



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione
e normativa anticorruzione.
Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza.

a cura di Luigi Donato

giugno 2020

numero

89



BANCA D'ITALIA
EUROSISTEMA

Quaderni di Ricerca Giuridica

della Consulenza Legale

Gli appalti pubblici tra istanze di semplificazione
e normativa anticorruzione.
Alla ricerca di un equilibrio tra legalità ed efficienza.

a cura di Luigi Donato

Numero 89 – Giugno 2020

Nei Quaderni di Ricerca giuridica, curati dal Servizio Consulenza Legale, sono pubblicati gli studi condotti dagli avvocati della Banca d'Italia e da altri ricercatori interni ed esterni all'Istituto. La collana ha ad oggetto l'analisi giuridica di tematiche legate alle funzioni istituzionali o comunque di specifico interesse per la Banca d'Italia.

I lavori sono selezionati da un apposito Comitato editoriale, che tiene conto, tra l'altro, dell'originalità del contributo, della chiarezza espositiva, della coerenza dell'iter logico seguito e della completezza della trattazione. I "Quaderni" riflettono esclusivamente le opinioni dei singoli autori e non intendono, quindi, rappresentare posizioni ufficiali della Banca d'Italia.

Comitato di Coordinamento:

MARINO PERASSI, OLINA CAPOLINO, GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO, STEFANIA CECI, RAFFAELE D'AMBROSIO,
MARIA PATRIZIA DE TROIA

Segreteria:

ROBERTA PILO, BEATRICE SCRIMA, MARIA ELISABETTA RIZZICA

ISSN: 0394-3097 (print)

ISSN: 2281-4779 (online)

Grafica e stampa a cura della Divisione Editoria e stampa della Banca d'Italia

SOMMARIO

LUIGI DONATO – INTRODUZIONE.

GLI APPALTI PUBBLICI NEL GUADO TRA ANTICORRUZIONE E SEMPLIFICAZIONE	9
--	----------

PARTE PRIMA: LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI

E L'ANTICORRUZIONE.....	41
--------------------------------	-----------

1. VALERIA LEGGIO – ANTICORRUZIONE E SEMPLIFICAZIONE

DEGLI APPALTI NEL CONTESTO INTERNAZIONALE	43
--	-----------

<i>1. La maladministration, ovvero il fenomeno globale della corruzione nella pubblica amministrazione</i>	<i>45</i>
<i>2. Semplificazione e contrasto alla corruzione nelle esperienze internazionali</i>	<i>51</i>
<i>3. La Francia e la lotta alla corruzione tra produzione normativa e “simplification”</i>	<i>55</i>
<i>4. Cenni sull'esperienza tedesca</i>	<i>61</i>
<i>5. Better regulation, semplificazione e appalti nel sistema anglo-americano</i>	<i>69</i>
<i>5.1. Regno Unito</i>	<i>71</i>
<i>5.2. Stati Uniti</i>	<i>76</i>
<i>6. Conclusioni</i>	<i>83</i>

**2. FRANCESCO DE PEPPO – LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI E LA
SEMPLIFICAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI**

PUBBLICI NELLE ULTIME RIFORME	87
--	-----------

<i>1. Direttive comunitarie e normativa nazionale di recepimento: le specificità italiane</i>	<i>89</i>
<i>1.1. Quadro evolutivo delle direttive</i>	<i>89</i>
<i>1.2. Il ruolo delle stazioni appaltanti nelle direttive europee</i>	<i>94</i>
<i>1.3. Il recepimento delle direttive in Italia</i>	<i>95</i>
<i>2. La complessità normativa del Codice del 2016: gli obiettivi di qualità e il ruolo dell'ANAC</i>	<i>98</i>
<i>2.1. Gli obiettivi di qualità e le spinte conservative</i>	<i>98</i>

2.1.1.	<i>(segue) Le sfide mancate</i>	101
2.2.	<i>Il ruolo dell'ANAC come soggetto regolatore</i>	105
3.	<i>Le prospettive di riforma e il ruolo delle stazioni appaltanti</i>	108
3.	RAFFAELLA MENZELLA – PRESIDI DI ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO DEGLI APPALTI: TRASPARENZA, CONFLITTO D'INTERESSE, SOCCORSO ISTRUTTORIO	115
1.	<i>L'avvento dei codici di settore e il ruolo del giudice amministrativo</i>	117
2.	<i>Il nuovo codice dei contratti pubblici, tra tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione</i>	118
3.	<i>Il principio di trasparenza e il diritto d'accesso civico</i>	119
4.	<i>Declinazioni del conflitto d'interessi</i>	126
5.	<i>I nodi non sciolti del soccorso istruttorio</i>	130
4.	STEFANO MONTEMAGGI – PRESIDI ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO DEGLI APPALTI:IL PUNTO DI VISTA DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA	137
1.	<i>La disciplina in materia di conflitto di interessi</i>	139
1.1.	<i>Le fattispecie di conflitto rilevanti nel settore degli appalti pubblici:il recente parere del Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida ANAC</i>	140
1.2.	<i>Le ricadute di un conflitto di interessi non dichiarato sul procedimento di gara e sui suoi atti: i punti “fermi” della giurisprudenza e dell'Autorità di settore</i> ...	144
1.3.	<i>I riflessi di un conflitto di interessi non dichiarato tra esclusione del concorrente reticente e esercizio del potere di autotutela</i>	146
2.	<i>Strumenti di reazione “precoce” rispetto a episodi corruttivi</i>	151
2.1.	<i>L'esclusione per gravi illeciti professionali</i>	153
2.2.	<i>L'onere probatorio e motivazionale a carico della stazione appaltante: un equilibrio ancora irrisolto</i>	156
5.	PAOLA BATTISTINI – LA RECENTE RIFORMA DEL REGIME PENALE PER IL CONTRASTO AI REATI DI CORRUZIONE	159
1.	<i>Premessa</i>	161

2.	<i>I tratti generali della riforma</i>	161
3.	<i>Il captatore elettronico e le operazioni sotto copertura</i>	162
4.	<i>La causa di non punibilità per collaborazione attiva</i>	166
5.	<i>Le pene principali</i>	169
6.	<i>Le pene accessorie e la riparazione pecuniaria</i>	171
7.	<i>L'esecuzione della pena</i>	175
8.	<i>Osservazioni conclusive</i>	178
6.	PIERPAOLO FRATANGELO E FEDERICA LELLI FINALITÀ DELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE NELLA DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO	181
1.	<i>Premessa</i>	183
2.	<i>La crescente attenzione al contrasto alla corruzione</i> <i>nell'ordinamento internazionale antiriciclaggio</i>	184
3.	<i>I presidi AML nell'ordinamento italiano</i>	186
4.	<i>L'esperienza italiana alla prova delle valutazioni internazionali</i>	189
5.	<i>Conclusioni</i>	190
	PARTE SECONDA: ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA LEGALITA' ED EFFICIENZA. UNA NUOVA STAGIONE PER IL BUON FUNZIONAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI	191
7.	LUCILLA ASCIANO, MARIA GABRIELLA FRARACCI E ELVIRA FRANCESCA PAGANO LE MISURE DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE	193
1.	<i>La normativa anticorruzione e gli appalti pubblici</i>	195
2.	<i>La trasparenza e gli obblighi di pubblicità</i>	203
3.	<i>Gli strumenti generali di prevenzione della corruzione</i>	207
4.	<i>La professionalizzazione delle risorse contro la corruzione</i> <i>che nasce dalla scarsa competenza</i>	213
5.	<i>Etica e compliance. Oltre le norme, verso una cultura della legalità</i>	221
8.	STEFANO BATTINI E VALENTINA LOSTORTO IL RUOLO DELLA FORMAZIONE NELLA POLITICA DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE	225
1.	<i>I confini mobili della formazione in tema di anticorruzione</i>	227

2.	<i>Il ruolo della formazione nelle strategie di prevenzione alla corruzione: il quadro normativo</i>	232
3.	<i>La formazione e la sua efficacia come strumento di prevenzione della corruzione: il ruolo dell'ANAC</i>	235
4.	<i>A che punto è arrivata la formazione: il ruolo della SNA</i>	238
9.	ALESSANDRO NATALINI – LINEE GENERALI DELLA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA	243
1.	<i>Le decisioni pubbliche complicate</i>	245
2.	<i>La soluzione alessandrina</i>	247
3.	<i>Per una semplificazione paziente</i>	249
4.	<i>La semplificazione di sistema</i>	251
5.	<i>La semplificazione come cambiamento organizzativo</i>	253
10.	MARIA ASSUNTA CARRINO – LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ NELLA P.A. COME FULCRO PER IL BUON FUNZIONAMENTO DEI PROCESSI OPERATIVI	257
1.	<i>La semplificazione organizzativa per un buon funzionamento dei processi operativi</i>	259
1.1.	<i>Complessità del contesto normativo e istanze di semplificazione</i>	259
1.2.	<i>Semplificazione organizzativa e cultura della qualità</i>	261
2.	<i>I modelli normativi di riferimento per la certificazione di qualità</i>	264
2.1.	<i>La normazione tecnica</i>	264
2.2.	<i>I sistemi di gestione per la qualità</i>	266
2.3.	<i>I sistemi di gestione per la qualità nelle pubbliche amministrazioni</i>	268
3.	<i>Gestione della qualità e miglioramento dell'efficienza</i>	270
3.1.	<i>Obiettivi della gestione per la qualità</i>	270
3.2.	<i>La semplificazione degli iter operativi</i>	270
3.3.	<i>La valorizzazione del ruolo della leadership e delle risorse</i>	271
3.4.	<i>L'accountability e la valutazione dell'operato delle amministrazioni in termini di risultati</i>	272

3.5.	<i>Una visione dinamica e non statica della propria azione: tensione al miglioramento continuo.....</i>	273
4.	<i>Self regulation e qualità come strumenti di semplificazione e presidio della legalità</i>	273
4.1.	<i>Self regulation: qualità e legalità</i>	273
4.2.	<i>Self regulation e semplificazione</i>	276
5.	<i>Conclusioni</i>	277
11.	LORENZO SPERATI – TRASFORMAZIONE DIGITALE DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E RICERCA DELL’EFFICIENZA ORGANIZZATIVA.....	279
1.	<i>La digitalizzazione della PA</i>	281
1.1.	<i>Il quadro normativo</i>	283
1.2.	<i>Profili organizzativi e governance</i>	285
1.3.	<i>L’Agenda digitale.....</i>	286
1.4.	<i>L’ecosistema della PA.....</i>	287
1.5.	<i>I fattori abilitanti della digitalizzazione</i>	290
1.6.	<i>Infrastrutture trasversali.....</i>	292
2.	<i>La semplificazione attraverso la digitalizzazione.....</i>	294
2.1.	<i>Principi e obiettivi.....</i>	294
2.2.	<i>Ambiti applicativi e tecnologie</i>	296
2.3.	<i>Primo bilancio e tecnologie emergenti</i>	303
2.4.	<i>Prospettive evolutive per l’eProcurement in ambito pubblico</i>	310
2.5.	<i>Conclusioni</i>	311
	LUIGI DONATO – CONCLUSIONI. DALL’EMERGENZA COVID-19 ALLA RIPARTENZA DEGLI APPALTI PUBBLICI.....	313

INTRODUZIONE
GLI APPALTI PUBBLICI NEL GUADO TRA ANTICORRUZIONE
E SEMPLIFICAZIONE

Luigi Donato

1. Il Quaderno n. 89 della Consulenza Legale della Banca d'Italia non pubblica semplicemente una raccolta di saggi legati da un tema comune, ma mira a documentare una ricerca, sostenuta anche da una significativa esperienza operativa, che ha per oggetto di fondo il non facile rapporto tra la disciplina degli appalti pubblici e l'obiettivo di contrastare la corruzione. Il taglio dello studio è tipicamente giuridico, ma con alcuni approfondimenti di carattere organizzativo. Tali approfondimenti sono funzionali alla soluzione del dilemma se per limitare la corruzione negli appalti pubblici l'unica strada sia quella di utilizzare uno schema molto complesso di regole, e quindi poco efficiente, ovvero se non sia preferibile mirare direttamente al buon funzionamento del *procurement*, inteso come un sistema; ciò nella consapevolezza che strutture pubbliche di qualità e processi operativi efficienti possono essere i migliori strumenti per garantire un deciso innalzamento del livello di legalità, e anche di efficacia, nella spesa pubblica.

Questa è l'ipotesi iniziale del lavoro, ma è anche, come vedremo, un po' un anticipo della stessa conclusione, avendo ben presente che il nostro Paese, specie dopo la fase di crisi per la pandemia da coronavirus, ha la forte necessità di migliorare i processi di allocazione delle risorse nel settore dei contratti pubblici, senza abbassare la guardia rispetto ai rischi di criminalità, e di utilizzare il *procurement* come un volano per la crescita economica e sociale. E, quindi, l'impatto dell'emergenza COVID-19 sull'economia e sugli appalti pubblici risulta non meramente contingente ma tale da comportare conseguenze strutturali e da richiedere una ripartenza del settore all'insegna del buon funzionamento dei meccanismi e del sistema nel suo complesso.

Il percorso dell'analisi è però lungo e il metodo prescelto è quello di affrontare i tre elementi di base della questione (disciplina degli appalti, anticorruzione, semplificazione amministrativa ed efficienza operativa): in realtà l'idea di fondo è quella di evitare l'approccio tradizionale che focalizza l'attenzione sui singoli elementi della disciplina sugli appalti valutandoli isolatamente alla luce dell'obiettivo ultimo della lotta alla corruzione. Da questa impostazione ne deriva, inevitabilmente, una sorta di gioco al rialzo su ogni singolo passaggio del *procurement* che si è finito per regolare sempre con l'obiettivo di elevare al massimo la costante tutela contro il rischio di corruzione.

Ma così si perdono due elementi essenziali: da un lato la necessaria consapevolezza che al settore già si applica l'intera normativa generale "anticorruzione", che anzi è stata in larga misura costruita guardando proprio all'esperienza dell'illegalità negli appalti. Dall'altro il *procurement* non viene visto come un processo, e come un settore economico, ma, piuttosto, come una sequela di singoli atti; manca quindi, spesso, una valutazione complessiva che consenta di individuare gli snodi su cui è più efficace approntare presidi adeguati (da ricordare, ad esempio, che le fasi della progettazione e dell'esecuzione presentano rischi di corruzione certo non inferiori a quelli della gara, sulla quale sono puntati i riflettori), evitando cioè misure a pioggia, regole minute,

decisioni intrecciate di molteplici uffici, che finiscono, in realtà, per alimentare comportamenti opportunistici di fuga dalle decisioni o, peggio, anche illegali.

Ma procediamo con ordine.

2. Il punto di partenza del confronto internazionale è indispensabile sia considerando la natura diffusa dei fenomeni di corruzione, sia in quanto le esigenze di semplificazione sono comuni ai diversi ordinamenti, sia, infine, per la base delle legislazioni nazionali costituita dalle direttive europee in materia di appalti pubblici.

Lo studio di Valeria Leggio affronta il tema prendendo le mosse dall'ingresso nell'ordinamento italiano della nozione di corruzione come *maladministration*, con un approccio alla lotta ai fenomeni corruttivi nella pubblica amministrazione completamente nuovo, introdotto dalla legge "Severino" n. 190 del 2012 e applicato con il Piano Nazionale Anticorruzione del 2013.

Non è difficile scorgere in questo sviluppo la crescente attenzione al problema della corruzione-cattiva amministrazione da parte delle Organizzazioni internazionali (ONU e Consiglio d'Europa, in particolare) e di numerosi organismi che seguono il fenomeno (World Bank, GRECO, OCSE).

In estrema sintesi, le iniziative internazionali hanno incentivato un'intensa produzione normativa, creando sistemi di prevenzione e repressione caratterizzati da una strutturale complessità; nel contempo si è sempre più affermata la teoria secondo cui è proprio l'eccessiva regolamentazione e complicazione nella struttura burocratica e nei processi di gestione della cosa pubblica, che favorisce le disfunzioni e le inefficienze, terreno di coltura della corruzione. Questa posizione è, ad esempio, confermata dagli studi della World Bank secondo cui i paesi più virtuosi sono quelli in cui l'esercizio dell'attività di impresa è più semplice e accessibile. La semplificazione è, quindi, largamente promossa dagli organismi internazionali come uno dei possibili antidoti alla corruzione; così come è ben chiaro nell'esperienza di altri Stati, segnatamente quelli di *common law*, il nesso diretto fra abuso/scarsa qualità della regolazione e corruzione.

La risposta all'esigenza di semplificare le norme che regolano l'affidamento dei contratti pubblici, specie nell'ottica delle politiche di contrasto alla corruzione, varia, peraltro, da Paese a Paese ed è influenzata dalla tradizione giuridica dei singoli stati.

In Francia il filone normativo in materia di appalti è gremito e complesso; si assiste ad una spiccata tendenza alla frammentazione, in una legislazione copiosa che tuttavia rimette la gran parte delle misure all'autonomia ministeriale. In occasione del recepimento delle Direttive è stato comunque avviato un processo di riforma e di semplificazione e trasparenza dell'attività amministrativa, con procedure più snelle e informali per i contratti sotto soglia e per quelli concernenti i servizi di rappresentanza giuridica e i servizi sociali. Sul piano organizzativo le

soluzioni adottate non sono dissimili rispetto all'Italia: dematerializzazione dei documenti di gara; piattaforme telematiche; centralizzazione delle committenze; introduzione di un sistema di raccolta dematerializzata delle offerte che semplifica la verifica dei requisiti.

La Repubblica Federale Tedesca non si è dimostrata incline a recepire il concetto di *maladministration* riferendo la lotta alla corruzione sostanzialmente all'ambito penalistico. L'origine di questa posizione, che tende a considerare la patologia solo un problema di devianza individuale, è da ricercare nelle caratteristiche dell'ordinamento tedesco che posa su tre pilastri: una burocrazia ben organizzata; un corpo di funzionari altamente specializzati; una diffusa convinzione della incorruttibilità di questi ultimi.

Sicuramente maggiore è la consapevolezza della complessità del sistema normativo tra ruolo dei Länder e ruolo della legislazione Federale. Ne è scaturita una spinta alla semplificazione che si è dovuta confrontare, in particolare, con il settore degli appalti pubblici (il più importante a livello europeo) che ha operato sulla base di poche leggi e di una congerie di regolamenti e linee guida. Il sistema si caratterizza ora per aver trasposto le Direttive europee senza significative aggiunte di norme.

Ma nella strategia anticorruzione della RFT, oltre a soluzioni diffuse (quali gli appalti elettronici e la centralizzazione delle committenze), spiccano la consolidata strategia della grande attenzione alla preparazione del personale e la funzione di consulenza a livello federale per le stazioni appaltanti minori, specie nella prospettiva degli appalti innovativi.

