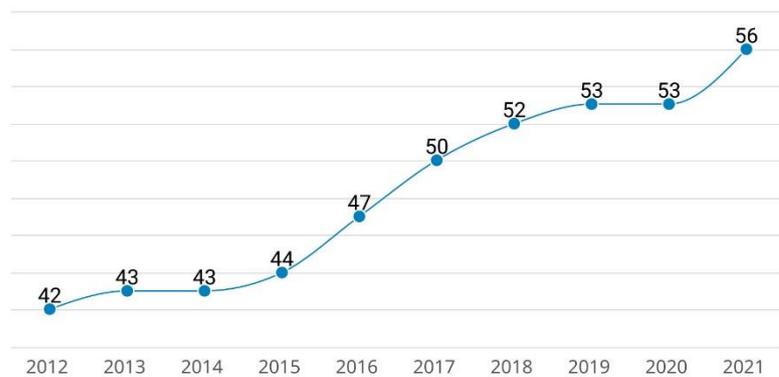
Figura 1- Progressi dell'Italia nell'indice di percezione della corruzione dal 2012 al 2018- Posizione su 100 Paesi. (Fonte: Transparency.it)

Categoria merceologica	N° CIG campionati	Importo CIG campionati	Criticità dichiarate dalle S.A.					% su n° di CIG
			Tempi	Quantità	Qualità	Requisiti	TOTALI	
MASCHERINE	39	50.828.295	10	4	3	2	19	48,72%
ALTRI D.P.I.	43	114.363.048	4	0	1	2	7	16,28%
TAMPONI, REAGENTI	61	14.889.701	5	2	1	0	8	13,11%
VENTILATORI, OSSIGENO	54	56.914.612	6	1	1	1	9	16,67%
DISINFETTANTI	22	2.374.802	1	0	1	0	2	9,09%
ALTRE CATEGORIE	92	64.792.856	6	0	1	0	7	7,61%
TOTALE	311	304.163.314	32	7	8	5	52	16,72%

Figura 2- Criticità dichiarate dalle S.A. all'ANAC su 311 CIG campionati, relativi agli affidamenti connessi all'emergenza Covid-19. (Fonte: Relazione ANAC, indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID-19 Report di seconda fase)

INDICE DI PERCEZIONE DELLA CORRUZIONE 2021

PER L'ITALIA +14 DAL 2012 AL 2021



#cpi2021

Figura 3- Progressi dell'Italia nell'indice di percezione della corruzione dal 2012 al 2021- Punteggio. (Fonte: Transparency.it)

Bibliografia e sitografia

- Abbatino G., Parisi N., *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in Merloni F., Cantone R. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Alfaro G., *Corruzione. Transparency International: "L'Italia migliora. Cresce la fiducia internazionale"*, in www.agensir.it, 25 gennaio 2022.
- ANAC, *Appalti pubblici e Covid-19: dall'ANAC suggerimenti alle PA per garantire la partecipazione alle gare delle imprese in difficoltà*, in www.anticorruzione.it, 19 aprile 2021.
- ANAC, delibera del 19 marzo 2020, n.268, in www.anticorruzione.it.
- ANAC, delibera del 9 marzo 2016, n.286, in www.anticorruzione.it.
- ANAC, *Efficienza dei contratti pubblici e sviluppo di indicatori di rischio corruttivo*, Relazione a cura di Marino G. e Sbicca F., Ufficio rilevazione e monitoraggio prezzi di riferimento contratti pubblici, in www.anticorruzione.it, gennaio 2018.
- ANAC, fascicolo n.348/2020, in www.anticorruzione.it, 26 maggio 2021.
- ANAC, fascicolo n.3727/2020, in www.anticorruzione.it, 3 marzo 2021.
- ANAC, *Fondi Pnrr ai piccoli Comuni, sostegno di Anac per i bandi*, in www.anticorruzione.it, 13 gennaio 2022.
- ANAC, *Indagine conoscitiva sugli affidamenti in regime emergenziale di forniture e servizi sanitari connessi al trattamento ed al contenimento dell'epidemia da COVID 19-Report di seconda fare*, in www.anticorruzione.it, 4 agosto 2020.
- ANAC, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. whistleblower)*, Determinazione n. 6 del 28 aprile 2015, in www.anticorruzione.it.
- ANAC, *Linee Guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del Grande Evento EXPO Milano 2015*, in www.anticorruzione.it, 17 luglio 2014.
- ANAC, *Regolamento sulla vigilanza collaborativa del 28 Giugno 2017*, in www.anticorruzione.it.
- ANAC, *Relazione sull'attività svolta dall'Autorità nel corso del 2020*, Camera dei deputati, 18 giugno 2021, in www.anticorruzione.it.

