

Dipartimento di Scienze Politiche

Cattedra di Diritto delle autonomie territoriali

ANTICORRUZIONE E APPALTI NEGLI ENTI TERRITORIALI

RELATORE

Prof. Marco Di Folco

CANDIDATO

Giovanni Battista Algieri

CORRELATORE

Prof. Guido Meloni

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

INDICE

Introduzione	6
---------------------	----------

Capitolo 1 - APPALTI: L'ATTUALE QUADRO COMUNITARIO

1.1 Il percorso delle direttive dagli anni '70 a oggi;	8
1.2 Le direttive appalti del 2004;	11
1.3 Il “Libro Verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici”;	16
1.4 Europa 2020;	17
1.5 Spesa pubblica e appalti di sostegno agli obiettivi sociali;	18
1.6 Acquirenti pubblici;	19
1.7 Semplificazione delle procedure e distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione;	20
1.8 Contratti tra pubbliche amministrazioni;	25
1.9 Modifiche dell'appalto in corso di validità e subappalto;	27
1.10 Massimizzare il “fattore concorrenza”;	29
1.11 Conflitto di interesse e corruzione;	32
1.12 Le nuove direttive europee sugli appalti pubblici;	38
1.13 Le valutazioni del legislatore italiano;	42

Capitolo 2 - IL RIPARTO DI COMPETENZA LEGISLATIVA TRA STATO E REGIONI

2.1 La sentenza n.401/2007 della Corte Costituzionale;	47
2.2 La potestà delle regioni: piano verticale e piano orizzontale;	49
2.3 Le sentenze successive della Corte Costituzionale;	55
2.4 Le regioni a statuto speciale;	60

Capitolo 3 - LA LEGGE ANTICORRUZIONE N.190/2012

3.1 Convenzione di Strasburgo e principi fondamentali della legge n.190/2012;	62
3.2 L' Autorità Nazionale Anticorruzione;	65
3.3 Il Piano Anticorruzione;	66
3.4 Trasparenza amministrativa e riordino della disciplina;	67
3.5 Controversie e Arbitrato;	73
3.6 Infiltrazioni mafiose e "White list";	75
3.7 Gli adempimenti degli enti territoriali;	78
3.8 Le criticità dell'attuazione per gli enti locali e la responsabilità dirigenziale;	79
3.9 Divieto di affidamento esterno e contenuti del Piano;	83

Capitolo 4 - CORRUZIONE E APPALTI NEGLI ENTI TERRITORIALI

4.1 L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici;	87
4.2 L'Osservatorio e leggi Regionali inerenti alla corruzione;	89
4.3 Corruzione e Appalti: la mappa nazionale e regionale;	93
4.4 Criminalità organizzata e appalti;	103
Conclusioni	106
Bibliografia e Sitografia	108

*“Non si è mai abbastanza coraggiosi
da essere vigliacchi definitivamente.”*

Giorgio Gaber

INTRODUZIONE

L'allora Presidente del Consiglio dei Ministri Mario Monti nel rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione intitolato *“La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma.”* ha sottolineato che *“il diffondersi delle pratiche corruttive in Italia mina la fiducia dei mercati e delle imprese, scoraggia gli investimenti dall'estero, determina quindi, tra i suoi molteplici effetti, una perdita di competitività per il Paese”*.

La corruzione dunque costituisce una delle principali cause di inefficienza dei servizi destinati alla collettività, del dissesto finanziario, nonché della disaffezione dei cittadini verso le istituzioni. E' inoltre fonte di disgregazione sociale ed etica, oltre che di altissimi costi economici, in quanto determina la compromissione del principio di uguaglianza, minando le pari opportunità dei cittadini.¹ Anche nel rapporto del *“Group of States Against Corruption”* (GRECO) emerge che *“la corruzione è profondamente radicata in diverse aree della pubblica amministrazione, nella società civile, così come nel settore privato. Il pagamento delle tangenti sembra pratica comune per ottenere licenze e permessi, contratti pubblici, finanziamenti, per superare gli esami universitari, esercitare la professione medica, ecc.(...) La corruzione in Italia è un fenomeno pervasivo e sistemico che influenza la società nel suo complesso”*.

Sul piano pratico invece, è la Corte dei Conti a fare un bilancio quantitativo e pratico riguardante il *“danno economico”* dall'anno 2009 connesso ai fenomeni corruttivi stimandolo all'incirca a 60 miliardi di euro annui.

¹*Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

Anche per Transparency International il valore della corruzione in Italia ammonta a circa sessanta miliardi di euro l'anno. Nella graduatoria del livello di corruzione di questa importante Organizzazione Internazionale, nel 2011 l'Italia occupa il sessantanovesimo posto di fianco a numerosi paesi cosiddetti "sottosviluppati". Ancora nel 2012 l'Italia peggiora e nel giro di un solo anno l'Italia diventa il paese europeo con la più alta percentuale di corruzione con una media di 4% sul PIL contro una media europea dell'1%. Partendo dal macroscopico concetto di "corruzione", tale ricerca intende individuare tramite dottrina, leggi, ricerche, statistiche quanto sia consistente il fenomeno della corruzione all'interno del delicato settore degli appalti.

Prendendo in esame queste ed altre importanti considerazioni, questa ricerca si pone come obiettivo quello di quantificare la rilevanza del fenomeno della corruzione nella specifica materia degli appalti.

La prima parte è un excursus del quadro comunitario inerente alla materia degli appalti: dalle prime direttive degli anni 70' alle attuali proposte del Parlamento Europeo. Vitali sotto questo punto di vista sono state le consultazioni svolte dalle istituzioni europee, in particolar modo quelle riguardanti il *"Libro verde sulla modernizzazione della politica UE in materia di appalti pubblici"*.

In seconda sede saranno analizzate le sentenze della Corte Costituzionale che hanno marcato il riparto di competenza tra stato e regioni tramite la fondamentale interpretazione di materia della concorrenza con la storica sentenza n.401/2007.

Nella fase conclusiva, si nota come la dilagante corruzione ha riportato il legislatore italiano a intervenire nuovamente anche sulla materia degli appalti, tenendo conto, seppur relativamente, del consistente rischio di infiltrazioni mafiose all'interno di questi varando la legge N.190/2012.

Capitolo 1

L'ATTUALE QUADRO COMUNITARIO

1.1 IL PERCORSO DELLE DIRETTIVE: DAGLI ANNI '70 AD OGGI

La Pubblica Amministrazione, nell'esercizio della sua azione, si avvale non solo degli strumenti giuridici propri del diritto pubblico, ma si serve anche dei mezzi propri del diritto privato. In passato, infatti, si era soliti ritenere che questi ultimi fossero inadeguati al conseguimento dei fini che caratterizzano una P. A., perché incapaci di soddisfare gli interessi della collettività, dato che nel diritto privato si trovano mezzi, strumenti, contratti e atti idonei a perseguire un interesse privatistico.

In realtà, solo grazie ad un'evoluzione normativa ma soprattutto giurisprudenziale, si è potuto riconoscere in capo alla Pubblica amministrazione un'autonomia privata di diritto privato, in modo tale da perseguire un interesse pubblico tramite gli strumenti negoziali privatistici. Il riconoscimento di tale autonomia, da un punto di vista normativo, si ha con l'art. 1 comma 1-bis della l. n. 241 del 1990 così come è stata modificata dalla l. n. 15 del 2005. Il suddetto articolo sancisce che: *La pubblica amministrazione, nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisce secondo le norme di diritto privato salvo che la legge disponga diversamente.* Dalla lettura della norma, pertanto, si evince il principio secondo cui la P. A., utilizza gli strumenti privatistici come alternativa generale all'esercizio del potere pubblico finalizzato al soddisfacimento del bene collettivo e pubblico. Chiarita tale premessa, i contratti che la P.A., nell'esercizio della sua autonomia negoziale, è legittimata a stipulare sono vari. Vi sono i contratti ordinari di diritto comune, disciplinati, appunto, dal codice civile; ma anche i contratti speciali di diritto privato, regolati dalle norme privatistiche di specie. Particolare rilievo hanno poi i c.d. *"contratti ad oggetto pubblico"*, questi, nascono da un intreccio fra contratto e provvedimento nell'ambito di settori aventi rilievo pubblico. Infine, un'ultima differenziazione va fatta tra i contratti attivi e quelli passivi. La distinzione tra questi due

tipi è semplice: mentre i primi comportano un'entrata per l'Amministrazione, i secondi, invece, sono produttivi di spese per la P.A., al fine di garantire beni e servizi. Un classico esempio di questi contratti è l'appalto. Nel nostro ordinamento, però, troviamo una duplice figura di appalto.² La prima è disciplinata dall'art. 1655 c., il quale cita testualmente: *"L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro."*

In seno al codice civile, pertanto, è accolta una nozione oggettiva di appalto, in quanto, quest'ultimo deve riguardare il compimento di un'opera o di un servizio. Ma vi è di più, infatti, dalla lettera della norma si evince una delimitazione di tipo soggettivo, dato che l'appaltatore deve essere un soggetto dotato di una propria organizzazione economica. La seconda figura di appalto, invece, è quella pubblica. Questo è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, verso corrispettivo di danaro.

I caratteri salienti del contratto d'appalto sono:

- 1) l'incontro delle volontà del committente e dell'appaltatore, cioè di colui che professionalmente esercita un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o di servizi (Art. 2082 c.c.);
- 2) l'idonea organizzazione dei mezzi da disporre per soddisfare l'impegno contrattuale;
- 3) il rischio dell'imprenditore;
- 4) il pagamento da parte del committente della prestazione effettuata dall'appaltatore³

² *Manuale di Diritto Amministrativo – F.Caringella, 2012*

³ *Manuale di Diritto Amministrativo – F.Caringella, 2012*

Gli appalti pubblici, pur appartenendo alla sfera contrattuale (che, per tradizionale e generale principio, è rimessa all'assoluta o quasi discrezione delle parti), per le peculiarità che presentano sono sottoposti ad una normativa inderogabile di carattere sia interno che comunitario.

Tali normative rispondono a diverse esigenze e perseguono diversi fini: il legislatore interno mira a garantire i principi di imparzialità e trasparenza dell'amministrazione nazionale, mentre la normativa comunitaria, avendo come fondamentale obiettivo quello di garantire la massima ampiezza del mercato interno, ha l'intento di assicurare a tutti gli interessati la possibilità di partecipare a procedure d'appalto, bandite in uno Stato membro, in condizioni di parità con le imprese appartenenti a tale Stato .

Come già ricordato, la normativa comunitaria in materia di appalti pubblici risale agli anni '70 ed è stata più volte aggiornata e modificata, constando allo stato attuale di sei direttive:

- 71/305/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici, sostituita dalla direttiva 93/37/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 77/62/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, sostituita dalla direttiva 93/36/CEE del Consiglio, a sua volta modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 92/50/CEE del Consiglio che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, modificata dalla direttiva 97/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;
- Direttiva 93/38/CEE del Consiglio che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle

telecomunicazioni, modificata dalla direttiva 98/4/CE del Parlamento europeo e del Consiglio;

- Direttiva 89/665/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture, di lavori e di servizi;
- Direttiva 92/13/CEE del Consiglio che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle normative comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto, nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni.

Fino al 2004 il diritto comunitario disciplinava con quattro distinte direttive gli appalti e concessioni di lavoro, servizi, forniture nei settori ordinari. Con le direttive 2004/17 e 2004/18 (il cui termine di recepimento è scaduto il 31 Gennaio 2006) il legislatore comunitario è tornato sul tema dei pubblici appalti di lavori sia nei settori ordinari che nei settori speciali. La prima direttiva unifica le quattro discipline nei “settori ordinari” mentre la seconda nei “settori esclusi” che si possono definire “settori speciali” (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica).

1.2 LE DIRETTIVE APPALTI DEL 2004

Tra le principali novità delle direttive del 2004 vi sono la semplificazione del quadro delle soglie per l'applicazione della normativa e l'introduzione nella disciplina comunitaria di

nuovi strumenti e istituti volti a rendere più flessibili ed efficienti le procedure di appalto.

Per il primo profilo, la direttiva ha unificato i criteri per la determinazione delle soglie al di sopra delle quali trova applicazione la disciplina comunitaria. La direttiva 2004/18/CE si applica sopra la soglia di 137.000 euro per gli appalti di forniture e servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali, sopra la soglia di 211.000 euro per gli appalti di forniture e servizi aggiudicati da tutte le altre amministrazioni o organismi di diritto pubblico e sopra la soglia di 5.278.000 euro per gli appalti pubblici di lavori. Per gli appalti nei settori speciali la soglia è di 422.000 euro per forniture e servizi e di 527.800 euro per i lavori. Le soglie sono oggetto di revisione biennale da parte della Commissione, assistita dal comitato consultivo per gli appalti pubblici.⁴

Le due direttive introducono nuovi istituti e strumenti utili a rendere maggiormente flessibile e moderna l'attività contrattuale della pubblica amministrazione, e al tempo stesso volti a meglio garantire sia la concorrenza, sia le esigenze sociali ed ambientali che spesso sono toccate dall'attività contrattuale pubblica. In particolare compaiono alcuni nuovi strumenti contrattuali e mezzi di modernizzazione:

- Nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo e la contrattazione tramite centrali di committenza;
- La previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che l'esecuzione e progettazione, che la realizzazione con qualsiasi mezzo;

⁴ *Manuale di Diritto Amministrativo – F.Caringella, 2012*

- L'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni, sia per l'attività di contrattazione. (v. le aste elettroniche).

Le due direttive potenziano, inoltre, gli strumenti volti a garantire una concorrenza effettiva tramite:

- Un maggiore rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- Un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale;
- Il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti alle prestazioni contrattuali;

Infine, le due direttive valorizzano le esigenze sociali e ambientali sia nell'affidamento sia nell'esecuzione degli appalti pubblici mediante:

- L'utilizzabilità di criteri ambientali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- La possibilità di esigere condizioni ambientali e sociali per l'esecuzione del contratto;
- La possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile;

Il processo di recepimento è avvenuto in maniera lenta e graduale con il decreto legislativo 163/2006 (*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*) ed emanato dal regolamento di esecuzione ed attuazione di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 Ottobre 2010 n. 207. Ma l'intera disciplina è stata sin da subito rivista da tre decreti legislativi

correttivi (d.lgs. 6/2007, d.lgs.113/2007, d.lgs. 152/2008) integrati dalla legge finanziaria per il 2008. Il risultato finale prevede un recepimento delle due direttive in un unico testo suddiviso in cinque parti. Il codice prende atto della sostanziale equiparazione delle concessioni agli appalti e per tanto riguarda non solo gli appalti, ma più in generale i contratti pubblici (comprensivi di appalti e concessioni) aventi per oggetto lavori, servizi e forniture nei settori ordinari e speciali sopra e sotto la soglia comunitaria. Inoltre il codice individua principi e disposizioni comuni a tutti i settori dei pubblici contratti di lavori, servizi e forniture e prende atto del primato del diritto comunitario, e della circostanza che quest'ultimo permea anche gli appalti sotto soglia. In tale logica, il codice ritiene che l'archetipo dei pubblici appalti sia costituito dalla disciplina dei contratti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, sopra soglia. La seconda parte si occupa invece ai contratti di lavori servizi e forniture nei settori ordinari, dove la disciplina preponderante riguarda i contratti d'importo pari o superiore alla soglia comunitaria. La terza parte è dedicata ai settori speciali, dove viene dettata una norma di rinvio che elenca analiticamente le disposizioni contenute in altre parti del codice, applicabile ai settori speciali. Segue la disciplina specifica per gli appalti nei settori speciali.

Il testo approvato in via definitiva reca significative modifiche, apportate alla luce dei prescritti pareri, finalizzate a una maggiore tutela della concorrenza e prevenzione di fenomeni distorsivi e a una corretta delimitazione delle sfere di competenza legislativa dello Stato e delle Regioni.⁵ Il codice appalti, pur muovendosi in una logica di rispetto delle direttive comunitarie e dunque di apertura al mercato, ha ereditato problematiche dal diritto vigente che prevede regimi restrittivi riguardo alla concorrenza. Infatti, veri e propri "buchi neri" nel sistema concorrenziale derivano da:

- I lavori, servizi e forniture realizzati *in house* e dunque senza mercato, da pubbliche amministrazioni;

⁵Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010

- Gli appalti relativi al commercio di armi, sottratti alle procedure di evidenza pubblica, e dunque al mercato, quanto al loro affidamento;
- Gli appalti segregati, del pari sottratti alle procedure di evidenza pubblica, e dunque al mercato, quanto al loro affidamento;
- Il regime di affidamento diretto (senza gara) delle opere di urbanizzazione al titolare del permesso di costruire, regime venuto meno con il terzo d.lgs. correttivo;
- La previsione, per gli appalti di progettazione, della non ribassabilità degli oneri di progettazione esecutiva e della non ribassabilità dei minimi tariffari al di sotto del 20%, previsione venuta meno con il secondo d.lgs. correttivo;
- Il regime di realizzazione *in house* del 60% dei lavori da parte del concessionario di lavori pubblici, anche quando questo è stato scelto senza gara;
- La licitazione privata semplificata, che segmenta il mercato degli appalti favorendo l'imprenditoria locale;
- La perdurante possibilità di esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria, ancorché ridimensionata con il terzo DLgs correttivo.⁶

Inoltre, per quanto riguarda *l'in house*, questi rappresenta una grossa lacuna del codice appalti. Nonostante i numerosi tentativi di inserire nel codice appalti una nuova norma con requisiti stringenti e con la previsione che la società svolgesse la sua attività "esclusivamente" con i soci pubblici ma la mancanza di questa norma è ragione di paralisi per l'intero codice. Fondamentali sotto questo punto di vista sono stati il decreto

⁶ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

Bersani, in particolare l'art 23, d.l. n.223/2006, conv in l.n.248/2006 che limita fortemente l'ambito di operatività sul mercato non solo delle *società in house* (che sono a totale partecipazione pubblica) ma anche delle società miste (che sono a partecipazione mista del capitale pubblico e privato). La sede più adatta per un'eventuale norma riguardante le *in house* sarebbe appunto il codice appalti per quanto concerne i presupposti ed i limiti entro cui è consentito un affidamento senza gara alle società *in house*. Inoltre, nel codice appalti potrebbe essere inserita la delicata tematica non già per servizi e forniture, bensì per i lavori.

1.3 IL “LIBRO VERDE SULLA MODERNIZZAZIONE DELLA POLITICA UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI PER UNA MAGGIORE EFFICIENZA DEL MERCATO EUROPEO DEGLI APPALTI e NUOVE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE EUROPEA”

Prima di entrare nel merito delle recenti proposte dell' Unione Europea per quanto riguarda la materia degli appalti e più specificatamente la tematica della corruzione legata alla materia degli appalti, è opportuno evidenziare tramite l'analisi dei suoi punti cardine la consultazione principale che ha portato alla stesura del documento finale, ovvero il “*LIBRO VERDE SULLA MODERNIZZAZIONE DELLA POLITICA UE IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI PER UNA MAGGIORE EFFICIENZA DEL MERCATO EUROPEO DEGLI APPALTI e NUOVE PROPOSTE DELLA COMMISSIONE EUROPEA*”. Questa consultazione è stata caratterizzata da un alto livello di partecipazione (623 risposte), successivamente sintetizzate dalla Commissione in un rapporto. Tra i numerosi partecipanti italiani raggruppati nella categoria “Autorità pubbliche” compaiono: l'VIII Commissione permanente della Camera dei deputati, il Dipartimento per le politiche comunitarie della Presidenza del Consiglio dei Ministri, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici,

L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato, le Regioni Veneto, Friuli Venezia Giulia, Marche e Piemonte e la Conferenza delle Regioni e province autonome.

1.4 EUROPA 2020

La strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva illustra una visione dell'economia sociale di mercato competitiva dell'Europa per il prossimo decennio fondata su tre priorità interconnesse che si rafforzano a vicenda: sviluppare un'economia basata sulla conoscenza e sull'innovazione, promuovere un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse, a basse emissioni di carbonio e competitiva e incoraggiare un'economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale.⁷ Gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020, giacché costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione dei suoi obiettivi. In particolare, la strategia Europa 2020 punta sugli appalti pubblici per:

- Migliorare il contesto generale per l'innovazione nelle imprese, utilizzando integralmente le politiche incentrate sulla domanda;
- Favorire la transizione verso un'economia efficiente sotto il profilo delle risorse e a basse emissioni di carbonio, ad esempio promuovendo un più ampio ricorso agli appalti pubblici "verdi" e
- Migliorare il clima imprenditoriale, specialmente per le PMI innovative;

Inoltre la strategia Europa 2020 sottolinea che la politica in materia di appalti pubblici deve garantire il più efficiente uso dei fondi pubblici e che i mercati degli appalti pubblici vanno mantenuti aperti a livello UE. Nell'attuale contesto di gravi restrizioni di bilancio e

⁷LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.

di difficoltà economiche che hanno colpito molti Stati membri dell'UE, è cruciale ottenere risultati ottimali in materia di appalti, mediante procedure efficienti. Davanti a tali sfide, è sempre più necessario realizzare un mercato europeo degli appalti funzionante ed efficiente che possa raggiungere questi obiettivi ambiziosi.

La Commissione ha pertanto annunciato l'intenzione di avviare ampie consultazioni per presentare entro l'inizio del 2012 proposte legislative destinate a semplificare e aggiornare la normativa europea sugli appalti pubblici per rendere più flessibile la procedura di aggiudicazione degli appalti pubblici e permettere un uso migliore degli appalti pubblici a sostegno di altre politiche.

1.5 SPESA PUBBLICA E APPALTI A SOSTEGNO DI OBIETTIVI SOCIALI

Il primo obiettivo è una maggiore efficienza della spesa pubblica. Da un lato, ricercando migliori risultati in materia di appalti (miglior rapporto qualità/prezzo). Per conseguire questo obiettivo è essenziale creare condizioni di forte concorrenza per gli appalti pubblici aggiudicati nel mercato interno. Gli offerenti devono avere la possibilità di competere in condizioni di parità e occorre evitare distorsioni della concorrenza. In Servirebbero innanzitutto non solo regole volte a limitare l'azione dei poteri pubblici ma anche misure in grado di sanzionare l'azione dei poteri privati che agiscono illecitamente in un mercato rilevante⁸. Inoltre, è fondamentale accrescere l'efficienza delle stesse procedure di appalto: "procedure d'appalto più flessibili con misure mirate di semplificazione, per soddisfare le specifiche esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici più piccole, potrebbero aiutare i committenti pubblici a ottenere i migliori risultati possibili in materia di appalti con i minori investimenti possibili in termini di tempo e denaro pubblico. La maggiore efficienza delle procedure andrà a vantaggio di tutti gli operatori economici e favorirà la partecipazione delle PMI e degli offerenti transfrontalieri. In effetti la partecipazione transfrontaliera alle procedure di appalti

⁸ *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni, in Dir. e soc., V. M. Giampieretti, 2004*

pubblici nell'UE rimane bassa. Il confronto con il settore privato, nel quale gli scambi transfrontalieri sono molto più elevati, dimostra che il potenziale da sfruttare è ancora considerevole.”