In sintesi, da un lato, le procedure d'appalto tedesche si caratterizzano senz'altro sotto il profilo dell'efficienza e dei tempi contenuti, dall'altro, stenta ad affermarsi pienamente l'approccio complessivo di contrasto alla corruzione, specie in termini di trasparenza dell'attività amministrativa.

Il nesso tra semplificazione dell'azione amministrativa e prevenzione della corruzione appartiene, invece, alla tradizione statunitense e britannica, sia nella dottrina sia nella prassi.

In Gran Bretagna, dove non esiste una legge sul procedimento amministrativo, il fulcro dell'attività pubblica è nell'impostazione manageriale, nel perseguimento dell'efficienza e nel contrasto alla patologia non per la violazione di norme ma per il mancato perseguimento dello scopo e dell'errato comportamento del *civil servant*.

E su questo comportamento vigilano primariamente i cittadini chiamati a partecipare al procedimento prima che l'amministrazione pubblica decida e anche durante il suo iter. Si afferma così il binomio senso civico-controllo diffuso che, per converso, ha comportato una certa ritrosia nel considerare l'apparato burocratico a rischio corruzione.

Il *Bribery Act* 2010 è una delle più stringenti legislazioni in materia di corruzione (intesa in senso ampio) sia nell'ambito della pubblica amministrazione sia in quello privato. Il compito di vigilare è affidato al *Serious Fraud Office* (SFO), organismo istituito nel 1987, integrato nel sistema giudiziario, con compiti di repressione. Tale scelta, unitamente all'assenza di una Authority anticorruzione, mostra come il fenomeno della corruzione continui a non essere collegato esplicitamente all'attività amministrativa.

Accanto alla costante attività di semplificazione normativa e procedurale, va segnalata una forte attenzione alla trasparenza, con la prima legge europea sul diritto d'accesso generalizzato e la prima autorità indipendente, l'*Information Commissioner Office* (ICO), per tutelare i diritti di informazione nell'interesse pubblico.

Sul fronte della semplificazione nel settore degli appalti pubblici la Gran Bretagna ha offerto un esempio di successo, avendo utilizzato in chiave di semplificazione il modello flessibile del partenariato pubblico privato, ormai predominante per la gestione delle commesse pubbliche. Ne è scaturito un nuovo sistema di diritto pubblico, in cui le norme lasciano spazio ad una gestione manageriale (fermo restando che nel sistema di *common law*, anche le decisioni delle corti costituiscono una rilevante fonte di regolazione flessibile del *procurement*).

Il recepimento delle Direttive del 2014 è avvenuto con la tecnica del *copy out*, atteso che le misure ivi contemplate sono apparse già largamente conformi alla tradizione nazionale, idonee a semplificare il quadro normativo degli appalti pubblici e a stimolare la crescita economica.

Il concetto di corruzione in connessione alla cattiva amministrazione è nato negli Stati Uniti; l'ordinamento statunitense è quindi particolarmente attento ad accettare l'idea di una corruzione sistemica da contrastare, non solo in sede penale, ma anche con misure preventive e con la promozione dell'etica dei funzionari pubblici.

L'approccio di fondo è garantire l'indipendenza e l'imparzialità dei funzionari, anche attraverso la regolamentazione dei conflitti d'interesse, e assicurare la trasparenza dell'attività amministrativa, attraverso il diritto di accesso, affermato ormai da molti decenni.

Fin dagli anni '70 sono stati introdotti: la tutela del *whistleblowing*, il *pantouflage*, la formazione del personale sul tema dell'etica, un organismo indipendente, l'*Office for Government Ethics* (OGE) federale, con migliaia di corrispondenti nelle varie amministrazioni.

Anche negli USA gli appalti pubblici rappresentano l'attività più vulnerabile a fatti di corruzione; è stato, pertanto, predisposto un sistema di controlli particolarmente pervasivo, che tiene conto della frammentarietà e decentralizzazione del mercato e della complessità delle agenzie federali e locali deputate al *procurement*.

La normativa nel suo complesso si ispira a tre principi cardine: privilegiare i contraenti statunitensi per scoraggiare la fuoriuscita di capitali e per salvaguardare l'occupazione; favorire al massimo la partecipazione delle piccole e medie imprese; incoraggiare la competizione tra gli offerenti sia per ottenere beni di qualità a costi contenuti, sia per evitare frodi o comportamenti collusivi dei dipendenti pubblici.

Ricco è il pacchetto delle possibili procedure, che puntano anche alla semplificazione attraverso forme di centralizzazione e meccanismi che consentono di prendere in considerazione solo determinati offerenti (per evitare interruzione nelle forniture ovvero per garantire le piccole imprese).

In definitiva, emerge una strategia statunitense, complessivamente efficace, rivolta a facilitare e rendere efficienti le procedure, ma sempre con attenzione alla prevenzione della corruzione.

Con uno sguardo d'insieme alla prospettiva internazionale ricostruita da Valeria Leggio, per quello che più rileva ai fini della nostra ricerca, dagli studi di matrice anglosassone alle prese di posizione delle istituzioni internazionali fino alle principali legislazioni, vi è piena convergenza sulla valutazione che la rigidità e l'eccesso di norme – lungi dall'eliminarla – favoriscono il proliferare della corruzione; e tale conclusione è particolarmente convinta, negli ordinamenti esaminati, proprio con riguardo al settore degli appalti.

I percorsi alternativi possibili sono risultati molteplici: razionalizzazione della normativa; trasparenza; efficienza dei processi; competenza dei funzionari pubblici. Il confronto internazionale mostra, quindi, la via maestra della semplificazione attraverso la qualità delle norme e delle procedure, dell'etica e della professionalizzazione.

3. Il successivo passaggio riguarda la disciplina nazionale degli appalti, presa in considerazione partendo dal rapporto tra le direttive europee e la normativa di recepimento. Questo è lo scenario su cui si muove l'intervento di Francesco De Peppo.

L'aspetto centrale delle direttive europee è, senz'altro, l'evoluzione dall'obiettivo di creare uno ampio spazio concorrenziale attraverso regole procedurali armonizzate all'attenzione ad interessi più complessi e terzi rispetto al mercato. Da ultimo, nel quadro della strategia Europa 2020 le procedure di gara sono configurate come mezzo per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, favorendo l'innovazione, il rispetto dell'ambiente, l'occupazione nonché la tutela delle categorie più svantaggiate; il *procurement* rappresenta quindi una vera e propria leva per la crescita economica e un più efficiente impiego delle risorse pubbliche. Le direttive del 2014 introducono numerosi elementi innovativi, optando per procedure marcatamente flessibili, capaci di adattarsi alle esigenze che le amministrazioni intendono perseguire, nell'alveo della propria discrezionalità.

Fra gli strumenti che meglio rappresentano questa impostazione rileva la netta preferenza per i sistemi di aggiudicazione basati sulla valutazione delle offerte qualitative nonché l'ampliamento del novero delle procedure basate sul dialogo con gli operatori che, attraverso, l'apporto tecnico della parte privata, consente lo sviluppo di soluzioni non già disponibili sul mercato.

Ma molti altri sono i passaggi normativi che mostrano la propensione delle direttive europee a puntare sulla discrezionalità per perseguire le diverse finalità, tra le quali spicca, senza dubbio, la tematica del *green public procurement*, incentrata sulla innovativa valutazione del *life-cycle costing* nella selezione del contraente.

La questione ambientale costituisce un elemento trasversale in quanto alla variabile della sostenibilità può essere attribuito un peso in ciascuno dei diversi segmenti della procedura, anche a scapito della componente economica, in funzione delle istanze ambientali di volta in volta rappresentate dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Per *life-cycle costing* si intende il costo di un bene, servizio o lavoro comprensivo non solo degli oneri iniziali ma anche di quelli da sostenere nella fase di utilizzo, compresi quelli energetici, di manutenzione e smaltimento; viene dato così anche adeguato peso non solo alla complessiva sostenibilità ambientale, ma anche alla componente economica, in un'ottica di lungo periodo.

L'attenzione riservata alle tematiche sociali e di lavoro si realizza, poi, nella possibilità di riservare un appalto agli operatori che assumono nel proprio organico categorie protette di lavoratori, al fine di favorirne l'integrazione sociale e professionale.

Da questi esempi si desume una preferenza per forme dinamiche di valutazione dell'offerta, che si spostano verso aspetti più marcatamente qualitativi. Analoga ispirazione si registra con riguardo ai motivi di esclusione degli operatori economici dalla gara, individuati attraverso la combinazione di due distinti e paralleli approcci valutativi. In base al primo è individuata una serie di condanne definitive per fattispecie caratterizzate da elevato disvalore (corruzione, frodi, riciclaggio e partecipazione a organizzazioni criminali e terroristiche, e così via); in base al secondo le amministrazioni hanno ampia discrezionalità per considerare ostativi determinati illeciti, anche se non definitivamente accertati (quale il mancato pagamento di imposte e tributi). Ma vi è un ulteriore profilo di flessibilità collegato alle cd. misure di *self cleaning*, adottate sul piano organizzativo dall'operatore che può cercare così di dimostrare la propria affidabilità, nonostante la sussistenza di illeciti pregressi.

Da tutte queste osservazioni trova conferma la logica del sistema normativo europeo, teso invero a valorizzare e non a comprimere gli spazi di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici.

Se dunque le direttive hanno puntato sul binomio flessibilità-discrezionalità, la conseguenza è che le stazioni appaltanti possono operare in questo sistema solo ove siano munite delle necessarie professionalità interne.

Il recepimento delle Direttive in Italia ha risentito della tradizione impostazione della disciplina nazionale. Quest'ultima si estende "orizzontalmente", abbracciando l'intero iter di spesa, dalla programmazione, alla progettazione, alla fase dell'affidamento e all'esecuzione dei contratti; considera, poi, i soggetti dei procedimenti e i loro ruoli, i sistemi di qualificazione, le norme concernenti le impugnative giurisdizionali.

La normativa nazionale, inoltre, si caratterizza, sempre tradizionalmente, per un doppio livello di regolamentazione; con il Codice del 2016 si è optato per un modello ancor più complesso con una maggiore estensione della disciplina primaria e con molteplici atti di attuazione, in larga misura Linee guida (ben 56 atti di varia natura e di diverse Autorità, emessi solo in parte) tanto che con il decreto cd. "Sblocca cantieri" (convertito nella legge 14 giugno 2019, n. 55) si è cercato di rimediare con la soluzione, non ancora attuata né verificata, di un, seppur parziale, ritorno al Regolamento unico.

Ma sul recepimento pesa anche una dimensione "verticale", con disposizioni dettaglio e il rafforzamento di numerosi istituti non previsti dalle direttive; vengono definiti minuziosamente gli iter procedurali e si accrescono i controlli sugli operatori economici e sulle scelte discrezionali delle amministrazioni aggiudicatrici. Ovviamente l'elevato livello di dettaglio è stato concepito con l'idea di mantenere integra l'amministrazione dai fenomeni corruttivi, così come dalle infiltrazioni della criminalità.

Il Codice, dunque, nel recepire il complesso della normativa comunitaria, per alcuni versi ne ha sposato l'impostazione più autentica e, per altro verso, ha introdotto disposizioni meno coerenti se non contraddittorie. Quasi un caso di sdoppiamento della personalità, come mostra l'analisi di Francesco De Peppo.

Nella prima direzione muovono l'introduzione della qualificazione della committenza pubblica e la disciplina sui criteri di aggiudicazione con un tetto massimo per la rilevanza del punteggio economico.

Verso una rotta completamente diversa viaggiano le norme che limitano la discrezionalità e tra di esse spicca la disciplina sull'obbligo dei commissari di gara esterni alle amministrazioni aggiudicatrici (art. 77 del Codice). È evidente la contraddittorietà di obbligare, da un lato, le stazioni appaltanti ad utilizzare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, dall'altro lato, di privarle in toto della possibilità di svolgere in proprio la funzione di scelta comparativa. La "sospensione" della norma, disposta dalla legge n. 55 del 2019, è una risposta solo parziale e, comunque, un'occasione persa per decidere se abolire il sistema dei commissari esterni, ovvero se razionalizzarlo prevedendolo, ad esempio, solo nei casi in cui i rischi di inquinamento sono effettivamente concreti.

Gli ambiziosi obiettivi di riforma, illustrati nell'Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) redatta dal Governo in occasione del recepimento della Direttive, sono largamente disattesi proprio per la mancata attivazione di alcune delle misure più innovative: la qualificazione delle stazioni appaltanti e degli

operatori economici, lo sviluppo degli strumenti procedurali innovativi, il ruolo dell’Autorità di vigilanza.

A fronte della complessità della disciplina e dell’elevato numero delle stazioni appaltanti, in linea con l’approccio europeo, l’art. 37 del Codice del 2016 ha definito un articolato sistema basato sulla qualità delle amministrazioni pubbliche, secondo cui l’attività di spesa è riservata per i contratti di maggior importo alle amministrazioni munite di apposita qualificazione, in base ai criteri di cui all’art. 38 del Codice che riflettono specifici standard di qualità; manca per l’attuazione un D.P.C.M. che avrebbe dovuto individuare le soglie di qualificazione e i relativi procedimenti esecutivi.

Sempre tra le opere incompiute, l’art. 83, comma 10 del Codice aveva poi previsto l’introduzione di un sistema di *rating* delle imprese, finalizzato a premiare il possesso di specifici requisiti (reputazionali e prestazionali) attraverso un sistema dinamico di qualificazione degli operatori economici, idoneo quindi a premiare – o penalizzare – il concorrente, in virtù della concreta esperienza maturata.

Ancora pesa molto la mancata implementazione della Banca dati nazionale degli operatori economici (art. 81 del Codice) che avrebbe dovuto costituire il canale esclusivo di acquisizione dei documenti comprovanti i requisiti di carattere generale e speciale degli operatori economici, semplificando di molto la vita a loro e alle stazioni appaltanti.

La riforma del 2016 ha assegnato un ruolo decisivo all’Authority preposta al settore dei contratti pubblici: la “vecchia” AVCP era stata assorbita già nel 2014 dall’ANAC sancendo la centralità della politica anticorruzione nello specifico settore dei contratti pubblici e affiancando nuovi poteri regolatori a quelli tradizionali di vigilanza (di supervisione, di autorizzazione e sanzionatori).

L’ANAC ha in buona parte proceduto ad adottare e ad aggiornare le Linee Guida di attuazione previste dal Codice; altri interventi (bandi tipo, raccomandazioni, ecc.), sono rivolti a indicare le migliori prassi e a supportare l’operatività delle stazioni appaltanti. L’ANAC ha introdotto numerose novità, specie sulle garanzie procedurali sulla trasparenza e sul contrasto alla corruzione, fornendo una linea interpretativa su aspetti controversi.

Da ultimo, proprio sull’impatto dell’emergenza COVID-19 sul settore degli appalti pubblici, può segnalarsi la Delibera ANAC n. 312 del 9 aprile 2020 che fornisce un contributo costruttivo in tema di sospensione dei termini (fino al 15 aprile 2020 ex art. 103, comma 1, del decreto-legge n. 18 del 17 marzo 2020, e fino al 15 maggio ex art. 37 del decreto-legge n. 23 dell’8 aprile 2020). L’obiettivo è evitare, per quanto possibile, una completa paralisi del flusso delle procedure di gara, facendo leva sulle possibilità offerte dalla tecnologia e dallo *smart working*, senza indugiare più di tanto sulle eventuali difficoltà organizzative delle stazioni appaltanti. L’ANAC ha, coerentemente, approvato, sotto la stessa data, anche l’atto di segnalazione n. 4 diretto al Governo e al Parlamento sottolineando il rischio che una sospensione generalizzata delle procedure di gara (comprese

le procedure negoziate in via d'urgenza) comporti un vero e proprio blocco dell'attività amministrativa, a danno degli utenti.

Il modello generale della *soft law* è stato percepito dagli operatori come un (ulteriore) elemento di complicazione; ha inciso la numerosità degli atti attuativi e la loro diversa natura nonché la sostanziale inattività della Cabina di regia prevista dall'art. 212 del Codice e il non infrequente disallineamento tra le indicazioni dell'ANAC e gli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

Non stupisce quindi il radicale ripensamento del sistema della *soft law* realizzato dalla legge n. 55 del 2019, come anticipato, attraverso la (futura) adozione di un regolamento di esecuzione/attuazione che determinerà l'inefficacia delle Linee guida in materie oggetto del Regolamento e di quelle comunque in contrasto; saranno dunque abrogate le linee guida ANAC in tema di servizi di ingegneria, di RUP, di affidamenti sotto soglia.

L'esperienza dei tre anni di attuazione del Codice ha indotto ad alcune correzioni, apportate con il decreto legge n. 32 del 2019 (poi legge n. 55 del 2019), volte soprattutto ad una maggiore semplificazione ed efficienza operativa. Rilevano le novità sulla fase di progettazione; sulle procedure applicabili in caso di affidamenti sotto soglia comunitaria; sull'estensione dell'ambito applicativo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso; sull'introduzione del meccanismo dell'inversione procedimentale.

Per la fase di progettazione, si può ora procedere all'affidamento di alcuni lavori di manutenzione straordinaria sulla base del solo progetto definitivo, e non della progettazione esecutiva; inoltre, fino a tutto il 2020, è sospeso il divieto dell'appalto integrato (progettazione esecutiva e esecuzione dell'opera).

È stato liberalizzato il ricorso alle procedure negoziate per gli affidamenti sotto soglia comunitaria; per i lavori tra 40.000 e 150.000 euro è stata introdotto un nuovo tipo di affidamento di natura ibrida (tra un affidamento diretto e una procedura di gara informale). Nell'ambito del sotto soglia comunitario le amministrazioni potranno ricorrere al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso in alternativa a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Indubbio rilievo operativo ha l'inversione procedimentale che consente di esaminare le offerte degli operatori economici prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale che potrà essere svolta, quindi, esclusivamente sull'aggiudicatario.

Il decreto "Sblocca-cantieri" ha rappresentato un intervento di natura "chirurgica" teso a temperare, ma non a correggere, vari problemi della disciplina. Pesano ancora i profili di incertezza sui tempi di adozione del Regolamento unico, con un convulso periodo transitorio aggravato dall'ambiguo periodo di "sospensione" di importanti disposizioni normative e ora, soprattutto, dall'impatto dell'emergenza sanitaria sul flusso e sul futuro delle gare.

4. I due contributi di Raffaella Menzella e di Stefano Montemaggi spostano l'enfasi sull'obiettivo della tutela della legalità e puntano ad analizzare i tratti salienti dell'approccio del Codice dei contratti pubblici al tema del contrasto alla corruzione, utilizzando la prospettiva della giurisprudenza amministrativa.