- ANAC, *Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità*, in www.anticorruzione.it, 27 maggio 2020.
- ANAC, *Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^ Lavori pubblici, comunicazioni e 1^ Affari costituzionali del Senato della Repubblica*, in www.anticorruzione.it, 4 settembre 2020.
- Antonelli V., *Procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile (art.163)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Aurelio B., *La comunicazione della commissione europea per la crisi covid-19 del 1 aprile 2020 e le procedure negoziate senza pubblicazione di bando: giurisprudenza e recenti problematiche*, in www.diritto.it, 14 aprile 2020.
- Barone M.L., *PNRR e appalti, urge semplificare: ecco le priorità*, in www.agendadigitale.eu, 6 ottobre 2021.
- Benetazzo C., *Gli appalti pubblici nel PNRR tra semplificazione e prevenzione della corruzione*, in www.federalismi.it, 29 dicembre 2021.
- Bianconi A., Bova C., *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in Cantone R., Merloni F., (a cura di) *La nuova autorità anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Bonacci P., *Il riordino normativo nel settore degli appalti delle opere pubbliche*, in *Rapporti sui profili della legislazione italiani*, Roma, 1995, pubblicato in *Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari*, n.1/3 del 1995.
- Boschetti B., *La Governance (artt.212-215)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Botto A., Castrovinci Zenna S., *Diritto e regolazione dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2020.
- Brandeis L., *What publicity can do*, in *Harper's Weekly*, 20 dicembre 1913.
- Cafagno M., Farì A., *I principi e il complesso ruolo dell'amministrazione nella disciplina dei contratti per il perseguimento degli interessi pubblici (artt. 29, 30, 34, 50, 51)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.

- Cantone R., Coccagna B., *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in Cantone R., Merloni F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Cantone R., Di Feo G., *Il male italiano, liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Milano, Rizzoli, 2015.
- Cantone R., *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'ANAC come autorità di regolazione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Torino, Giuffrè editore, 2016.
- Cantone R., *La prevenzione della corruzione e il ruolo dell'ANAC*, in D'Alberti M. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016.
- Cantone R., Merloni F., *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Carloni E., *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione*, Rivista di Diritto amministrativo n.3/2019, in www.academia.edu.it, 2019.
- Carloni E., Cantone R., *Corruzione e anticorruzione: Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018.
- Carloni E., Cantone R., *La prevenzione della corruzione e la sua autorità*, in Merloni F. (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Milano, Giuffrè editore, 2008.
- Carloni E., *La "casa di vetro" e le riforme. Modelli e paradossi della trasparenza amministrativa*, in www.scienze politiche.unipg.it.
- Carloni E., *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.academia.edu.it, Astrid-Rassegna n.1, 2021.
- Carmignani M., *PNRR- Piano nazionale di Ripresa e Resilienza: cos'è e novità*, in www.agendadigitale.eu, 21 dicembre 2021.
- Chiariello C., *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 Novembre 2020.
- Chiti M.P., *Le direttive 2014 dell'Unione europea sui contratti pubblici e i problemi della loro attuazione in Italia*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016.

- Cimmarusti I., *Consign, turbativa d'asta nella fornitura di 24 milioni di mascherine: un arresto*, in www.ilsole24ore.com, 9 aprile 2020.
- Cintoli F., *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli, Rubbettino editore, 2020.
- Clarich M., *Codice dei contratti pubblici: ancora correttivi e modifiche*. in *Corr.giur.*, n.11/2006.
- Colistro M., *I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future*, In www.ratioiuris.it.
- Contessa C., *Le novità del "Decreto Semplificazioni", ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice?"*, in www.lavoripubblici.it, 20 dicembre 2020.
- Corrado G., Paganetto L., *L'analisi economica della corruzione nel sistema istituzionale*, in D'Alberti M. (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016.
- Costantino F., *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in D'Alberti M. (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene editore, 2017.
- Cusano F., *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020.
- Cusano F., *La recente torre di Babele dei contratti pubblici: la pace sol cercando io vo'*, in www.federalismi.it, 18 novembre 2020.
- D'Alberti M., *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, Jovene editore, 2017.
- D'Alberti M., *Corruzione nel sistema istituzionale*, in Antinucci M., Piselli P. (a cura di), *Corruzione e cultura della legalità. Atti dell'incontro*, Roma, EdilStampa, 2014.
- D'Alberti M., *Corruzione*, Torino, Treccani, 2020.
- D'Alterio E., *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'ANAC nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. Amm.* N.4, 2016.
- De Nictolis R., C. Volpe C., *Le procedure aperte, ristrette e negoziate*, in De Nictolis R., Garofoli R., Sandulli M.A. (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè editore, 2008.
- De Nictolis R., *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, in www.sipotra.it, 1° luglio 2017.