Un altro obiettivo complementare è far sì che i committenti facciano un miglior uso degli appalti pubblici a sostegno di obiettivi sociali comuni: fra questi la tutela dell'ambiente, una maggiore efficienza energetica e sotto il profilo delle risorse, la lotta contro i cambiamenti climatici, la promozione dell'innovazione e dell'inclusione sociale e infine della garanzia delle migliori condizioni possibili per la fornitura di servizi pubblici di elevata qualità. Per quanto riguarda **le soglie**, quelle attualmente definite nelle direttive sono considerate troppo basse da alcune parti in causa, che di conseguenza ne chiedono l'aumento in ragione del fatto che l'interesse transfrontaliero viene considerato troppo limitato per giustificare gli oneri amministrativi di una procedura di aggiudicazione degli appalti per appalti di valore relativamente basso attualmente rientranti nell'ambito di applicazione delle direttive.⁹Tuttavia, in seguito all'aumento delle soglie un maggior numero di appalti sarebbe esente dall'obbligo di pubblicare il bando di gara in tutta l'UE, riducendo le opportunità economiche per le imprese di tutta l'Europa.

1.6 ACQUIRENTI PUBBLICI

Per quanto riguarda gli **acquirenti pubblici** ovvero gli appalti da parte di soggetti che appartengono alla sfera statale, la direttiva 2004/18/CE si applica agli appalti aggiudicati dallo Stato (e da ciascuna delle sue suddivisioni), da enti pubblici territoriali, da organismi di diritto pubblico e dalle associazioni costituite da uno o più di tali soggetti. Mentre i concetti di “Stato” e di “enti pubblici territoriali” sono relativamente semplici, il concetto di “organismi di diritto pubblico” è più complesso, e abbraccia soggetti giuridicamente indipendenti che abbiano stretti legami con lo Stato e agiscono

⁹LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.

essenzialmente come enti statali. Tra questi si annoverano ad esempio gli organismi radiotelevisivi pubblici, le università, le casse di assicurazione malattia e le aziende di servizi municipali. La definizione fornita dalla direttiva 2004/18/CE è stata oggetto di una serie di sentenze della Corte di giustizia europea. Sulla base di tale giurisprudenza, le relative condizioni possono essere sintetizzate come segue:

- l'organismo è stato istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale;
- è dotato di personalità giuridica (sia in regime di diritto pubblico che di diritto privato);
- la sua attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la sua gestione o supervisione è soggetta al controllo di questi ultimi .

L'adeguata applicazione di tali elementi richiede un'accurata analisi caso per caso, che tenga conto di fattori quali il grado di concorrenza nel mercato e il fatto che l'organismo persegua uno scopo di lucro, sostenga le perdite e si assuma i rischi connessi alla propria attività.¹⁰

1.7 SEMPLIFICAZIONE DELLE PROCEDURE E DISTINZIONE TRA CRITERI DI SELEZIONE E CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Per quanto riguarda le **modernizzazione delle procedure**, uno dei principali temi del dibattito pubblico è se le procedure contemplate dalle direttive sono ancora in grado di soddisfare le esigenze delle amministrazioni aggiudicatrici e degli operatori economici, o

¹⁰*LIBRO VERDE sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

se debbano essere modificate, e in caso affermativo, in che senso, soprattutto al fine di ridurre la complessità e gli oneri amministrativi, garantendo allo stesso tempo pari condizioni di concorrenza per gli appalti pubblici e risultati ottimali in materia di appalti. Le direttive vigenti prevedono un'ampia serie di strumenti e procedure. Sia la direttiva 2004/17/CE che la direttiva 2004/18/CE offrono ai committenti la possibilità di scegliere tra la procedura aperta e la procedura ristretta. La situazione è leggermente diversa quando si tratta di procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara. La direttiva sui servizi di pubblica utilità offre maggiore flessibilità, e di conseguenza le imprese di servizio possono decidere liberamente di aggiudicare i propri appalti mediante procedura negoziata, a condizione di aver pubblicato il bando di gara. In entrambe le direttive il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara è limitato a situazioni eccezionali, che vengono esaurientemente elencate e sono oggetto di un'interpretazione restrittiva. Occorre ora esaminare se questa più ampia gamma di opzioni procedurali per accertare se le procedure previste dalla vigente direttiva siano ancora lo strumento migliore per garantire appalti efficienti, anche in vista della crescente importanza dei partenariati pubblico-privato.¹¹ Sia l'articolazione dei diversi tipi di procedure in quanto tali che i vari requisiti imposti dalle direttive per le varie fasi della procedura devono essere attentamente analizzati in relazione alla loro efficienza per garantire i migliori risultati in materia di appalti con il minor onere amministrativo.

La selezione e l'aggiudicazione rappresenta invece una fase più complessa. Ai sensi delle direttive vigenti, la scelta dell'aggiudicatario deve essere effettuata in due fasi. Durante la fase di selezione, l'amministrazione aggiudicatrice valuta la capacità e l'idoneità degli operatori economici. Ciò avviene sulla base di criteri di esclusione e conformemente ai criteri relativi alla capacità economica e finanziaria, alle conoscenze od alle capacità

¹¹ *LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

professionali e tecniche. Nella fase di aggiudicazione, l'amministrazione aggiudicatrice esamina le offerte e sceglie la migliore; ciò avviene sulla base di criteri oggettivi connessi alla qualità dei prodotti e dei servizi proposti. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, alle amministrazioni aggiudicatrici si chiede di operare una rigorosa distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione. La decisione di aggiudicazione di un appalto deve basarsi esclusivamente su criteri relativi ai prodotti e ai servizi offerti. Considerazioni legate alla capacità dell'offerente di realizzare l'appalto, alla sua esperienza, alla manodopera e alle attrezzature non sono consentite. Anche il GPA distingue tra la selezione e la decisione di aggiudicazione di un appalto. Tale distinzione tuttavia è meno rigorosa rispetto a quella prevista dalla giurisprudenza summenzionata, dal momento che il GPA non proibisce esplicitamente la possibilità di tener conto, nella fase di aggiudicazione, di criteri che non siano connessi ai beni e ai servizi offerti, e consente quindi di prendere in considerazione criteri connessi all'offerente. Le amministrazioni aggiudicatrici talvolta lamentano gli oneri amministrativi derivanti dalla necessità di verificare i criteri di selezione per tutti i candidati e gli offerenti prima di poter esaminare i criteri di aggiudicazione. Esse affermano che, in alcune circostanze, la possibilità di esaminare prima i criteri di aggiudicazione consentirebbe loro di accelerare la procedura, dal momento che i criteri di selezione dovrebbero essere esaminati soltanto in relazione all'aggiudicatario. Sotto questo aspetto, potrebbe quindi essere opportuno riconsiderare l'organizzazione e la sequenza dell'esame dei criteri di selezione e di aggiudicazione nell'ambito del quadro procedurale; un'indicazione a riguardo ci giunge dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea, secondo la quale le direttive sugli appalti pubblici *"non escludono, in teoria, che l'accertamento dell'idoneità degli offerenti e l'aggiudicazione dell'appalto possano avvenire contemporaneamente"*, a condizione che *"tali operazioni costituiscano due operazioni distinte e siano disciplinate da norme diverse"*. Da ciò si evince che non è importante tanto la sequenza delle fasi procedurali, quanto la

distinzione fondamentale tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione.¹² Sarebbe opportuno esaminare con attenzione l'adeguatezza di questa possibilità. Un effettivo alleggerimento degli oneri amministrativi è concepibile soltanto in determinate circostanze. Esaminare i criteri di selezione dopo aver esaminato i criteri di aggiudicazione avrebbe senso soltanto se fosse possibile valutare rapidamente e facilmente i criteri di aggiudicazione per tutte le offerte. Questo potrebbe valere soprattutto per l'aggiudicazione di appalti concernenti l'acquisto di beni standard al prezzo più basso. Inoltre, sarebbe difficile adottare tale approccio in una procedura ristretta o negoziata, in cui i candidati da invitare a presentare un'offerta o a negoziare sono normalmente scelti sulla base di criteri di selezione qualitativa, e nel caso in cui si utilizzino sistemi di qualificazione. Alcune parti interessate presentano proposte di più ampia portata che mettono in discussione la distinzione fondamentale tra criteri di selezione e di aggiudicazione. Esse affermano infatti che la possibilità di tener conto di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione potrebbe contribuire a migliorare i risultati degli appalti. Non si può tuttavia ignorare che concedere questa possibilità modificherebbe sensibilmente il sistema procedurale previsto dalle direttive sugli appalti pubblici. La distinzione tra criteri di selezione e criteri di aggiudicazione garantisce l'equità e l'obiettività al momento del confronto delle offerte. Consentire l'inclusione di criteri legati all'offerente, come l'esperienza e la qualificazione, quali criteri di aggiudicazione potrebbe minare la comparabilità dei fattori da considerare e in ultima analisi violare il principio della parità di trattamento. Pertanto, la dipendenza da criteri relativi all'offerente potrebbe potenzialmente portare a distorsioni della concorrenza. Le proposte in tal senso quindi dovrebbero applicarsi, eventualmente, solo in circostanze limitate, ad esempio per tipi specifici di appalti, in cui le qualificazioni e i CV del personale disponibile siano di particolare rilevanza. In ogni caso, qualsiasi cambiamento

¹² *LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

che influisca sul principio di separazione tra selezione e aggiudicazione dovrebbe essere considerato con estrema cautela. Potrebbe rivelarsi necessario fornire garanzie supplementari per tutelare l'equità e l'obiettività delle procedure.

E' inoltre da considerare l'utilizzo di alcuni strumenti specifici per gli appalti realizzati da gestori di servizi di pubblica utilità. Gli strumenti procedurali della direttiva sui servizi di pubblica utilità differiscono sostanzialmente da quelli della direttiva 2004/18/CE in vari punti. Per cominciare, essi sono caratterizzati da una maggiore flessibilità procedurale per gli enti aggiudicatori. Oltre alla libera scelta, menzionata in precedenza, di una procedura negoziata con indizione di gara, i gestori dei servizi di pubblica utilità hanno due strumenti specifici a disposizione per organizzare gli appalti:

Ai sensi della vigente direttiva sui servizi di pubblica utilità, gli avvisi sull'esistenza di un sistema di qualificazione possono essere utilizzati come mezzo per indire una gara in relazione ad appalti per qualsiasi tipo di lavori, forniture o servizi da appaltare per la durata del sistema di qualificazione, indipendentemente dal numero delle singole procedure di appalto che verranno utilizzate a tale scopo. Se l'avviso sull'esistenza di un sistema di qualificazione è il mezzo scelto per indire la gara, l'appalto o gli appalti specifici in questione potranno essere aggiudicati soltanto mediante procedura ristretta o negoziata nella quale i partecipanti vengono scelti tra coloro – e soltanto tra coloro – che sono già qualificati conformemente alle norme che regolano il sistema in questione. I sistemi di qualificazione potrebbero essere uno strumento utile per l'appalto di lavori, forniture o servizi tecnicamente complessi, le cui procedure di qualificazione, per gli operatori economici, sono così lunghe che risulta vantaggioso per tutte le parti in causa utilizzare la stessa procedura di qualificazione per un certo numero di singole procedure di appalto, piuttosto che dover ripetere la procedura di qualificazione per ogni procedura di appalto. Gli avvisi periodici indicativi possono essere utilizzati come mezzo per indire una gara in relazione ad appalti per qualsiasi tipo di lavori, forniture o servizi da appaltare per un periodo di dodici mesi, indipendentemente dal numero di singole

procedure d'appalto che saranno utilizzate a tale scopo. Se l'avviso periodico indicativo è il mezzo scelto per indire la gara, l'appalto o gli appalti specifici non potranno essere aggiudicati mediante procedura aperta, ma soltanto mediante procedura ristretta o negoziata nella quale i partecipanti vengono scelti tra coloro – e soltanto tra coloro – che hanno manifestato il proprio interesse in risposta all'avviso periodico indicativo. Gli avvisi periodici indicativi vengono spesso utilizzati come mezzo per indire una gara per acquisti ripetuti di beni, servizi o lavori simili e uniformi e possono quindi favorire l'attività quotidiana dei gestori dei servizi di pubblica utilità

1.8 CONTRATTI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI

Un'altra questione che è stata oggetto di un controverso dibattito negli ultimi decenni riguarda la **cooperazione pubblico-pubblico**, ovvero la necessità di definire se, e in che misura, le norme sugli appalti pubblici debbano applicarsi ai contratti conclusi tra amministrazioni pubbliche. Il principio di una concorrenza equa e aperta impedisce di escludere automaticamente gli appalti conclusi tra amministrazioni pubbliche dal campo di applicazione delle direttive UE in materia di appalti pubblici. È vero però che l'applicazione di queste norme non è adatta ad alcune forme di cooperazione tra le amministrazioni pubbliche, e quindi la Corte di giustizia europea non ritiene che tali forme di cooperazione si possano considerare appalti pubblici. Essenzialmente, è necessario tracciare una linea di separazione tra gli accordi conclusi fra le amministrazioni aggiudicatrici per adempiere le proprie funzioni nell'ambito del proprio diritto di auto organizzazione, da un lato, e le attività di appalto che devono poter beneficiare di concorrenza aperta tra operatori economici, dall'altro.¹³ La Corte di giustizia europea distingue in modo particolare tra due scenari di cooperazione pubblico-pubblico non coperti dalle direttive UE in materia di appalti pubblici:

¹³LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.

“Cooperazione interna”. Gli appalti aggiudicati ad un ente pubblico non vengono considerati appalti pubblici se tale ente è soggetto ad un controllo delle amministrazioni aggiudicatrici analogo al controllo da esse esercitato sui propri servizi e se il detto ente realizza la parte più importante della sua attività con le amministrazioni aggiudicatrici. Molte amministrazioni aggiudicatrici possono utilizzare lo stesso ente interno soggetto a controllo congiunto (cooperazione verticale/istituzionalizzata).

“Cooperazione orizzontale”. In una sentenza più recente, la Corte ha concluso che l'utilizzo di enti interni a controllo congiunto non è l'unico modo per realizzare una cooperazione pubblico-pubblico, e che tale cooperazione può restare a livello puramente contrattuale (cooperazione orizzontale/non istituzionalizzata). Questo tipo di organizzazione non è coperto dalle norme UE in materia di appalti pubblici, nel caso di adempimento congiunto di una funzione pubblica esclusivamente da parte di enti pubblici, utilizzando risorse proprie, per un obiettivo comune e comportando diritti e obblighi reciproci che vanno al di là dell'“adempimento di una funzione a titolo oneroso” nel perseguimento dell'interesse pubblico.

È perciò necessario esaminare con attenzione il modo in cui tale distinzione può essere attuata praticamente, anche in considerazione del contenuto delle recenti sentenze della Corte di giustizia europea. In tale contesto, gli aspetti seguenti sembrano particolarmente importanti. In primo luogo, sembra evidente, sulla base della giurisprudenza della Corte che qualsiasi forma di cooperazione pubblico-pubblico esclusa dall'ambito di applicazione delle norme UE in materia di appalti pubblici dovrà rimanere puramente pubblica. Pertanto, in caso di partecipazione di capitale privato ad uno degli enti cooperanti, la cooperazione non potrà essere esentata in quanto tale dall'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici. Un altro elemento che sembra importante è il criterio della “vocazione commerciale limitata” degli enti in questione, che più recentemente è stato elaborato dalla Corte di giustizia europea. Se gli enti in questione hanno una vocazione commerciale, sono attivi nel mercato in diretta

concorrenza con gli operatori privati, perseguono gli stessi obiettivi od obiettivi commerciali simili e utilizzano gli stessi strumenti. La cooperazione che è esclusa dall'ambito di applicazione delle norme in materia di appalti e che mira ad adempiere una funzione pubblica non dovrebbe, in linea di principio, comprendere tali enti. I fornitori interni con una vocazione commerciale potrebbero anche sollevare dubbi sotto il profilo della concorrenza e degli aiuti di Stato. Infine, vi è la questione del tipo di rapporto che sussiste tra gli enti cooperanti. Nell'ambito della cooperazione istituzionalizzata, è la presenza di un controllo interno (congiunto) che potrebbe portare a escludere dall'ambito di applicazione del regime degli appalti pubblici anche un accordo che normalmente vi sarebbe assoggettato. In mancanza di tale controllo, e per distinguere la cooperazione non istituzionalizzata da un normale appalto pubblico, sembra importante che detta cooperazione comporti diritti e obblighi reciproci che vadano al di là dell'“adempimento di una funzione a titolo oneroso” e che il principale obiettivo della cooperazione non sia di natura commerciale.

1.9 MODIFICHE DELL'APPALTO IN CORSO DI VALIDITA' E SUBAPPALTO

Le vigenti direttive impongono la trasparenza preventiva per quanto riguarda le clausole di **esecuzione dell'appalto** (indicazione nel bando di gara o nelle specifiche) ma non disciplinano l'esecuzione dell'appalto. Alcuni problemi che si verificano durante la fase di esecuzione dell'appalto possono tuttavia avere gravi conseguenze in relazione alla non discriminazione degli offerenti e in relazione alla solidità degli acquisti pubblici in generale. Si tratta di decidere se le norme UE debbano fornire strumenti normativi più specifici per affrontare questi problemi in modo più efficace.

Una questione particolarmente complessa è il problema dei successivi sviluppi che influiscono sull'appalto stesso o sulla sua esecuzione. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, **le modifiche apportate alle disposizioni di un appalto**

pubblico in corso di validità costituiscono una nuova aggiudicazione di appalto, quando presentino caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale. La Corte ha già fornito alcune indicazioni sui casi in cui le modifiche debbano essere considerate sostanziali. Questo avviene in particolare quando esse introducano condizioni che avrebbero consentito la partecipazione o il successo di altri offerenti, allorché estendano l'appalto in modo considerevole oppure alterino l'equilibrio economico contrattuale. Le amministrazioni aggiudicatrici tuttavia hanno indicato che per alcuni tipi di modifiche la giurisprudenza non sembra stabilire con sufficiente chiarezza la necessità di una nuova procedura di appalto. La presente consultazione mira ad accertare la necessità di un chiarimento giuridico a livello UE per definire le condizioni in cui la modifica dell'appalto imponga una nuova procedura di appalto. Tale chiarimento potrebbe anche affrontare le possibili conseguenze di tali modifiche (ad esempio prevedere una procedura di appalto più snella per l'aggiudicazione dell'appalto modificato).

Questioni complesse emergono inoltre in relazione alle modifiche concernenti il contraente scelto. Conformemente alla giurisprudenza della Corte di giustizia europea, la sostituzione della controparte contrattuale alla quale l'amministrazione aggiudicatrice aveva originariamente attribuito l'appalto con una nuova costituisce una modifica sostanziale, e pertanto richiede una nuova aggiudicazione di appalto a meno che tale sostituzione non sia contemplata nelle condizioni dell'appalto originario, ad esempio a titolo di subappalto. Ciò non si applica, tuttavia, nei casi in cui un appalto sia trasferito ad un altro contraente appartenente allo stesso gruppo nell'ambito di una riorganizzazione interna. D'altro canto, in situazioni eccezionali la sostituzione del subappaltatore può essere considerata una modifica sostanziale dell'appalto, anche qualora la possibilità di sostituzione sia prevista dalle condizioni dell'appalto.

La normativa vigente contiene soltanto norme molto limitate in materia di **subappalto**. L'articolo 25 della direttiva 2004/18/CE prevede che le amministrazioni aggiudicatrici

possano obbligare l'offerente a indicare, nella sua offerta, le parti dell'appalto che intende subappaltare. Tuttavia, ai sensi della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, in linea di principio un offerente ha il diritto di ricorrere a subappaltatori per l'esecuzione dell'appalto, anche nel caso in cui ciò significhi che gran parte dell'appalto o l'intero appalto verrà eseguito da subappaltatori. Il subappalto di parti essenziali dell'appalto può essere limitato o proibito nei casi in cui l'amministrazione aggiudicatrice non sia in grado di controllare le capacità tecniche e finanziarie dei subappaltatori. Alcune delle parti in causa chiedono maggiori restrizioni al subappalto per consentire alle amministrazioni aggiudicatrici di esercitare maggiore influenza sull'esecuzione dell'appalto. Esse sostengono, ad esempio, la possibilità di escludere del tutto il subappalto o almeno per le sue parti essenziali, o comunque di limitarlo ad una certa percentuale dell'appalto, o ancora la possibilità di conferire all'amministrazione aggiudicatrice il diritto generale di respingere i subappaltatori proposti.

1.10 MASSIMIZZARE IL “FATTORE CONCORRENZA”

I committenti pubblici acquistano spesso in mercati caratterizzati da strutture anticoncorrenziali. In questi mercati, l'obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici – ossia **una concorrenza aperta ed effettiva** – potrebbe essere difficile da raggiungere applicando semplicemente le norme procedurali previste dalle vigenti direttive.¹⁴ Le decisioni in materia di appalti adottate senza considerare le strutture del mercato, benché siano del tutto conformi alle norme contenute nelle direttive, comportano il rischio di consolidare o addirittura di aggravare le strutture anticoncorrenziali. Questo vale in modo particolare nei casi in cui il valore dell'appalto sia particolarmente elevato e per i settori nei quali le amministrazioni pubbliche siano i principali clienti e la domanda privata non sia sufficiente a compensare l'impatto degli acquisti delle amministrazioni pubbliche sul mercato. Per garantire appalti intelligenti miranti a massimizzare la

¹⁴ *LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

concorrenza in questi mercati, sarebbe necessario in primo luogo che i committenti conoscano la struttura dei mercati stessi. Inoltre, essi dovrebbero adeguare le proprie strategie di appalto (articolazione degli appalti e scelte procedurali). Ad esempio, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero evitare di bandire appalti che possano essere eseguiti soltanto da uno o pochi operatori di mercato, perché non si farebbe che consolidare le strutture oligopolistiche rendendo quasi impossibili nuovi accessi al mercato. Nel peggiore dei casi, l'amministrazione aggiudicatrice si ritroverebbe con un fornitore dominante che potrebbe dettare le condizioni e i prezzi dell'appalto.

Più in generale, è opportuno prendere in considerazione misure volte a favorire la partecipazione degli offerenti di altri Stati membri, ogni qualvolta sia possibile. Come è già stato fatto notare, esiste un cospicuo potenziale da sfruttare per accrescere gli scambi intraeuropei nel settore degli appalti pubblici, al fine di creare un vero mercato europeo degli appalti. In tal modo si moltiplicherebbero le opportunità economiche per le imprese europee e si accrescerebbe allo stesso tempo la base potenziale dei fornitori per le amministrazioni aggiudicatrici. Tra le misure volte a favorire la partecipazione transfrontaliera si possono citare un migliore riconoscimento reciproco dei certificati (o addirittura la realizzazione di un sistema comune europeo di pre-qualificazione). Secondo alcune parti in causa per certi appalti di valore elevato, potrebbe essere utile redigere le specifiche dell'offerta in una seconda lingua o accettare le offerte in lingua straniera. Si potrebbe anche considerare l'utilizzo di un sistema di traduzione automatica – almeno per fornire informazioni preliminari – per alcune fasi della procedura. Tutte le misure volte a garantire la concorrenza nei mercati degli appalti presuppongono che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di una buona conoscenza dei mercati sui quali effettuano i loro acquisti (ad esempio, realizzando studi sulla struttura e la conformazione del mercato scelto prima dell'effettivo appalto). Mettere in atto queste o altre garanzie richiederebbe uno sforzo ulteriore da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, che probabilmente sarebbe giustificato solo per appalti di valore elevato con un notevole impatto potenziale sulla struttura del mercato.