La ragione di questa impostazione, come chiarisce Raffaella Menzella, va ricercata nella tendenza a disciplinare specifici settori attraverso codici dedicati, come appunto è il caso del Codice dei contratti pubblici, nel tentativo di semplificare, ridurre e riordinare le norme. Ne deriva però una serie di sistemi frammentati ed autonomi che richiedono un massiccio intervento del sindacato giurisdizionale per dipanare le antinomie e i nodi interpretativi.

Per la disciplina dei contratti pubblici le complessità si accrescono per effetto del dinamismo del sistema europeo degli appalti, che ha determinato, da un lato, una maggiore procedimentalizzazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni, dall'altro l'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali.

Ma la promozione della concorrenza contribuisce anche fortemente alla prevenzione dei fenomeni corruttivi; i due obiettivi sono, in realtà, intrinsecamente connessi e, anche se operano su piani distinti, risultano come due vasi comunicanti per cui i rispettivi livelli di tutela si elevano – ovvero si abbassano – congiuntamente. E questa positiva considerazione fornisce anche una indicazione preziosa per le *policy* normative.

Tra le misure del Codice che meglio si prestano per scendere più sul concreto – e che sono state oggetto di una interpretazione giurisprudenziale “formante” – possono annoverarsi:

- i principi dettati in materia di trasparenza e di accesso;
- il soccorso istruttorio;
- la nuova disciplina del conflitto d'interessi.

Il Codice ha rafforzato il regime di trasparenza del settore degli appalti prevedendo un adeguato livello di pubblicità per consentire l'accesso da parte dei soggetti interessati al *procurement* ad informazioni corrette ed idonee; la trasparenza si realizza attraverso una serie di adempimenti posti in capo alla stazione appaltante. In concreto, poi, opera l'istituto dell'accesso agli atti, anche attraverso interrogazioni dirette delle registrazioni del sistema informatico nel caso di gara telematica.

L'accesso civico, che consente a chiunque di richiedere documenti e informazioni, ha determinato – com'era prevedibile – l'insorgere di rilevanti questioni sottoposte alla giustizia amministrativa. L'applicabilità dell'accesso civico nel rapporto con il principio di trasparenza nel campo dei contratti pubblici è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale, composto solo di recente dal Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3780 del 2019.

Sierano succeduti, infatti, opposti orientamenti. Un primo indirizzo, restrittivo, aveva limitato l'accesso solo attraverso l'applicazione della legge n. 241 del 1990; un secondo aveva riconosciuto l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti pubblici; un terzo indirizzo, intermedio, aveva distinto la fase pubblicistica della procedura, nella quale sarebbero consentiti sia l'accesso procedimentale, sia l'accesso civico generalizzato, da quella esecutiva dopo l'aggiudicazione interessata solo dall'accesso ex legge n. 241 del 1990. A risolvere la questione intervenuto, da ultimo, il Consiglio di Stato affermando la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e sia venuta perciò meno la necessità di tutela della "par condicio"; e ciò non solo per l'esigenza del controllo diffuso, ma anche per il principio di trasparenza delle procedure di appalto quale strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

Il tema del soccorso istruttorio è molto complesso per la sua rilevanza nella dinamica delle gare (nell'ottica del *favor participationis*) e per la pluralità di questioni sorte con l'entrata in vigore del Codice. Ma, mentre nella disciplina del procedimento amministrativo si configura come una mera facoltà della PA, nel settore dei contratti pubblici le stazioni appaltanti lo devono utilizzare, pena l'illegittimità della procedura.

Nelle procedure selettive, infatti, il *favor participationis* va confrontato con il rispetto della *par condicio* tra i concorrenti e richiede, quindi, in particolare alla giurisprudenza, un delicato bilanciamento tra interessi contrapposti improntato sulla distinzione tra regolarizzazione e integrazione documentale, viceversa esclusa.

Non sorprende, quindi, lo sviluppo di un animato dibattito giurisprudenziale, nella ricerca di un bilanciamento tra opposte istanze, con un pendolo che oscilla tra il riconoscimento per il soccorso istruttorio di una latitudine amplissima e orientamenti restrittivi o, comunque, che ne escludono l'applicabilità a fronte di previsioni specifiche della *lex specialis* di gara.

Il Consiglio di Stato, pur senza negare l'approccio sostanzialistico, ha tuttavia ristretto la portata del soccorso ritenendo preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione ed escludendolo laddove la *lex specialis* preveda espressamente, a pena di esclusione, il possesso di un requisito corredato da apposita documentazione e tale documentazione sia carente (4046/2019 e 975/2017).

Il soccorso istruttorio rappresenta, dunque, uno snodo cruciale della dialettica tra le imprese e la pubblica amministrazione nel cui ambito si gioca una rilevante partita per assicurare comunque la massima partecipazione, favorendo, da un lato, ogni possibile apertura alla concorrenza ed evitando, dall'altro, che la scelta della stazione appaltante di ammettere o respingere un concorrente possa sfociare nell'arbitrio.

Nel settore degli appalti pubblici la nozione di "conflitto di interesse", come anche indicato dalla giurisprudenza amministrativa, è ampia e si configura in termini di mera potenzialità, sia per la norma generale di cui all'art. 6-bis della legge 241/90, sia per la norma speciale di cui all'art. 42 del Codice. Quest'ultima

si indirizza opportunamente sul piano organizzativo, richiedendo alle stazioni appaltanti misure adeguate per individuare, prevenire e risolvere ogni ipotesi di conflitto di interesse e ai dipendenti di comunicare le situazioni rilevanti, astenendosi dalla procedura. L'obiettivo è, chiaramente, garantire la tutela dei principi di concorrenza e parità di trattamento, nonché di imparzialità e buon andamento.

Ne residua in concreto uno spazio di discrezionalità sia nella individuazione della situazione di conflitto di interessi da parte degli organi interni sia in sede processuale da parte dell'autorità giudicante. Sul primo versante sono intervenute le Linee Guida n. 15 dell'ANAC (5 giugno 2019) per l'individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento, in particolare per definire l'ambito soggettivo di applicazione. Il Consiglio di Stato, con decisioni recenti (3415/2017 e 6150/2019), ha poi aderito a una nozione ampia e onnicomprensiva per i profili soggettivi e oggettivi.

5. La disciplina in materia di conflitto di interessi, per il suo rilievo strategico nella prospettiva dei presidi anticorruzione, forma oggetto di ulteriore approfondimento da parte di Stefano Montemaggi il quale, nell'impostare l'analisi, segnala come il giudice amministrativo abbia profuso considerevoli sforzi ermeneutici nel tentativo di precisare il concetto indeterminato di conflitto di interessi lasciando però sullo sfondo la questione degli effetti sulla procedura dell'accertamento del conflitto e delle misure che la stazione appaltante deve assumere una volta acclarata la situazione conflittuale.

La già richiamata tendenza ad intendere in senso ampio la fattispecie del conflitto di interessi si concretizza nell'interpretazione dell'espressione "personale" (art. 42 del Codice) che ricomprende non solo i dipendenti della stazione appaltante, ma anche quanti siano in grado di influenzarne l'attività (compreso chi svolge un ruolo meramente operativo e, finanche, chi resta all'esterno della struttura).

E il Consiglio di Stato si spinge fino a rilevare come sia sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie al tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante (355/19). Le ipotesi "atipiche" di potenziale conflitto vanno individuate attraverso un esame teleologico per indagare se l'azione amministrativa sia stata messa in pericolo; l'attuazione del criterio non resta comunque agevole limitandosi il Consiglio di Stato a fare riferimento a circostanze concrete e documentabili (3415/2017). Anche le citate Linee Guida non pervengono a indicazioni esemplificative.

Il tema più delicato è, comunque, quello delle conseguenze di un conflitto non dichiarato sul procedimento di affidamento, sugli operatori partecipanti, sul provvedimento di aggiudicazione. Il Codice prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore la cui partecipazione determini una situazione di conflitto che non sia sanabile in altro modo; nel parere 667/2019 del Consiglio di Stato sulle

Linee Guida ANAC viene fornita un'interpretazione molto restrittiva secondo la quale la misura espulsiva è davvero l'*extrema ratio* in quanto, in realtà, non è il concorrente ad aver determinato la situazione in conflitto che perfino può non conoscere.

Nello studio vengono poi distinte le diverse situazioni che l'amministrazione si trova a dover fronteggiare. Il primo caso è quello della relazione tra il dipendente che ha partecipato alla progettazione o alla predisposizione dei documenti di gara e un concorrente, con la conseguenza di un significativo rischio di asimmetria informativa. Ne risulta che l'esclusione dell'operatore economico potrebbe essere inevitabile, con l'unica più grave alternativa dell'annullamento della gara in autotutela. Qualora, poi, sia avvenuta l'aggiudicazione a favore del concorrente in conflitto, l'amministrazione dovrebbe annullarla e far scorrere la graduatoria.

Altro caso è quello in cui il dipendente in conflitto abbia preso parte a fasi successive della procedura di affidamento, ma non a momenti della progettazione o della preparazione della gara. La misura espulsiva sarebbe, in questo caso, sproporzionata, salvo l'ipotesi che all'operatore sia imputabile l'omessa dichiarazione all'atto della presentazione della documentazione amministrativa. Qualora il dipendente abbia partecipato all'esame della documentazione amministrativa sarebbe ugualmente sproporzionato ritenere che l'amministrazione debba sempre e comunque annullare l'atto endoprocedimentale (che potrebbe comunque essere anche convalidato ove ritenuto non condizionato dal conflitto), con travolgimento degli atti successivi. Resta ferma, ovviamente, la rilevanza sul piano disciplinare.

Più articolata la fattispecie del conflitto che riguarda un membro della commissione di gara, integrando una causa di incompatibilità. Una volta che le operazioni siano state avviate, non è sufficiente la sostituzione, essendosi determinati i presupposti per l'annullamento dell'atto di nomina e, di riflesso, di tutti gli atti conseguenti.

Ultimo caso da vagliare è quello della presenza del soggetto in conflitto nella fase di verifica dell'anomalia, dopo la formazione della graduatoria finale. Le conseguenze non sembrano essere meno rigorose rispetto al caso precedente, salvo che il controllo di congruità non sia stato attribuito al RUP. Per completezza, infine, ove il conflitto riguardi proprio il RUP l'amministrazione potrebbe verificare se vi è stato un concreto riflesso sulle valutazioni e, nel caso che ciò non sia avvenuto, potrebbe optare per il meccanismo della convalida.

In conclusione, è indubbia una buona dose di ragionevolezza nelle tendenze in atto con riguardo alle ipotesi di conflitto di interesse; va comunque rimarcato che l'assoluta rilevanza del rischio di un conflitto mal gestito (con evidenti ricadute sul piano operativo, legale e reputazionale) non può che indurre le stazioni appaltanti ad approntare ogni cautela di taglio organizzativo e a prestare massima attenzione al comportamento dei propri dipendenti.

Ma qualora le misure di carattere preventivo non siano sufficienti a fronteggiare i rischi di corruzione, si pone il tema dello strumentario per le stazioni

appaltanti per reagire al tentativo di un concorrente di influenzare indebitamente la commissione (pur in assenza di un intervento concreto dell’Autorità giudiziaria).

La previsione dell’art. 80, comma 1, lett. b) del Codice sull’esclusione del concorrente già condannato per fatti di corruzione non esclude la rilevanza di condotte in senso lato corruttive, ma non ancora accertate in sede penale. Interviene opportunamente la previsione dei “gravi illeciti professionali” tali da rendere dubbia l’integrità e affidabilità del concorrente (comma 5). Sia l’ANAC sia la giurisprudenza amministrativa hanno ritenuto di poter legittimare in questi casi misure espulsive, fermo restando che una tale discrezionalità va adeguatamente motivata. E a questa impostazione si aggiunge il fondato rafforzamento nel 2018 della norma con la possibilità di escludere l’operatore per aver tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante.

Il compito delle stazioni appaltanti di tenere indenni le procedure di gara da ogni possibile interferenza e deviazione richiede che venga acquisito preliminarmente un quadro informativo il più ampio possibile, non limitato alle risultanze giudiziarie formali; ciò anche imponendo la collaborazione del concorrente, ad esempio attivando il soccorso istruttorio con una richiesta di chiarimenti su notizie negative acquisite; in caso di mancata risposta si rischia di compromettere la propria integrità e professionalità.

Dall’analisi delle situazioni personali dei soggetti pubblici e privati che intervengono nella dinamica delle gare si ricava un evidente obiettivo di bonificare il campo del *procurement* da funzionari e operatori non affidabili, se non di dubbia integrità. Garantire la presenza in campo solo di giocatori e arbitri corretti, con la possibile conseguenza dell’espulsione per i soggetti non imparziali o non affidabili eventualmente presenti in entrambi gli schieramenti, costituisce un’indispensabile preconditione, un argine a monte che deve necessariamente essere ben protetto e rafforzato.

Come si vede un sistema di contrasto costruito a più livelli, anche se non sempre consapevolmente, reso ancor più stringente dai profili penalistici e antiriciclaggio, pure affrontati di seguito nel Quaderno. Il *tool box* è molto ricco di strumenti, tanto da rendere poco agevole una valutazione di sintesi sull’efficacia delle singole previsioni e anche del sistema stesso nel suo complesso. E, con riguardo alla disciplina degli appalti pubblici, proprio la varietà di strumenti generali e di strumenti specifici pone in luce l’esigenza di analizzare il *procurement* come processo variamente regolato che necessita di essere messo in condizione di funzionare in modo efficiente ed efficace, e non trasformato in una corsa ad ostacoli.

6. L’attenzione del legislatore penale nei confronti dei fenomeni corruttivi è stata negli ultimi anni molto intensa e crescente, tanto che il titolo dei delitti contro la pubblica amministrazione del codice penale è frutto di ripetute recenti modifiche e integrazioni; in questo ambito non è mancata una specifica attenzione all’obiettivo della tutela della correttezza negli appalti pubblici attraverso numerose previsioni *ad hoc* (turbata libertà degli incanti, turbata libertà del

procedimento di scelta del contraente, astensione dagli incanti, inadempimento di contratti di pubbliche forniture, frode nelle pubbliche forniture).

Alla recente riforma del regime penale (legge 9 gennaio 2019, n. 3) è dedicato il saggio di Paola Battistini che pone in evidenza come trovi attuazione una strategia integrata con interventi non solo sul piano sanzionatorio ma anche con riguardo ai mezzi di indagine e all'esecuzione delle pene.

Due caratteristiche di fondo meritano di essere segnalate: da un lato, prosegue nella normativa la marcia di avvicinamento tra i fenomeni della corruzione e della criminalità organizzata (specie con riguardo alla fase esecutiva della pena), dall'altro, le strategie di contrasto tendono ad adattarsi ai singoli contesti maggiormente esposti ad accordi illeciti, come quello degli appalti pubblici (attraverso un'ampia gamma di mirati interventi preventivi e repressivi).

Per la fase delle investigazioni, con una modifica all'art. art. 266, comma 2-bis, c.p.p., si è consentito diffusamente l'utilizzo per le intercettazioni del captatore elettronico su dispositivo portatile (c.d. *trojan*, sistema informatico di controllo remoto). Per i più gravi reati contro la pubblica amministrazione vengono rese possibili operazioni di polizia *undercover* (di cui alla legge 16 marzo 2006, n. 146), evitando comunque, per quanto possibile, che tali attività si trasformino in abusi con istigazione alla commissione di reati. Con attenzione agli appalti pubblici, le captazioni informatiche risultano di indubbia notevole utilità, mentre la tattica dell'agente infiltrato appare, a dire il vero, molto meno funzionale.

Sicuramente opportuna l'introduzione della causa speciale di non punibilità per chi collabori processualmente con l'autorità giudiziaria, anche perché in tal modo si può riuscire a spezzare il legame di reciproca omertà tipico della corruzione, insinuando, inoltre, ex ante il dubbio che una delle parti dell'accordo corruttivo possa poi denunciare l'illecito. E una dissociazione, nonostante i rischi ineliminabili del ravvedimento, appare ancor più probabile negli appalti che coinvolgono una pluralità di soggetti pubblici e privati.

La pena per la corruzione prevista dall'art. 319 c.p. è stata sensibilmente rafforzata (ora da tre a otto anni di reclusione), sia pure con qualche problema di coerenza con altre sanzioni limitrofe. Altro rafforzamento della sanzione ha riguardato il traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-*bis* c.p., figura che mira a colpire condotte prodromiche rispetto ai successivi accordi corruttivi (ora punite nel massimo con la reclusione fino a quattro anni e mezzo).

Per le pene accessorie gli effetti della riforma possono essere definiti dirompenti. Sono stati infatti notevolmente ampliate le fattispecie appartenenti al filone della corruzione che costituiscono presupposto per l'applicazione dell'interdizione dai pubblici uffici, da un lato, e per l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, dall'altro. Nei casi di condanna con reclusione di durata superiore ai due anni di reclusione queste pene accessorie hanno durata perpetua, con qualche dubbio di costituzionalità.

È stata affidata al giudice la valutazione circa la sospensione condizionale della pena principale in maniera scissa rispetto alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, che possono sopravvivere (art. 166 c.p.); analogo potere discrezionale nell'applicazione delle due pene accessorie è attribuito al giudice in caso di patteggiamento (art. 445, comma 1-ter, c.p.p.).

Nella fase esecutiva della pena, corruzione, concussione e peculato figurano nella lista dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-bis della legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario), fatte salve le ipotesi di collaborazione con la giustizia. Viene a configurarsi una sorta di presunzione di pericolosità rafforzata non immune a censure sul piano della ragionevolezza e costituzionalità.

In conclusione, tra luci e (alcune) ombre, dalla ricostruzione di Paola Battistini appare innegabile un netto rafforzamento dell'apparato repressivo, e anche dell'intento dissuasivo.

7. Complementare all'analisi della disciplina penale esaminata è il tema, di solito non adeguatamente valorizzato, della consonanza tra l'azione di lotta alla corruzione e l'applicazione dei presidi antiriciclaggio, che viene approfondito da Pierpaolo Fratangelo e Federica Lelli.

Corruzione e riciclaggio sono, infatti, fenomeni criminali che danneggiano fortemente lo sviluppo economico e la stabilità finanziaria e sono tra le principali determinanti della bassa crescita e della modesta produttività dell'Italia. Nella prospettiva del contrasto le sinergie tra antiriciclaggio e anticorruzione sono poi molto forti: la prevenzione ai fenomeni corruttivi fronteggia uno dei possibili reati presupposto del riciclaggio, i controlli antiriciclaggio contribuiscono concretamente ad intercettare episodi di corruzione.

La consapevolezza di questo legame è ben presente nelle sedi internazionali a partire dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 Gruppo di Stati contro la corruzione (GRECO) e il Gruppo di lavoro sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali; il Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI-FATF) ha inserito la corruzione tra le proprie priorità per le forti connessioni con il riciclaggio.