- De Rosa M., Merloni F., *Il trasferimento all'ANAC delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in Cantone R., Merloni F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Di Cristina F., *Prevenire la corruzione e l'illegalità negli appalti pubblici: verso una nuova via europea?* in Del Vecchio A., Severino P. (a cura di), *Contrasto alla corruzione nel diritto interno e nel diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2014.
- Dolcini E., *La legge 190/2012. Contesto, linee di intervento, spunti critici*, in www.archiviodcp.dirittopenaleuomo.org, 23 settembre 2013.
- *Enciclopedia Italiana di scienze, lettere e arti, nona appendice.*
- Fantigrossi U., *Burocrazia zero: si ma come?*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2020.
- Favaccio C., *Governance (Artt. 212-215)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Fidone G., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli Editore, 2019.
- Fontana C., *La corruzione percepita in Italia cala. Anche grazie all'ANAC di Cantone*, in www.valori.it, 23 gennaio 2020.
- Franchini C., *La figura del commissario straordinario prevista dall'art.20 del D.l. n. 185/2008, Contratti pubblici e provvedimenti anti- crisi: dai commissari al processo amministrativo, passando per le procedure di gara*", in www.astrid-online.it, 26 Febbraio 2009.
- Frangipane U., *Gli appalti pubblici al tempo della pandemia*, in www.federalismi.it, 8 aprile 2020.
- Frediani E., *Vigilanza collaborativa e funzione "pedagogica" dell'ANAC*, in www.federalismi.it, 6 dicembre 2017.
- Galtieri C., *Controlli tradizionali e disciplina dei contratti pubblici (Considerazioni e spunti di riflessione)*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016.
- Garofoli R., *Il contrasto alla corruzione. La l. 6 novembre 2012, n.190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in www.asp.cz.it.

- Giampaolino L., *In tema di appalti pubblici: economicità ed efficienza; mutamenti nelle istituzioni, nelle fonti, nei contratti*, in www.foroeuropa.it.
- Giovannini G., *La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016.
- Giustiniani M., *Autorità Nazionale Anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare pubbliche*, in Caringella F., Giustiniani M., Toriello O., *La riforma Renzi della Pubblica Amministrazione*, Roma, Dike Giuridica Editrice, 2014.
- Gratteri N., Nicaso A., *Ossigeno illegale*, Milano, Mondadori, 2020.
- Grosso R., F. Prizzon F., Rebaudengo M., *Il sistema anti turbativa negli appalti: analisi critica e metodologica*, Territorio Italia 2019.
- Irelli Cerulli V., *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*. Firenze, Passigli Editori, 2010.
- Leone G., *Coronavirus, sorte del paese e...appalti a sorte*, in www.federalismi.it, 5 Maggio 2020.
- Longobardi N., *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.igitalia.it, 15 ottobre 2015.
- Lupicchini A., *Raffaele Cantone: "Burocrazia e criminalità nemici della ripresa"*, in www.opinione.it, 7 maggio 2020.
- Madeo I., Carnovale F., *Prime riflessioni sul criterio della dislocazione territoriale (l.120/2020) e sulle principali questioni aperte*, in www.periodicimaggioli.it, 7 gennaio 2021.
- Magri M., *Il "collasso" del sistema degli appalti nella prima fase dell'emergenza sanitaria*, in www.regione.emilia-romagna.it, *Istituzioni del Federalismo- Numero speciale 2020, Anno XLI*.
- Mantini P., *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici. Semplificazione, efficienza, concorrenza, anticorruzione*, Milano, Giuffrè editore, 2016.
- Marone F., Pertici A., *Quando una disciplina attuativa si sottrae al circuito democratico. Il caso delle linee guida ANAC per l'attuazione dei Contratti pubblici e la loro difficoltà di classificazione*, in *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, XXII, 2020, 3.

- Massari A., *Introduzione del bando digitale per tutte le gare pubbliche*, in www.appaltiecontratti.it, 3 gennaio 2020.
- Mataluni F., *Disciplina e qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-39, 41-43)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Mattarella B.G., *Disciplina dei Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Melis G., *La lunga storia della corruzione italiana*, Lezione di sabato 25 febbraio 2017 alla Facoltà Giurisprudenza, Università di Roma "La Sapienza" - Master Università- ANAC, in www.eticapa.it, 26 febbraio 2017.
- Mincuzzi A., *Terremoto su Expo 2015, sette arresti: la "cupola degli appalti", le tangenti, i nomi dei politici*, in www.ilsole24ore.com, 8 maggio 2014.
- Pajno A., *Amministrazione e ricostruzione dopo il Coronavirus*, in www.giustiziaamministrativa.it, 14 aprile 2020.
- Pajno A., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Paparo T., *I contratti sottosoglia*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Parisi N., Vitrano S., *Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici*, in, Cantone R., Merloni F. (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli Editore, 2014.
- Patroni Griffi F., *Relazione sull'attività della giustizia amministrativa del Presidente del Consiglio di Stato Filippo Patroni Griffi*, in www.astrid-online.it, 2 febbraio 2021.
- Pesce G., *L'ammissione alle procedure (artt.79-82)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.