Una questione correlata è il problema dei comportamenti anticoncorrenziali nei mercati degli appalti. I mercati degli appalti sembrano tra l'altro particolarmente soggetti a comportamenti collusivi dei partecipanti (turbativa d'asta, spartizione del mercato, ecc.), tra l'altro a causa della stabilità e della prevedibilità della domanda pubblica. Alcuni analisti inoltre ritengono che sia la trasparenza del processo a provocare di fatto la formazione di cartelli. Benché il numero delle violazioni della legge sulla concorrenza nelle procedure di appalti pubblici sia tutt'altro che marginale, le vigenti norme UE in materia di appalti pubblici non affrontano specificamente la questione. Finora, si riteneva possibile affrontare il problema con efficienza sulla base delle norme vigenti, ad esempio offrendo linee guida agli enti appaltanti sul modo di prevenire e individuare comportamenti collusivi. L'esperienza acquisita induce a ritenere che potrebbe essere utile rendere "a prova di collusione" alcuni strumenti che sono particolarmente a rischio di abusi a fini collusivi. Ad esempio, il subappalto di alcune parti dell'appalto è un modo comune con cui l'aggiudicatario ricompensa i membri del cartello per aver rispettato l'accordo di cartello. Un modo per affrontare questo problema potrebbe essere di proibire, ad alcune condizioni, il subappalto a imprese che abbiano partecipato alla procedura di appalto.¹⁵ È evidente che ulteriori garanzie volte a prevenire comportamenti anticoncorrenziali potrebbero contribuire al mantenimento di una solida concorrenza nei mercati degli appalti. Ancora una volta questo vantaggio deve essere considerato con attenzione rispetto agli oneri amministrativi supplementari che tali norme comporterebbero per committenti e imprese.

In pratica, le amministrazioni aggiudicatrici hanno spesso bisogno di rivolgersi ad uno specifico operatore economico per i propri acquisti perché esso detiene diritti esclusivi sulla produzione dei beni o l'erogazione dei servizi in questione. In simili casi, la normale concorrenza per gli appalti in questione è esclusa. Per questo motivo, le direttive sugli

¹⁵ *LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

appalti pubblici consentono il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione “qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, l'appalto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato”. È vero che, a causa dell'esistenza del diritto esclusivo, una gara di appalto sarebbe una pura formalità senza alcun valore pratico. È innegabile, tuttavia, che l'accesso all'appalto pubblico in questione sia stato bloccato dalla precedente attribuzione del diritto esclusivo, eliminando qualsiasi possibilità di concorrenza prima ancora dell'inizio della procedura di appalto. La questione concernente le modalità di attribuzione del diritto esclusivo e in particolare se vi sia stata concorrenza equa nella fase di attribuzione del diritto esclusivo (che pregiudica la successiva decisione in materia di appalto), non viene affrontata nelle vigenti direttive sugli appalti pubblici per quanto riguarda gli appalti aggiudicati agli operatori privati.

1.11 CONFLITTO DI INTERESSI E CORRUZIONE

I rischi finanziari in gioco e la stretta interazione tra il settore pubblico e quello privato fanno degli appalti pubblici un'area in cui è particolarmente forte il rischio di prassi commerciali scorrette, come conflitti di interessi, favoritismi e corruzione. Secondo la stessa linea di pensiero, il programma di Stoccolma indica gli appalti pubblici come un'area di particolare attenzione nel contesto della lotta alla corruzione. Si richiedono meccanismi efficaci per prevenire prassi commerciali scorrette negli appalti pubblici non soltanto per garantire pari condizioni di concorrenza e per assicurare l'uso efficiente del denaro dei contribuenti, ma anche per contribuire in modo significativo al successo della lotta globale contro la criminalità economica. I requisiti fissati nelle direttive per quanto riguarda la trasparenza della procedura, volta a garantire parità di trattamento a tutti gli offerenti, hanno già ridotto al minimo il rischio di prassi commerciali scorrette. Le direttive vigenti tuttavia non includono norme più specifiche per prevenire e sanzionare i conflitti di interessi, e contengono poche norme specifiche per penalizzare i favoritismi e la corruzione negli appalti pubblici. La legislazione nazionale tratta tali questioni con

particolare attenzione, ma il livello di salvaguardie specifiche offerto dalla legislazione nazionale varia notevolmente da uno Stato membro all'altro. L'aumento delle garanzie procedurali per contrastare prassi commerciali scorrette a livello UE potrebbe migliorare lo standard comune europeo di protezione nei confronti di tali prassi, aumentare l'equità complessiva delle procedure e rendere le procedure di appalto meno vulnerabili alle frodi e alla corruzione. Garanzie supplementari di questo tipo però comportano spesso oneri amministrativi supplementari a carico dei committenti e delle imprese, e il loro valore aggiunto nella lotta alle prassi commerciali scorrette deve essere attentamente ponderato rispetto ad un possibile impatto negativo sull'obiettivo globale di semplificare le procedure.

Il **conflitto di interessi** si verifica quando i soggetti che partecipano alla decisione di aggiudicare l'appalto hanno obblighi professionali o personali contrastanti o ancora interessi personali o finanziari che potrebbero rendere loro difficile un adempimento equo e imparziale dei propri doveri, oppure quando un soggetto sia in grado di influire sul processo decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice per tutelare i propri interessi. Tale conflitto di interessi non genera necessariamente corruzione, ma può provocare un comportamento corrotto.¹⁶ Per scongiurare la frode è quindi indispensabile individuare e risolvere i conflitti di interessi. È opportuno ricordare che un conflitto di interessi rappresenta, obiettivamente e di per sé, una grave irregolarità indipendentemente dalle intenzioni delle parti interessate e dal fatto che esse agiscano in buona o cattiva fede. È necessario discutere dell'opportunità di disporre di norme di base a livello UE, come la definizione comune di situazioni inaccettabili in cui si verificano conflitti di interessi e alcune garanzie per prevenire o risolvere tali situazioni. Tali garanzie potrebbero includere la richiesta di dichiarazioni di assenza di conflitti di interessi nonché un certo grado di trasparenza e responsabilità dei funzionari preposti

¹⁶ *LIBRO VERDE sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti, 2011.*

agli appalti rispetto alla loro situazione personale, naturalmente nel pieno rispetto delle norme e degli standard sulla protezione dei dati. Ad esempio, le norme UE potrebbero imporre l'obbligo di rivelare i nomi dei membri della commissione di gara ad un organismo di controllo, oppure obbligare l'amministrazione aggiudicatrice a verificare l'assenza di conflitti di interessi al momento di istituire la commissione di gara.

I mercati degli appalti, e in particolare i grandi progetti di lavori, sono spesso considerati un settore lucrativo per una potenziale corruzione. Bisogna ricordare inoltre che l'integrità del processo è messa a rischio non soltanto nel caso di corruzione, com'è ovvio, ma anche più in generale in tutti i casi di **favoritismo**, benché questo non implichi necessariamente comportamenti corrotti: si pensi ad esempio ai favoritismi nei confronti di un candidato locale. Gli scenari più comuni di corruzione che possono verificarsi nelle procedure di appalti pubblici sono il pagamento di bustarelle (ossia di somme per ricompensare un funzionario che ha influito sulla procedura di appalto), la manipolazione del bando di gara per favorire uno specifico offerente e il ricorso a società di copertura/interposte per coprire le attività illegali del funzionario corrotto. In molti Stati membri le norme in materia di appalti contengono meccanismi specificamente concepiti per prevenire e combattere la corruzione e i favoritismi. Come per la questione del conflitto di interessi, è necessario valutare l'opportunità di integrare alcune garanzie specifiche nella normativa UE in materia di appalti pubblici, a condizione di non imporre oneri amministrativi sproporzionati. Si deve però tener presente che non soltanto la corruzione è una questione estremamente sensibile per gli Stati membri, ma anche che i problemi effettivi in questo campo e le potenziali soluzioni dipendono dalle culture amministrative ed economiche dei vari paesi, che sono assai divergenti. Di conseguenza, potrebbe essere difficile trovare una soluzione valida per tutti da attuare a livello UE. Si propone spesso di affrontare il problema della corruzione negli appalti pubblici aumentando il livello di trasparenza concernente, in particolare, le decisioni assunte dai funzionari preposti agli appalti nel corso della procedura. Ciò consentirebbe ai candidati ed eventualmente ai cittadini di controllare le decisioni dei funzionari pubblici, fungendo

in tal modo da efficace strumento di lotta contro la corruzione. Questa maggiore trasparenza potrebbe essere introdotta, ad esempio, per l'apertura delle offerte o la pubblicazione obbligatoria dei verbali che documentano la procedura di appalto. L'onere amministrativo supplementare di tale misura sarebbe relativamente limitato, giacché le amministrazioni aggiudicatrici sono già obbligate a redigere tali verbali. Allo stesso modo, la pubblicazione degli appalti conclusi (che comprende informazioni commerciali sensibili) potrebbe favorire un controllo più democratico delle decisioni in materia di appalti. Si potrebbero anche prevedere strumenti specifici come il sistema di notifica delle frodi tramite internet o numero telefonico gratuito per incoraggiare i partecipanti o altre persone a fornire informazioni su irregolarità o reati. Il bando di gara, il sito web dell'amministrazione aggiudicatrice e altre modalità di pubblicazione potrebbero includere riferimenti al sistema mediante il quale l'amministrazione aggiudicatrice o l'Autorità di controllo può ricevere informazioni da fonti anonime o identificate. Bisogna incoraggiare il ricorso agli strumenti attualmente disponibili, che favoriscono una gestione efficace e trasparente dell'intero ciclo di appalto. In tale contesto potrebbe essere utile l'elaborazione di elenchi di indicatori di allerta per le amministrazioni aggiudicatrici, nonostante le note limitazioni. Per l'applicazione di prassi più efficaci di segnalazione, potrebbe essere utile promuovere norme precise sull'obbligo di segnalazione e sulla protezione di coloro che denunciano irregolarità. Il ricorso a controlli esterni (ad esempio esperti in materia di governance, ONG, ecc.) potrebbe aggiungere valore agli strumenti di controllo interno al momento di valutare la prestazione dei contraenti, e di individuare e segnalare casi sospetti. Potrebbe anche essere utile considerare l'opportunità di utilizzare gli attuali meccanismi di valutazione per monitorare il rispetto degli strumenti internazionali pertinenti, tra cui le disposizioni in materia di corruzione negli appalti pubblici. Infine, limitare la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per alcuni aspetti potrebbe complicare l'attuazione di decisioni che non siano giustificate su basi obiettive e quindi prevenire i favoritismi (ad esempio, limitando la discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici per

l'annullamento delle procedure). Tali misure tuttavia non devono limitare il necessario margine di manovra di cui le amministrazioni aggiudicatrici hanno bisogno per acquistare beni e servizi adatti alle loro specifiche esigenze. **L'esclusione degli offerenti colpevoli di corruzione** e, più in generale, di colpa professionale ("provvedimento di esclusione") costituisce un'arma potente per punire – e anche in una certa misura prevenire – comportamenti scorretti da parte delle imprese. L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE prevede già l'obbligo di escludere gli offerenti condannati per alcuni reati ivi elencati (in particolare la corruzione), nonché la possibilità di escludere gli offerenti per altri comportamenti scorretti (compreso il caso in cui "nell'esercizio della propria attività professionale, [l'offerente] abbia commesso un errore grave"). Tuttavia, alcune questioni concernenti l'ambito di applicazione, l'interpretazione, il recepimento e l'applicazione pratica di questa disposizione rimangono aperte, e gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici hanno richiesto ulteriori chiarimenti. In particolare, si tratta di capire se i casi di esclusione previsti dall'articolo 45 siano adeguati, sufficientemente chiari (soprattutto i casi di esclusione per "errore grave" nell'esercizio dell'attività professionale) e abbastanza esaurienti, o se sarebbe opportuno introdurre altri casi di esclusione. Sembra inoltre che le amministrazioni aggiudicatrici debbano far fronte a difficoltà pratiche, al momento di ottenere tutte le informazioni pertinenti sulla situazione personale degli offerenti e dei candidati stabiliti in altri Stati membri, nonché in merito alla loro ammissibilità conformemente al loro diritto nazionale. Inoltre, sarà necessario chiarire la portata dell'applicazione della legislazione nazionale sui casi di esclusione. Se si attribuisse agli Stati membri la facoltà di introdurre altri casi di esclusione nella propria legislazione nazionale, essi potrebbero far fronte con maggiore efficacia ai problemi specifici generati da comportamenti commerciali scorretti connessi al contesto nazionale. D'altro canto, i specifici casi di esclusione nazionali comportano sempre un rischio di discriminazione nei confronti degli offerenti esteri e potrebbero minare il principio di condizioni di parità a livello europeo. Una questione importante su cui le vigenti direttive UE non si pronunciano è quella concernente le cosiddette misure

di “autodisciplina”, ossia le misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio ad una situazione negativa che influisce sulla sua ammissibilità. La loro efficacia dipende dalla loro accettazione da parte dallo Stato membro. La questione delle misure di “autodisciplina” deriva dalla necessità di raggiungere un equilibrio tra l’attuazione dei casi di esclusione e il rispetto della proporzionalità e della parità di trattamento. La presa in considerazione delle misure di “autodisciplina” consentirebbe alle amministrazioni aggiudicatrici di effettuare una più completa e oggettiva valutazione della situazione individuale del candidato o dell’offerente e di decidere quindi in merito alla sua eventuale esclusione da una procedura di appalto. L’articolo 45 consente agli Stati membri di tener conto delle misure di “autodisciplina” purché tali misure mostrino che le preoccupazioni per l’onestà professionale, la solvibilità e l’affidabilità del candidato o dell’offerente non sussistono più. Non esistono però norme uniformi sull’autodisciplina, sebbene le amministrazioni aggiudicatrici di alcuni Stati membri tengano conto delle misure adottate dall’operatore economico per porre rimedio all’esclusione. Inoltre, ci si chiede se l’UE debba esplicitamente imporre sanzioni qualora si tenti di mettere a rischio la trasparenza e l’imparzialità della procedura di appalto (ad esempio, a carico di candidati od offerenti che cerchino di accedere a informazioni riservate o di influenzare indebitamente l’attività dell’amministrazione aggiudicatrice, ad esempio nelle fasi di selezione e aggiudicazione). Tali sanzioni potrebbero consistere, ad esempio, nel respingere la candidatura o l’offerta, purché la decisione sia debitamente motivata. Alcune gravi forme di comportamento illegale, come corruzione o conflitti di interessi deliberatamente non dichiarati, dovrebbero essere anch’essi sanzionati più pesantemente, ad esempio mediante sanzioni penali. Gli Stati membri sono già tenuti a prevedere sanzioni penali nei casi di corruzione dei loro pubblici ufficiali. L’opportunità di prevedere standard minimi in relazione alle sanzioni deve essere valutata alla luce della gravità del reato e dei principi di necessità, sussidiarietà e proporzionalità.

Infine, potrebbero verificarsi situazioni in cui, pur in assenza di conflitti di interessi o di pratiche scorrette, l’equità della procedura potrebbe essere messa a rischio perché

alcuni offerenti sono avvantaggiati. Ad esempio, il fatto che il candidato o l'offerente abbia in precedenza partecipato ad attività preparatorie connesse allo sviluppo del servizio da fornire (come la ricerca e/o la progettazione) potrebbe conferire notevoli vantaggi a tale offerente in termini di informazioni privilegiate e sollevare perplessità sul rispetto del principio di parità di trattamento. Si tratta di capire in che misura sia possibile compensare i vantaggi senza discriminare l'offerente in questione. Limitarsi a escludere gli offerenti che abbiano partecipato alla preparazione del progetto sarebbe probabilmente una reazione spropositata, forse neanche fattibile dal punto di vista pratico, soprattutto quando, nel mercato in questione, vi sono pochi concorrenti qualificati. Una compensazione significativa potrebbe consistere, ad esempio, nell'obbligo di rivelare a tutti gli offerenti concorrenti tutte le informazioni privilegiate che l'offerente avvantaggiato possa aver ottenuto da una precedente partecipazione al progetto. Una questione ancora più delicata riguarda il problema dei vantaggi naturali degli offerenti già operanti sul mercato, che sono ancora più difficili da individuare chiaramente e da compensare. Ancora una volta, l'obbligo di rivelare alcune informazioni privilegiate potrebbe essere utile per ridurre i rischi di discriminazione, a condizione che le informazioni commerciali sensibili siano adeguatamente protette.

1.12 LE NUOVE DIRETTIVE EUROPEE SUGLI APPALTI PUBBLICI

Come accennato, la consultazione avvenuta tramite il "Libro Verde" ed altri dibattiti pubblici ha riscosso numerose reazioni, considerazioni e controproposte. Dopo aver analizzato queste, nel Gennaio del 2011 la Commissione Europea ha presentato tre proposte legislative finalizzate a rivedere la disciplina sugli appalti pubblici cercando di ammodernare la normativa in vigore, purché sia idonea alla costante evoluzione del contesto politico, sociale ed economico¹⁷. E' opportuno sottolineare che l'ammontare che le pubbliche amministrazioni dedicano ogni anno a beni, servizi e lavori costituisce

¹⁷Le nuove direttive Europee sugli appalti pubblici – Relazione del "Servizio affari internazionali",2012

ben il 18 per cento del PIL europeo. Per questo, dunque, questi provvedimenti sono ritenuti fondamentali per promuovere una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva nonché per il raggiungimento della strategia “Europa 2020”. Queste proposte riguardano:

- La proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali;
- La proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici;
- La proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'aggiudicazione dei contratti di concessione;

La presente analisi sarà incentrata esclusivamente sulle prime due proposte strettamente legate tra di loro, ovvero quelle riguardanti la materia degli appalti pubblici.

E' fondamentale premettere che inerentemente a tali proposte la Commissione Europea argomenta i principi di sussidiarietà e proporzionalità:

- In termini di necessità dell'intervento dell'Unione Europea in quanto l'azione dei singoli Stati membri comporterebbe l'istituzione di requisiti disomogenei, se non di regimi procedurali tra loro contrastanti, che aumenterebbero la complessità della regolamentazione e creerebbero ostacoli ingiustificati per le attività transfrontaliere;
- Con riferimento al valore aggiunto per l'Unione in termini dell'aumentata trasparenza ed obiettività delle gare, con conseguenti notevoli risparmi e migliori risultati, a vantaggio dei gestori dei servizi, dei loro clienti e, in ultima analisi, del contribuente europeo. Per quanto concerne il principio

di proporzionalità, la proposta appare congrua agli obiettivi che si intende perseguire;

Le due proposte riguardanti gli appalti hanno una struttura simile, per quanto la disciplina concreta differisca, come è ovvio, in relazione alla specificità degli appalti. Tali documenti prevedono alcuni punti base comuni:

- **Semplificazione** e maggiore flessibilità delle procedure di appalto: si punta a ridurre gli oneri amministrativi connessi allo svolgimento della procedura sia per gli enti aggiudicatori sia per gli operatori economici. In quest'ottica vanno interpretati tra l'altro il crescente ricorso all'autocertificazione e la predisposizione, a favore degli Stati Membri, di un'ampia gamma di opzioni e strumenti, tali da assicurare la flessibilità necessaria ad adeguare le procedure e gli strumenti alla situazione specifica di ognuno. Così sono previsti due tipi di procedura di base: quella aperta e quella ristretta. A loro volta le amministrazioni aggiudicatrici avranno a disposizione sei specifici strumenti e tecniche d'appalto: accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, centrali di committenza e appalti comuni.¹⁸

Nell'ottica della semplificazione rientra anche la promozione degli appalti elettronici, in grado di generare importanti risparmi e migliorare i risultati delle procedure, riducendo contemporaneamente sprechi ed errori, poi la modernizzazione delle procedure tramite ad esempio l'abbreviazione di termini o la distinzione tra criteri di selezione degli offerenti e di aggiudicazione dell'appalto, ed infine l'uso strategico degli appalti pubblici tramite ciò che la Commissione Europea definisce un "approccio attivo", che fornisce agli enti appaltatori gli strumenti necessari per contribuire a raggiungere gli obiettivi della strategia "Europa 2020". Gli enti utilizzeranno così il loro potere di acquisto per

¹⁸Le nuove direttive Europee sugli appalti pubblici – Relazione del "Servizio affari internazionali",2012

ottenere merci e servizi che promuovano l'innovazione, rispettino l'ambiente e contrastino il cambiamento climatico, migliorando l'occupazione, la salute pubblica e le condizioni sociali.

- Miglioramento dell'accesso al mercato delle **piccole e medie imprese** e delle imprese in fase di avviamento, tramite ad esempio la semplificazione degli obblighi di informazione, la maggiore accessibilità agli accordi-quadro conclusi nei settori di pubblica utilità e la possibilità di pagamento diretto dei subappaltatori.
- Vigilanza della **correttezza delle procedure**, arginando le possibilità di conflitti di interessi, favoritismi e corruzione. In questo senso sono stati pensati, tra gli altri, gli artt. 36 e 37 del COM (2011) 895 def. E 21 e 22 del COM (2011) 896 def., recanti rispettivamente "Conflitti di interesse" e "Comportamento illecito", miranti ad una moralizzazione dei comportamenti, rispettivamente, di enti aggiudicatori e candidati.
- Misura in materia di **governance** tramite gli organi nazionali di vigilanza con l'individuazione di un'Autorità unica incaricata di monitoraggio, dell'attuazione e della vigilanza in materia di appalti pubblici e tramite centri di conoscenza ovvero strutture di sostegno, fornite dagli Stati membri, che offrano agli enti aggiudicatori che ne abbiano bisogno consulenza, orientamenti, formazione e assistenza, di tipo legale ma anche pratico, nella preparazione e nello svolgimento delle procedure di appalto.
- **Cooperazione amministrativa** che consenta agli organi nazionali di vigilanza di scambiare informazioni e buone prassi, collaborando mediante l'istituendo sistema di informazione del mercato interno.