Un punto chiave di questa sinergia è dato dall'attenzione da parte delle cd. 40 Raccomandazioni del GAFI e dalla normativa UE al monitoraggio da parte degli intermediari bancari e finanziari dei rapporti con le persone politicamente esposte (PEP) potenzialmente più soggette, tra l'altro, al rischio di corruzione, rischio che, per alcune categorie come sindaci, assessori regionali o direttori generali di ASL e aziende ospedaliere, può riguardare in larga misura il settore degli appalti.

Da ultimo va segnalata l'indicazione, sempre da parte del GAFI, dei più diffusi schemi di riciclaggio dei proventi della corruzione e delle conseguenti Raccomandazioni per individuarli in concreto.

In definitiva, un sistema di contrasto, che nell'ordinamento nazionale è rafforzato dall'introduzione dei conti dedicati nelle commesse pubbliche con la legge 13 agosto 2010 n. 136, funzionali alla tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti di appalto e ai finanziamenti pubblici, come realizzato nei casi della ricostruzione post-sisma e dell'avvio di Expo 2015.

Per altro verso, partendo dall'analisi di Fratangelo e Lelli, va anche considerato un obiettivo arretramento costituito dalla modifica del d.lgs. 25 maggio 2017 n. 90 che esclude la Pubblica amministrazione dal novero dei destinatari degli obblighi antiriciclaggio ex art. 3 del decreto legislativo 21 novembre 2007 n. 231. La modifica conferma, comunque, che le pubbliche amministrazioni devono comunicare all'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia (UIF) dati e informazioni concernenti le operazioni sospette di cui vengano a conoscenza; l'UIF ha pubblicato gli indicatori di anomalia per gli uffici pubblici, ma le segnalazioni sono di numero molto contenuto, mentre sembra aver piuttosto attecchito il meccanismo delle segnalazioni degli illeciti da parte dei singoli dipendenti (*whistleblowing*).

Restano, infine, ampi spazi di ulteriore sinergia tra due sistemi paralleli dei responsabili delle funzioni dell'antiriciclaggio e della prevenzione della corruzione e della trasparenza (che potrebbero anche coincidere) e del Piano Nazionale Anticorruzione adottato dall'ANAC (in base al quale base sono predisposti i Piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza nelle PA), da un lato, e delle Istruzioni in materia di operazioni sospette emanate dall'UIF, dall'altro.

L'impatto dell'emergenza COVID-19 ha confermato l'importanza della leva dell'antiriciclaggio per contrastare la corruzione proprio nel settore degli acquisti delle amministrazioni pubbliche. Un'analisi puntuale del rischio di diffondersi di fatti di corruzione negli affidamenti per le forniture sanitarie e i servizi per assistenza e ricerca, è stata pubblicata in data 16 aprile 2020 dalla UIF (<https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-indicatori-anomalia/Comunicazione-UIF-16.04.2020.pdf>). La strada indicata si ispira all'esperienza ormai consolidata nel nostro Paese di un approccio integrato tra prevenzione e repressione (messe in connessione anche grazie alle segnalazioni di operazioni sospette) e della collaborazione fattiva tra autorità, operatori e cittadini.

8. Dopo il complesso scenario della disciplina nazionale sugli appalti pubblici e la considerazione del difficile innesto della finalità, sempre presente, della lotta alla corruzione, la seconda parte del Quaderno inizia approfondendo il sistema normativo dell'anticorruzione; emerge, quindi, un doppio livello di disciplina: generale (che copre tutti gli atti della pubblica amministrazione) e speciale (per gli appalti pubblici).

Questo ulteriore snodo nell'analisi viene descritto dal lavoro di Lucilla Asciano, Maria Gabriella Fraracci e Elvira Pagano. Il punto di partenza è l'osservazione dell'intreccio tra diverse finalità: la lotta alla corruzione, la tutela della concorrenza e la tensione verso l'efficienza della spesa pubblica.

Mentre, infatti, tutela della concorrenza negli appalti pubblici (che ricordiamo resta al centro dell'approccio delle direttive europee) e disciplina anticorruzione si sostengono a vicenda, altrettanto non può dirsi confrontando l'obiettivo dell'efficienza della spesa pubblica con l'impostazione della lotta alla corruzione ove perseguita attraverso la progressiva riduzione della discrezionalità delle stazioni appaltanti.

La tendenza legislativa che ha preso avvio dalla legge "Merloni" del 1994, proseguendo con i due successivi Codici dei contratti pubblici del 2006 e del 2016, ha, dunque, mirato alla massima compressione della discrezionalità, alla rigidità delle procedure, al *favor* verso meccanismi automatici, a regole di gara restrittive.

Ma nel frattempo, con la legge 6 novembre 2012 n. 190, era già stato introdotto in Italia un sistema organico di contrasto alla corruzione, configurata ben oltre l'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione come *maladministration* e cioè con un approccio di tutela ampia delle decisioni pubbliche da condizionamenti impropri (non solo rilevanti penalmente), in modo del tutto coerente con la finalità del buon funzionamento del *procurement* pubblico.

Nella ricostruzione di Lucilla Asciano, Maria Gabriella Fraracci e Elvira Pagano il generale impianto dell'anticorruzione si basa, dunque, essenzialmente su tre pilastri:

- un impianto repressivo con una disciplina penale sempre più stringente;
- numerose misure preventive di carattere amministrativo;
- l'impulso a diffondere nella pubblica amministrazione la cultura della legalità e dell'etica professionale.

Ma la riforma ha anche puntato molto sull'introduzione di "istituzioni anticorruzione" e, in particolare, sull'ANAC alla quale sono state poi trasferire, non a caso, anche le competenze della soppressa AVCP (Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici).

Più in dettaglio le pubbliche amministrazioni sono obbligate a programmare in concreto, con attenzione alle proprie specificità, specifici piani di prevenzione della corruzione; si tratta, in realtà, di un processo a doppio livello in cui i piani triennali di ciascuna amministrazione seguono gli indirizzi del Piano nazionale anticorruzione adottato dall'ANAC. Per assicurare la correttezza e l'imparzialità dei funzionari pubblici intervengono, poi, i codici di comportamento, le disposizioni per allontanare le persone coinvolte in procedimenti penali, le norme per gestire i conflitti d'interesse, il divieto di *pantouflage* per evitare il passaggio presso soggetti privati destinatari dell'attività dell'amministrazione, la rotazione ordinaria del personale. Si aggiunge, ancora, la tutela del *wistleblowing*, e cioè del

dipendente che segnala attività illecite, meccanismo che appare particolarmente utile per contrastare i fenomeni di corruzione.

Altro elemento fondamentale di prevenzione è costituito dalla trasparenza, finalizzata ad assicurare la conoscibilità dell'azione della pubblica amministrazione. Oltre alle generali previsioni sul diritto di accedere alle informazioni detenute da pubbliche amministrazioni, nel settore dei contratti pubblici sono previsti obblighi di pubblicità delle procedure di affidamento, sia *ex ante* sia *ex post*.

Ancora è agevole individuare una specifica finalità anticorruzione in numerosi istituti del Codice dei contratti pubblici, anche di rilievo strategico, quali l'incentivazione delle centrali di committenza, la programmazione degli acquisti, l'informatizzazione delle procedure, l'obbligo di utilizzo di commissari esterni per le commissioni di gara, il limite al subappalto, e così via.

Ma le norme da sole non sono sufficienti; emerge quindi l'importanza della sinergia tra etica e competenza, da valorizzare tramite la formazione. Anche in questa prospettiva il punto di partenza dell'analisi è la disciplina del *procurement* rigida e pervasiva, tesa a limitare la discrezionalità. L'attività pubblica è risultata appesantita dalla complessità delle norme che hanno anche complicato il ruolo della giustizia amministrativa, rendendo ancora meno agevole l'applicazione della regolamentazione da parte degli operatori pubblici e privati; facile concludere sulla natura potenzialmente ostile dell'ambiente di lavoro, con "fuga" dalle decisioni per il timore di azioni giudiziarie.

In questo contesto si è, di conseguenza, largamente diffusa la consapevolezza che il *passive waste* (da incapacità dei funzionari pubblici e da assenza di incentivi a mirare alla qualità del *procurement*) pesa molto di più rispetto alla corruzione in senso stretto (*active waste*).

Questa è anche l'opinione della Commissione europea che, già qualche anno fa, rilevava come gli appalti pubblici, che pure rappresentano circa il 19% del PIL dell'Unione, siano stati spesso condotti senza le necessarie competenze o conoscenze tecniche o procedurali; specie i grandi progetti infrastrutturali sono stati penalizzati da ritardi dovuti alla complessità e alla lunghezza delle procedure. La necessità di una sterzata nella direzione di puntare sulle semplificazioni e sul rafforzamento dei presidi organizzativi è stata, quindi, riconosciuta sia nella prospettiva dell'anticorruzione sia in quella della normativa degli appalti pubblici.

A partire dalla legge n. 190 del 2012 si è affermata la consapevolezza che la corruzione può essere efficacemente contrastata solo affiancando alla repressione un'azione sistematica e integrata di strumenti di prevenzione a tutela del buon funzionamento della pubblica amministrazione. Dal canto suo, la legge delega per il recepimento delle direttive in materia di appalti ha, poi, puntato sulla semplificazione normativa, organizzativa e procedimentale, su un elevato livello di discrezionalità, su una più elevata *expertise* dei funzionari pubblici chiamati, tra l'altro, ad utilizzare diffusamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A livello europeo, in realtà, non si è ritenuta sufficiente la strada offerta dalle direttive optando per una strategia ampia di interventi per rendere più efficiente l'intero comparto (Comunicazione dell'ottobre 2017 della Commissione, "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa"). Tali iniziative sono state realizzate secondo modalità tipiche degli ordinamenti di *common law*, incentrate sulla professionalizzazione delle stazioni appaltanti (formazione di personale qualificato, flessibilità delle procedure, conoscenza dei mercati, utilizzo di strumenti e tecnologie innovative).

Nel quadro di strategie a lungo termine, si prospettano tre ambiti di azione: la definizione delle politiche, l'adeguamento degli strumenti, la formazione del personale.

Tra le buone pratiche, la Commissione segnala l'esperienza italiana del Piano nazionale straordinario di formazione sulla disciplina dei contratti pubblici promosso da ITACA (Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale, organo tecnico della Conferenza delle Regioni e Province autonome) in collaborazione, tra gli altri, con la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA).

Sul fronte italiano, i livelli di professionalizzazione sono determinanti per l'istituto della qualificazione delle stazioni appaltanti (rimasto finora sulla carta, come più volte ricordato nel Quaderno); tra i requisiti di base previsti nel Codice dei contratti pubblici figura, infatti, la presenza di dipendenti competenti e costantemente aggiornati e standard di professionalità (numero di gare negli ultimi tre anni) e di efficienza (tempi per il pagamento delle imprese, di esecuzione e di collaudo). Tra i requisiti premianti spiccano le misure di prevenzione dei rischi di corruzione e i sistemi di gestione della qualità. Da segnalare, ancora, il riconoscimento ai funzionari di una "retribuzione di risultato". Molto forte, dunque, è il nesso tra professionalità del personale e qualificazione della stazione appaltante.

A questo disegno partecipa anche l'istituto delle centrali di committenza che mira a concentrare le procedure presso un limitato numero di stazioni appaltanti dotate di professionalità adeguate; e la centralizzazione può portare benefici non solo in termini di efficienza degli affidamenti, ma anche di lotta alla corruzione, soprattutto in quanto può accrescere la terzietà di giudizio, rispetto alle amministrazioni locali, che possono anche avere un'inclinazione a favore delle imprese locali. La "concentrazione" richiede però una particolare attenzione alle competenze e all'integrità dei dipendenti delle amministrazioni "monopoliste" del mercato dei contratti e, quindi, garanzie in tema di etica e legalità, un obbligo rafforzato di astensione in presenza di un conflitto di interessi, anche solo potenziale, e la rotazione del personale.

Su un piano diametralmente opposto si pone l'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici, a cura dell'ANAC, (anch'esso esaminato nel Quaderno) la cui operatività è stata rinviata a dicembre 2020 e che è stato concepito in modo senza dubbio incoerente con il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, impedendo di utilizzare le risorse interne a favore di

quelle esterne. E questa contraddizione va messa nel conto delle non marginali incoerenze dell'approccio nazionale al tema degli appalti pubblici.

In definitiva, la professionalizzazione delle risorse impegnate nel *procurement* richiede un ingente impegno non solo quanto ad addestramento operativo ma anche, e soprattutto, in termini di formazione, tema che riveste, infatti, un ruolo fondamentale anche nella nuova strategia delineata dalla Commissione europea. Questa indica tre aree di intervento.

La prima riguarda la definizione di abilità e competenze per la formazione di professionisti degli appalti all'interno di un "quadro comune europeo" delle competenze per gli appalti pubblici (*European Competence Framework for Public Procurement-ECF*).

La seconda area di intervento prevede la predisposizione di programmi di formazione "iniziale e permanente", nonché l'incentivazione di offerte formative "ampie, mirate e accessibili", anche con soluzioni nuove e interattive (ad esempio, formazione *online*). Considerati i rischi di natura corruttiva, si ritiene importante elaborare programmi di formazione in materia di prevenzione della corruzione e di integrità, calibrando gli approcci in ragione delle esigenze dei contesti di riferimento.

La terza area di intervento riguarda la predisposizione di sistemi di gestione delle risorse, di pianificazione delle carriere, di valutazione delle competenze, con l'obiettivo di attirare e trattenere personale qualificato, incoraggiare a migliorare la qualità, premiare il raggiungimento di obiettivi strategici (appalti innovativi, *green* e socialmente responsabili) e l'attuazione di buone pratiche in tema di legalità, trasparenza e contrasto della corruzione.

Si richiede, in buona sostanza, che i comportamenti dei dirigenti, e più in generale di tutti i pubblici dipendenti, siano improntati ai principi di un'etica c.d. della responsabilità, che tenga cioè conto delle conseguenze dell'agire amministrativo e degli effetti delle decisioni assunte, anche in termini di efficienza nell'uso delle risorse e di buon andamento della struttura amministrativa.

L'obiettivo ultimo dell'attività di prevenzione della corruzione, nella sua migliore accezione, è la creazione di un ambiente strutturalmente avverso ai comportamenti devianti, idoneo a promuovere l'integrità nelle pubbliche amministrazioni, a livello sia organizzativo sia individuale. Se ne desume che professionalità e competenza del personale sono elementi indispensabili ma non sufficienti a garantire il buon andamento dell'amministrazione se non vengono calati in una cultura aziendale pervasa da un sistema di valori, quali il rispetto delle regole, la deontologia professionale, l'integrità e l'etica dei comportamenti. Per la piena adesione a tali principi occorre ancora che la cura degli interessi demandati all'amministrazione avvenga secondo criteri predefiniti, resi pubblici per consentirne il controllo dall'esterno.

Per favorire comportamenti dei funzionari virtuosi e conformi ai principi di etica pubblica concorrono tre strumenti specifici: i codici, la collaborazione dei cittadini, i controlli di *compliance*.

I codici etici e di condotta esprimono i valori portanti delle amministrazioni e contengono le regole cui devono ispirarsi i comportamenti del personale. La concreta utilità di questi codici risiede nella capacità di sedimentare una concreta ed effettiva cultura dell'integrità e si realizza laddove le singole amministrazioni riescano a definire regole di comportamento "ritagliate" sulla base delle proprie specificità.

Sensibilizzare, poi, la cittadinanza sui principi che devono informare il comportamento dei dipendenti pubblici, e sulle tutele che possono attivare nel caso di violazione di tali principi, porta al risultato, da una parte, a elevare il senso di responsabilità e la correttezza dei funzionari pubblici e, dall'altra, a creare una maggiore fiducia dei cittadini nelle istituzioni, senza la quale alcuni strumenti di prevenzione della corruzione (ad esempio, i sistemi di *whistleblowing*) rischiano di restare inapplicati.

La prevenzione della corruzione e lo sviluppo di sistemi atti favorire la diffusione di comportamenti ispirati ai canoni etici accrescono, il ruolo della *compliance* all'interno delle amministrazioni. In conclusione, occorre creare un'infrastruttura interna che supporti le amministrazioni sul piano tecnico e metodologico nella definizione delle misure di prevenzione e che faccia da collettore per la diffusione degli strumenti di prevenzione e di promozione dell'integrità.

Anche seguendo il filo del percorso delineato da Lucilla Asciano, Maria Gabriella Fraracci e Elvira Pagano, dalla prevenzione della corruzione alle competenze professionali, dalla formazione all'etica, fino, infine, alla *compliance*, la variabile organizzativa emerge come il terreno in cui confluiscono le diverse esigenze e dove si possono trovare anche le soluzioni concrete per ciascuna amministrazione.

9. Il nesso necessario tra professionalità ed etica che solo la formazione può stringere e rafforzare costituisce l'oggetto dell'intervento di Stefano Battini e Valentina Lostorto che conclude questa parte dell'analisi. La nozione di anticorruzione tende ormai a coincidere con quella di "*service public*", e cioè dell'obbligazione fondamentale dei "governanti" di usare il loro potere non per fini personali, o particolari, bensì per svolgere una funzione pubblica in favore dei cittadini; viene quindi a configurarsi un principio cardine dell'ordinamento amministrativo, da non sottovalutare.

Dalla dialettica tra la portata generale della finalità anticorruzione e la natura specifica degli strumenti previsti scaturiscono non poche ambiguità e divergenze; da un lato si teme che tutto il diritto amministrativo divenga anticorruzione, dirottando le energie dell'amministrazione verso l'adempimento formale a

scapito del fine pubblico, mentre dall'altro, prendendo le distanze dall'approccio meramente penalistico alla corruzione, si valorizza la funzione della disciplina di prevenzione di supporto alle amministrazioni nel perseguire non solo la legalità, ma anche l'efficienza e l'efficacia.

E questa dialettica tra finalità generale e specificità degli strumenti si riflette sulle caratteristiche della formazione che, da un lato, tende a coincidere con la formazione *tout court* dei funzionari pubblici e, dall'altro, attraverso l'addestramento sull'applicazione degli istituti specifici dell'anticorruzione, finisce per coprire solo una piccola parte delle esigenze formative delle amministrazioni pubbliche.

Il tema è affrontato dalla disciplina della legge n. 190 del 2012 che muove da una nozione ristretta di formazione, incentrata sul principio di rotazione dei dirigenti e funzionari e richiede alle amministrazioni di definire, in collaborazione con la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA), procedure di selezione e formazione per i dipendenti dei settori particolarmente esposti alla corruzione. Ma, anche se la formazione viene prevista per i soggetti più esposti al rischio di corruzione, l'attuazione stessa del principio di rotazione richiede che vi sia un'ampia compagine di funzionari e dirigenti dotati delle competenze necessarie per operare in settori esposti, e in particolare in quello dei contratti pubblici; altrimenti i pochi elementi competenti sarebbero di fatto non avvicendabili, se non mettendo a repentaglio la stessa attività amministrativa.