- Pietrantoni N., Mari G., Pozzi M., *Il lato oscuro della semplificazione. Carenze e rischi del Decreto legge che agevola le procedure di appalto in pandemia*, in www.thegoodlobby.it.
- Piga G., *La nuova disciplina sui contratti pubblici: il punto di vista dell'economista*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Piperata G., *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in www.federalismi.it, 2 settembre 2015.
- Piselli P., De Marinis S., *Dopo il coronavirus, gli appalti pubblici per la ripresa: ecco le sfide da affrontare*, in www.agendadigitale.eu, 13 maggio 2020.
- Pistis E., *La commissione giudicatrice (artt.77-78)*, in Clarich M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli editore, 2019.
- Poggi A., *Tornare alla normalità nei rapporti Stato-Regioni. Errori da evitare e lezioni da meditare*, in www.federalismi.it, 9 settembre 2020.
- Racca G.M., *Dall'autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Raiola I., *Il regionalismo cooperativo alla prova dell'emergenza sanitaria*, in www.giustizia-amministrativa.it, 7 gennaio 2021.
- Rinaldi F., *Le principali novità della legge "anticorruzione" (legge 190 del 2012)*, in www.filodiritto.it, 17 maggio 2013.
- Rolli I., *Contratti pubblici ed appalti nel settore sanitario: necessità di conservazione e spinta verso l'innovazione*, in www.federalismi.it, 22 gennaio 2020.
- Saltelli C., *Il codice degli appalti: un mondo da semplificare*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Salvaggiulo G., *Prezzi gonfiati del 4250 per cento, gli affari degli sciacalli del Covid*, in www.lastampa.it, 20 agosto 2020.

- Sandulli A., *Della corruzione degli antichi comparata a quella dei moderni. Considerazioni a margine delle riflessioni di Luca Fezzi*, in A. Bixio, *Sociologia. Rivista quadrimestrale di Scienze Storiche e Sociali*, Roma, Gangemi Editore, 2017.
- Sandulli M.A., *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'AGCM nell'art. 21 bis l.n. 287 del 1990*, in www.federalismi.it, 13 giugno 2012.
- Santilli G., *Una proposta di lettura dell'evoluzione e delle criticità della legislazione sui lavori pubblici negli ultimi 20 anni, dalla legge Merloni a oggi*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Sperati L., *Trasformazione digitale della pubblica amministrazione e ricerca dell'efficienza organizzativa*, in Donato L. (a cura di), *Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione e normativa anticorruzione. Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza*. Quaderni di Ricerca Giuridica della Banca d'Italia, numero 89-giugno 2020, in www.bancaditalia.it.
- Sunstein C.R., *Semplice. L'arte del Governo nel Terzo Millennio*, Milano, Feltrinelli, 2014.
- Tesouro G., *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, Cedam, 2012.
- Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari*, Testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi in Della Torre G., *La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffré editore, 2016.
- Vannucci A., *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in Merloni F., Vandelli L. (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, Passigli, 2010.

Giurisprudenza

- Corte UE, IX Sez., Sent. 4 giugno 2019, Causa C-425/18.
- Corte UE, V Sez., Sent. 22 ottobre 2015, Causa C-126/14.
- Corte UE, X Sez., Sent. 22 ottobre 2015, Causa C-425/14.
- Corte UE, II Sez., Sent. 18 luglio 2007, Causa C-382/05.

- Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 2 aprile 2020, n.10.
- Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 25 febbraio 2014, n.9.
- Cons. Stato, Ad. Plen., Sent. 30 luglio 2014, n.16
- Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 1° aprile 2016, n.855.
- Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 14 settembre 2016, n. 1920.
- Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 2 agosto 2016, n.1767.
- Cons. Stato, Comm. Speciale, parere 28 dicembre 2016, n.2777.
- Cons. Stato, III Sez., Sent. 5 giugno 2019, n.3780.
- Cons. Stato, V sez., Sent. 11 luglio 2017, n.3415.
- Cons. Stato, V Sez., Sent. 13 novembre 2019, n. 7805.
- Cons. Stato, V Sez., Sent. 2 agosto 2019, n.5502.
- Cons. Stato, VI sez., pronuncia 11 settembre 2015, n. 4356.

- TAR Lazio, II Sez., Sent. 23 febbraio 2021, n.2194.
- TAR Lazio, Sez. I-quater, Sent. 11 agosto 2021, n.9363.