1.13 LE VALUTAZIONI DEL LEGISLATORE ITALIANO

Per quanto riguarda la reazione del legislatore italiano a tali proposte, l'atto parlamentare emblematico è rappresentato dal documento finale redatto dalla VIII Commissione (Ambiente, territorio e lavori pubblici) approvato nel Novembre 2012. Tra le premesse viene specificata l'attuale situazione della normativa italiana inerente alla materia in questione: *"...la normativa italiana in materia di appalti risulta più coerente, nel confronto con quella di altri Paesi, rispetto alla normativa UE, se non addirittura in alcuni casi più avanzata e garantista. Per questo motivo è bene salvaguardare gli aspetti positivi dell'esperienza italiana quali, ad esempio, la disciplina più stringente in relazione all'esclusione dalla partecipazione alle gare o l'importante ruolo svolto dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ai fini del monitoraggio sul complesso degli appalti pubblici aggiudicati;"*¹⁹

"...il recepimento delle nuove direttive offre una preziosa occasione per il legislatore nazionale di consolidare e semplificare il corpus normativo della materia, evitando duplicazioni e sovrapposizioni, in modo da garantire maggiore certezza giuridica e ridurre il rischio di contenzioso;"

Successivamente a tali premesse il documento entra nel merito delle proposte esprimendo una valutazione positiva tramite alcune dettagliate considerazioni:

- a) *considerato che i servizi legali per loro stessa natura presentano una dimensione transfrontaliera molto limitata e che inoltre la loro prestazione è basata su un rapporto fiduciario con il professionista, si sostenga la soluzione della Presidenza cipriota che ne prospetta l'esclusione dal campo di applicazione delle future direttive;*

¹⁹Doc. XVIII N.66 – VIII Commissione parlamentare, 2012

- b) si stabilisca il carattere facoltativo e non vincolante delle disposizioni dirette a: consentire il ricorso più esteso alla procedura negoziata la quale, in assenza di adeguate garanzie volte a controbilanciare la maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti nel contrattare le condizioni di appalto, potrebbe aumentare il rischio di abusi, favoritismi e distorsioni della concorrenza e della trasparenza; prevedere la suddivisione degli appalti in lotti separati al fine di evitare il rischio di determinare un aggravio dei costi, un prolungamento dei tempi di esecuzione e un incremento del contenzioso;*
- c) si consentano deroghe alla previsione del ricorso obbligatorio agli strumenti elettronici nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, in considerazione dell'impatto che potrebbe derivarne per le stazioni appaltanti e tutti i soggetti interessati;*
- d) con riferimento alle norme che prospettano un'inversione temporale della valutazione dei criteri di aggiudicazione rispetto a quelli di selezione, si introducano cautele adeguate per evitare il rischio – che smentirebbe l'obiettivo di velocizzare alcune procedure – dell'emersione in una fase troppo avanzata di carenze di requisiti, con il conseguente obbligo di riavviare la procedura;*
- e) per quanto concerne le cause di esclusione, si rimetta agli Stati membri la possibilità di specificare le condizioni di applicazione delle relative disposizioni, fermo restando che l'esclusione per mancato pagamento di imposte e tasse può giustificarsi in relazione alla gravità delle violazioni;*
- f) si garantisca che l'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non finisca per concentrarsi su ribassi eccessivi e oggettivamente insostenibili;*

- g) si valorizzino le esperienze positive degli Stati membri, tra cui l'Italia, che si avvalgono di soggetti qualificati incaricati di centralizzare gli acquisti per conto di più amministrazioni in modo da ridurre i costi unitari;*
- h) si proceda nei termini prospettati dalla Presidenza cipriota per quanto concerne la previsione di effettuare i pagamenti direttamente ai subappaltatori;*
- i) al fine di non aumentare gli adempimenti e non prolungare eccessivamente i tempi di esecuzione, sia elevata dal 5 al 15% la percentuale di variazione del prezzo a partire dalla quale si deve ricorrere ad una nuova procedura di aggiudicazione;²⁰*

Nella stessa direzione si muove all'interno dello stesso documento la XIV Commissione parlamentare (Politiche per l'Unione Europea) esprimendo un "parere favorevole" con specifiche condizioni:

- 1) sia stabilito il carattere facoltativo e non vincolante delle disposizioni delle due proposte dirette a: prevedere un ricorso più esteso alla procedura negoziata la quale, in assenza di adeguate garanzie a fronte della maggiore discrezionalità delle stazioni appaltanti nel contrattare le condizioni di appalto, potrebbe aumentare il rischio di abusi, favoritismi e distorsioni della concorrenza e della trasparenza; prevedere la suddivisione degli appalti in lotti separati al fine di evitare il rischio di un aggravio dei costi, un prolungamento dei tempi di esecuzione e un incremento del contenzioso;
- 2) siano introdotte deroghe al ricorso obbligatorio agli strumenti elettronici nelle procedure di aggiudicazione degli appalti, in considerazione degli oneri che potrebbero derivarne per le stazioni appaltanti e tutti i soggetti interessati;

²⁰XVIII N.66 – VIII Commissione parlamentare, 2012

- 3) si introducano garanzie affinché l'aggiudicazione sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non induca a ribassi eccessivi ed insostenibili;
- 4) si tenga conto dell'esperienza positiva degli Stati membri, tra cui l'Italia, che si avvalgono di soggetti qualificati incaricati di centralizzare gli acquisti per conto di più amministrazioni in modo da ridurre i costi unitari;
- 5) siano confermate le disposizioni, proposte dalla Commissione, relative al rispetto della normativa europea e di quella internazionale in materia ambientale, di diritto del lavoro e sicurezza sociale, per evitare che gli Stati membri possano stabilire regole meno rigorose rispetto a quelli da esse previsti;
- 6) siano mantenuti nell'ambito di applicazione delle future direttive i servizi legali di cui la proposta della Presidenza cipriota prospetta invece l'esclusione in ragione della loro limitata dimensione transfrontaliera e del fatto che la loro prestazione è basata su un rapporto fiduciario con il professionista;

evidenziando in fine alcune osservazioni e proposte da integrare nella normativa tramite:

- l'opportunità di introdurre regole e procedure semplificate volte a promuovere la partecipazione delle PMI agli appalti di lavori e servizi funzionali allo sviluppo del tessuto economico e produttivo di aree svantaggiate, per caratteristiche territoriali, economiche e sociali, nonché a quelli concernenti la prevenzione di rischi ambientali e sismici;
- l'opportunità di circoscrivere l'ambito di applicazione del regime di aggiudicazione semplificato per le amministrazioni regionali o locali per evitare che una sua generalizzazione, laddove non accompagnata da

opportune cautele, possa produrre effetti distorsivi della concorrenza o alteri presidi già previsti dalla normativa nazionale;

- la valutazione del mantenimento dell'obbligo, previsto nelle proposte originaria della Commissione, di istituire in ciascun Stato membro un organo unico indipendente preposto al controllo e al coordinamento delle attività di attuazione, anche alla luce della positiva esperienza italiana dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Capitolo 2 - LA COMPETENZA LEGISLATIVA DI STATO E REGIONI

2.1 LA SENTENZA N.401/2007 DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Il decreto n.163/2006 che come già affermato disciplina la materia appalti è stato spesso impugnato da parte delle Regioni. Da queste impugnazioni deriva la sentenza **n.401/2007** della Corte Costituzionale che definisce in maniera dettagliata gli ambiti materiali dello Stato e delle Regioni. La sentenza riguardava la legge regione Campania n.12/2006 e la legge regione Abruzzo n. 115/2000, così come è stata modificata dalla successiva legge regionale n.33/2006 in materia di collaudo. La legge della regione Campania, si occupava dell'attività contrattuale del Consiglio regionale e, segnatamente, di appalti di servizi e forniture sotto soglia, di appalti di lavori di qualunque importo e di contratti di opera professionale. La sentenza ribadisce innanzitutto come già affermato in alcuna precedenti sentenze che i lavori pubblici sia nazionali che regionali non costituiscono una materia a se stante bensì vengono collocati di volta in volta a seconda dell'oggetto in questione e dunque attribuiti allo Stato o alle Regioni di volta in volta. La Corte Costituzionale ribadisce inoltre che la natura del soggetto aggiudicatore non è sufficiente ad attribuire il riparto delle potestà legislative. Il principio della separazione delle competenze, dunque, potrebbe essere violato in presenza di un regolamento "trasversale" in grado di vincolare la potestà legislativa regionale²¹, sarebbe, però, nella specie, salvaguardato «in presenza di un titolo di legittimazione statale riconducibile alla tutela della concorrenza. Dunque non basta che la procedura di gara sia stata indetta dall'ente regionale per attribuire la competenza alla Regione , bensì questo aspetto può tornare utile sotto un punto di vista prettamente organizzativo. Il fulcro della sentenza n.401/2007 consiste **nella distinzione tra la fase procedimentale di evidenza pubblica**

²¹ *Regolamenti statali e leggi regionali. Riflessioni a margine della sentenza della Corte costituzionale 376/2002, G. Falcon, in Le istituzioni del federalismo, 2001*

dalla fase prettamente negoziale che ha inizio con la stipulazione del contratto di appalto. Per quanto riguarda la prima fase la Corte Costituzionale chiarisce che non può essere inclusa nella materia “procedimento amministrativo” in quanto non integra una materia a se stante ed essendo collocabile in relazione agli aspetti di volta in volta analizzabili a più ambiti materiali di competenza Regionale o Statale. Al fine di stabilire quale sia la materia in questione, la Consulta prende in analisi la nozione di tutela della concorrenza presente nell’articolo 117, secondo comma, lettera e) Cost., specificandola come obiettivo perseguito dal legislatore nel settore dei contratti di appalto. Seguendo questo criterio il giudice costituzionale segue la nozione comunitaria riferendosi dunque anche a quegli interventi *antitrust* che attuano quella che viene definita concorrenza “nel” mercato attraverso la liberalizzazione dei mercati stessi. Ma l’aspetto preminente è rappresentato in questa sentenza da quello che la Corte definisce concorrenza “per” il mercato ovvero “la disciplina riguardante lo svolgimento delle procedure di gara per la scelta del contraente a cui affidare lo svolgimento di una determinata attività o l’erogazione di uno specifico servizio”.²² Dunque il giudice costituzionale sottolinea che la potestà legislativa statale è giustificata in quanto possa garantire un unico procedimento amministrativo impostato in maniera da assicurare i sopraelencati principi comunitari e per garantire inoltre la massima partecipazione degli operatori economici favorendo la libera circolazione delle persone e delle merci. Rientrano allora tra le competenze dello Stato relative alla tutela della concorrenza:

- Procedure di qualificazione e selezione dei concorrenti;
- Procedure di affidamento (esclusi i profili attinenti all’organizzazione amministrativa);

²²*Temie di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

- I criteri di aggiudicazione, ivi compresi quelli che devono presiedere all'attività di progettazione ed alla formazione dei piani di sicurezza, nonché i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti che comprendono l'istituto del subappalto;

2.2 LA POTESTA' DELLE REGIONI: PIANO VERTICALE E PIANO ORIZZONTALE

L'articolo 4 del Codice è quindi dichiarato conforme a Costituzione con l'impossibilità delle Regioni di intervenire con norme a vocazione generale nei settori indicati nella predetta disposizione impugnata.

In altri termini la Corte "inquadra la materia in questione attraverso la ridefinizione di ambito, natura e limiti interni".²³ L'ambito richiama quello comunitario tramite i concetti di concorrenza "per" il mercato (che impone che il contraente venga scelto mediante procedure di garanzia che rispettino i valori comunitari e costituzionali) e "nel" mercato (tramite la liberalizzazione dei mercati stessi) . Per quanto riguarda la natura, la Corte ha specificato che la tutela della concorrenza costituisca materia trasversale (eccezione fatta per *l'antitrust*) anche se tuttavia non si realizza un «*intreccio stretto in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale bensì la prevalenza della disciplina statale su quella di ogni altra fonte normativa*». La Corte, con la decisione in esame, chiarisce che la suddetta natura trasversale sarebbe assente in presenza di uno specifico intervento legislativo «antitrust» diretto « a reprimere i comportamenti anticoncorrenziali delle imprese»²⁴. I limiti vengono esplicitati proprio in quanto si tratta di una materia trasversale *che «non ha un ambito definito ma si connota per le specifiche finalità perseguite»*. La Corte sottolinea che si è in presenza di una netta distinzione tra materie di legislazione concorrente ed esclusiva, ancorché trasversali, in cui lo Stato può dettare anche norme di dettaglio.

²³ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nicolis, 2010*

²⁴ *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza, in www.federalismi.it, L. Cassetti, 2002.*

Il giudice Costituzionale elabora dunque una ricostruzione della tutela della concorrenza strettamente funzionale alla ripartizione legislativa in materia di appalti (e servizi pubblici) tra Stato e Regioni. Evidenziata la centralità delle potestà statali è fondamentale quali siano le competenze regionali e come si rapportano con quelle statali, ma soprattutto è importante verificare se ed in che misura le Regioni possano legiferare in materia di tutela della concorrenza. Per rispondere al primo quesito “ si potrebbe distinguere in un piano orizzontale ed un piano verticale di rilevanza di potestà normative regionali”²⁵. Il piano orizzontale è strettamente incentrato alla procedura di evidenza pubblica in quanto la Corte Costituzionale non esclude che in questo ambito le Regioni abbiano competenze da affiancare a quelle dello stato in materia di tutela della concorrenza. Queste competenza infatti vengono nettamente separate da quelle statali, come per esempio avviene nelle composizioni delle commissioni aggiudicatrici regolate dall’art. 84, commi 2,3,8 e 9 del Codice e che la Consulta ha definito appartenenti «più specificatamente alla organizzazione amministrativa degli organismi cui sia affidato il compito di procedere alla verifica del possesso dei requisiti, da parte delle imprese concorrenti per aggiudicarsi la gara». In questa fase dunque vi è una netta distinzione di competenza tra stato e Regioni ma solo una contiguità tra sfere appartenenti ai due livelli di governo coinvolti.²⁶ Potrebbe avvenire però “l’intreccio” di singoli istituti della stessa procedura di evidenza pubblica riguardanti tutela della concorrenze ed altre materie regionali . In questo caso, trattandosi come già affermato di “peculiari intrecci”, il concorso di competenze deve risolversi a favore della potestà legislativa statale in applicazione del principio di prevalenza. Dunque sul piano “orizzontale” le competenze regionali possono essere o nettamente distinte da quelle statali, oppure possono confluire in quelle statali attraverso il principio di prevalenza.

Le competenze regionali possono però assumere una diversa collocazione, ovvero su un piano “verticale”, in riferimento esclusivamente all’oggetto a cui si riferisce il singolo

²⁵ *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

²⁶ *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

contratto di appalto e dunque collocandosi in una posizione esterna alla procedura concorsuale. Si pensi ad esempio alle gare per l'aggiudicazione di un appalto relativo alla costruzione di un porto che di norma è una competenza ripartita tra Stato e Regioni: in che modo viene gestita la competenza statale e regionale in tema di tutela della concorrenza? Nel silenzio del Codice appalti (che non disciplina settori particolari) si rispetta la procedura di evidenza pubblica posta dal legislatore statale nei suoi aspetti di rilevanza concorrenziale che dovrà però adeguarsi ad un'eventuale legislazione regionale in materia di porti. Quest'ultima competenza non si intreccia con la competenza statale, bensì diventa «l'oggetto su cui incide la funzione espletata dallo Stato attraverso l'esercizio della potestà legislativa in materia di tutela della concorrenza». E' questo il motivo della denominazione "verticale" delle competenze: sopra vi sta la competenza statale in materia di tutela della concorrenza, sotto gli ambiti inerenti le competenze regionali.²⁷ Dunque si tratta di due piani nettamente distaccati che non realizzano un intreccio, ma una mera "sovrapposizione" di competenze. Un problema di violazione delle competenze dello Stato potrebbe verificarsi a seguito dell'emanazione di una legge regionale nel momento in cui questa invada la competenza statale in materia di tutela della concorrenza. Per quanto riguarda le Regioni invece, il rischio che si corre è quello di un conflitto di attribuzione tra enti. Per esempio, se una singola amministrazione statale indice una gara di appalto che ha come oggetto una competenza residuale regionale, è probabile che queste siano contestate dalla Regione. In breve, per quanto riguarda il piano "orizzontale" l'interferenza delle competenze regionali con singoli "istituti" viene risolta a favore della tutela della concorrenza, mentre sul piano "verticale" non avviene nessun tipo di intreccio di competenze, bensì una mera sovrapposizione.²⁸ Ma tra le competenze delle Regioni sono completamente escluse quelle riguardanti la materia della tutela della concorrenza? La dottrina afferma che "la tutela della concorrenza

²⁷*Tem di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

²⁸*Tem di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

costituisce un valore che in quanto tale potrebbe essere implementato anche da soggetti non titolari di uno specifico di uno specifico titolo di competenza attribuito dalla Costituzione ”²⁹, pertanto dovremmo dedurre da questa che le Regioni siano legittimate a disciplinare in tale materia affinché le misure siano idonee ad aumentare la dose di concorrenzialità nel mercato. La Corte ha, pertanto, in maniera condivisibile, voluto escludere che sia possibile attribuire alle Regioni una competenza che non rinvenga un espresso riferimento nell’ambito del Titolo V.

Ma perché si è fatta questa scelta per la concorrenza e non anche, ad esempio, per l’ambiente³⁰? Tutt’altro afferma la sentenza n.401/2007 secondo la quale «la fase della procedura di evidenza pubblica, riconducibile alla tutela della concorrenza, potrà essere interamente disciplinata, nei limiti e secondo le modalità di seguito precisati, dal legislatore statale”. E’ chiaro dunque che le Regioni non siano competenti a disciplinare le procedure di gara per l’aggiudicazione di un appalto, senza violare la competenza statale in materia di tutela della concorrenza³¹. Inoltre la sentenza n.431/2007 che ha dichiarato costituzionalmente illegittime numerose disposizioni contenute nella legge della Regione Campania chiarisce ogni tipo di dubbio per quanto riguarda le competenze regionali, che possiamo così ricapitolare:

1. Le Regioni non hanno alcuna competenza quando vengono in rilievo normative antitrust;
2. Le Regioni sono titolari di una competenza “orizzontale” relativa ad aspetti della procedura di gara che si pongono in rapporto di “separazione” rispetto alla competenza statale ovvero vengono “assorbiti” da quest’ultima;

²⁹*Tutela della concorrenza – G. Corso, 2006*

³⁰ *Sull’arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, S. Mangiameli in Le Regioni, 2002*

³¹ *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione in Le Regioni – R. Caranta, 2004*

3. Le Regioni sono titolari di una competenza “verticale” riguardante “l’oggetto” del contratto di appalto, rispetto alla quale la competenza statale si sovrappone;
4. Le Regioni non hanno competenza “generale” in materia di procedura di gara negli aspetti di rilevanza concorrenziale, ma possono disciplinare settori rientranti nell’ambito della propria potestà legislativa, prevedendo anche norme che producono effetti pro concorrenziali purché tali effetti siano marginali ed indiretti e nel loro insieme coerenti con la legislazione statale;

Chiariti i principali snodi riguardanti la fase della procedura di evidenza pubblica riguardanti gli appalti occorre analizzare quanto concerne il momento negoziale. Il momento in cui si individua l’inizio di questa fase è secondo la legge generale di contabilità dello Stato è l’aggiudicazione che “ in seguito ad incanti pubblici o private licitazioni equivale a contratto”. Dal Codice degli appalti si apprende invece che l’aggiudicazione non equivale all’accettazione del contratto e di conseguenza, come riportato dalla sentenza n.401 « il momento di stipulazione del contratto acquista sempre ed in ogni caso una sua autonoma valenza, segnando il momento di inizio del procedimento negoziale»; Nella stessa sentenza il giudice affronta per la prima volta il tema del rapporto tra contratti della Pubblica Amministrazione e ordinamento civile sostenendo che la fase della stipulazione del contratto e di esecuzione debba ricondursi all’ordinamento civile. Ai fini della delimitazione dell’ambito materiale in esame, occorre dunque basarsi al profilo oggettivo del rapporto instaurato e non alla natura del soggetto che stipula il contratto.

L’analisi della giurisprudenza costituzionale che si è recentemente formata nei diversi settori degli appalti e dei servizi pubblici ha sicuramente contribuito a meglio definire gli ambiti di incidenza della tutela della concorrenza, evidenziando, altresì, come la stessa possa atteggiarsi in maniera differente a seconda, appunto, del settore in cui opera.

In particolare, è emerso in maniera chiara – anche grazie ad una accurata analisi del dato normativo soprattutto di matrice comunitaria – come la tutela della concorrenza si articola al suo interno in regole *antitrust*, nonché in misure di concorrenza “nel” e “per” il mercato.³² Nella accezione di concorrenza “per” il mercato, la diversità tra il settore degli appalti e quello dei servizi pubblici emerge con nettezza proprio con riferimento alle modalità di operatività del titolo di legittimazione *de quo* e della sua relazione con le potestà legislative delle Regioni. In particolare, si è sottolineato come per i contratti di appalto è necessario distinguere un piano “orizzontale” ed un piano “verticale” di rilevanza delle competenze normative regionali; mentre per i servizi pubblici detti piani tendono a sovrapporsi.³³ L’aspetto più complesso che rimane ancora da definire rimane senza dubbio quello relativo alla precisa individuazione delle “competenze” che potrebbero spettare alle Regioni in materia di tutela della concorrenza, non risultando semplice stabilire quando vengono in rilievo norme regionali che si limitano a produrre – come richiesto dal giudice delle leggi con la sentenza n. 431 del 2007 – effetti pro concorrenziali “indiretti e marginali” e che non si pongono in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che tutelano e promuovono la concorrenza stessa.

2.3 SENTENZE SUCCESSIVE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Un punto di svolta riguardante la materia degli appalti è sicuramente rappresentato dalla sentenza n. 401/2007. Ma tale sentenza è stata “rivisitata” negli ultimi anni dal Giudice delle leggi. Merita infatti di essere menzionata la sentenza della Corte Costituzionale n. 160/2009 che ha censurato la legge regione Campania n.1/2008 ed in via correlata la legge regione Campania n.3/2007, con specifico riferimento a:

- La limitazione del contratto di avalimento ai soli appalti aventi rilevanza comunitaria;

³²*Tem di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

³³*Tem di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme – P.Cavaleri 2013*

- introduzione di un'ulteriore ipotesi di procedura negoziata senza bando rispetto al codice appalti;
- esclusione automatica generalizzata delle offerte anomale negli appalti sotto soglia con aggiudicazione al prezzo più basso;
- disciplina della qualificazione in modo difforme dall'art. 40 codice appalti;

Nello stesso anno, la Corte, pronunciando la sentenza n. 283/2009 ha censurato gli art. 5 comma 2, 6, 7, 8 della legge regione Puglia n. 14/2008, quanto a concordi di progettazione e concorsi di idee negli appalti sotto soglia, ritenendo che quelli banditi da stazioni appaltanti pubbliche rientrano nella materia tutela della concorrenza e quelli banditi da stazioni appaltanti private rientrano, altresì, nella materia ordinamento civile. Ma la sentenza più importante emanata dalla Corte, è la n. 45/2010. Con questa pronuncia, la Corte, ha affrontato il tema del rapporto tra la materia dei lavori pubblici di interesse regionale, ovvero, lavori pubblici di interesse provinciale che gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale attribuiscono, rispettivamente alle quattro regioni Sardegna, Sicilia, Valle d'Aosta e Trentino Alto Adige e alle due province autonome di Trento e Bolzano richiamando la sentenza emanata solo due anni prima, la n.411/2008, che riteneva che le materie di tutela della concorrenza e ordinamento civile precludono alle Regioni ad autonomia speciale di legiferare sulle procedure di affidamento e sull'esecuzione del contratto, affermando espressamente che la materia statutaria "lavori pubblici di interesse regionale" non può abbracciare aspetti che rientrano nella tutela della concorrenza e dell'ordinamento civile e segnatamente le procedure di affidamento e l'esecuzione del contratto.