Solo con una formazione ampia è, dunque, possibile accrescere la professionalità delle amministrazioni e evitare che le misure di tutela della legalità sacrificino l'efficienza. La formazione "settoriale" prevista dalla legge n. 190 del 2012 riguarda, in realtà, tutti i dipendenti pubblici che possono essere chiamati ad operare in settori sensibili e deve, quindi, coprire un'ampia gamma di attività amministrative, a partire dalla gestione dei contratti pubblici.

Ancora in base alla legge n. 190 del 2012, la SNA è incaricata di curare percorsi di formazione sui temi dell'etica e della legalità mentre le pubbliche amministrazioni devono svolgere attività formative sui codici di comportamento. L'ANAC sul punto ha chiarito che questa formazione obbligatoria deve assumere un approccio "contenutistico" e "valoriale" e questa indicazione va collegata alla nozione ampia di *maladministration*, comprensiva anche degli "sprechi". In questa logica anche tutta la formazione manageriale rientra, quindi, a pieno titolo sotto l'ombrello della formazione in tema di anticorruzione. E, come sottolineano i due Autori, questa conclusione "non deve né stupire, né spaventare".

Anche in questa prospettiva richiamata da Stefano Battini e Valentina Lostorto trova ampia conferma la tesi secondo cui tanto più un'amministrazione è composta da personale professionalmente preparato e competente, capace di individuare e realizzare l'interesse pubblico, tanto meno sarà esposta al rischio di condotte infedeli o opportunistiche, devianti rispetto a quell'interesse.

In definitiva, è la crescente dimensione del concetto di anticorruzione che assegna alle attività formative una notevole *vis expansiva*, estendendone i confini fin quasi a ricomprendere l'intera formazione dei dipendenti pubblici.

La centralità della formazione come misura necessaria e obbligatoria viene riconosciuta nella programmazione a livello nazionale, fin dal primo piano (PNA) del 2013 che richiede una pianificazione triennale puntuale con una doppia articolazione: generale per tutti i dipendenti, per l'aggiornamento delle competenze e in tema di etica e legalità, e specifica, per i diversi soggetti coinvolti nel sistema dell'anticorruzione ovvero addetti alle aree di rischio.

Il Responsabile per la Prevenzione della Corruzione nel ricomprendere nel piano triennale tutte le misure di prevenzione più adatte al contesto interno ed esterno, deve individuare il personale da inserire nei programmi di formazione anticorruzione.

In occasione del primo aggiornamento al PNA nel 2015, l'ANAC ha stigmatizzato l'inadeguatezza delle attività formative da parte delle amministrazioni esaminate sia per le scarse risorse impegnate sia per l'approccio generalista al tema. Per fronteggiare queste carenze l'ANAC ha indicato come calibrare la formazione alle singole realtà e come i contenuti debbano coprire l'analisi del contesto, la mappatura dei processi, i rischi, le misure da attuare, i controlli, le semplificazioni procedurali, la riorganizzazione degli uffici, la trasparenza. E con riguardo alle attività di *procurement* l'ANAC fornisce anche indicazioni operative alle amministrazioni nella loro veste di *buyers* pubblici, in particolare sul tema dei conflitti d'interesse e dell'articolazione del processo di approvvigionamento.

Il PNA del 2016 pone ancora in luce gravi lacune nella fase dell'autoanalisi organizzativa indicata dall'ANAC; dal 2017 si registra un progressivo miglioramento. Ma anche nell'aggiornamento del 2018 l'ANAC sottolinea la necessità di una permanente e continua attenzione ai principali fattori che riducono la capacità di risposta delle amministrazioni, quali un forte *commitment* da parte dell'organo di indirizzo, la partecipazione di tutta la struttura organizzativa e degli *stakeholder* esterni, la riduzione dell'autoreferenzialità delle amministrazioni; inoltre l'ANAC insiste sul ruolo strategico della formazione e dell'acquisizione di competenze specifiche. In particolare l'ANAC, come ribadito da ultimo nel PNA 2019-2021, auspica un cambiamento della programmazione e attuazione della formazione, affinché sia sempre più rivolta all'esame di casi concreti calati nel contesto delle diverse amministrazioni, per accrescere le capacità tecniche e comportamentali dei dipendenti pubblici.

In questo quadro è cruciale il ruolo della Scuola Nazionale dell'Amministrazione che cura, in primo luogo, la formazione di carattere generale di tutto il personale per la diffusione della cultura della legalità e dell'integrità. La SNA segue poi la formazione obbligatoria sulla gestione del rischio corruttivo e mira a sviluppare le capacità tecniche e professionali dei soggetti che curano la progettazione, l'analisi e il trattamento del rischio

corruzione, secondo il piano triennale. Il terzo tipo di formazione riguarda il personale che opera nei settori con più elevato il rischio corruttivo e attiene all'analisi del ciclo operativo e organizzativo dell'area interessata e all'approntamento di misure di trattamento del rischio corruzione.

10. Dopo l'analisi dell'intreccio delle finalità, del quadro normativo e delle risorse umane non va trascurato l'ambiente organizzativo ove si inserisce la questione degli appalti pubblici, e cioè il terreno della complicazione burocratica italiana. La correttezza e la funzionalità del *procurement* si decide, infatti, in concreto, sul fronte dell'organizzazione e dei processi operativi delle stazioni appaltanti; ma questa realtà si scontra con la necessaria avvertenza che l'amministrazione pubblica è estremamente complicata, disomogenea e articolata, tanto da sostenere il diffuso convincimento che la PA costituisce, in realtà, un punto di debolezza per il sistema Paese.

L'analisi di Alessandro Natalini descrive lo scenario di una diffusa, fisiologica complessità delle decisioni amministrative che richiedono una delicata ponderazione di molteplici interessi pubblici e privati, complessità che, però, non è stata adeguatamente governata. Elementi che rendono ancor più difficili le decisioni pubbliche sono individuabili nella carenza di informazioni da valutare, anche in tempi stretti, nella mancanza di competenze tecniche adeguate, nella scarsa disponibilità di organizzazioni pubbliche attrezzate dal punto di vista organizzativo e professionale.

Queste criticità non hanno trovato bilanciamento attraverso interventi di semplificazione, volti almeno a contenere i tempi delle decisioni. Piuttosto sono state affrontate attraverso due scelte drastiche: ampio ricorso a società a partecipazione pubblica e a enti pubblici (trasferendo funzioni dall'amministrazione in senso stretto verso amministrazioni parallele) e progressiva riduzione della discrezionalità amministrativa. Ne è derivato uno svilimento della capacità di decidere che si concretizza in procedimenti vincolati, eccesso di norme, iper-frammentazione delle competenze. Ad inserire un ulteriore elemento di rigidità è intervenuta l'esigenza di contenimento della spesa pubblica, specie nella versione dei tagli trasversali. Sempre all'insegna di accrescere i controlli e i vincoli sono state introdotte le riforme normative con l'avvio dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) e con le modifiche al Codice dei contratti pubblici.

Non è difficile individuare un circolo vizioso nel quale, da un lato, si è determinata una progressiva delegittimazione delle amministrazioni pubbliche, alimentata, a dire il vero, anche dall'emergere di sempre nuovi scandali, dall'altra è cresciuta, per contrappasso, la pressione, sia da parte pubblica sia dal versante delle imprese, per superare tutti i vincoli attraverso l'affidamento di opere pubbliche a commissari straordinari, ovvero anche introducendo misure derogatorie (come quelle, da ultimo, del decreto legge n. 32 del 2019, "Sblocca cantieri").

Dal confronto tra la generale situazione di difficoltà della pubblica amministrazione e il settore degli appalti si perviene, già in prima approssimazione, alla considerazione che la strada per la prevenzione della corruzione non può essere solo quella di prevedere nuovi vincoli o pareri, ovvero di rafforzare organi di controllo. Inoltre è diffuso il convincimento che il succedersi, a corrente alternata, di interventi di semplificazione e di complicazione non fa altro che alimentare un oggettivo alibi alle burocrazie su cui basare la fuga dalle decisioni e, quindi, dalle responsabilità.

Lo snodo di fondo da affrontare è quello di superare la diffidenza nei confronti della discrezionalità amministrativa riconoscendo, in primo luogo, che solo le amministrazioni pubbliche possono ponderare caso per caso gli interessi coinvolti nelle singole attività di *procurement*. Ma per fare questo, chiarisce l'intervento di Alessandro Natalini, occorre una pubblica amministrazione di qualità, modificandone anche l'organizzazione interna, una semplificazione paziente e, in particolare per gli appalti pubblici, una disciplina maggiormente flessibile, come pure facevano sperare le direttive europee del 2014.

11. La ricerca di una soluzione efficace e praticabile per affrontare questo problema strutturale è svolta nello studio di Maria Assunta Carrino.

Due mondi si fronteggiano. La complessità del contesto normativo, che alimenta oneri burocratici e adempimenti gravanti sugli operatori, i tempi necessari e la paura di assumersi la responsabilità delle decisioni costituiscono il lato oscuro della PA. Sul versante opposto, in positivo, si pone la semplificazione organizzativa, che deve far leva sulle risorse umane, e – coerentemente con l'impostazione europea di fondo – sulla consapevolezza del valore strategico della qualità dell'azione amministrativa.

Per migliorare la qualità le amministrazioni hanno sviluppato vari strumenti (attenzione alla *customer satisfaction*, indicatori, carta dei servizi). Ma un salto significativo è possibile (solo) adottando metodologie mutuare dall'ambito privato; si tratta, in particolare, di sistemi definiti dalla normazione tecnica per la gestione per la qualità che sono garantiti da un soggetto terzo certificatore e forniscono strumenti per governare la complessità, per assicurare il presidio della legalità, per perseguire l'innovazione, per tendere al miglioramento continuo dell'attività.

Si tratterebbe, in realtà, semplicemente di seguire la strada delineata dalla stessa legge delega per l'adozione del Codice dei contratti pubblici (legge n. 11 del 2016, art. 1, comma 1, lettera b) di razionalizzare le procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti; coerentemente l'art. 38 del Codice, nel disciplinare il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, ha considerato, non a caso, elementi premianti, unitamente ai presidi specifici contro il rischio di corruzione e alla promozione della legalità, l'adozione di sistemi certificati di gestione per la qualità e la disponibilità di infrastrutture telematiche.

Il sistema di gestione per la qualità prevede un percorso per identificare gli obiettivi e definire i processi e le risorse necessarie. Vengono, quindi, presidiate le criticità; sono proprio le risorse interne delle amministrazioni (guidate dal soggetto certificatore, anche per evitare rischi di autoreferenzialità) che effettuano le attività di analisi e di sviluppo necessarie per individuare e superare i fattori di debolezza nell'organizzazione. Si costruisce poi un sistema di monitoraggio con molteplici indicatori operativi e con la rilevazione della soddisfazione degli utenti. Dato che tutte le attività sono considerate come processi interrelati in una logica di sistema, è possibile rafforzare le integrazioni tra le strutture, puntando alla semplificazione delle procedure con l'eliminazione delle ridondanze.

Il ricorso a tali sistemi da parte delle amministrazioni pubbliche, nota Maria Assunta Carrino, è ancora episodico, verosimilmente per rigidità organizzative e resistenza al cambiamento. Ferma restando la volontarietà da parte delle amministrazioni nella scelta degli strumenti per migliorare la qualità del proprio lavoro, la chiave per assicurare un positivo sviluppo sembra affidata a una crescita culturale diffusa e a incentivi secondo il modello delineato dal Codice per la qualificazione delle stazioni appaltanti, purtroppo, come già ricordato, rimasto finora solo sulla carta, bloccando il più importante processo evolutivo del *procurement* pubblico.

12. Lo studio di Lorenzo Sperati inquadra il tema dell'efficienza organizzativa del *procurement* nel contesto della trasformazione digitale della pubblica amministrazione; si tratta di un'opportunità storica per garantire un cambiamento profondo e duraturo, tale da migliorare nettamente la qualità dei servizi ai cittadini puntando sul buon funzionamento della macchina pubblica.

Il potenziale di semplificazione e di innovazione della digitalizzazione può incidere fortemente nella gestione degli appalti e dei contratti pubblici per garantire piena trasparenza (anche al fine della prevenzione della corruzione), per stimolare la crescita, per rendere più competitivo l'intero sistema economico del Paese.

E la strada della completa digitalizzazione del *procurement* ha mostrato una luce in fondo al tunnel anche nella difficile fase dell'emergenza COVID-19, sia per la possibilità di svolgere gare a distanza sia per le garanzie fornite dalle gare telematiche di correttezza ed efficienza anche per acquisti, in massima urgenza, di prodotti non previsti e su mercati non sperimentati.

Il Codice del 2016 aveva, in realtà, già avviato (con difficoltà) un processo di semplificazione operativa del *procurement* attraverso l'innovazione digitale introducendo l'obbligo per le stazioni appaltanti di eseguire tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni attraverso mezzi di comunicazione elettronici e di svolgere le procedure per mezzo di piattaforme telematiche di negoziazione.

Manca ancora però, purtroppo, all'appello il decreto applicativo sulle modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici che dovrà

prevedere anche la definizione delle migliori metodologie organizzative e di lavoro e di programmazione e pianificazione e indicare soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto. Davvero, dunque, uno snodo cruciale per l'efficienza del sistema degli appalti pubblici.

Il problema della concreta realizzazione della transizione digitale è, comunque, di portata generale. Vi è una percezione diffusa che i risultati finora conseguiti con il processo di informatizzazione sono modesti, tanto che nell'azione legislativa si è passati da un approccio promozionale a uno impositivo.

Tuttavia, molte delle difficoltà generali del settore della digitalizzazione nascono proprio dal quadro normativo: numerose disposizioni comunitarie sono recepite in ritardo e in modo non adeguato; le disposizioni nazionali e quelle regionali spesso confliggono; provvedimenti che sono necessari non vengono adottati o non vengono poi attuati; emerge una sovrabbondanza di norme, standard, provvedimenti del Garante Privacy o dell'Agazia per l'Italia digitale.

Un elemento cruciale per sostenere la strategia di trasformazione digitale a livello nazionale è la disponibilità di infrastrutture trasversali su cui innestare un'offerta di servizi innovativi ed efficienti. Si esprimono in tal senso sia il documento "Strategia per la crescita digitale 2014-2020" sia il più recente "Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021".

Attuare la transizione digitale, ammodernando e rendendo più efficiente la PA, richiede che il processo di trasformazione sia integrato da un parallelo, ineludibile processo di semplificazione degli assetti organizzativi, delle norme, delle procedure e degli strumenti. Si tratta, in altri termini, di procedere nella direzione indicata dal Piano di azione europeo sull'*eGovernment* che impegna gli Stati membri ad attuare politiche informate ai seguenti principi:

- *digital first* e *digital by default*: i servizi digitali costituiscono un'opzione predefinita;
- *once only*: le pubbliche amministrazioni non devono chiedere a cittadini e imprese informazioni già fornite;
- *digital identity only*: con sistemi generalizzati di identità digitale;
- *cloud first*: adozione prioritaria del paradigma *cloud* per i nuovi servizi digitali, anche per prevenire il rischio di *lock-in*;
- inclusività e accessibilità dei servizi, anche sotto il profilo territoriale, per le esigenze delle persone, ad esempio degli anziani e delle persone con disabilità, e delle minoranze linguistiche;
- apertura e trasparenza dei dati e dei processi amministrativi a partire dal formato aperto per la fruizione;
- disponibilità dei servizi pubblici a livello transfrontaliero;

- servizi pubblici digitali progettati per funzionare in modo integrato in tutto il mercato unico;
- *security and privacy by design*: fin dalla fase di progettazione vanno considerate la protezione dei dati personali, la tutela della vita privata e la sicurezza informatica.

A livello comunitario per la realizzazione dell'infrastruttura di *eGovernment* un ruolo cruciale è svolto dal “*Pan-European Public Procurement On-line*” (PEPPOL) un vasto progetto europeo per gli appalti elettronici gestito da istituzioni e organismi pubblici di vari paesi dell'Unione europea, con l'obiettivo di offrire un'infrastruttura e servizi informatici standardizzati per organizzare e gestire appalti pubblici online a livello europeo. PEPPOL offre una infrastruttura basata su standard aperti ed opera attraverso una rete di nodi (*Access Point*) a cui gli operatori pubblici e privati possono rivolgersi per comunicare tra loro e scambiare i documenti di gara in modo sicuro e affidabile in formati elettronici unificati; inoltre, esso fornisce i punti di interoperabilità necessari per collegare le piattaforme già esistenti negli Stati membri e mette a disposizione una serie di specifiche tecniche che possono essere adoperate nei servizi di *e-Procurement* esistenti per renderli interoperabili in tutta l'Europa.

A livello nazionale, una tappa fondamentale per la digitalizzazione dei processi connessi con la domanda pubblica di beni, lavori e servizi è costituita dall'adozione del *Building Information Modeling* (BIM), prevista dal decreto ministeriale n. 560 del 2017; è infatti stabilita l'introduzione obbligatoria e progressiva dei metodi e degli strumenti elettronici di modellazione per l'esecuzione dei lavori del comparto pubblico.

La “Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza 2018” indica le linee guida per il rilancio degli investimenti pubblici e per il potenziamento delle dotazioni infrastrutturali del Paese, snellendo le procedure del Codice dei contratti pubblici; per l'edilizia pubblica, l'obiettivo è rendere operativo il BIM in tutta l'attività di progettazione e monitoraggio delle opere per una gestione sostenibile del suolo occupato, attraverso la rigenerazione urbana, la messa in sicurezza degli edifici esistenti rispetto al rischio sismico, la riduzione dei consumi energetici. Attraverso la digitalizzazione del processo edilizio possono essere contenuti i costi di realizzazione e gestione e ridotti i tempi di realizzazione delle opere e i rischi operativi; può essere valutato, fin dalla fase di progettazione, l'impatto ambientale dell'opera.

Gli stessi processi del *procurement* pubblico rappresentano tuttora, spiace dirlo, un freno e non un volano alla digitalizzazione: la spesa pubblica nel settore dell'ICT è di modeste dimensioni e l'articolazione e i tempi delle gare pubbliche sono scarsamente efficienti, ritardando l'innovazione. Sotto quest'ultimo profilo esistono ampi margini di intervento per ridurre i tempi complessivi di svolgimento della gara, sia attraverso la revisione dei processi interni della PA, sia per mezzo della digitalizzazione dell'interazione tra le stazioni appaltanti e le imprese attraverso la, già citata, Banca dati nazionale degli operatori economici

prevista nel Codice come l'unica modalità per acquisire la documentazione sui i requisiti generali e speciali.

La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del *procurement* agirebbe anche da leva per il conseguimento dell'obiettivo della qualificazione delle stazioni appaltanti. Infatti, la disponibilità di portali evoluti, l'informatizzazione degli albi degli operatori economici, la diffusa implementazione del principio *once only*, favorirebbero non solo la gestione di appalti congiunti ma anche l'aggregazione delle stazioni appaltanti. Per fare questo occorre una strategia forte volta ad intensificare gli sforzi e orientare gli investimenti, sfruttare le tecnologie emergenti, innovare i sistemi di *procurement*, accrescere la flessibilità delle organizzazioni pubbliche, ampliare le competenze del personale.

In conclusione, emerge dall'intervento di Lorenzo Sperati la consapevolezza che la tecnologia può davvero fare la differenza e imprimere una trasformazione profonda al *procurement* pubblico all'insegna dell'efficienza, dell'attenzione prioritaria ai risultati della spesa e della correttezza dell'azione pubblica. Un risultato molto più incisivo ed esteso rispetto alle potenzialità delle stesse riforme normative che si sono succedute o che potrebbero ancora intervenire; in fondo, in questa prospettiva, quello che si chiede al fattore normativo è di assecondare l'evoluzione digitale in corso o, quantomeno, di non ostacolarla.

13. Questo è il filo rosso che lega la disciplina sugli appalti, l'anticorruzione, la spinta alla semplificazione, la professionalizzazione e la digitalizzazione della PA.

Le analisi condotte in modo puntuale dai diversi Autori, che seguono nei successivi capitoli, sono state composte in una visione d'insieme stilizzata che racconta di una materia complessa e spesso contraddittoria, sempre alla ricerca di una via d'uscita. Eppure da questo materiale normativo, che si è stratificato tra contraddizioni e fughe in avanti, possono ricavarsi soluzioni e prospettive ragionevoli per il buon funzionamento del *procurement* pubblico e, quindi, per la soluzione del dilemma, solo apparente, dell'alternativa tra legalità ed efficienza. E questa tendenza evolutiva, che finora si fondava su una comprensibile esigenza di miglioramento, si impone a questo punto come un'assoluta necessità perché l'emergenza COVID-19 ha rimesso in discussione, tra l'altro, anche l'impostazione tradizionale di fondo del *procurement* pubblico e gli ha affidato una funzione cruciale di leva per una ripresa economica rapida, profonda e, non da ultimo, corretta.

PARTE PRIMA

LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI PUBBLICI E L'ANTICORRUZIONE

ANTICORRUZIONE E SEMPLIFICAZIONE DEGLI APPALTI NEL CONTESTO INTERNAZIONALE

Valeria Leggio

1. La maladministration, ovvero il fenomeno globale della corruzione nella pubblica amministrazione – 2. Semplificazione e contrasto alla corruzione nelle esperienze internazionali – 3. La Francia e la lotta alla corruzione tra produzione normativa e “simplification” – 4. Cenni sull’esperienza tedesca – 5. Better regulation, semplificazione e appalti nel sistema anglo-americano – 5.1. Regno Unito – 5.2. Stati Uniti – 6. Conclusioni

1. *La maladministration, ovvero il fenomeno globale della corruzione nella pubblica amministrazione*

Con il primo Piano Nazionale Anticorruzione ha preso il via nel Paese un approccio alla lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione completamente nuovo¹, che, introdotto dalla legge Severino n. 190/2012² (in attuazione della quale il PNA del 2013 aveva visto la luce), ha recepito l'accezione globalmente diffusa di "corruzione", quella cioè che si identifica con il comportamento di chi utilizza il suo potere per fini personali e che include ogni forma di deviazione dell'attività amministrativa dai suoi fini tipici. Prima di allora, la corruzione sembrava essere confinata al mondo del diritto penale e limitata ai casi, pur numerosi, che presentavano implicazioni con lo scambio di denaro o di favoritismi clientelari.

Si è accolto quindi, in una parola – in lingua inglese perché rielaborata in tempi moderni dalla dottrina anglosassone³ – il concetto "allargato" di *maladministration*, utilizzato a livello internazionale per individuare atteggiamenti di funzionari e pratiche amministrative che si traducono in un uso

¹ Il concetto di corruzione descritto nel PNA è «comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica, che è disciplinata negli artt. 318, 319 e 319 ter, c.p., e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione disciplinati nel Titolo II, Capo I, del codice penale, ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo". Cfr. *Piano Nazionale Anticorruzione, ai sensi dell'art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 190/2012* approvato in data 11 settembre 2013 dall'ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione con la delibera CiVIT n.72/2013, su proposta del Dipartimento della funzione pubblica.

² Legge n. 190 del 6 novembre 2012 ("Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione").

³ La corruzione intesa in senso ampio come uso distorto del potere amministrativo è diffusa e persino molto studiata sin dai tempi antichi, come descrive S. CASSESE in *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, 243 ss, nella Cina di fine settecento – negli studi del giurista cinese WangHuizu – come nella Francia dell'*ancien Régime* e nell'Inghilterra della metà del novecento. Non mancano esempi anche nell'antica Roma, dove il fenomeno era diffuso e anche fortemente condannato come perturbatore dell'equilibrio sociale dagli storiografi come Plinio il Giovane nel suo *Epistolario* (cfr. L. PERELLI, in *La corruzione politica nell'antica Roma. Tangenti malversazioni malcostume illeciti raccomandazioni*, Milano, 1994, che riporta, tra gli altri, gli abusi di potere dei publicani, titolari di lucrosi appalti statali di forniture e di lavori pubblici "che sembra funzionassero come ai giorni nostri").

L'accezione attuale di corruzione, accolta dal contesto internazionale, è stata elaborata ed approfondita dalla dottrina statunitense e britannica nell'ambito della quale possono citarsi fra gli altri J. S. NYE, *Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis* in *The American Political Science Review* Vol. 61, No. 2, 1967; F.C. WHEARE, *Maladministration and its Remedies*, London, 1973; D.W. WILLIAMS, *Maladministration – Remedies for Injustice*, London, 1976; H.W.R. WADE, *Administrative Law*, Oxford, 1977, 82 ss.; J.F. GARNER, *Administrative Law*, London, 1979, 106 ss; M. KHAN, *The efficiency implications of corruption*, in *Journal of International Development*, 1996.

La definizione classica di J. S. Nye, ripresa anche da M. Khan, è "behaviour which deviates from the formal duties of a public role because of private-regarding (personal, close family, private clique) pecuniary or status gains; or violates rules against the exercise of certain types of private-regarding influence". Secondo Wheare, "maladministration may be defined as administrative action (or inaction) based on or influenced by improper considerations or conduct".

irregolare e non autorizzato di denaro pubblico, nella sostanziale cattiva gestione delle risorse e nel sostanziale esercizio distorto delle funzioni⁴ anche a prescindere dal configurarsi di fattispecie penalmente rilevanti⁵.

Si è in tal modo privilegiata un'accezione di corruzione non tanto "soggettiva", cioè riferita alle persone, quanto piuttosto "oggettiva" e sistemica perché correlata al sistema istituzionale e intesa in senso ampio quale degenerazione di questo⁶: come evidenziato da autorevole dottrina, "la moltiplicazione a dismisura degli episodi di corruzione "soggettiva" sta a significare che, al di là delle singole persone corrotte, ad essere corrotto è l'impianto nel suo complesso"⁷.

Tale degenerazione rappresenta una delle condizioni fondamentali che anima la corruzione dei singoli e crea un habitat più che favorevole al proliferare dei comportamenti di abuso, in modo tale che la corruzione soggettiva e quella oggettiva risultano imprescindibilmente legate.

La cattiva amministrazione non è quindi circoscritta alla condotta di ciascuno ma è da ricondurre al quadro d'insieme: in quest'ottica, tra le prevalenti cause di *maladministration* vengono individuate la confusione e la sovrabbondanza normativa, la debolezza e la scarsa formazione dell'amministrazione, l'inefficienza del sistema dei controlli, il rafforzamento dei poteri locali, l'operatività dei partiti politici⁸.

⁴ Sul concetto di corruzione secondo i criteri attuali si vedano anche A. SHLEIFER e R.W. VISHNY, *Corruption*, in *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 108, No. 3, 1993: "We define government corruption as the sale by government officials of government property for personal gain. For example, government officials often collect bribes for providing permits and licenses, for giving passage through customs, or for prohibiting the entry of competitors"; J. POPE, *Confronting corruption: The elements of a national integrity system*, Transparency International Source Book, 2000 "the misuse of entrusted power for private benefit. In this there are three elements (i) a misuse of power; (ii) a power that is entrusted (i.e. it can be in the private sector just as much as in the public); and (iii) a private benefit (i.e. not necessary personal to the person misusing the power, but including as well members of his or her immediate family and friends)".

⁵ Sull'emersione in Italia di un contesto normativo, inaugurato con la l. n. 190/2012, che affianca alla tradizionale impostazione repressiva di stampo penalistico un approccio preventivo di carattere più amministrativo, cfr. B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione: Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013; R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La nuova autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015; M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, Napoli, 2017; M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, 2017.

⁶ M. D'ALBERTI, *Corruzione "soggettiva" e "oggettiva"*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'ALBERTI e R. FINOCCHI, Bologna, 1994. D'Alberti rielabora la teoria di Jeremy Bentham che nel suo *Constitutional Code* del 1843 distingue la "personal corruption" dalla "systematic corruption" che risiede "in the system or frame of government", cfr. *Constitutional Code: Volume I* Edited by F. ROSEN, J.H. BURNS, Oxford University Press, 1983.

⁷ M. D'ALBERTI, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in *Combattere la corruzione*, a cura di M. D'ALBERTI, Soveria Mannelli, 2016.

⁸ Tra i primi contributi sul tema, S. ROSE-ACKERMAN, B.J. PALIFKA, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*, Cambridge University Press, 1999; S. ROSE-ACKERMAN, *Introduction and Overview*, in *International Handbook on the Economics of Corruption*, ed. S. ROSE-ACKERMAN, Cheltenham, 2006.

Del problema della corruzione-cattiva amministrazione hanno cominciato a farsi attivamente carico all'inizio di questo secolo⁹ le principali Organizzazioni internazionali (l'ONU ed il Consiglio d'Europa in particolare)¹⁰, a fronte della conclamata pericolosità del fenomeno nei confronti dell'economia mondiale: i costi economici della corruzione stimati da istituzioni e organismi specializzati, come la Camera di commercio internazionale, Transparency International, il Patto mondiale delle Nazioni Unite, il Forum economico mondiale, suggeriscono che la corruzione rappresenta il 5% del PIL su scala globale¹¹.

⁹ Secondo J. Cartier-Bresson, prima degli anni '90 del 900 la corruzione costituiva un tabù per la comunità internazionale, che ha iniziato a occuparsene solo a seguito dei primi effetti della globalizzazione: "Up until the 1990s, corruption was a taboo subject for international organizations, and the vast majority of political and economic observers underestimated the ways in which the phenomenon undermined democratization, competition, micro and macroeconomic policies and international exchanges. Four factors explain the recent international mobilization: Globalization has forced the establishment of international norms guaranteeing the security of transactions for international firms; The new role of the United States, which seeks to harmonize the agreed upon terms of competition between American and either European or Japanese firms, the latter of whom are reputed to be the most corrupt; The willingness of the World Bank and the IMF to reconstruct political institutions capable of applying structural adjustment policies, and improving the productivity of their loans in order to prevent international aid donors from becoming discouraged; The end of the Cold War and the triumph of the Western model have led to both the reduction of aid resource allocation based on geopolitical considerations and the universal affirmation of the market democracy model.", J. CARTIER-BRESSON *The Challenge of Poor Governance and Corruption, Global Crises, Global Solutions: First Edition, edited by Bjørn Lomborg, Cambridge University Press, 2004.*

¹⁰ Cfr. infra, nota 12. Le politiche anticorruzione dei Paesi membri dell'ONU sono seguite e monitorate da diversi organismi, tra cui la World Bank. L'organismo del Consiglio d'Europa operante in materia di corruzione è invece il GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption), con sede a Strasburgo, istituito nel 1999. Ad esso sono ammessi anche gli Stati che non partecipano al Consiglio d'Europa medesimo, tra cui segnatamente gli Stati Uniti, che in qualità di Stato osservatore ha firmato l'accordo parziale nel Gruppo di Stati contro la corruzione nel 2000. Lo scopo del GRECO è quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni di ciascuno di essi agli standard anti-corruzione dell'organizzazione, identificati nelle varie convenzioni in materia: Convenzione penale sulla Corruzione (Criminal Law Convention on Corruption – ETS 173); Convenzione Civile sulla Corruzione (Civil Law Convention on Corruption – ETS 174); Raccomandazione sui codici di comportamento dei pubblici impiegati (Recommendation on Codes of Conduct for Public Officials – Recommendation No. R(2000)10); Raccomandazione sull'adozione di Regole Comuni contro la Corruzione nel Finanziamento dei Partiti Politici e nelle Campagne Elettorali (Recommendation on Common Rules against Corruption in the Funding of Political Parties and Electoral Campaigns – Recommendation Rec(2003) 4); Venti Principi Guida alla lotta alla Corruzione (Twenty Guiding Principles against Corruption – Resolution (97) 24).

¹¹ Cfr. Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – OCSE, 2013 *Issue Paper: Corruption and Economic Growth*: "Il vero costo sociale della corruzione non si può misurare soltanto sulla base della quantità di tangenti versate o di fondi pubblici oggetto di distrazione. Esso include anche la perdita di produzione dovuta a una cattiva allocazione delle risorse, alla distorsione degli incentivi e ad altre inefficienze causate dalla corruzione. La corruzione può anche generare effetti negativi sulla distribuzione del reddito e indifferenza verso la protezione dell'ambiente. Soprattutto, essa mina la fiducia nelle istituzioni legittime, riducendone la capacità di fornire servizi pubblici adeguati e un ambiente favorevole allo sviluppo del settore privato. In casi estremi, può comportare la delegittimazione dello Stato, che a sua volta determina instabilità politica ed economica. L'incertezza che ne consegue scoraggia l'impegno delle imprese private in una strategia di sviluppo a lungo termine, rendendo più accidentato il percorso verso la realizzazione dello sviluppo sostenibile".

Questo impegno della comunità internazionale ha prodotto importanti strumenti convenzionali multilaterali¹², recanti l'indicazione della necessità di approntare azioni di contrasto. Anche a seguito di queste convenzioni, numerosi Paesi, tra cui l'Italia, hanno sviluppato politiche di prevenzione e ostacolo alla cattiva amministrazione, sia pure fra loro molto diversificate. Altri Stati, come il Regno Unito e gli Stati Uniti, dove la cultura dell'anticorruzione ha radici più risalenti nel tempo, hanno rafforzato gli strumenti già in uso.

Anche l'Unione Europea, in linea con gli organismi internazionali e consapevole degli effetti distruttivi che la corruzione esercita nei confronti della crescita economica e dell'efficienza della spesa pubblica, ha iniziato a monitorare il fenomeno negli Stati membri ed ha adottato una strategia di supporto e promozione delle politiche anticorruzione; tale strategia si è resa esplicita, dal 2014, con la pubblicazione di una relazione biennale che analizza l'impegno di ciascuno Stato ed esamina gli atti di "malamministrazione" e le rispettive misure preventive e repressive¹³. Più recentemente, in seno al programma quadro Horizon 2020¹⁴, l'UE ha avviato il finanziamento di progetti di raccolta sistematica, strutturazione, analisi e diffusione di informazioni per combattere la corruzione del settore pubblico¹⁵.

Tra i settori dell'attività amministrativa più esposti al rischio corruttivo, la comunità internazionale annovera in primo luogo quello degli appalti pubblici¹⁶. La stretta correlazione tra corruzione, da un lato, e appalti pubblici, dall'altro,

¹² La Convenzione della Nazioni Unite contro la Corruzione (UNCAC, *United Nations Convention Against Corruption*) costituisce il più importante esempio di lotta alla corruzione come fenomeno transnazionale. L'UNCAC, adottata dall'Assemblea Generale a Merida il 31 ottobre 2003, con la risoluzione 38/4, è entrata in vigore il 14 dicembre 2005; l'Italia ha formalmente ratificato la convenzione con la legge 116/2009, sebbene il sostanziale recepimento sia avvenuto solo in seguito, con la legge n. 190/2012 cit.

¹³ Cfr. COM (2014)38 – *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, Bruxelles, 2014.

¹⁴ Horizon 2020 è il Programma Quadro dell'Unione Europea per la ricerca e l'innovazione relativo al periodo 2014-2020. I Programmi Quadro, di durata settennale, sono il principale strumento con cui l'UE finanzia la ricerca in Europa (<https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/en>).

¹⁵ Ad esempio DIGIWHIST, il "Digital Whistleblower", un progetto che riunisce sei istituti di ricerca europei, con l'obiettivo di dare alla società il potere per combattere la corruzione del settore pubblico, aumentare la fiducia nei governi e migliorare l'efficienza della spesa pubblica in tutta Europa, raccogliendo dati in opensource in particolare sugli appalti pubblici e sui meccanismi che aumentano la responsabilità dei funzionari pubblici in tutta l'UE e in alcuni paesi limitrofi. Tra le piattaforme avviate nell'ambito del progetto, MET (Monitoring European Tenders), un software per il riskassessment delle procedure, <https://monitoringeutenders.eu/login>; EUROPAM (European Public Accountability Mechanisms), una piattaforma di raccolta dati per misurare la trasparenza delle amministrazioni pubbliche e l'accountability dei funzionari, <http://europam.eu/?module=overview>; OPENTENDER, piattaforma, pubblica e aperta, creata per contribuire a ottenere un buon rapporto costi-benefici negli appalti pubblici e per aumentare l'integrità in tutto il settore pubblico, che consente di cercare e analizzare i dati di gara di 33 giurisdizioni (28 stati membri dell'UE, Norvegia, istituzioni dell'UE, Islanda, Svizzera e Georgia), <https://opentender.eu/start>.

¹⁶ Cfr. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione cit.; G. KISUNKO, A. BRUNETTI, B. WEDER, *Institutional Obstacles to Doing Business: Region-by-Region Results from a Worldwide Survey of the Private Sector*, World Bank, 1999, <https://elibrary.worldbank.org/doi/abs/10.1596/1813-9450-1759>; T. SØREIDE, *Corruption in public procurement. Causes, consequences and cures*, Chr. Michelsen Institute, Bergen, 2002.

è stata già più volte evidenziata, tanto che il tema della corruzione “è ormai scontato”¹⁷ quando si affronta una disamina delle procedure ad evidenza pubblica.