Afferma testualmente la Corte: *"lo Statuto della Regione Sardegna, all'art. 3 lett e), attribuisce alla medesima una competenza legislativa primaria in materia di lavori pubblici di interesse regionale alla quale, quindi, non appartengono le norme relative alle procedure di gara ed esecuzione del rapporto contrattuale; tali settori sono oggetto alle*

disposizioni del citato Codice, alle quali, pertanto, il legislatore regionale avrebbe dovuto adeguarsi.”

Con la pronuncia n. 45/2010, la Corte, invece, compie un *revirement* alla luce di una rimeditazione del rapporto tra materie affidate dagli statuti speciali alla competenza legislativa esclusiva di Regioni e Province autonome e le materie “tutela della concorrenza” e “ordinamento civile” che l’art. 117 Cost., assegna alla competenza legislativa esclusiva dello Stato. Punto di partenza è la considerazione che la legge costituzionale n. 3/2001 nell’introdurre la Riforma del Titolo V della costituzione e nel riscrivere l’art. 117 Cost., ha fatto salve le eventuali maggiori competenze già attribuite alla Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano dai relativi Statuti. Sostiene infatti la Corte, riprendendo l’impostazione fornita dalla Provincia autonoma di Trento, che: *“l’art. 10 l. cost. 3 /2001, sino all’adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della stessa legge costituzionale si applicheranno anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle già stabilito.”*

Ripercorrendo il processo motivazionale, sostiene la Corte: *“La funzione espletata dal citato art. 10 l. Cost. n. 3/2001 è quella di garantire alle Regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano - attraverso un procedimento di adeguamento automatico e all’esito di una valutazione complessiva dei due sistemi in comparazione - quegli spazi di autonomia previsti dalle norme contemplate dal nuovo Titolo V, in attesa della revisione dei singoli statuti speciali attraverso il procedimento introdotto dalla legge costituzionale n.2/2002(Disposizioni concernenti l’elezione diretta dei Presidenti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano). Con la norma in esame, la legge costituzionale n. 3/2001, ha, pertanto, perseguito l’obiettivo di evitare che il rafforzamento del sistema delle autonomie delle regioni ordinarie, attuato dalla Riforma del Titolo V, potesse determinare un divario rispetto alla Regioni che godono di forme e condizioni particolari di autonomia.*

Nel passaggio successivo, la Corte, sottolinea che mentre nell'art. 117 Cost., non esiste una materia "lavori pubblici di interesse regionale" attribuita alle Regioni a statuto ordinario, per converso, quelle a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano hanno, nei loro statuti, nell'ambito della propria competenza legislativa esclusiva, rispettivamente la materia lavori pubblici di interesse regionale e lavori pubblici di interesse provinciale. Afferma infatti la Corte che: *" con riferimento al riparto di competenze legislative tra lo Stato e le regioni a statuto ordinario, questa Corte, ha più volte affermato che in mancanza di una espressa indicazione costituzionale, nel nuovo art. 117 Cost., i lavori pubblici non integrano una vera e propria materia, ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale si riferiscono e, pertanto, possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative statali e regionale. Ne deriva che non è configurabile né ad una materia relativa ai lavori pubblici nazionali, né tantomeno un ambito materiale afferente al settore dei lavori pubblici di interesse regionale. Si è, inoltre, puntualizzato che tali affermazioni non valgono soltanto per i contratti di appalti pubblici, ma sono estendibili all'intera attività contrattuale della P.A. che non può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si esplica.³⁴ In questa prospettiva, avendo riguardo alle competenze delle singole Regioni, deve ritenersi che esse sono legittimate a regolare soltanto quella fase procedimentali che afferiscono a materie di proprie competenza, nonché gli oggetti della procedura rientranti anch'essi in ambiti materiali di pertinenza regionale.³⁵ Questa Corte, ha, infine affermato che: "al fine di evitare che siano vanificate le competenze legislative delle Regioni a statuto ordinario è consentito che norme regionali riconducibili a tali competenze possono produrre effetti proconcorrenziali, purché tali effetti siano indiretti e marginali e non si pongano in contrasto con gli obiettivi posti dalle norme statali che intendono promuovere la concorrenza.*

³⁴ Corte Costituzionale n. 401/2007

³⁵ Corte Costituzionale n. 160/2009

Se ne può dedurre, pertanto, che la materia statutaria dei lavori pubblici di interesse regionale e provinciale di competenza esclusiva, implicherebbe la possibilità per Regioni a statuto speciale e Province autonome di Trento e Bolzano di legiferare in ambito ben più ampio di quello lasciato alle Regioni ordinarie, con i soli limiti previsti per la competenza legislativa regionale esclusiva, vale a dire il rispetto:

- delle norme statali di riforma economica sociale;
- degli obblighi internazionali e, conseguentemente, comunitari;
- dei principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica, tra i quali, sono ricompresi anche quelli afferenti della disciplina di istituti e rapporti privatistici che non può che essere uniforme su tutto il territorio nazionale, in ragione del rispetto del principio di uguaglianza. Riportando le parole usate dalla Corte Costituzionale in motivazione, si può affermare che: *“ Quanto sin qui esposto non significa però che la legislazione provinciale sia libera di esplicarsi senza alcun vincolo e che non possono trovare applicazione le disposizioni di principio contenute nel d.lgs. 163/2006. L' art. 8 del decreto prevede che la potestà legislativa primaria della Provincia deve osservare i limiti previsti dall'art. 4 dello statuto, il quale stabilisce che la potestà legislativa regionale ma anche quella provinciale deve esplicarsi in armonia con la Costituzione e i principi dell'ordinamento giuridico della Repubblica e con il rispetto degli obblighi internazionali e degli interessi nazionali; nonché delle norme fondamentali delle riforme economiche sociali della Repubblica. Ne consegue che la potestà legislativa provinciale , in questa specifica materia deve essere esercitata, richiamando altresì, altre sentenze emanate da questa stessa Corte (Corte Cost. n.226/2009 e n.378/2007), nel rispetto dei suddetti limiti. Con specifico riferimento al settore degli appalti vengono in rilievo tutte le disposizioni che perseguono fini riconducibili all'esigenza di evitare comportamenti delle imprese idonei ad alterare le regole concorrenziali sia di garantire la progressiva*

liberalizzazione dei mercati in cui sono ancora presenti barriere all'entrata o altri impedimenti all'ingresso di nuovi operatori economici. “ ;

In conclusione, Regioni e Province possono legiferare in materia di appalti sia quanto alle procedure di affidamento sia con riferimento alla fase di esecuzione e al precontenzioso, con il duplice limite del rispetto delle direttive comunitarie in materia del rispetto dei principi desumibili dal codice dei contratti pubblici che siano norme di riforma economico e sociale o principi generali dell'ordinamento civile. Inoltre la materia dei lavori pubblici di interesse regionale o provinciale, abbraccia anche la progettazione dei lavori e le procedure di affidamento di incarichi di progettazione e di lavori, che formalmente non sono lavori ma servizi, ma che sono strumentali all'affidamento e alla realizzazione dei lavori.

Richiamando esplicitamente le parole della Corte; *”nel settore degli appalti pubblici il riparto di competenze si atteggia in modo diverso a seconda che trovino applicazione il Titolo V della parte II della Costituzione ovvero norme statutarie speciali che prevedano, in via autonoma, la materia dei lavori pubblici, di interesse regionale o, come nel caso qui in esame, di interesse provinciale. Nel primo caso, in mancanza di una previsione di un ambito materiale nel quale ricondurre gli ambiti pubblici, le Regioni a statuto autonomo possono, nell'esercizio di una loro specifica competenza, emanare norme che producano effetti proconcorrenziali, nei limiti innanzi indicati. In presenza, invece, di una previsione statutaria, l'ente ad autonomia speciale è legittimata a disciplinare il settore, ma nell'esercizio di tale specifica competenza legislativa, deve rispettare i limiti fissati dallo statuto speciale. Ciò, comporta per quanto attiene alla particolare tutela della concorrenza, che la disciplina provinciale, non possa avere un contenuto difforme da quella assicurata in ambito europeo e*

nazionale e, quindi, non possa alterare negativamente il livello di tutela assicurato da quest'ultimo."³⁶

2.4 REGIONI A STATUTO SPECIALE

Giunti a questo punto, è opportuno delineare alcune riflessioni sulle sentenze richiamate nelle righe che precedono. In *primis*, con riferimento alla sentenza n. 45/2010, bisogna sottolineare come quest'ultima ha il merito di delineare l'impatto che la riforma del Titolo V ha esternato sulle preesistenti materie di competenza esclusiva delle Regioni a statuto speciale e sulle Province autonome di Trento e Bolzano. La precedente sentenza del 2008, invece, aveva solo implicitamente sottolineato che la materia lavori pubblici di interesse regionale aveva subito un restringimento per effetto della introduzione della materia tutela della concorrenza. Contrariamente opinava la sentenza emanata solo due anni più tardi, la n.45, ove viene negato che vi possa essere un siffatto restringimento, e tale conclusione trova la sua ragion d'essere nell'art. 10 della l. Cost. n. 3/2001.

Come recita testualmente l'articolo in questione: *"sino all'adeguamento dei rispettivi statuti, le disposizioni della stessa legge costituzionale, si applicano anche alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome, per le parti in cui prevedono forme di autonomia più ampie rispetto a quelle attribuite"*.

Viene riconosciuta, pertanto, che la funzione espletata dall' art. 10 , è quella di garantire alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome, quegli spazi di autonomia previsti dalle norme contemplate dal nuovo Titolo V, attesa la revisione dei singoli statuti speciali attraverso il procedimento introdotto dalla legge costituzionale n. 2/2001. Con tale norma, la legge costituzionale n.3/2001, ha pertanto, perseguito l'obiettivo di evitare che il rafforzamento del sistema delle autonomie delle Regioni ordinarie, attuato dalla Riforma del Titolo V, potesse determinare un divario rispetto a

³⁶ R. De Nictolis, in Manuale dei contratti pubblici, relativi a lavori servizi e forniture

quelle Regioni che godono di forme e condizioni particolari di autonomia. Pertanto, l'art. 10 in commento contiene una sorta di "clausola d'oro" o "adeguamento automatico", garantendo, quindi, un'automatica espansione delle competenze delle Regioni a statuto speciale, se tale espansione vi sia per quelle ordinarie.

Ma la pronuncia della Corte trae dall'art. 10, in maniera implicita, un diverso corollario, e cioè che l'art. 10 faccia salve le preesistenti competenze statutarie, se più ampie. Tuttavia questo principio non è scritto nell'art. 10 l. Cost. n. 3/2001. Quest'ultimo va letto nell'intero contesto ordinamentale costituzionale, da cui si desume una subordinazione degli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale rispetto alla Costituzione. Infatti gli Statuti speciali vengono approvati con legge costituzionale. Pertanto, nonostante l'autonomia statutaria riconosciuta alle Regioni a statuto speciale, considerato che i rispettivi statuti devono essere approvati con legge costituzionale, se ne desume che questi debbano essere in totale armonia con la Costituzione. Quest'ultima, va infine valutata con specifico riferimento al coordinamento della competenza legislativa esclusiva regionale o provinciale in materia di lavori pubblici di interesse territoriale circoscritto, da una parte, e la competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e ordinamento civile. Tale corrispondenza tra gli Statuti e la Costituzione, postula, un restringimento per "*jus superveniens*" della materia lavori pubblici di interesse regionale, una volta che le materia tutela della concorrenza e ordinamento civile siano state attribuite alla competenza esclusiva dello Stato.

Capitolo 3 - LA LEGGE ANTICORRUZIONE 190/2012

3.1 CONVENZIONE DI STRASBURGO E PRINCIPI FONDAMENTALI DELLA LEGGE n.190/2012

Considerata l'ampiezza del fenomeno della corruzione, il legislatore è intervenuto al fine di implementare una politica normativa di tipo integrato e coordinato, con la previsione di misure di carattere prevenzionistico e afflittivo sul versante amministrativo accanto a quelle penali. Tale rivisitazione avviene anche in necessità di procedere all'approvazione definitiva di due disegni di legge di ratifica delle due Convenzioni di Strasburgo sulla corruzione. Dal provvedimento di ratifica della prima Convenzione sono state espunte le disposizioni di diretto adeguamento dell'ordinamento interno, ed è stato affidato al disegno di legge "anticorruzione" e quindi alla legge 6 novembre 2012, n.190 recante *"Disposizioni per la prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegittimità nella pubblica amministrazione"* il compito di dettare le norme di adeguamento.

Le direttrici principali della legge n.190/2012 sono:

- 1) L' introduzione di misure volte a prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione; Nello specifico:
 - E' individuata nella Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche l'Autorità Nazionale Anticorruzione;
 - Sono dettate specifiche misure volte ad assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, compresa l'attività relativa agli appalti pubblici e ai procedimenti di arbitrato;
 - E' dettata una più stringente disciplina delle incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi di dipendenti pubblici ed è affidata al governo la definizione di un codice di comportamento dei pubblici dipendenti;

- E' delegato il Governo all'adozione di un testo unico in materia di incandidabilità e di divieto di ricoprire cariche elettive e di governo a seguito di condanne definitive per delitti non colposi;
 - E' prevista la tutela del pubblico dipendente che denuncia o riferisce condotte illecite apprese in ragione del suo rapporto di lavoro;
 - Sono elencate le attività d'impresa particolarmente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa ed è istituito presso ogni Prefettura l'elenco dei fornitori non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa;
 - E' incrementato il catalogo dei reati alla cui condanna consegue, per l'appaltatore, la risoluzione del contratto con una pubblica amministrazione;
 - E' prevista una più restrittiva disciplina del “fuori ruolo” per i magistrati e gli avvocati dello Stato;
 - E' reso più incisivo il giudizio di responsabilità amministrativa nei confronti del dipendente pubblico che ha causato un danno all'immagine della pubblica amministrazione;
 - Sono dettate nuove cause ostative alle candidature negli enti locali e nuovi casi di decadenza o sospensione della carica;
 - Sono previste misure organizzative da parte delle amministrazioni in caso di rinvio a giudizio di un dipendente per concussione o per induzione;
- 2) la disciplina dei reati contro la pubblica amministrazione, con l'introduzione dell'aumento delle pene, nello specifico:

- Il reato di concussione (art. 317 c.p.) diventa referibile al solo pubblico ufficiale (e non più anche all'incaricato di pubblico servizio) e non è più prevista la fattispecie per induzione, oggetto di un autonomo reato;
- L'attuale reato di corruzione impropria del pubblico ufficiale (art. 318 c.p.) ora rubricato "*Corruzione per l'esercizio della funzione*", viene riformulato in modo da rendere più evidenti i confini tra le diverse forme di corruzione;
- E' inserito nel codice penale l'art. 319-*quater*, relativo al delitto di "*Induzione indebita a dare o promettere utilità*" (c.d. Concussione per induzione), che punisce sia il pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio che induce il privato a pagare sia il privato che dà o promette denaro o altra utilità;
- E' inserito nel codice penale l'art. 346-*bis* relativo al delitto di "*Traffico di influenze illecite*" che sanziona chi sfrutta le proprie relazioni con il pubblico ufficiale al fine di farsi dare o promettere denaro o altro vantaggio patrimoniale come prezzo della sua mediazione illecita;
- E' riformulata l'attuale fattispecie di cui all'art. 2635 c.c. (*Infedeltà a seguito di dazione o promessa d'utilità*) ora denominata "*Corruzione tra privati*" e riferita alle infedeltà nella redazione dei documenti contabili societari;
- La responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche è adeguata alle nuove fattispecie;

Considerando tuttavia i numerosi settori di intervento della suddetta legge, ci soffermeremo in questa sede ad analizzare gli interventi inerenti all'introduzione delle misure volte a prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione tralasciando le modifiche in termini di codice penale, cercando di approfondire gli interventi direttamente riguardanti o maggiormente affini al settore degli appalti.

3.2 L' AUTORITA' NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Il comma 1 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n.190 individua il soggetto chiamato ad operare quale **Autorità Nazionale Anticorruzione**, allo scopo di garantire *“l'attività di controllo, di prevenzione e di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”*, tale comma costituisce l'attuazione dell'art.6 della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione. Il successivo comma 2 della Legge Anticorruzione specifica che è la *Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche* il soggetto ad operare quale Autorità Nazionale Anticorruzione. I precedenti dettami normativi affidano alla Commissione, chiamata ad operare in posizione di indipendenza di giudizio e in piena autonomia, il complesso compito di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio delle funzioni di valutazione, garantendo la trasparenza dei sistemi adottati e la visibilità degli indici di andamento gestionale delle amministrazioni pubbliche.³⁷ Il buon andamento dell'azione amministrativa infatti si può raggiungere soltanto se l'azione della Pubblica Amministrazione risulta, altresì, improntata al rispetto del principio di imparzialità³⁸. A questo compito si accompagna quello, ancor più delicato, di garantire la trasparenza totale delle amministrazioni, cioè l'accessibilità dei dati inerenti al loro funzionamento anche con la fornitura in rete di una accorta selezione di quelli veramente utili a consentire alle istituzioni e ai cittadini di operare un partecipato controllo sul modo di gestione della *“cosa pubblica”*³⁹. In questo spazio si colloca il secondo periodo del comma 2 della Legge Anticorruzione che affida alla Commissione ulteriori prerogative volte a contrastare la corruzione nel territorio nazionale. Nello specifico la Commissione:

- a) Collabora con i paritetici organismi stranieri, con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti;

³⁷ *Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

³⁸ *Imparzialità e buon andamento in tema di scrutini di merito comparativo, E. Cannada-Bartoli, 1964*

³⁹ *Cfr sito ufficiale della Commissione (http://civit.it/?page_id=2.)*

- b) Approva il Piano nazionale anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica;
- c) analizza le cause e i fattori della corruzione e individua gli interventi che ne possono favorire la prevenzione e il contrasto;
- d) Esprime pareri facoltativi agli organi di Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento e ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico;
- e) Esprime pareri facoltativi in materia di autorizzazioni, allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali;
- f) Esercita la vigilanza e il controllo sull'effettiva applicazione e sull'efficacia delle misure dei piani anticorruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni e sul rispetto delle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa;
- g) Riferisce al parlamento, presentando una relazione contro il 31 Dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia;

3.3 IL PIANO NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Tra gli strumenti attuativo delle politiche e delle “buone pratiche di prevenzione della corruzione” previste nel Capitolo II della Convenzione dell' ONU contro la corruzione rientra senz'altro il Piano Nazionale Anticorruzione. Tale Piano è redatto dal Dipartimento della Funzione Pubblica sulla base dei piani di azione di prevenzione della

corruzione dalle singole amministrazioni centrali. Il Piano così formulato è poi trasmesso in Commissione per l'approvazione definitiva. Nonostante siano passati oltre due anni non risulta sia stato effettivamente approvato un vero e proprio Piano Nazionale Anticorruzione.⁴⁰

Il comma 7 si preoccupa di individuare i primari referenti anticorruzione all'interno delle amministrazioni. A tal fine, è demandato all'organo di indirizzo politico l'individuazione, possibilmente tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, del responsabile della prevenzione della corruzione. Il comma 8 specifica che l'organo di indirizzo politico, su proposta del responsabile della prevenzione della corruzione, è tenuto ad adottare entro il 31 gennaio di ogni anno, il *piano triennale di prevenzione della corruzione*, curandone poi la trasmissione al Dipartimento della Funzione Pubblica. Il responsabile della prevenzione della corruzione, sempre entro il 31 gennaio, ha il compito di definire procedure per selezionare l'idonea formazione dei dipendenti destinati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione. La disposizione in esame specifica nell'ultimo periodo che la mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti costituiscono *“elementi di valutazione delle responsabilità dirigenziale”*. Non a caso il comma 14 dispone che in caso di ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano, il responsabile della prevenzione anticorruzione risponda a titolo di *“responsabilità dirigenziale”* ai sensi dell'art.21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 oltre che per omesso controllo, sul piano disciplinare.

3.4 TRASPARENZA AMMINISTRATIVA E RIORDINO DELLA DISCIPLINA

L' art. 1 della Legge Anticorruzione dedica ampio spazio al valore della **trasparenza amministrativa**, intesa quale mezzo di contrasto principe della corruzione nelle

⁴⁰ *Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

pubbliche amministrazioni.⁴¹ Al comma 15 viene espressamente disposto che la trasparenza dell'attività amministrativa costituisce *“livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione”*. Nell'impianto innovativo del nuovo Titolo V parte II della Costituzione, la disposizione di cui alla lett. m), del comma 2 dell'art.117 Cost., si distingue per la sua effettiva innovatività ed originalità in quanto esprime un concetto politico prima ancora che giuridico. Sul piano semantico, il riferimento all'“essenzialità” riguarda infatti i livelli di garanzia necessari ad assicurare pari condizioni di vita su tutto il territorio nazionale, in applicazione al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art.3 Cost.⁴² Quanto alle modalità di attuazione, il medesimo comma 15 dispone che la trasparenza è assicurata mediante la pubblicazione nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi, secondo criteri di agevole accessibilità, completezza e semplicità di consultazione, fatto salvo il rispetto delle disposizioni in materia di segreti di Stato, di segreti d'ufficio e di protezione dei dati personali. Nella progressiva attuazione del principio in esame si colloca, inoltre, la piena applicazione del disposto di cui all'art.21 della legge n. 69/2009 in virtù del quale le amministrazioni devono pubblicare sui propri siti internet le retribuzioni annuali, i curricula vitae ed i recapiti dei dirigenti nonché i tassi di assenza e di maggiore presenza del personale. Trasparenza ed efficienza della pubblica amministrazione e limitazione della corruzione vengono dunque affiancati e posti in un processo di scambio, in quanto la trasparenza è posta alla base della effettiva capacità delle istituzioni pubbliche di rendere conto ai propri amministrati delle attività svolte, rendicontazione volta a creare un efficace sistema di controllo ed individuazione dei fenomeni collettivi.

⁴¹*Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

⁴²*Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

Il comma 16 precisa che le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali delle prestazioni con particolare riferimento ai procedimenti amministrativi di:

- a) autorizzazione e concessione;
- b) scelta dei contraenti privati per l'affidamento dei pubblici contratti di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alle modalità di selezione prescelte dalle stazioni appaltanti ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;
- c) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi ausili finanziari, attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere e persone ad enti pubblici e privati;
- d) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e le progressioni di carriera;

Con particolare riferimento ai procedimenti di scelta dei contraenti per l'affidamento di pubblici contratti di lavori, forniture e servizi il comma 32 precisa che le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali almeno le seguenti informazioni:

- a) la struttura proponente;
- b) l'oggetto del bando;
- c) l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
- d) il nominativo dell'aggiudicatario;
- e) l'importo di aggiudicazione;
- f) i tempi di completamento dell'opera, di espletamento del servizio o di effettuazione della fornitura;

g)l'importo delle somme liquidate;

Tali informazioni sono pubblicate entri il 31 Gennaio di ogni anno in tabelle riassuntive e rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare a fini statistici, i dati informatici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Vedi Cap.4), che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile e catalogata in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione.