E al contrario, quando si parla di casi corruzione, nessun ambito di attività pubblica è più noto degli appalti, non fosse altro perché, evidenziava illustre dottrina¹⁸, si tratta di casi in cui c’è un esborso dello Stato e tale esborso rende le “*malpractices*” più visibili quando i contratti non vengono attribuiti secondo i criteri dell’imparzialità e del merito.

Oltre agli interessi finanziari in gioco, a rendere il settore così vulnerabile è anche la stretta interazione che si crea tra pubblico e privato in occasione dell’avvio e dello svolgimento delle procedure e ancor di più in fase di esecuzione dei contratti. È proprio in queste occasioni di contatto che maggiormente si manifesta la lacuna del sistema, quella corruzione “oggettiva” che non ostacola e persino favorisce il cattivo uso della discrezionalità amministrativa da parte dei singoli.

Soprattutto, in nessun settore come in quello degli appalti pubblici si riscontrano regole molteplici ed assai poco chiare, procedure burocratiche particolarmente lunghe, complesse, costose, ampi poteri discrezionali e processi decisionali stratificati ed affidati ad una pluralità di soggetti; tutte caratteristiche che hanno consentito l’insediarsi e il consolidarsi dei “meccanismi corruttivi più sofisticati ed efficaci”¹⁹.

Per tali ragioni il dibattito internazionale si è da tempo concentrato sulla buona amministrazione come antidoto alla corruzione, laddove per “buona amministrazione” si intende pacificamente l’esercizio efficiente ed efficace della funzione pubblica, ottenuto attraverso il perseguimento dell’etica e della trasparenza.

La declinazione pratica di tale principio, per altro “positivizzato” in un vero e proprio diritto in diversi ordinamenti, primo fra tutti quello dell’Unione europea²⁰, non appare tuttavia altrettanto pacifica.

¹⁷ B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, Atti del 61° Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 2015. Tra gli altri, L. Giampaolino evidenzia che “È da più di vent’anni (si potrebbe dire dai primissimi anni ‘90, vale a dire dalle prime, acute, manifestazioni, mediatiche e politiche, degli accadimenti giudiziari, che vanno sotto il nome di “Tangentopoli”), che i termini “corruzione” e “appalti pubblici” – esponenziali di due diverse realtà (l’una, vera patologia che affonda le sue radici nel talvolta non retto sentire ed operare degli uomini; l’altra, un’attività amministrativa ed economica, soprattutto tecnica, della P.A., posta in essere, per la realizzazione di un pubblico interesse) – vengono accomunati: essi quasi si intrecciano, e, nella percezione comune, l’uno, ahimè, richiama l’altro” (cfr. *La prevenzione della corruzione negli appalti pubblici*, Lezione del 12 aprile 2016 nell’ambito del Corso appalti e contratti di lavori MIT-SNA, in Roma, www.giuristidiamministrazione.com).

¹⁸ S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, cit.

¹⁹ E.U. SAVONA, *La corruzione in Europa*, Roma, 1999.

²⁰ Cfr. dell’art. 41 della Carta di Nizza. Nato come creazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia, il diritto alla buona amministrazione nel 2000 ha trovato una sorta di consolidamento nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea.

Da un lato, le iniziative e le ricerche promosse dai diversi organismi internazionali hanno incentivato una fervida produzione normativa, creando sistemi di prevenzione e repressione caratterizzati da una strutturale complessità; dall'altro, ha acquisito sempre maggiore consensi la teoria, peraltro elaborata nei tempi più antichi²¹, secondo cui è proprio l'eccessiva regolamentazione ad introdurre quegli elementi di complicazione nella struttura burocratica e nei processi di gestione della cosa pubblica, che sarebbe in grado di favorire le disfunzioni e le inefficienze tra cui si annida più comodamente la corruzione.

Secondo quest'ultima impostazione, il rischio di *maladministration* aumenta esponenzialmente in presenza di complicazioni procedurali, eccesso di controlli, proliferare di norme facilmente in conflitto tra loro, perché aumenta in primo luogo la possibilità di errore, – sia di quello colposo che di quello doloso – dei singoli funzionari preposti a svolgere le attività²². Inoltre, a fronte di procedimenti tortuosi e lenti, si rende evidentemente più conveniente trovare strade alternative e “scorciatoie”; non da ultimo, dinanzi alla immobilità che spesso viene determinata dalla eccessiva regolamentazione, diviene facilmente necessario ricorrere a regimi derogatori, per loro natura meno presidiati e meno riscontrabili in sede di verifica di legittimità²³.

Si evince l'esistenza di una correlazione fra diffusione della corruzione e complessità della legislazione e dei procedimenti amministrativi anche analizzando i risultati degli studi compiuti dagli stessi organismi internazionali che si occupano di monitorare la corruzione: dal confronto dei dati ottenuti dai sondaggi della World Bank che investigano, da un lato, la chiarezza della regolazione e, dall'altro, la percezione della corruzione, emerge distintamente che i paesi in cui l'esercizio di impresa è più semplice e accessibile sono anche i più virtuosi dal punto di vista della diffusione della corruzione, cioè quelli in cui la percezione del fenomeno è particolarmente bassa (Danimarca, Svezia,

²¹ D. MUSTI, in *Demokratia, Origini di un'idea*, Bari, 1995, riporta come già ai tempi di Aristotele la complessità delle leggi fosse considerata un vantaggio per chi sapeva sfruttarla con un'interpretazione a proprio favore. Nell'antica Roma, Tacito nei suoi *Annales* stigmatizzava “re publica corruptissima, plurimae legis”.

²² Sul collegamento fra eccessiva regolamentazione, azione amministrativa e diffusione della corruzione, S. JOHNSON, D. KAUFMANN, P. ZOIDO-LOBATÓN, *Corruption, Public Finance and the Unofficial Economy*, Research working paper, World Bank, 1999. Già nel 1973 Wheare ritiene che “it is the bad laws which have made possible and sometimes made obligatory the bad administration (...). While it may be asserted that acts of officials which are contrary to law are clearly examples of maladministration, it does not follow that acts of officials which are in accordance with law cannot be examples of maladministration. The cause of maladministration sometimes is that it is the result of a “bad” law or rule, bad because it is ambiguous, obscure, self-contradictory, obstructive, or bad because it embodies in itself principles of discrimination, bias, injustice which inevitably produce maladministration.” F.C. WHEARE, *Maladministration and its Remedies*, cit.

²³ Si pensi ad esempio al ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando e/o con unico fornitore, che secondo il diritto europeo rappresenta un regime procedurale eccezionale ma che spesso viene utilizzata per sopperire ai ritardi causati dalla presenza di adempimenti procedurali sovrabbondanti o che causano patologie procedurali nelle procedure ordinarie.

Finlandia, Norvegia, Svizzera, Australia, Nuova Zelanda, Canada, Hong Kong, Singapore)²⁴.

Per tali ragioni, nel dibattito internazionale sulla corruzione sono emerse posizioni favorevoli ad elaborare strategie di contrasto incentrate non più soltanto sulla introduzione di obblighi, limiti e divieti indirizzati ai singoli esercenti il potere amministrativo, quanto piuttosto sulla semplificazione dei sistemi normativi su cui tale potere si fonda e da cui è regolato²⁵. Si è pertanto iniziata ad auspicare l'adozione di riforme legislative che attuassero la *deregulation* ed il c.d. taglio del "red tape", cioè di quel "nastro rosso" che nella tradizione degli uffici pubblici britannici era usato per chiudere i documenti all'interno di un fascicolo²⁶.

2. *Semplificazione e contrasto alla corruzione nelle esperienze internazionali*

Il concetto di semplificazione come uno dei possibili²⁷ antidoti alla corruzione è stato largamente promosso dagli organismi internazionali²⁸ e dall'Unione europea²⁹ ed ha trovato sin da subito una discreta accoglienza a livello globale: secondo la World Bank, tra il 2010 e il 2015, 46 dei 189 Paesi esaminati nell'ambito di una *survey* sull'efficienza della regolamentazione hanno attuato riforme volte alla semplificazione³⁰, sulla scorta del principio secondo cui la prosperità di una nazione e la sua salute economica non si misurano solo in

²⁴ Cfr. World Bank 2016 *Doing business 2017: equal opportunity for all* (English). Washington, D.C., World Bank Group. <http://documents.worldbank.org/curated/en/172361477516970361/Doing-business-2017-equal-opportunity-for-all>

²⁵ P. MAURO, *Corruption and growth*, Quarterly Journal of Economics, 110(3), 1995, 681-712.

²⁶ L'OECD fornisce la definizione globalmente condivisa di "red tape": "administrative burdens that refer to regulatory costs in the form of asking for permits, filling out forms, and reporting and notification requirements for the government", in *Cutting red tape: national strategies for administrative simplification*, OECD, 2006. Sulla connessione tra red tape e corruzione, S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences, and Reform*.cit. S. GURIEV, *Red Tape and Corruption*. Journal of Development Economics, 73, 489-504, 2003.

²⁷ Sulla molteplicità delle prospettive anti-corruttive (e per una lettura critica della semplificazione come lotta alla corruzione), G.F. FERRARI, in *Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni*, DPCE Online, n. 1, apr. 2019, sottolinea che "L'elenco dei versanti di interesse anti-corruttivo, nella dimensione del diritto pubblico dell'economia, si allarga a dismisura ed anzi è dubitabile che possa essere completo. Di fatto, pressoché l'intero diritto amministrativo e una parte non trascurabile di quello costituzionale diventano terreno di misurazione competitiva in prospettiva anti-corruttiva. L'intera governance pubblica, concetto già di per sé sfumato, entra in discussione e si apre a misurazioni anti-corruttive. Si aggiungono poi concetti di economia aziendale, integrativi del quadro giuridico e talora in contrasto con esso".

²⁸ "Deregulation and the expansion of markets are powerful tools for controlling corruption, and the Bank will continue to encourage governments to pursue these goals wherever feasible. Where governments must continue to play an active role in the economy, policymakers should carefully consider the demands a new policy might place on institutional capacity" World Bank 2015. *Doing Business 2016. Measuring Regulatory Quality and Efficiency*, Washington, D.C.: World Bank Group. <https://www.doingbusiness.org/en/reports/global-reports/doing-business-2016>.

²⁹ Cfr. COM (2014)38 – *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, cit.

³⁰ Cfr. World Bank 2015. *Doing Business 2016*, cit.

termini macroeconomici ma anche con riferimento alle leggi, al funzionamento delle istituzioni, alla gestione dei servizi pubblici³¹.

Per semplificazione normativa e burocratica, non si intende, o perlomeno non si intende soltanto, una diminuzione quantitativa di regole e processi, quanto soprattutto un loro miglioramento qualitativo e una loro razionalizzazione³². Questa visione, peraltro abbracciata dalla scienza italiana dell'amministrazione sin dal secolo scorso³³, ma fino ai giorni nostri mai direttamente collegata alla lotta alla corruzione³⁴, ha come obiettivo l'accorpamento delle norme e dei sub procedimenti, l'eliminazione di ciò che è inutile, il coordinamento, la riduzione della discrezionalità nelle aree più critiche.

Si tratta quindi di un intervento diffuso, rivolto alle norme che regolano i settori di azione della pubblica amministrazione e le procedure necessarie per svolgere tale attività, con un duplice scenario: intervento sulla genesi delle nuove leggi e intervento sulla riorganizzazione del sistema normativo nella sua interezza, per rendere le regole meno oscure e più coerenti fra loro e per ridurre gli oneri burocratici eliminando o almeno riducendo le zone d'ombra che possono facilmente trasformarsi in aree pronte ad ospitare comportamenti corruttivi più o meno consapevoli.

³¹ Ci si riferisce alla teoria della New Institutional Economy, secondo cui le possibilità di crescita di un paese si fondano sulla qualità delle sue istituzioni. Per una disamina sulla teoria, J. CARTIER-BRESSON, *Economie politique de la corruption et de la gouvernance*, Parigi, 2008.

³² In realtà, in *Cutting red tape: national strategies for administrative simplification*, cit., l'OCSE arriva persino a promuovere una impostazione neo liberista che ha come obiettivo quello di far intervenire la regolazione pubblica solo quando strettamente necessario, senza porre ostacoli allo svolgimento dell'attività economica. L'Unione europea mira invece alla "smart regulation", la regolazione intelligente che presuppone un'attenta valutazione dell'impatto della regolamentazione al momento dell'introduzione di nuove norme e/o di modifiche legislative, nonché una verifica periodica dello stato di salute della normativa vigente, in termini di efficienza ed efficacia, cfr. Comunicazione della Commissione europea COM (2010) 543, *Smart Regulation in the European Union*; sulla Comunicazione si veda C. RAIOLA *Da better a smart, il futuro della regulation nella Commissione*, Osservatorio AIR, 2010 www.osservatorioair.it. In seguito la Commissione ha pubblicato una nuova Comunicazione, COM (2012)746, in cui adotta il "Regulatory Fitness and Performance Programme" (REFIT). Il programma, che trae spunto dalla sperimentazione delle valutazioni ex post della regolazione (c.d. "fitness-checks") realizzata nel corso dei tre anni precedenti, mira ad identificare "gli oneri, le incongruenze e le misure inefficaci", ponendo attenzione anche agli oneri regolatori che derivano dall'applicazione della legislazione europea a livello nazionale e sub-nazionale.

³³ Per tutti, M.S. GIANNINI e suoi studi sulla semplificazione, che, iniziati negli anni '50, condussero al "rapporto Giannini" del 1979 e confluirono nella legge 7 agosto 1990, n. 241, la prima legge di semplificazione italiana (cfr. *Fattibilità e applicabilità delle leggi: relazione conclusiva della Commissione di studio per la semplificazione delle procedure e la fattibilità ed applicabilità delle leggi consegnata dal suo presidente prof. Alberto Barettoni Arleri al Ministro per la funzione pubblica e da questi presentata ai due rami del Parlamento*, prefazione di Massimo Severo Giannini, Rimini, 1983. Segue un'imponente produzione negli anni '90, da M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di) *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994, a S. CASSESE, G. GALLI, (a cura di) *L'Italia da semplificare: I. Le Istituzioni*, Bologna, 1998), nonché le due leggi Bassanini, 15 marzo 1997, n. 59 e 15 maggio 1997, n. 127 e le leggi 16 giugno 1998, n. 191 e 8 marzo 1999, n. 50.

³⁴ Rileva come sino ad ora sia mancata in Italia una riflessione sulla possibile interazione tra la politica di semplificazione e la politica anticorruzione G. SIRIANNI, *Semplificazione e contrasto alla corruzione: due politiche pubbliche da coordinare*, in "Rapporto 2015 di Italiadecide. Semplificare è possibile: come le pubbliche amministrazioni potrebbero fare pace con le imprese", Bologna, 2015.

Nell'esperienza di altri Stati, segnatamente quelli di *common law*, questa esistenza di un nesso diretto fra abuso/scarsa qualità della regolazione e corruzione era da più tempo oggetto di attenzione, rispetto all'Italia e agli altri paesi europei; è, in particolare, dagli Stati Uniti che arrivano le prime riflessioni sul tema e le prime iniziative, già dagli inizi del Novecento.

Qui infatti, seguendo la via indicata dalla dottrina autoctona che ha fortemente auspicato l'istituzione di meccanismi di monitoraggio sul funzionamento delle norme, in modo da poter intervenire qualora si riscontrassero inefficienze e "deragliamenti"³⁵; si è giunti nel 1934 all'istituzione della New York *Law Revision Commission*, una "associazione pionieristica di giuristi" (avvocati del libero foro e professori universitari nominati dal Governatore dello Stato di New York) con il compito di esaminare la legislazione esistente e proporre le riforme necessarie.

In Gran Bretagna, risale agli anni '60 la prima istituzione delle *Law Commissions* per l'Inghilterra, per il Galles e per la Scozia, con la finalità di garantire certezza del diritto e qualità delle norme³⁶, e agli anni '90 il primo rapporto sulla riorganizzazione delle norme penali anticorruzione³⁷.

Nell'Europa di *civil law*, le prime iniziative statali di semplificazione in materia si osservano negli anni '90, in Francia e in Germania: nel 1993 la *Loi Sapin* ha avviato un processo di razionalizzazione delle misure di contenimento dei fenomeni corruttivi, poi continuato negli anni 2000; una sistematizzazione similmente operata dal Parlamento tedesco con la prima legge sulla corruzione, *GesetzeszurBekämpfung der Korruption*, nel 1997.

Il fenomeno corruttivo tuttavia, è per sua natura soggetto a significative evoluzioni e trasformazioni e modificazioni genetiche, per inseguire le quali sorge continuamente l'esigenza di predisporre nuovi strumenti normativi. Ciò è accaduto in particolare durante l'ultimo ventennio, a causa dei repentini cambiamenti del contesto economico internazionale³⁸.

³⁵ "The duty must be cast on some man or group of men to watch the law in action, observe the manner of its functioning, and report the changes needed when function is deranged." B.N. CARDOZO, a *Ministry of Justice*, in *Harvard Law Review*, 1921. Prima di Cardozo, già R. POUND, in *Juristic Problems of National Progress*, 1917, in *Journal of Sociology*, e Bentham, nel suo *Constitutional Code*, cit.

³⁶ "The Law Commission is charged with the duty to keep the law under review with a view to its systematic development and reform, including in particular the codification of [the] law", *Law Commissions Act 1965*, s 3(1).

³⁷ Law Commission, *Legislating the Criminal Code: Corruption Consultation Paper*, CP n.145, 1997.

³⁸ Rileva come il fenomeno sia ormai globale G.F. FERRARI in *Corruzione e anticorruzione: lineamenti generali e luoghi comuni* cit.: "l'attenzione delle istituzioni internazionali e globali, a cominciare dal business e dalla finanza, è elevatissima; la diffusione crescente delle graduatorie internazionali riflette una sensibilità da tempo uscita dalla sfera etica per muoversi su molti versanti del terreno giuridico, alla ricerca di rimedi adeguati; questa esplorazione ha però ormai lasciato da parte approcci massimalisti e volontaristici per indagare anche le controindicazioni, in termini di rapporto tra costi e benefici, di talune delle soluzioni ipotizzate; si è infine ormai imparato ad evitare di chiudere il cerchio con conclusioni che rinviavano con rassegnazione al dato antropologico, o a fattori meramente culturali, prendendo atto della difficoltà di contenere il fenomeno corruttivo dentro rigidi schemi interpretativi ed a maggior ragione prescrittivi, specie in una mai così difficile ottica comparata".

Non poteva che conseguire una capillare diffusione di principi e regole – a garanzia della libera concorrenza da un lato e di contrasto alla corruzione, nelle sue nuove e multiformi declinazioni, dall’altro – all’interno della pubblica amministrazione, soprattutto nell’ambito del *public procurement*; tra gli affari amministrativi, proprio gli appalti pubblici rappresentano, all’interno del sistema dei Paesi aderenti all’Ocse, una fetta consistente di mercato, il cui valore supera il 16% del PIL³⁹, ma risultano anche essere, come più volte evidenziato, i più soggetti ai rischi corruttivi⁴⁰.