Il comma 29 stabilisce che le pubbliche amministrazioni, tramite il proprio sito web istituzionale devono rendere noto almeno un indirizzo di posta elettronica certificata cui il cittadino possa rivolgersi per trasmettere istanze e dichiarazioni, nonché ricevere informazioni circa i provvedimenti e i procedimenti amministrativi che lo riguardano. Tra i principi basilari del d.lgs. n.82/2005 (c.d. Codice dell'amministrazione digitale) infatti, particolare attenzione è rivolta all' implementazione delle funzioni della posta elettronica certificata. Il successivo comma 30 chiarisce che le amministrazioni hanno l'obbligo di rendere accessibili in ogni momento agli interessati, tramite strumenti di identificazione informatica le informazioni relative ai provvedimenti e ai procedimenti amministrativi che li riguardano, infine il comma 31 completa il quadro sottolineando che la mancata o incompleta pubblicazione da parte delle pubbliche amministrazioni delle informazioni *“costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici”*.

La trasparenza è un principio che nonostante fosse originariamente ancorato ai caratteri e ai limiti dell'istituto dell'accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge n. 241/1990, assume oggi una diversa e più ampia configurazione, tanto da essere definita nei termini di *“accessibilità totale”* ai sensi dell'art. 11 d.lgs.n.150/2009 che prevede altresì di dare pubblicità a *“ogni aspetto dell'organizzazione”*, nozione che si ritiene colga

tanto l'aspetto oggettivo quanto quello soggettivo.⁴³ Negli ultimi anni, in particolare a partire dal 2009, sono tutta via intervenute diverse disposizioni in materia di trasparenza, (per esempio la Riforma Brunetta ed il nuovo codice dell'amministrazione digitale). Per questo motivo il comma 35 dell'art.1 della Legge Anticorruzione delega al Governo l'adozione di un decreto legislativo per il *riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, mediante la modifica o l'integrazione delle disposizioni vigenti, ovvero mediante la previsione di nuove forme di pubblicità*”.

Il predetto decreto legislativo dovrà essere adottato entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della legge (ma il detto termine è evidentemente ordinatorio) e senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Quanto ai principi e ai criteri direttivi il comma 35, che costituisce per tanto la “legge delega” ai fini dell’emanazione del decreto di riordino della disciplina della trasparenza, stabilisce i seguenti principi e criteri direttivi:

- a) ricognizione e coordinamento delle disposizioni che prevedono obblighi di pubblicità a carico delle amministrazioni pubbliche;
- b) previsione di forme di pubblicità sia in ordine all’utilizzo delle risorse pubbliche sia in ordine allo svolgimento ed ai risultati delle funzioni amministrative;
- c) precisazione degli obblighi di pubblicità dei dati relativi ai titolari di incarichi politici, di carattere elettivo o comunque di esercizio di poteri di indirizzo politico, di livello statale, regionale e locale. Le dichiarazioni oggetto di pubblicazione obbligatoria devono concernere almeno la situazione patrimoniale complessiva del titolare al momento dell’assunzione della carica, la titolarità di imprese, le partecipazioni

⁴³In tal senso, F.MERLONI – B.PONTI, *La trasparenza*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, 2012

azionarie proprie, del coniuge, e dei parenti entro il secondo grado di parentela, nonché tutti i compensi cui da diritto l'assunzione della carica;

- d) ampliamento delle ipotesi di pubblicità mediante pubblicazione nei siti web istituzionali, di informazioni relative ai titolari degli incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del TUPI, sia con riferimento a quelli che comportano funzioni di amministrazione e gestione, sia con riferimento agli incarichi di responsabilità degli uffici di diretta collaborazione;
- e) definizione di ulteriori categorie di informazioni che le amministrazioni devono pubblicare e delle modalità di elaborazione dei relativi formati;
- f) obbligo di pubblicare tutti gli atti, i documenti e le informazioni anche in formato elettronico elaborabile e in formati di dati aperti. Per formati di dati aperti si devono intendere almeno i dati resi disponibili e fruibili online in formati non proprietari, a condizioni tali da permettere il più ampio riutilizzo anche ai fini statistici e la redistribuzione senza ulteriori restrizioni d'uso, di riuso o di diffusioni diverse dall'obbligo di citare la fonte e di rispettarne l'integrità;
- g) individuazione, anche mediante integrazione e coordinamento della disciplina vigente, della durata e dei termini di aggiornamento per ciascuna pubblicazione obbligatoria;
- h) individuazione, anche mediante revisione e integrazione della disciplina vigente, delle responsabilità e delle sanzioni per il mancato, ritardato o inesatto adempimento degli obblighi di pubblicazione;

A completare le disposizioni di quest'ultimo comma è utile il comma 36 che prevede che le disposizioni contenute nel decreto che il Governo dovrà adottare "sul riordino della disciplina sulla pubblicità e sulla trasparenza" costituiscono esercizio della competenza

legislativa esclusiva dello Stato in quanto integrano l'individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell'art.117, comma 2, lett. m), Cost. In altre parole una pluralità di soggetti pubblici è (o può essere) titolare a vario titolo di flussi d'informazioni, ma la gestione di questo patrimonio è sottoposta al potere di coordinamento esercitato dallo Stato, che poggia sui principi di sussidiarietà, leale collaborazione e doverosità.⁴⁴

3.4 CONTROVERSIE E ARBITRATO

Fondamentali sono all'interno della Legge Anticorruzione le nuove misure inerenti **l'arbitrato**, un istituto che fa ingresso nell'ordinamento italiano, con evidente finalità di deflazione del contenzioso davanti al Giudice Ordinario⁴⁵, con l'art. 349 dell'allegato F alla legge n. 2248/1865 ove si precisava che *“nei capitolati d'appalto potrà prestabilirsi che le questioni tra l'amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri”*. I commi da 19 a 25 dell'art.1 della Legge Anticorruzione ridisegnano nuovamente la disciplina sostanziale dell'arbitrato dei contratti pubblici disciplinando:

- a) un utilizzo ponderato e consapevole del ricorso all'arbitrato da parte delle pubbliche amministrazioni;
- b) l'individuazione dei soggetti chiamati a rivestire l'incarico di arbitro per le pubbliche amministrazioni;
- c) la trasparenza degli incarichi e l'affermazione del principio di effettiva rotazione degli stessi;
- d) una generale riduzione del ricorso all'arbitrato nell'ottica del contenimento dei costi per le pubbliche amministrazioni.

⁴⁴Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013

⁴⁵Relazione sulla giurisprudenza costituzionale – www.corteostituzionale.it, 2008

Tali misure hanno un impatto immediato su stazioni appaltanti e privati in quando entrano effettivamente in vigore il 28 novembre 2012 e non prevedono né norme transitorie né richiedono ulteriori provvedimenti attuativi. Il comma 19 dispone la sostituzione del comma 1 dell'art. 241 del codice dei contratti pubblici denominato "arbitrato". La nuova formulazione specifica che le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazioni e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'art. 240, possono essere deferite ad arbitri (sin qui nulla di nuovo) *"previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione"*. Non è sufficiente dunque che l'organi di governo dell'amministrazione deliberi l'inclusione della clausola compromissoria nella "lex specialis" di gara ma è necessario che il relativo provvedimento rechi un idoneo impianto motivazionale ai sensi dell'art.3 della legge sul procedimento amministrativo, ciò che passa attraverso l'esposizione delle ragioni in fatto e in diritto, oltre che di opportunità, a favore dell'opzione prescelta. Sempre il comma 19, precisa al secondo periodo che *sia"l'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione"*-nel bando o negli altri atti costituenti "lex specialis" di gara – sia l'eventuale *"ricorso all'arbitrato senza preventiva autorizzazione"* sono soggetti al regime di nullità. Il comma 20 introduce invece una rilevante innovazione in quanto estende l'applicazione della disposizione precedente anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui siano parte:

- società a partecipazione pubblica;
- società controllate o collegate a una società a partecipazione pubblica;
- società anche non partecipate e/o controllate che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici.

Tale comma presenta almeno due criticità:⁴⁶

In primo luogo, descrive in modo eccessivamente ampio e indefinito il novero dei soggetti tenuti al rispetto della disposizione di cui all'art. 241, comma 1 , d.lgs. n.163/2006; In secondo luogo rischia di estendere l'applicazione delle norme sull'arbitrato anche a soggetti che non sarebbero necessariamente tenuti all'applicazione del codice dei contratti pubblici.

3.6 INFILTRAZIONI MAFIOSE E “WHITE LIST”

I commi da 52 a 57 sono dedicati al tema dei **controlli antimafia** degli imprenditori contraenti della pubblica amministrazione o comunque chiamati a seguire una o più categorie di prestazioni connesse all'esecuzione di pubblici appalti di lavori, servizi e forniture. Il comma 52 stabilisce che presso ogni Prefettura è prevista l'istituzione di un apposito *“elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa”*. L'iscrizione negli elenchi della prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività imprenditoriale. La Prefettura, nell'ambito delle prerogative di vigilanza e controllo, è tenuta ad effettuare le verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi di infiltrazione criminale e, in caso di esito negativo, è tenuta all'emanazione del provvedimento di cancellazione dell'impresa dall'elenco. Il riferimento contenuto nel comma 52 è alle c.d. *White list*, già previste dall'art.4, comma 13 del d.l. n.70/2011 convertito con modificazioni legge n.106/2011. In tale norma era infatti già prevista l'istituzione e la tenuta a cura delle prefetture dell'elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, cui possono rivolgersi gli esecutori di lavori, servizi e forniture per i subappalti e subcontratti successivi ai contratti pubblici, sia la necessità di apposite verifiche

⁴⁶*Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi. Il comma 53 reca le attività di maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa:

- trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- noli a freddo di macchinari;
- fornitura di ferro lavorato;
- noli a caldo;
- autotrasporti per conto di terzi;
- guardiania dei cantieri.

Per quanto riguarda gli oneri delle imprese iscritte negli elenchi, il comma 55 stabilisce che ognuna di esse è tenuta a comunicare alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dalla data in cui tale modifica interviene, con l'avvertenza che la mancata comunicazione comporta la cancellazione dall'iscrizione. Non sono inoltre previste misure di tipo deterrente o sanzioni amministrative – pecuniarie in caso di mancata osservanza dell'obbligo di comunicare le variazioni. Il comma 57 regola il diritto transitorio disponendo che, fino al sessantesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore del decreto Presidente Consiglio dei Ministri continua ad applicarsi la normativa vigente alla data di entrata in vigore della presente legge.

Onde scoraggiare ulteriormente il fenomeno corruttivo nel settore degli appalti pubblici il comma 58 interviene sul testo dell'art. 135 del codice dei contratti pubblici di lavori,

servizi e forniture inserendo tra le cause di risoluzione del contratto con l'appaltatore anche la sentenza definitiva di condanna nei confronti di quest'ultimo per i gravi reati di cui dall' art.51, commi 3-bis (associazione a delinquere, associazione di stampo mafioso anche straniera, contraffazione, commercio di prodotti con segni falsi, riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, tratta di persone, acquisto e alienazione di schiavi, sequestro di persona a scopo di rapina o di estorsione, associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, associazione a delinquere finalizzata al traffico illecito di rifiuti, contrabbando di tabacchi lavorati esteri) e 3-quater (delitti consumati o tentati con finalità di terrorismo) del codice di procedura penale, per il reato di peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione e per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari e corruzione di incaricato di un pubblico servizio. Tale comma tuttavia lascia intatta la disciplina alle conseguenze dell'accertamento del reato commesso dall'appaltatore. Come noto, la risoluzione del contratto d'appalto non consegue automaticamente alla notizia dell'avvenuto accertamento del reato ma discende da una decisione ampiamente discrezionale da parte dell'amministrazione dove ampio rilievo assume, da un lato, lo stato dei lavori, dall'altro, se far prevalere l'interesse pubblico a compiere ad ogni costo l'opera, oppure l'interesse, parimenti pubblico, consistente nel non avere come contraente un soggetto condannato per gravi reati, quali sono quelli di corruzione e tutti gli altri delitti menzionati dall'art.135 del codice dei contratti pubblici.⁴⁷ Per quanto riguarda le conseguenze economiche a seguito della risoluzione del contratto per sopravvenuta condanna penale passata in giudicato, all'appaltatore spetta soltanto il pagamento dei lavori regolarmente eseguiti. Si ritiene, tuttavia, che da tale importo debba essere detratta la spesa che all'amministrazione deriva dallo scioglimento del contratto. Si tratta degli oneri necessari per affidare

⁴⁷*Le misure Anticorruzione – Casartelli – Papi Rossi, 2013*

nuovamente i lavori ad altro concorrente attraverso una nuova gara ad evidenza pubblica.

3.7 GLI ADEMPIMENTI DEGLI ENTI TERRITORIALI

Il comma 59 dell'art. 1 della Legge Anticorruzione stabilisce che le disposizioni di prevenzione della corruzione contenute nei precedenti commi da 1 a 57 costituiscono diretta attuazione del principio di imparzialità dell'amministrazione ai sensi dell'art. 97 Cost. e, come tali, devono trovare applicazione in tutte le amministrazioni pubbliche. Si tratta della nozione di pubblica amministrazione in senso ampio che comprende tutti i soggetti costituenti l'apparato pubblico dello Stato e non soltanto le autonomie locali (Regioni, Province, Comuni, Comunità montane e loro consorzi e associazioni), come era invece stabilito prima dell'approvazione da parte della Camera dei Deputati. Il comma 60 richiede infatti una serie di adempimenti *con l'indicazione dei relativi termini*, volti alla piena e sollecita attuazione delle disposizioni contenute nella Legge Anticorruzione da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano, degli enti locali e degli enti pubblici, nonché dei soggetti di diritto privato (società in house e controllate) sottoposti al loro controllo. La norma pone in particolare tre tipi di interventi:

- a) la definizione, da parte di ciascuna amministrazione, del piano triennale di prevenzione della corruzione, a partire da quello relativo agli anni 2013-2015, e alla sua trasmissione alla regione interessata, nonché al Dipartimento della funzione pubblica;
- b) l'adozione, da parte di ciascuna amministrazione di norme regolamentari relative all'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici;
- c) l'adozione, da parte di ciascuna amministrazione, del codice di comportamento;

Gli strumenti di realizzazione previsti sono rappresentati dalle intese da raggiungere in seno alla c.d. Conferenza Unificata, che diviene quindi il soggetto direttamente onerato dell'adempimento. Il comma 61 precisa che, sempre attraverso intese in sede di Conferenza Unificata, dovranno essere definiti gli adempimenti attuativi delle disposizioni dei decreti legislativi da parte delle regioni e delle province autonome di Trento e di Bolzano e degli enti locali, nonché degli enti pubblici e dei soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo.

3.8 LE CRITICITA' DELL'ATTUAZIONE PER GLI ENTI LOCALI E LA RESPONSABILITA' DIRIGENZIALE

Pare opportuno in questa sede analizzare le modalità e le criticità di tali attuazioni relativamente agli enti locali. Occorre capire intanto quale sia l'organo di governo chiamato ad indicare il responsabile della prevenzione della corruzione all'interno di questi. La locuzione "organo di indirizzo politico" contenuta nell'art.1 comma 8 della legge 190/2012 non specifica quale sia l'organo competente tra Sindaco, giunta e consiglio. Ad un primo sguardo, sembrerebbe di poter concludere che la competenza sia del consiglio⁴⁸, considerando che ai sensi dell'articolo 42, comma 1 del d.lgs. n.267/2000 "è l'organo di indirizzo e controllo politico amministrativo". Tuttavia non si deve considerare che il consiglio è competente esclusivamente ed in via tassativa per le sole attribuzioni ad esso assegnate dallo stesso articolo 42, il quale richiama solo programmi, mentre utilizza il lemma "piani" solo per quelli urbanistici. La tassatività delle competenze del consiglio porta dunque a far ritenere che l'adozione del piano di prevenzione della corruzione ricada nell'organo dotato di competenza generale e residuale, ovvero la giunta, anche in relazione alla funzione fondamentale esecutiva e non di programmazione generale che riveste il piano stesso.⁴⁹

⁴⁸ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

⁴⁹ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

Il segretario comunale viene chiamato direttamente dalla Legge Anticorruzione nel ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione negli enti locali. Il legislatore ha ritentato di riattribuire al segretario i compiti che gli erano già stati attribuiti nel precedente ordinamento, a riprova dell'insuccesso delle riforme avviate nel 1997.⁵⁰ La designazione del segretario avviene direttamente per espressione di volontà diretta del legislatore. L'organo di governo può individuare un diverso destinatario, solo se specifichi una motivazione particolare. Nulla esclude che le funzioni di responsabile della prevenzione possano essere assegnate al direttore generale nei pochi enti quali risulti ancora possibile attribuirle ad un soggetto diverso dal segretario. Ciò che risulta, comunque, indispensabile è dotare la figura del responsabile della prevenzione della corruzione di una struttura operativa a supporto, visto che occorre non solo allestire il sistema anticorruzione, ma soprattutto presidiarlo.⁵¹ Il responsabile ha il compito di selezionare, sulla base di specifiche procedure, personale operante in settori particolarmente esposti a rischi di corruzione, da destinare ad interventi informativi e formativi proprio sulla materia. Allo scopo, il piano deve prevedere le modalità della formazione, nonché, è da ritenere, anche il sistema del suo finanziamento. Dunque la Legge Anticorruzione non contiene solo disposizioni repressive, bensì anche azioni di sensibilizzazione e conoscenza. Il responsabile della prevenzione deve, dunque, preliminarmente e col supporto dei vertici amministrativi, determinare quali possano essere i settori maggiormente esposti a rischi di corruzione, tra le quali senza dubbio rientrano le autorizzazioni e le concessioni in generale. Tale personale addetto deve essere formato allo scopo, non solo per acquisire una sensibilità che, comunque, dovrebbe essere insita nell'etica del dipendente, ma anche per potersi distinguere e riconoscere tentativi corruttivi.⁵² Si ricorda che il reato di corruzione, non a caso prevede

⁵⁰ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

⁵¹ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

⁵² *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

l'accordo illecito tra il corruttore ed il corrotto. La prevenzione passa inevitabilmente anche attraverso le informazioni che possono arrivare dall'esterno, attrezzando adeguatamente i dipendenti ed istruendoli su come agire. Sempre il responsabile deve verificare "l'efficace attuazione" del piano e la sua idoneità ad operare come concreto strumento anticorruzione richiedendo maggiore attenzione al rispetto delle azioni di prevenzioni previste che non al mero risultato. L'esito dunque della prevenzione non è tanto l'atto formale della proposizione del piano, bensì l'esecuzione delle attività idonee ad evitare la corruzione. Il responsabile, sulla scorta della verifica periodica deve anche proporre la modifica del piano "quando sono accertate significative violazioni delle prescrizioni ovvero quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'amministrazione". In maniera indiretta la norma impone al responsabile della prevenzione della corruzione il compito di verificare le violazioni al piano, occupandosi inoltre della "verifica, d'intesa con il dirigente competente, dell'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività nel cui ambito è più elevato il rischio che siano commessi reati di corruzione". La legge assegna al responsabile un rilevante e nuovo potere di vera e propria ingerenza nell'autonomia organizzativa propria di ciascun dirigente. Inoltre viene chiamato a verificare in modo propositivo e proattivo il modo col quale ciascun dirigente attua i sistemi di rotazione, controllando il rispetto del tasso previsto, anche verificando gli atti concretamente posti in essere. Si nota che la rotazione degli incarichi e delle funzioni viene considerata come lo strumento principale da utilizzare contro i fenomeni di corruzione. Vi è, tuttavia, da considerare che si tratta di uno strumento piuttosto complicato da realizzare, in quanto non è da discutere che uno dei valori aggiunti di qualsiasi attività lavorativa consiste nell'esperienza, nell'acquisizione di competenza e capacità nel realizzare il proprio lavoro.⁵³ Pensare a sistemi spinti di rotazione è velleitario, perché si rinuncia a questo valore aggiunto. Per altri, risulta estremamente costoso investire e reinvestire

⁵³ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

continuamente sulle professionalità per far sì che l'impatto del cambiamento di mansioni e ruoli risulti senza conseguenze nella gestione. La rotazione va, con molta difficoltà, ponderata con l'impatto che comporta conseguentemente nell'organizzazione. Sarebbe stato naturale aspettarsi a tale merito che la legge n.190/2012 incrementasse quanto meno la spesa per la formazione, dimezzata tra l'altro del 50% rispetto al 2009 col d.l. 78/2012 convertito in legge 122/2012. Infine non si può non sottolineare come nella grandissima parte dei comuni la rotazione non può che essere una chimera: troppo piccoli e troppo pochi i dipendenti per poter seriamente immaginare di effettuare rotazioni efficaci.

Tornando al responsabile della prevenzione della corruzione, è quest'ultimo soggetto ad una fittissima rete di responsabilità. In prima battuta, per il responsabile saranno elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale *“la mancata predisposizione del piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti”*. Il sistema della responsabilità dirigenziale è fondato su tre livelli di sanzioni:

- l'impossibilità di rinnovare, alla scadenza, l'incarico dirigenziale;
- oppure la revoca anticipata;
- oppure il recesso del rapporto di lavoro.

E' evidente che si tratta di misure in gran parte incompatibili con la regolazione del rapporto dei segretari comunali, i quali dipendono,(ancora per poco), dall'Agenzia per poi tornare nei ruoli del Ministero dell'Interno.⁵⁴ Unica sanzione realmente compatibile è la revoca dell'incarico, dunque questa serie di sanzioni ha senso solo per i dirigenti veri e propri. In seconda battuta, il responsabile è sindacabile per la condotta altrui: *“In caso di commissione, all'interno dell'amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato, il responsabile individuato ai sensi del comma 7 del*

⁵⁴ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

presente articolo risponde ai sensi dell'articolo 21 del decreto legislativo 20 Marzo 2001 n.165 e successive modificazioni, nonché sul piano disciplinare, oltre che per il danno erariale e all'immagine della pubblica amministrazione". In questo caso "la sanzione disciplinare a carico del responsabile individuato ai sensi del comma 7 non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi". Tale responsabilità tutta via è alleggerita da alcune situazioni, all'interno delle quali il responsabile dimostri "di aver predisposto, prima della commissione del fatto, il piano di cui al comma 5 e di aver osservato le prescrizioni di cui ai commi 9e 10 del presente articolo; o di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del piano".

3.9 DIVIETO DI AFFIDAMENTO ESTERNO E CONTENUTO DEL PIANO

Per quanto riguarda il Piano, l'articolo 1 comma 8 della legge pone il divieto di elaborare il piano anticorruzione avvalendosi dell'attività di soggetti esterni non rientranti nei ruoli organici dell'ente:"*l'attività del Piano non può essere affidata a soggetti estranei all'amministrazione*". Tutta via il comma 6 prevede che il responsabile possa richiedere al Prefetto un supporto "*tecnico ed informativo*" senza prevedere però che questo si sostituisca agli enti per la predisposizione del Piano, né fornisca attività di consulenza ma che si assicuri che "*i piani siano formulati e adottati nel rispetto delle linee guida contenute nel piano nazionale approvato dalla Commissione*".

Il comma 9 dell'articolo 1 della Legge Anticorruzione definisce indirettamente il contenuto del piano fissando le esigenze alle quali deve rispondere:

- a) invalidare le attività, tra le quali quelle di cui al comma 16, nell'ambito delle quali è più elevato il rischio di corruzione, anche raccogliendo le proposte dei dirigenti,elaborate nell'esercizio delle competenze previste dall'articolo 16, comma 1 lettera a-bis, del decreto 30 marzo 2001, n. 165.*

Il comma 16 dell'articolo 1 elenca le seguenti attività:

- 1) autorizzazione o concessione;
- 2) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alle modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163;
- 3) concessione ed erogazione di sovvenzioni ,contributi,sussidi,ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati ;
- 4) concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e progressioni di carriera di cui all'art. 24 del decreto legislativo n.150/2009.

Come intuibile, procedimenti particolarmente “sensibili” per i pericoli di corruzione sono gli appalti, e segnatamente, le procedure di scelta del contraente, ma anche la stessa individuazione del sistema di gara da utilizzare, nonché i concorsi, comprese le procedure di progressione di carriera, cioè i concorsi con riserva parziale di posti.

b) Prevedere, per le attività individuate ai sensi del punto a, meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione;

In primo luogo, la già vista attività di formazione. In secondo luogo occorre pensare a misure di controllo sulle attività, ed il Piano di prevenzione dovrebbe anche indicare strumenti di controllo non solo formali, ma anche sui comportamenti e sull'attività di fatto concretamente svolta dagli uffici. I controlli debbono, come si evince dalla lettura della norma, riferirsi anche all'attività di attuazione delle decisioni.⁵⁵ Si pongono a questo punto problemi di organizzazione delle verifiche dei controlli, che certamente non possono essere rimessi alla responsabilità esclusiva del responsabile della

⁵⁵ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

prevenzione della corruzione, ma debbono coinvolgere anche i singoli dirigenti posti a capo delle strutture.

- c) Prevedere, con particolare riguardo alle attività individuate ai sensi della lettera a), obblighi di informazione nei confronti del responsabile, individuato ai sensi del comma 7, chiamato a vigilare sul funzionamento e sull'osservanza del piano.*
- d) monitorare il rispetto dei termini, previsto dalla legge o dai regolamenti, per la conclusione dei procedimenti,*

Il ritardo nello svolgimento dei procedimenti amministrativi è spesso indice sia di cattiva organizzazione che di corruzione⁵⁶. Un classico sistema è quello di ritardare ad arte il rilascio di provvedimenti, per incitare il destinatario a cercare la via più breve o facilitata, attraverso accordi illeciti. Il controllo dunque, del rispetto dei termini è non solo uno strumento di buona e corretta amministrazione in sé e per sé, ma anche arma proprio contro la corruzione.

- e) monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione.*

Uno dei pericoli oggettivamente più noti e di maggior rilievo, ai fini della corruzione, è la sussistenza di conflitti di interesse. Le procedure finalizzate all'acquisizione di lavori, servizi e forniture sono, ovviamente, estremamente delicate. Si deve scongiurare per

⁵⁶ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

qualsiasi ragione il pericolo grave della commissione del reato di corruzione, che oltre a violare irrimediabilmente la fiducia nelle istituzioni, determina conseguenze rilevantissime nell'ordinamento, aumentando i costi degli appalti, distorcendo la concorrenza a beneficio non delle aziende più efficienti ma più attrezzate a delinquere, sviando totalmente dal perseguimento del bene collettivo, per cercare prevalentemente quello personale.⁵⁷ Le stesse cautele debbono valere anche per le procedure finalizzate all'attribuzione di vantaggi economici a qualsiasi titolo. Il conflitto di interessi va scongiurato con strumenti opportuni, finalizzati a verificare la sussistenza di possibili relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione, come dispone la lettera f):

- f) *individuare specifici obblighi di trasparenza ulteriori rispetto a quelli previsti da disposizioni di legge;*

⁵⁷ *Anticorruzione negli Enti Locali – Luigi Oliveri, 2013*

Capitolo 4 - CORRUZIONE E APPALTI

4.1 L'AUTORITA' PER LA VIGILANZA SUI LAVORI PUBBLICI

In attuazione delle due direttive comunitarie, che prevedono la possibilità per gli Stati membri di istituire Autorità indipendenti per la vigilanza sul settore degli appalti, e in attuazione della legge delega, i poteri dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, preesistente al codice, sono stati estesi al settore delle forniture e dei servizi, nonché ai settori speciali. L'Osservatorio dei lavori pubblici, organo ausiliario dell'Autorità, diviene l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture. L'Autorità vigila sia sui settori ordinari che su quelli speciali, sia sugli appalti sopra soglia che su quelli sotto soglia, ivi compresi gli appalti di interesse regionale.⁵⁸ La vigilanza attiene infatti al corretto funzionamento del mercato degli appalti e, in definitiva, della concorrenza, ed è quindi una funzione statale esclusiva che non può essere esclusa o limitata nei confronti degli appalti regionali. Infatti la Corte Costituzionale ha riconosciuto la legittimità della vigilanza dell'Autorità anche sui lavori pubblici di interesse regionale. Il codice conferma i seguenti compiti all'Autorità:

- Vigila sull'osservanza della disciplina legislativa e regolamentare vigente, verificando, anche con indagini campionarie, la regolarità delle procedure di affidamento;
- Vigila affinché sia assicurata l'economicità di esecuzione dei contratti pubblici;
- Accerta che dall'esecuzione dei contratti non sia derivato pregiudizio per il pubblico erario;
- Segnala al Governo e al Parlamento, con apposita comunicazione, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa sui contratti pubblici;

⁵⁸ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

- Formula al ministro delle infrastrutture e dei trasporti proposte per la revisione del regolamento;
- Predisporre e invia al Governo e al parlamento una relazione annuale nella quale si evidenziano le disfunzioni riscontrate nel settore dei contratti pubblici;
- Sovrintende all'attività dell'Osservatorio;
- Esercita i poteri sanzionatori ad essa attribuiti;

Sia prima che dopo il codice, l'Autorità rende pareri o quesiti formulati dalle stazioni appaltanti, o su questioni interpretative di interesse generale. Tali pareri non hanno tuttavia una funzione regolatoria e non sono vincolati. Essi quindi non hanno autonoma portata lesiva e valenza provvedimento, sicché non sono suscettibili di impugnazione giurisprudenziale per difetto di interesse concreto e attuale.⁵⁹ All'Autorità inoltre sono attribuiti poteri di indagine, strumentali all'esercizio dei compiti ad essa affidati. In particolare, nell'ambito della sua attività può:

- Richiedere alle stazioni appaltanti, agli operatori economici esecutori dei contratti, nonché ad ogni altra pubblica amministrazione e ad ogni ente, anche regionale, operatore economico o persona fisica che ne sia in possesso, documenti, informazioni e chiarimenti relativamente ai lavori, servizi e forniture pubblici, in corso o da iniziare, al conferimento di incarichi di progettazione, agli affidamenti;
- Disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi anche della collaborazione di altri organi dello Stato;
- Disporre perizie e analisi economiche e statistiche nonché la consultazione di esperti in ordine a qualsiasi elemento rilevante ai fini dell'istruttoria;

⁵⁹Cons. St., sez. IV, 22 Maggio 2007 n.2651,

- Avvalersi del Corpo della Guardia di Finanza , che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi. Tutte le notizie, le informazioni e i dati acquisiti dalla Guardia di Finanza nello svolgimento di tali attività sono comunicati all'Autorità;

4.2 L'OSSERVATORIO E LE LEGGI REGIONALI INERENTI ALLA CORRUZIONE

Nella logica dell'autonomia organizzativa dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, l'articolazione dell'Osservatorio va stabilita dal regolamento dell'Autorità.

Il compito dell'Osservatorio di rilevare costi standardizzati dei lavori viene esteso ai servizi e alle forniture. Tale estensione ha comportato la necessità di un coordinamento con le norme già vigenti in tema di rilevazione di costi standardizzati di servizi e forniture che prevedono la competenza dell'ISTAT, e in tema di parametri di qualità-prezzo delle convenzioni CONSIP. L'art 6,co.5-8, l.n. 537/1994, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici devono acquisire beni e servizi al miglior prezzo di mercato, ove rilevabile, e per orientare le amministrazioni è prevista la raccolta ed elaborazione di dati statistici da parte dell'Istat. Tale meccanismo è ora coordinato con le nuove competenze dell'Autorità e dell'Osservatorio, atteso che quest'ultimo ha già la competenza per rilevare i costi standardizzati dei lavori. Presso l'Osservatorio viene previsto un sito informatico sul quale, in aggiunta al sito informatico già esistente presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, andranno pubblicati bandi e avvisi. Il secondo d.lgs. Correttivo n.113/2007 ha novellato l'art.7,co.4,codice, stabilendo che i compiti non sono svolti direttamente dalla sezione centrale dell'Osservatorio, bensì tramite le sezioni regionali. Infatti all'art.7,co.4 le parole “svolge i” sono sostituite con le parole “si avvale delle sezioni regionali competenti per territorio, per l'acquisizione delle informazioni necessarie allo svolgimento dei”.⁶⁰La novella dunque recepisce una condizione della

⁶⁰ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

Commissione VIII della Camera, ed è volta a rafforzare il ruolo delle sezioni regionali dell'Osservatorio, con particolare riferimento all'attività di raccolta dei dati relativi ai servizi e alle forniture di interesse regionale, provinciale e comunale.

Il codice prevede il sito informatico presso l'Osservatorio, su cui vanno pubblicati bandi e avvisi, e rinvia al regolamento quanto alle modalità di funzionamento del sito, mediante la previsione di archivi differenziati per bandi,avvisi, ed estremi di programmi non scaduti, e per atti scaduti. Il nuovo regolamento (art.7 regolamento) dà attuazione a tale previsione stabilendo che:

- l'Autorità con specifico comunicato del Presidente, inserito nel sito informatico dell'Osservatorio, rende noto le modalità di pubblicazione, ai sensi dell'art.66,co.7,codice nonché di raccolta, dei bandi e avvisi di gara di lavori,servizi e forniture;
- Le modalità di pubblicazione sono definite in modo da garantire la visibilità dei bandi e gli avvisi confluiscono nel sistema dell'Osservatorio e sono registrati in un'apposita banca dati istituita presso l'Osservatorio, cui possono accedere le stazioni appaltanti e chiunque abbia interesse per la tutela di situazioni giuridicamente tutelate;
- La banca dati è disciplinata con atto del Consiglio dell'Autorità, che prevede, nel suo ambito, archivi differenziati per bandi, avvisi ed estremi dei programmi,non scaduti e scaduti;

Giova segnalare che sono poco stringenti i criteri in ordine alla pubblicazione di decisioni giurisprudenziali e arbitrali⁶¹ in quanto:

- Non si prescrive la pubblicazione integrale dei provvedimenti, ma solo le massime;

⁶¹ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori,servizi e forniture – R. De Nictolis,2010*

- Non si indicano criteri per la redazione delle massime;
- Non vi è un obbligo generalizzato esteso a tutti i provvedimenti giurisprudenziali ed arbitrali;
- Non sono dettati criteri selettivi peculiari, facendosi riferimento solo alle “materie oggetto del codice”;
- Si lascia ampio margine alle scelte dell'Autorità quanto ai provvedimenti da selezionare e ai criteri di massimizzazione;⁶²

Sarebbe auspicabile che l'Autorità prestabilisse criteri selettivi e di massimizzazione, soprattutto quanto ai lodi arbitrali. Mentre, infatti, le decisioni giurisdizionali relative alla fase di gara sono agevolmente conoscibili attraverso le riviste giuridiche, non altrettanto si può dire riguardo ai lodi arbitrali.⁶³ Una maggiore conoscenza del contenzioso arbitrale sarebbe anche di aiuto per meglio conoscere le patologie in fase di esecuzione del contratto e porvi rimedio in via normativa. Secondo il codice appalti tutti i lodi arbitrali nelle materie del codice vanno depositati presso la camera arbitrale, sicché l'Autorità dispone di tutti i lodi arbitrali pare indispensabile che questa metta tale ricco patrimonio conoscitivo a disposizione della collettività, dettando criteri di pubblicazione e massimizzazione dei lodi arbitrali.⁶⁴

Per i lavori pubblici, il casellario informatico presso l'Osservatorio è stato istituito dall'art.27 D.P.R. n. 34/2000. Secondo tale disposizione il casellario è formato sulla base delle attestazioni trasmesse dalle SOA, e delle comunicazioni delle stazioni appaltanti previste dal regolamento generale. All'interno del casellario sono inseriti in via informatica per ogni impresa qualificata una serie di dati. Le stazioni appaltanti inviano

⁶² *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

⁶³ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

⁶⁴ *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture – R. De Nictolis, 2010*

alla fine dei lavori una relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa esecutrice, redatta secondo la scheda tipo definita dall'Autorità. I dati del casellario sono resi pubblici a cura dell'Osservatorio e sono a disposizione di tutte le stazioni appaltanti per l'individuazione delle imprese nei cui confronti sussistono cause di esclusione dalle procedure di affidamento dei lavori pubblici.

Tutte le Regioni dispongono di almeno una norma in materia di lavori pubblici ed appalti alle quali sono state integrate le misure necessarie per l'istituzione dell'Osservatorio. Mentre in molte Regioni la legge si sofferma sul mero funzionamento, sulla composizione e sulle disposizioni finanziarie di questo, in alcune Regioni la disciplina si è dimostrata occasione per integrare la legge istitutiva con alcune misure sulla trasparenza e sulla prevenzione al fenomeno della corruzione:

La legge Regionale N. 3 del 27 Febbraio 2007 “disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania”, indica nell'articolo 20 la voce “tutela della legalità negli appalti”. In sostanza la Regione elabora un piano d'azione specifico contenente misure procedurali e amministrative “volte a tutelare l'integrità e la legalità della fase di realizzazione dei lavori. “ Lo fa predisponendo delle Valutazioni di Impatto Criminale (VIC) atte a “segnalare i rischi di penetrazione criminale connessi alla presenza della criminalità sul territorio.”

La legge specifica poi l'ambito delle valutazioni: “Le stazioni appaltanti, nella predisposizione degli atti di gara relativi a contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, escludono la possibilità del ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui agli articoli 49 e 50 del Codice e successive modificazioni.

La Regione Sicilia invece nella legge 20 novembre 2008, n. 15 “ Misure di contrasto alla criminalità organizzata” inserisce alcune misure molto dettagliate riguardanti gli appalti, tra cui un conto corrente unico:

“Per gli appalti di importo superiore a 100 migliaia di euro, i bandi di gara prevedono, pena la nullità del bando, l'obbligo per gli aggiudicatari di aprire un numero di conto corrente unico sul quale gli enti appaltanti fanno confluire tutte le somme relative all'appalto. L'aggiudicatario si avvale di tale conto corrente per tutte le operazioni relative all'appalto, compresi i pagamenti delle retribuzioni al personale da effettuarsi esclusivamente a mezzo di bonifico bancario. Il mancato rispetto dell'obbligo di cui al presente comma comporta la risoluzione per inadempimento contrattuale. “

Inoltre “I bandi di gara prevedono, pena la nullità degli stessi, la risoluzione del contratto nell'ipotesi in cui il legale rappresentante o uno dei dirigenti dell'impresa aggiudicataria siano rinviati a giudizio per favoreggiamento nell'ambito di procedimenti relativi a reati di criminalità organizzata. “

4.3 CORRUZIONE E APPALTI: MAPPA NAZIONALE E REGIONALE

Solo attraverso una capillare ed aggiornata analisi e ricostruzione delle aree maggiormente esposte, dei comportamenti devianti più diffusi e della conseguente elaborazione di una mappa dei “rischi” è possibile individuare interventi di tipo correttivo al fenomeno della corruzione. Ciò è tanto più vero nella misura in cui si cerchi non solo e non tanto di reprimere il fenomeno quanto di prevenirlo, apparendo, in questo senso, ancor più essenziale la conoscenza per “anticipare” le contromisure atte a diminuire, se non a scongiurare, i rischi apprezzati in fase di analisi.⁶⁵ Uno dei principali problemi da affrontare nell'analisi del “problema” corruzione è rappresentato proprio dalla difficoltà di individuare una definizione di corruzione che possa essere ampiamente condivisa e rappresentare un concetto di comune riferimento. La scelta operata dalle principali Convenzioni internazionali in materia (prima fra tutte la Convenzione ONU contro la corruzione, per il ruolo di strumento di riferimento fondamentale che sta assumendo nella comunità internazionale) è stata quella di rinunciare a prevedere uno

⁶⁵ *Il fenomeno della corruzione in Italia - “la mappa dell'alto Commissario Anticorruzione”, 2007*

specifico reato denominato come “corruzione”, preferendo indicare una lista di reati che vengono considerati come espressione di atti corruttivi o comunque rientranti nell’alveo della corruzione. Ma alcune caratteristiche fondamentali sono largamente condivise, la corruzione “implica una violazione di un dovere inerente alla propria posizione (che non deve essere necessariamente di rilievo pubblico, essendo prevista anche la corruzione nel settore privato), presuppone un sistema normativo di riferimento (politico, giuridico, economico), non sempre si concretizza nella commissione di un atto anti-giuridico (è il caso della c.d. corruzione impropria, cioè finalizzata alla commissione di un atto non contrario ai doveri di ufficio), mentre evoca sempre l’aspettativa di un beneficio extra (non necessariamente economico) ed è solitamente realizzata in maniera segreta o riservata.⁶⁶ Si distingue spesso tra “grande” e “piccola” corruzione: la prima giunge a coinvolgere addirittura i vertici dell’apparato governativo, minando complessivamente la fiducia nelle istituzioni; la seconda si connota, invece, per lo più in termini di favori o trattamenti preferenziali su temi di minore portata ottenuti in virtù di conoscenze personali o del pagamento di tangenti singolarmente considerate di non rilevante entità.⁶⁷ Il fenomeno della corruzione si caratterizza per la ricerca di rendite (c.d. rent seeking), sia da parte del corruttore che da parte del corrotto. Il primo, infatti, si pone nell’ottica di massimizzare nel settore elettivo di interesse le proprie opportunità e, in questo processo di ricerca e valutazione, prenderà in considerazione anche il comportamento corruttivo, se questo, secondo una stima di costo-beneficio, potrà risultare conveniente e non presenti margini di rischio tali da risultare dissuasivi. Al secondo, invece, si può presentare (oppure può ricercare e promuovere direttamente) la opportunità di far fruttare la propria posizione, tipicamente pubblica ma anche privata,

⁶⁶“Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione” - Jorge F. Malem Sena, 2005

⁶⁷Il fenomeno della corruzione in Italia - “la mappa dell’alto Commissario Anticorruzione”, 2007

nel senso di ottenere attraverso di essa benefici extra rispetto alla remunerazione prevista.⁶⁸

Sul piano economico, può affermarsi che la corruzione, soprattutto ove alimentata da infiltrazioni della criminalità organizzata nella pubblica amministrazione, produce una serie di effetti distorsivi quali:

- l'alterazione del funzionamento dei prezzi sul sistema dei mercati, ostacolando il libero esplicarsi della concorrenza;
- Sul reclutamento delle risorse umane, l'alterazione del mercato dell'offerta di lavoro, con la prospettiva di facili guadagni in attività illegali;
- la chiusura di imprese sane;
- l'inibizione dell'avvio e dello sviluppo di nuove attività;
- l'inquinamento degli appalti pubblici (anche sotto il profilo della inefficacia della spesa pubblica, come, ad esempio, nel recente dibattito circa l'utilizzo funzionale dei fondi per il Mezzogiorno);
- in generale, la distorsione dell'allocazione delle risorse finanziarie.⁶⁹

In Italia le politiche nazionali sembrano muoversi come se il rischio corruzione non rappresentasse più un problema.⁷⁰

⁶⁸ "Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione" - Jorge F. Malem Sena, 2005

⁶⁹ *Effetti distorsivi sull'economia legale: la corruzione* – Ferdinando Ofria, 2006

⁷⁰ *Effetti distorsivi sull'economia legale: la corruzione* – Ferdinando Ofria, 2006

Principali reati conto la Pubblica Amministrazione.
Delitti consumati di corruzione e concussione.
Periodo "2004 - 2010".

	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	totale
corruzione <i>(art. 318, 319, 320 cp)</i>	158	126	112	128	148	171	96	939
concussione <i>(art. 317 cp)</i>	138	115	86	130	145	140	127	881
TOTALE Reati contro la PA	3.403	3.550	5.498	3.367	3.413	3.230	3.076	25.537

Fonte : Dati del Sistema di Indagine. Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizio di Analisi Criminale.
Ministero dell'Interno.

Viceversa, come evidenziato nei recenti studi sul tema, le cronache di questi ultimi anni rendono l'immagine di un Paese nel quale è prassi comune il pagamento di tangenti nell'aggiudicazione degli appalti, nell'ottenimento di licenze edilizie, nella realizzazione di operazioni finanziarie ma anche nel superamento di esami universitari, nell'esercizio della professione medica, nel mondo del calcio⁷¹. Sotto il profilo oggettivo, sono stati presi in esame i dati riferiti a due momenti distinti dell'evento corruttivo: quello dell'emersione del reato, che si sostanzia nella materiale denuncia, e quello dell'accertamento definitivo delle responsabilità, segnato dal passaggio in giudicato della condanna. È bene precisare che i due diversi gruppi di dati, pur considerando il medesimo profilo del fenomeno, vale a dire la sua rilevanza giudiziaria, trattano il dato in base a differenti criteri, in coerenza con il precipuo interesse sotteso al proprio mandato istituzionale.⁷² In generale si può osservare che le informazioni in argomento presentano caratteristiche molto diverse sotto il profilo dinamico. Infatti, mentre i dati concernenti le denunce forniscono, pressapoco, un'immagine attuale del fenomeno, cristallizzando il dato al momento della scoperta del reato, quelli sulle condanne devono essere letti tenendo in considerazione la durata dei procedimenti penali e dei diversi gradi di

⁷¹ "Mani pulite" vecchia e nuova corruzione in Italia - Della Porta, 2007

⁷² Il fenomeno della corruzione in Italia - "la mappa dell'alto Commissario Anticorruzione", 2007

giudizio, cosicché i dati relativi a un anno, di fatto, fanno riferimento a reati commessi anche molti anni prima. Per questo motivo i dati non sono tra loro confrontabili o sovrapponibili, ma ciascun gruppo è portatore di una diversa informazione che può contribuire alla comprensione dell'entità dei fenomeni corruttivi.

Principali reati contro la P.A.
Delitti consumati di corruzione e concussione, per Regione.
Periodo "2004 - 2010", anni 2009 e 2010.

	corruzione (art. 318, 319, 320 cp)			concussione (art. 317 cp)		
	2004-2010	2009	2010	2004-2010	2009	2010
ABRUZZO	28	4	3	25	2	3
BASILICATA	9	0	1	10	1	2
CALABRIA	45	4	6	50	5	7
CAMPANIA	186	61	26	123	19	20
EMILIA R.	42	8	2	46	8	4
FRIULI V.G.	7	2	1	6	0	2
LAZIO	104	15	12	85	17	14
LIGURIA	29	3	6	24	2	6
LOMBARDIA	130	18	9	127	12	24
MARCHE	6	1	1	12	2	1
MOLISE	12	0	0	12	4	1
PIEMONTE	56	6	3	49	10	9
PUGLIA	70	5	14	86	13	5
SARDEGNA	8	1	2	12	2	5
SICILIA	76	18	0	117	24	14
TOSCANA	53	9	4	46	9	6
TRENTINO A.A.	6	1	0	7	2	1
UMBRIA	29	4	5	11	1	1
V. D'AOSTA	1	0	0	0	0	0
VENETO	42	11	1	33	7	2
TOTALE	939	171	96	881	140	127

Fonte: Dati del Sistema di Indagine. Direzione Centrale della Polizia Criminale - Servizio di Analisi Criminale. Ministero dell'Interno.

Emergono dall'ultima tabella nel periodo osservato alcuni profili di particolare rilevanza, se non un'accentuazione del fenomeno – quanto al delitto di corruzione nel corso del 2009 – in Campania, Sicilia e Veneto, verosimilmente dovuta agli esiti delle note attività di indagine sviluppate in tema di rifiuti e di servizi di manutenzione globali. Emergono inoltre i sottili numeri di Valle d'Aosta, Basilicata, Molise, Sardegna, Friuli A.G. , Trentino

A.A. e Marche in tema di corruzione mentre colpisce il ridotto numero di denunce registrate in Calabria a fronte dei ripetuti scioglimenti EELL e Aziende Sanitarie.⁷³

Principali reati contro la P.A. Violazione p. e p. dall'art. 319 *ter*.
Totale delitti consumati e persone denunciate, per Regione.
Periodo "2004 - 2010".

	Fatti denunciati	Persone denunciate
ABRUZZO	1	4
BASILICATA	2	4
CALABRIA	3	15
CAMPANIA	6	7
EMILIA R.	3	2
FRIULI V.G.	0	0
LAZIO	9	57
LIGURIA	2	1
LOMBARDIA	7	17
MARCHE	1	11
MOLISE	0	0
PIEMONTE	0	0
PUGLIA	2	53
SARDEGNA	0	0
SICILIA	3	5
TOSCANA	4	34
TRENTINO A.A.	0	0
UMBRIA	2	4
V. D'AOSTA	0	0
VENETO	3	3
TOTALE	48	217

Fonte: Dati del Sistema di Indagine. Direzione Centrale della Polizia Criminale – Servizio di Analisi Criminale. Ministero dell'Interno.

Lazio e Lombardia sono le Regioni che presentano il numero di denunce più elevato, e insieme valgono quasi un terzo del totale di quelle registrate negli ultimi sette anni: come già detto, non deve stupire, in relazione al numero di "transazioni" a rischio che interessano queste due aree del Paese.

⁷³Servizio Anticorruzione e Trasparenza – Relazione al Parlamento, 2010

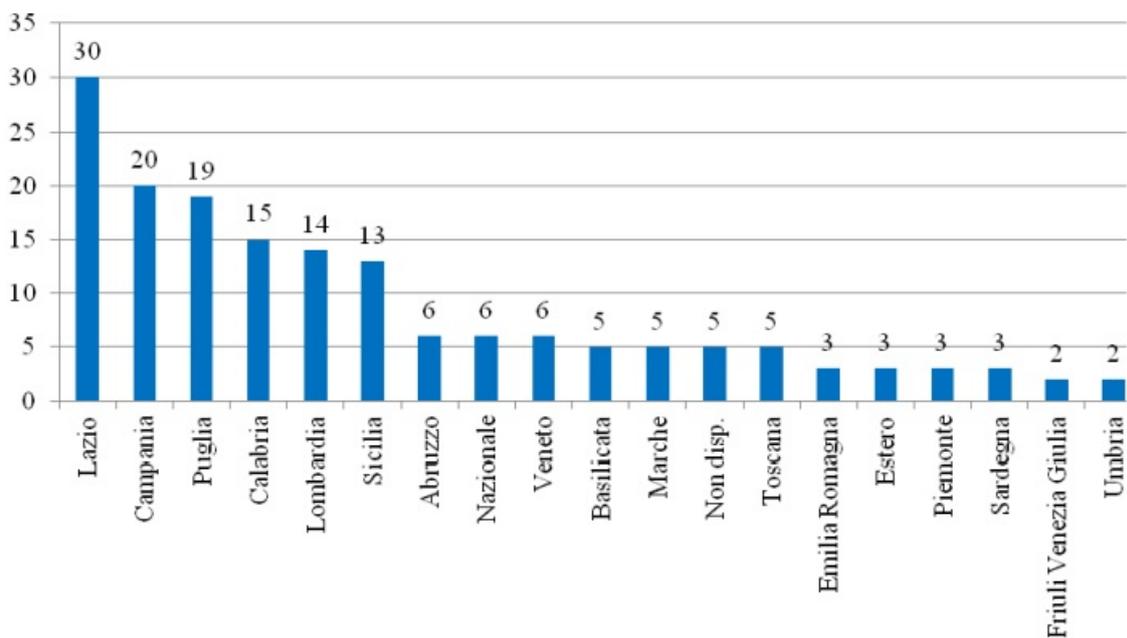
Trattandosi di numeri sottili, è sufficiente un'attività repressiva che sia sfociata nell'individuazione di una "rete" più allargata di presunte connivenze, per "drogare" il dato, come nel caso della Toscana, dove gli esiti di due indagini, una nel 2004 e una nel 2006, hanno coinvolto trenta persone.⁷⁴

Una volta appresi i dati inerenti alla consistenza del fenomeno della corruzione su base nazionale e regionale, è opportuno soffermarci sul reato della corruzione limitatamente al fenomeno della corruzione negli appalti, su base regionale. Dall'1 Ottobre 2009 al 31 Dicembre 2010 sono pervenute presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione 165 denunce, esposti o segnalazioni.

Prendendo in esame i dati riferiti all'area geografica di provenienza, si osserva che i primi quattro posti sono occupati da Regioni del centro-sud: Lazio, Campania, Puglia e Calabria. Interessante è il dato della Lombardia che occupa il quinto posto e ha visto aumentare di molto le denunce rispetto allo scorso anno in cui erano solo tre. Compaiono inoltre per la prima volta le Regioni della Sardegna e del Friuli Venezia Giulia:

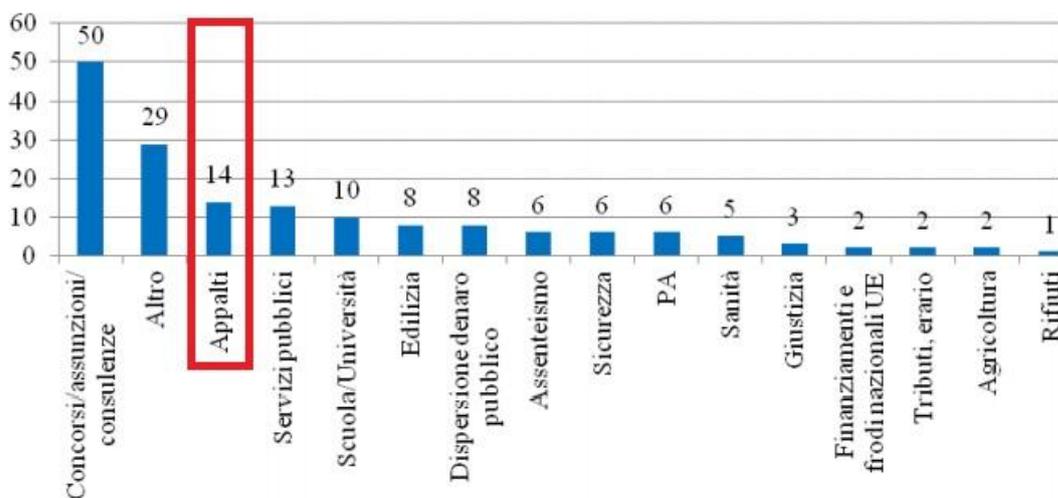
⁷⁴*Servizio Anticorruzione e Trasparenza – Relazione al Parlamento, 2010*

Distribuzione delle segnalazioni per area geografica.



Tra queste denunce si nota una notevole percentuale riguardante la corruzione negli appalti:

Distribuzione delle segnalazioni per settore d'interesse



Fonte: ns. elaborazione su dati del Database S.A.eT.

Per quanto riguarda la distribuzione delle segnalazioni per settore d'interesse si osserva che quello dei Concorsi/assunzioni/consulenze è il più colpito con un totale di denunce pari al 32% circa . La restante parte delle denunce si riferisce prevalentemente agli Appalti, ai Servizi pubblici e alla Dispersione di denaro pubblico. Poco indicativi sono i numeri relativi agli altri settori.

Nello specifico si nota una certa continuità nella provenienza del tipo di denunce negli ultimi anni:

OGGETTO: Dati info operativi raccolti dall'Ufficio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ripartiti per area geografica, e settore di specifico interesse operativo.

Denunce, esposti e segnalazioni pervenute.
Periodo 1 ottobre 2008 - 31 dicembre 2009

Regione	AMBIENTE	APPALTI	ASSENTEISMO	CONCORSI/ASSUNZIONI/CONSULENZE	DISPERSIONE DENARO PUBBLICO	EDILIZIA	FINANZIAMENTI E FRODI NAZIONALI E U.E.	GIUSTIZIA	P.A.	SANITA'	SCUOLA	SCUOLA/CONCORSI	SERVIZI PUBBLICI	SICUREZZA	TRIBUTERARIO	UNIVERSITA'	UNIVERSITA'/CONCORSI	ALTRO	TOTALE
Abruzzo		1							3			1						1	6
Basilicata		1							1									1	3
Calabria		1		2						2			2			1			8
Campania		2	1	4	1	1		1			1	1	1			1		2	15
Emilia R.	1	1	1	1			1	2					1	1				2	10
Estero													1					2	3
Lazio		4		3	2	1		1	1			1				1		6	20
Liguria				1		1				1								1	4
Lombardia				2	2					1			1	1				1	8
Marche													1					1	2
Nazionale		1		1	1		1	2	1	1	1							5	13
NON DISP			1	3					1									1	6
Piemonte				1				1	1			1							4
Puglia				4	1		2	2			1		1		2		1	2	16
Sicilia				2	1	1				2		1	2	1	1			4	15
Toscana		1		2			1	1	1				2			1		1	10
Umbria						1													1
Veneto		1		1														3	5
Totale	1	13	3	27	8	5	1	4	15	10	3	2	13	3	3	4	1	33	149

OGGETTO: Dati info operativi raccolti dall'Ufficio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, ripartiti per area geografica, e settore di specifico interesse operativo.

Denunce, esposti e segnalazioni pervenute.
Periodo 1 ottobre 2009 – 31 dicembre 2010

Regione	AGRICOLTURA	APPALTI	ASSENTEISMO	CONCORSI/ASSUNZIONI/CONSULENZE	DISPERSIONE DENARO PUBBLICO	EDILIZIA	FINANZIAMENTI E FRODI NAZIONALI E U.E.	GIUSTIZIA	P.A.	RIFIUTI	SANITA'	SCUOLA	SCUOLA/CONCORSI	SERVIZI PUBBLICI	SICUREZZA	TRIBUTERARIO	UNIVERSITA'	UNIVERSITA'/CONCORSI	ALTRO	TOTALE	
Abruzzo				1	2									1		1			1	6	
Basilicata	1	1		2																1	5
Calabria		1	1	2		2	1		1	1		2		1					1	2	15
Campania				10		1					1		1	3			1	1	2	20	
Emilia R.		1						1						1						3	
Estero				1										1						1	3
Friuli V. G.			1																	1	2
Lazio		3	3	8	2	4		1			1				4					5	31
Lombardia		1		4	2	1		1	1		1									3	14
Marche		2		1									1			1					5
Nazionale	1			3							1	1									6
NON DISP			1																	3	4
Piemonte				1				1										1			3
Puglia		2		6	1		1	2				2		1						4	19
Sardegna														1						2	3
Sicilia		2		3				1		1	1	1	1	2	1					1	13
Toscana				3											1		1				5
Umbria		1			1																2
Veneto														1			1			4	6
Totale	2	14	6	45	8	8	2	3	6	1	5	6	3	12	6	2	4	2	30	165	

4.4 CRIMINALITA' ORGANIZZATA E APPALTI

Infine è opportuno osservare tutti i precedenti dati tenendo conto di alcune considerazioni riguardanti il forte legame tra la corruzione e la criminalità organizzata, in particolar modo nel settore degli appalti. La valutazione circa la c.d. “mappatura” dei rischi e delle conseguenti azioni di contrasto da porre in essere diventa più complessa nell’ipotesi in cui si riscontri un pesante intreccio fra criminalità organizzata e tessuto economico, politico e sociale.⁷⁵ Non è casuale, infatti, che la considerazione congiunta del problema della corruzione e della criminalità organizzata ricorra anche nella Convenzione ONU contro la corruzione più volte citata, laddove, sin dal preambolo, si evidenzia l’allarme connesso al collegamento fra la corruzione e le altre forme di crimine, con particolare riferimento alla criminalità organizzata e di tipo economico. Ma il dato di maggiore interesse è proprio quello relativo al rilievo locale del fenomeno, laddove si è evidenziato che le forme di condizionamento dell’apparato pubblico più diffuse e pervasive si registrano prevalentemente a livello locale, secondo forme di penetrazione capillare nel tessuto sociale, economico-impresoriale, politico e istituzionale. In effetti, parrebbe emergere una situazione di generale e dilagante illegalità, che trae origine non tanto da accordi di massimo livello nazionale, quanto da un esteso processo di coinvolgimento dei livelli locali, secondo una politica di diffusione ed espansione della logica corruttiva e di condizionamento sin dalle basi della società.⁷⁶

Se questo è il panorama di riferimento, scendendo nell’analisi dei fatti e dei comportamenti concreti, si riscontrano sul territorio veri e propri tratti comuni e ricorrenti, accanto ad impostazioni peculiari e tipiche della singola area o cosca. Sul primo profilo, è possibile identificare alcune aree di interesse e di intervento “dominanti”, aventi il comune denominatore di essere momenti di gestione delle risorse

⁷⁵ *Il fenomeno della corruzione in Italia - “la mappa dell’alto Commissario Anticorruzione”, 2007*

⁷⁶ *Il fenomeno della corruzione in Italia - “la mappa dell’alto Commissario Anticorruzione”, 2007*

economiche che gravitano intorno alla pubblica amministrazione o che comunque dipendono da pubbliche determinazioni. Gli appalti per la realizzazione di opere pubbliche e servizi rappresentano terreno di elezione per l'infiltrazione della criminalità ed il condizionamento della pubblica amministrazione, in considerazione, anche in questo caso, dei rilevanti interessi economici in gioco. Proprio in questo settore, si riscontra quel fenomeno di progressivo reclutamento, in forza effettiva o secondo il modello del "concorso esterno", di professionisti - veri e propri manager – per l'efficace gestione e l'effettivo inserimento nella c.d. "economia legale".⁷⁷ Inutile evidenziare gli effetti distorsivi, sul piano dello sviluppo della concorrenza e del libero mercato, dello specifico fenomeno in commento. E' interessante notare che in questo settore, si riscontra una pluralità di metodologie di condizionamento dell'appalto, che può intervenire nei diversi momenti della procedura, a partire dalla stessa ideazione e progettazione dell'appalto (dove si agisce, ad esempio, già a livello di individuazione dell'opera o del servizio da appaltare, di predisposizione del bando con l'inserimento di requisiti soggettivi e/o oggettivi assolutamente peculiari o intesi a escludere concorrenti sgraditi, consentendo la presentazione di offerte plurime riconducibili tutte a un unico centro di interesse), passando allo svolgimento della procedura di aggiudicazione (come, ad esempio, non tutelando la segretezza delle offerte, non vigilando sulle anomalie dei ribassi nelle offerte, non verificando la documentazione presentata o non rispettando la normativa in materia di certificazione antimafia), per finire con la fase di esecuzione dell'opera e del servizio (assenza di controlli sull'esecuzione, subappalti non autorizzati, adozione di varianti spesso di valore superiore a quello di aggiudicazione). Inoltre, si nota una gestione differente degli appalti secondo la consistenza, laddove si riscontrano veri e propri "cartelli" o meccanismi di turnazione per quelli di importo particolarmente elevato (resi evidenti anche dai ribassi minimi rispetto alla base d'asta e nettamente inferiori alla media nazionale), mentre, per quelli di minore entità, si assiste al

⁷⁷ *Il fenomeno della corruzione in Italia - "la mappa dell'alto Commissario Anticorruzione", 2007*

coinvolgimento e condizionamento dei livelli bassi dell'amministrazione (il direttore dei lavori, il sovrintendente, etc.) per intervenire anche solo a livello di svolgimento dell'attività appaltata. Nello sviluppo dell'analisi dei rapporti fra corruzione e criminalità organizzata, si è ritenuto metodologicamente valido il criterio di individuare una direttrice capace di esplorare il fenomeno in valutazione attraverso il riferimento allo scioglimento dei Consigli comunali per infiltrazioni e condizionamenti di tipo mafioso, che dal 1991 al 2013 sono stati circa 220 e nei vari casi di scioglimento si riscontrato i seguenti motivi ricorrenti:

- frequentazioni, parentele, contiguità, rapporti con persone affiliate o riconducibili ad organizzazioni criminali;
- ricorrenza di precedenti penali o carichi pendenti;
- illegittimità nel rilascio di licenze in materia edilizia o nel settore commerciale;
- inerzia protratta in materia di grave abusivismo edilizio o di smaltimento dei rifiuti;
- illegittimità gravi e ripetute in materia di appalti pubblici (mancato rispetto della normativa antimafia, affidamenti diretti, abuso del ricorso alla procedura di somma urgenza, irregolarità nelle gare o affidamento a imprese in odore di mafia, gare andate deserte, ribassi anomali);
- assenza di controlli doverosi, anche in ordine ai lavori di esecuzione delle opere pubbliche;
- assunzioni clientelari;
- concessione di erogazioni e contributi al di fuori regole;
- irregolarità palesi nelle assegnazioni di alloggi;
- mancata riscossione di tributi e canoni.

CONCLUSIONI

Le direttive europee negli ultimi anni sono state molto presenti in generale per quanto riguarda la materia degli appalti. Ma se da un lato sono riuscite ad incidere in maniera efficace sul versante organizzativo del mercato, poco hanno inciso sul reale livello di prevenzione della corruzione nonostante le due Convenzioni di Strasburgo avessero l'obiettivo di contrastare tale fenomeno.

Il legislatore italiano ha recepito di recente tali direttive senza tuttavia integrarle con strumenti propri. Ne risulta che il livello di corruzione in Italia permane in una fase di forte incremento. Per quanto riguarda l'aspetto amministrativo, la legge n. 290/2012 ha introdotto nella pubblica amministrazione alcuni nuovi ed importanti strumenti in particolare modo per quanto riguarda l'organizzazione degli enti, e seppur in maniera meno rilevante, nei rapporti di lavoro introducendo sistemi di gestione più sofisticati nei servizi maggiormente sottoposti alla minaccia dell'azione corruttiva, per esempio modificando divieti e doveri dei dipendenti pubblici oppure introducendo protocolli di legalità in materia di appalti e di infiltrazioni mafiose nelle aggiudicazioni di contratti pubblici.

Tuttavia, tale legge pecca sicuramente di un impianto estremamente burocratico. Inoltre, se da un lato potrebbe risultare più efficace dal punto di vista penale, dall'altro necessita di un ulteriore rafforzamento per quanto riguarda l'aspetto della prevenzione. I temi maggiormente trascurati e che rappresentano indispensabili punti chiave della lotta alla corruzione sono voto di scambio, falso in bilancio e autoriciclaggio.

Il voto di scambio, per esempio, risulta attualmente punibile solo se la corruzione avviene tramite denaro, mentre restano impuniti tutti gli altri tipi di favoritismi. Un altro emblematico esempio sul lato penale è la mancanza di uno strumento presente in gran parte dei paesi europei che renda imprescrittibili i reati dopo la sentenza di primo grado.

Specie in un ciclo di recessione economica è fondamentale intervenire affinché tale legge possa essere utile allo Stato facendo emergere l'economia sommersa da un'attività così fortemente radicata nel tessuto sociale, che come più volte abbiamo sottolineato ammonta a cifre stimabili intorno ai 60 miliardi annui.

BIBLIOGRAFIA E SITOGRAFIA

- **F.CARINGELLA**, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 2012;
- **R. DE NICTOLIS**, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, 2010;
- **P. CAVALERI**, *Temi di diritto regionale nella giurisprudenza costituzionale dopo le riforme*, 2013;
- **G. CORSO**, *Tutela della concorrenza*, 2006;
- **R. CARANTA**, *La tutela della concorrenza, le competenze legislative e la difficile applicazione del titolo V della Costituzione in Le Regioni*, 2004;
- **PAPI ROSSI – CASARTELLI**, *Le misure Anticorruzione*, 2013;
- **F.MERLONI – B.PONTI**, *La trasparenza, in La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, 2012;
- **LUIGI OLIVERI**, *Anticorruzione negli Enti Locali*, 2013;
- **JORGE F. MALEM SENA**, *"Globalizzazione, commercio internazionale e corruzione"*, 2005;
- **DELLA PORTA**, *"Mani pulite" - vecchia e nuova corruzione in Italia*, 2007;
- **FERDINANDO OFRIA**, *Effetti distorsivi sull'economia legale: la corruzione*, 2006;
- **L.CASSETTI**, *Potestà legislativa regionale e tutela della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2002;
- **S. MANGIAMELI**, *Sull'arte di definire le materie dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2002;
- **V.B. GIAMPIERETTI**, *Il principio costituzionale di libera concorrenza: fondamenti, interpretazioni, applicazioni*, in *Dir. e soc.*, 2004;

- Relazione al Parlamento, *Servizio Anticorruzione e Trasparenza*, 2010;
- *Libro verde sulla modernità della politica dell'UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, 2011;
- Alto Commissario Anticorruzione, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, 2007;
- Relazione del Servizio affari internazionali, *Le nuove direttive Europee sugli appalti pubblici*, 2012;
- *Sito ufficiale della Commissione Europea*;
- Relazione sulla giurisprudenza costituzionale – www.cortecostituzionale.it, 2008;
- VIII Commissione parlamentare, *Doc. XVIII N.66*, 2012;
- *Cons. St., sez. IV, 22 Maggio 2007 n.2651*;