La dettagliata regolamentazione degli appalti (già materia di per sé complessa che Massimo Severo Giannini definiva “enigmistica giuridica”), se eccessivamente integrata e modificata anche dalle norme anti-corruzione, è tuttavia in grado di potenzialmente favorire l’ingresso di ulteriori elementi di complicazione nella struttura burocratica e nell’articolazione dei processi amministrativi⁴¹; si possono creare sovrapposizioni capaci di rendere il quadro regolatorio ancor più tortuoso e, quindi, paradossalmente, non solo strumento inefficace a contrastare la corruzione ma persino habitat favorevole al suo attecchimento.

L’esigenza di semplificare le norme che regolano l’affidamento dei contratti pubblici è quindi particolarmente stringente nell’ottica delle politiche di contrasto alla corruzione; la risposta a tale esigenza varia peraltro da Paese a Paese ed è influenzata dalla tradizione giuridica dei singoli stati.

Guardando al panorama italiano, disordine e instabilità normativa sembrano quasi un connotato della disciplina dei contratti pubblici: è stato, infatti, calcolato che il “vecchio codice in dieci anni è stato modificato infinite volte

³⁹ In *www.oecd.org*.

⁴⁰ A fronte della crucialità del settore, sono stati predisposti strumenti volti a fissare regole e standard comuni di carattere vincolante tra cui, a livello europeo, le Direttive sugli appalti pubblici del 2004 e del 2014 e, a livello mondiale, il Government Procurement Agreement (Gpa), stipulato al termine dell’Uruguay Round che ha istituito la World Trade Organization a Marrakesh nel 1994. Non tutti i paesi membri del WTO sono sottoscrittori del Gpa: ad oggi si contano tredici Stati contraenti (Canada, Corea, Giappone, Hong Kong per conto della Cina, Islanda, Israele, Liechtenstein, Norvegia, Paesi Bassi per conto di Aruba, Singapore, Stati Uniti e Svizzera) e l’Unione Europea. Il Gpa, retto dai medesimi principi cui si ispira la legislazione europea, non contiene misure volte espressamente a prevenire o contrastare l’insorgere del fenomeno corruttivo all’interno delle procedure d’appalto. Per una disamina del Gpa, S.J. EVENETT, *Multilateral disciplines and government procurement*, in *Development, trade and the WTO: a handbook*, World Bank, Washington, 2003; H. CAROLI CASAVOLA, *L’internazionalizzazione della disciplina dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, in S. CASSESE, M. CONTICELLI (a cura di) *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, in Riv. Trim. dir. pub., 2006.

⁴¹ Cfr. *Problemi aperti in materia di prevenzione della corruzione, trasparenza e performance e proposte di semplificazione* – documento trasmesso dall’Autorità Nazionale Anticorruzione al Ministro per la Semplificazione e la Pubblica Amministrazione, il 9 aprile 2014: "Sulla base dell’esperienza maturata nell’applicazione del d.lgs. n. 150/2009 e nel primo anno di attuazione della legge n.190/2012 nonché delle difficoltà applicative segnalate dai destinatari, l’Autorità ha definito una proposta di interventi di semplificazione della normativa in materia di trasparenza prevenzione della corruzione e performance coerente con l’obiettivo di assicurare efficienza, efficacia ed economicità all’azione pubblica".

con 52 atti normativi e sei regolamenti comunitari”⁴². La iper-regolamentazione si trova anche in altri paesi europei di simile cultura giuridica, come la Francia, mentre Gran Bretagna e Germania, sono esempi di maggiore sobrietà normativa e procedurale⁴³. Fuori dall’Europa, il caso degli Stati Uniti si mostra d’interesse per essere dotato, oltre che di una vera cultura dell’etica pubblica, di una regolamentazione federale costantemente aggiornata e revisionata in chiave semplificatoria.

3. La Francia e la lotta alla corruzione tra produzione normativa e “simplification”

Analogamente a quanto avvenuto in Italia, anche in Francia la scienza giuridica ha iniziato soltanto negli ultimi decenni a considerare la corruzione nella sua accezione più ampia di maladministration⁴⁴; prima di ciò, il contrasto alla corruzione era sostanzialmente circoscritto nell’ambito del *Code pénal*, mentre era lasciato all’autonomia delle singole amministrazioni il compito di declinare nella pratica alcune norme generali relative al cumulo di incarichi e alle incompatibilità⁴⁵.

Con la già citata *Loi Sapin* del 1993⁴⁶, il contrasto alla corruzione ha iniziato ad acquisire una connotazione più propriamente “amministrativa”, mirando alla prevenzione – non più solo alla repressione – dei fenomeni, con lo scopo ulteriore di riordinare la materia ed attuare una prima forma di semplificazione delle regole e delle procedure più complesse. La legge istituiva tra l’altro uno strumento per l’identificazione preventiva dei meccanismi di corruzione e per la centralizzazione delle informazioni, nella forma di un servizio interministeriale, il

⁴² R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, relazione tenuta presso l’IGI il 28 aprile 2016.

⁴³ Cfr. G.D. COMPORTELLI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Federalismi.it*, 2015 che ricorda che quando si è voluto attuare le direttive comunitarie del 2004 nel Codice dei contratti pubblici “dai complessivi 150 articoli e 38 allegati delle direttive nn. 17 e 18 sono venuti fuori un codice di 257 articoli ed un regolamento di altri 359 articoli, per un totale di 616 articoli e 58 allegati, modificati almeno 44 volte in sette anni e derogati con riferimento ad ipotesi speciali, contro i circa 300 di Spagna e Francia, i 49 della Gran Bretagna, i 38 della Germania”.

⁴⁴ J. CARTIER-BRESSON, *Corruption et pratiques anticoncurrentielles: une première réflexion a partir d’une étude de cas*, in *PetiteAffiches*, n. 130, 1 luglio 1999, in cui l’autore parla della “corruption purement administrative, c’est-à-dire sans connection avec des hommes ou des partis politiques”, rilevando che “est bien présente en France”; v. anche J.B. AUBY, *Les voies de la lutte contre la corruption administrative*, in *Droit Administratif*, 1993.

⁴⁵ Forniscono una disamina delle prassi anticorruptive pre-riforma J. TULARD, G. THUILLER in *Administration et corruption*, in *Revue administrative* n. 272, 1993.

⁴⁶ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dont les modalités d’application ont été fixées par le décret n° 93-232 du 22 février 1993.

Service central de prévention de la corruption (SCPC), facente capo al Ministero della Giustizia⁴⁷, tutt'oggi in funzione.

Sebbene la normativa coprisse un ampio ventaglio di fattispecie corruttive, mancava tuttavia una specifica strategia di lotta alla corruzione del sistema burocratico, che si è infine adottata solo nel 2007, a seguito di una importante riforma mirata in generale alla riqualificazione dell'attività amministrativa in quanto tale⁴⁸. Con tale legge si è peraltro istituita la *Commission de déontologie de la fonction publique* (CDFP)⁴⁹ che aveva il compito di controllare l'attività dei funzionari pubblici che agivano nel settore degli appalti⁵⁰. Sulla stessa materia sono in seguito intervenute, nel 2013, la legge sulla “*transparence de la vie publique*”⁵¹, che ha disciplinato gli oneri degli agenti pubblici in particolare in tema di conflitto di interessi, e la legge sulla frode fiscale e la grande delinquenza economica e finanziaria⁵², che ha introdotto la tutela del funzionario che fa whistleblowing – il “*lanceur d'alerte*” – ed ha istituito la *Haute autorité pour la transparence de la vie publique*⁵³ (HATPV) in sostituzione della CDFP.

⁴⁷ Il SCPC è diretto da un magistrato, ed è composto da altri magistrati e da impiegati statali provenienti da diversi ministeri (Economia, Interno, Giustizia, Pubblica istruzione); ha il compito di raccogliere e consolidare le informazioni rilevanti sulla prevenzione della corruzione e di coadiuvare le autorità giudiziarie e amministrative. Ogni anno il SCPC pubblica un report in cui include informazioni su atti di corruzione individuati, il loro trattamento da parte della autorità giudiziaria, nonché notizie della lotta alla corruzione, best practices e suggerimenti su come migliorare i processi esistenti.

⁴⁸ *Loi n. 2007-148 du 2 février 2007 de modernisation de la fonction publique*. Nello stesso anno era emanata la seconda legge anticorruzione, *Loi n. 2007-1598 du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption*, tuttavia mirata esclusivamente alla riforma della legislazione penalistica in materia.

⁴⁹ La *Commission* è rimasta in funzione fino ad oggi, essendo stata sostituita dalla *Haute autorité pour la transparence de la vie publique* (HATVP), con decorrenza a partire dal 1° febbraio 2020.

⁵⁰ Più precisamente “*chargée de contrôler le départ des agents publics, et de certains agents de droit privé*”, *qui envisagent d'exercer une activité dans le secteur privé et dans le secteur public concurrentiel*”, cfr. art. 87 della *Loi Sapin* cit.

⁵¹ *Loi n. 2013-907 du 11 octobre 2013*.

⁵² *Loi n. 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière*.

⁵³ L'HATPV è un'autorità amministrativa indipendente con il compito di promuovere la probità e la correttezza dei dipendenti pubblici. Il collegio dell'Autorità si compone del presidente e di due membri eletti dal Consiglio di Stato, due membri eletti dalla Corte di cassazione, due membri eletti dalla Corte dei conti e da due membri nominati dai Presidenti dei due rami del Parlamento (dopo l'approvazione di 3/5 da parte dei membri delle commissioni con funzioni legislative delle rispettive assemblee). L'Autorità controlla la situazione patrimoniale di circa 15.000 responsabili di funzioni pubbliche, che sono pertanto obbligati a presentare una dichiarazione patrimoniale a tal fine, con l'obiettivo di: riscontrare la coerenza degli elementi dichiarati; trovare delle omissioni nella dichiarazione; prevenire ogni tipo di arricchimento ottenuto in modo illecito. Per poter svolgere efficacemente tale sua funzione, l'Autorità può chiedere la collaborazione del fisco. L'Autorità svolge, altresì, un controllo di merito sulle dichiarazioni presentate dai funzionari pubblici in merito ai conflitti d'interesse, al fine di evitare il verificarsi di situazioni nelle quali interessi pubblici o privati possano interferire con l'esercizio di un mandato o di una funzione, con poteri ingiuntivi e sanzionatori in caso di riscontro di una situazione di conflitto. Inoltre essa ricopre un ruolo consultivo, fornendo pareri ai responsabili pubblici riguardo alle situazioni potenzialmente in conflitto d'interesse ed un ruolo formativo, in quanto svolge un'opera di sensibilizzazione verso una cultura deontologicamente corretta, sia a titolo individuale che nelle istituzioni dirette dalle persone interessate.

I descritti interventi non hanno avuto particolare efficacia in concreto, almeno secondo il giudizio degli organismi sovranazionali che hanno criticato soprattutto la mancanza di applicazione delle leggi anti-corruzione⁵⁴; di fronte a tali pressioni, il 9 dicembre 2016 il Presidente della Repubblica Francese ha promulgato la Loi n. 2016-1691 sulla trasparenza, la lotta alla corruzione e la modernizzazione dell'economia (cosiddetta Sapin II)⁵⁵, rivolta anche alle aziende private e quindi anche a prevenire i rischi corruttivi nei rapporti con la pubblica amministrazione.

Con tale legge la Francia si è peraltro dotata dell'*Agence Française Anticorruption* (AFA), che ha il compito di prevenire ed individuare i casi di corruzione e conflitto di interessi, valutando l'efficacia dei sistemi di prevenzione adottati dalle pubbliche amministrazioni⁵⁶. Contemporaneamente, ha visto la luce anche la legge n. 2016-1690 sulle competenze e la giurisdizione del *Défenseur des droits* – il mediatore civico francese – per l'orientamento e la protezione dei *lanceurs d'alerte*⁵⁷.

La breve elencazione qui fornita evidenzia come il panorama legislativo francese in materia di lotta alla corruzione si presenti particolarmente gremito e complesso; si assiste ad una spiccata tendenza alla frammentazione, in una legislazione copiosa che tuttavia rimette la gran parte delle misure all'autonomia ministeriale, con limitati interventi di ampio respiro. Considerando la struttura dell'amministrazione francese, che si articola intorno a questo modello ministeriale, per sua natura plurale e differenziato, è evidente la difficoltà di ottenere un risultato unitario ed organico, a fronte di una normazione attuativa secondaria anch'essa di grande rilievo.

A ciò si aggiungano i numerosi interventi che, a partire dagli anni '90 (in un periodo appena successivo alle leggi Bassanini in Italia), sono stati avviati al fine di contribuire alla lotta alla corruzione attraverso la semplificazione e la trasparenza dell'attività amministrativa; si inizia nel 1998 con il *Décret n. 98-1083 du 2 décembre 1998 relatif aux simplifications administratives*, che richiede ai ministeri di attuare ciascuno un proprio programma di semplificazione, per continuare con la *Loi n. 2000-321 du 12 avril 2000*

⁵⁴ Le risposte fornite dalla Francia alle raccomandazioni in tema di anticorruzione sono risultate insufficienti ad evitare che la Francia ricevesse valutazioni negative in ambito internazionale, in particolare dal GRECO. Di ciò prende atto il SCPC nel Rapporto del 2012: *La prévention de la corruption en France: état des lieux, chiffres, clés, perspectives, jurisprudence. Les entreprises françaises face aux risques de la corruption. Le recouvrement des avoirs de la corruption (bien-mal acquis)*, La documentation française, Parigi, 2013.

⁵⁵ *Loi n. 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.*

⁵⁶ L'*Agence* è incaricata di redigere una cartografia dei rischi di corruzione per i soggetti pubblici e di preparare un piano pluriennale di lotta alla corruzione, nonché di redigere le linee guida per i sistemi interni di prevenzione; inoltre può emettere pareri su qualsiasi soggetto chiamato a contrarre con la pubblica amministrazione. È dotata di importanti poteri ispettivi anche nei confronti di soggetti privati

⁵⁷ *Loi organique n° 2016-1690 du 9 décembre 2016 relative à la compétence du Défenseur des droits pour l'orientation et la protection des lanceurs d'alerte.*

relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations, che introduce alcuni istituti di partecipazione al procedimento (come il RUP, l'obbligo di esplicitazione dei termini di conclusione del procedimento, il silenzio-diniego), per arrivare alla *Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises*, specifica per i rapporti tra amministrazioni e imprese.

L'ondata di riforme è stata criticata dalla dottrina sotto l'aspetto della eccessiva frammentarietà⁵⁸; sono stati invero necessari successivi interventi di coordinamento interministeriale⁵⁹ e la creazione di (ulteriori) strutture di raccordo – come il *Service Général de la Modernisation de l'Action Publique* (SGMAP)⁶⁰ e il *Comité Interministériel pour la Modernisation de l'Action Publique* (CIMAP)⁶¹, per supportare le amministrazioni e convogliare nella medesima direzione anticorruptiva le numerosissime norme vigenti.

I casi di corruzione più gravi, anche nell'amministrazione francese, riguardano l'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, ove le perplessità rilevate si sono presentate del tutto simili a quelle riscontrate in Italia; anche questo settore è analogamente regolamentato da una legislazione traboccante, cui si aggiungono e talvolta sovrappongono la citata normativa anticorruzione e quella che la rincorre per attuarne, con la descritta fatica, la semplificazione.

Tuttavia, mentre in Italia la tendenza degli ultimi anni in ambito di appalti è stata nel senso del consolidamento codicistico, attraverso la confluenza delle varie disposizioni all'interno di un corpus unico, in Francia il legislatore ha preferito affidarsi ad una pluralità di provvedimenti, con una tendenza già evidente all'epoca del preesistente *Code des Marchés Publics*⁶² e recuperata anche in occasione della implementazione del nuovo diritto europeo degli appalti pubblici: le norme attuative delle Direttive del 2014 sono distribuite in ben quattordici provvedimenti, alcuni dei quali contengono essenzialmente disposizioni

⁵⁸ Sul punto, l'OCSE, in *Eliminer la paperasse. La simplification administrative dans les pays de l'OCDE*, Parigi, 2003. Per una ricostruzione della fase di riforme dagli anni '90 agli anni 2000, E. MOSTACCI, *Instruments of mutual consent and simplification: France on the path to administrative modernisation*, in G.F. FERRARI, J.O. FROSINI, *Better Regulation and Administrative Simplification. A Comparative Study*, Clueb, Bologna, 2008.

⁵⁹ Ad esempio la *Stratégie interministérielle sur la lutte contre la corruption* del 2006, <https://www.diplomatie.gouv.fr>.

⁶⁰ Il Segretariato, presieduto dal Primo Ministro, è esistito dal 2012 al 2017, quando è stato sostituito dalla *Direction Interministérielle de la Transformation Publique* (DITP) e dalla *Direction Interministérielle du Numérique et du Système d'Information et de Communication de l'Etat* (DINSIC).

⁶¹ Istituito nel 2012 dalla Presidenza Hollande, è presieduto dal Primo Ministro e composto da tutti i Ministri. Per una panoramica sulle attività del Comitato: https://www.entreprises.gouv.fr/files/files/directions_services/politique-et-enjeux/simplifications/dp-cimap-18-12-2012.pdf.

⁶² *Decret 2006-975* del 1.8.2006 recante il Codice degli appalti pubblici. Insieme al codice, vigevano, tra gli altri, l'*Ordonnance n. 2005-649 del 6.06.2005* relativa agli appalti pubblici riguardanti alcune persone pubbliche o private non sottoposte al Codice degli appalti; il *Decret 2015-1163* del 17.09.2015 che modifica alcune soglie relative agli appalti pubblici.

“di principio”, da rendere concretamente applicabili mediante molteplici decreti (*par voi réglementaire*⁶³).

Il recepimento delle Direttive è stato però considerato in Francia come un’occasione per avviare il processo di riforma e semplificazione della disciplina dei contratti pubblici, in un momento storico in cui nuovamente si interveniva sul settore pubblico in generale, per adottare imponenti misure di semplificazione e trasparenza dell’attività amministrativa.

Ci si riferisce al progetto di riforma denominato “*choc simplification*”, avviato sotto la Presidenza Hollande e costituito da un ampio programma di semplificazione dei procedimenti amministrativi e delle norme legislative e regolamentari, attuato tra il novembre 2013 e il febbraio 2016⁶⁴, che ha introdotto strumenti nuovi e sviluppato istituti già esistenti nell’ordinamento (come il silenzio-assenso in luogo del silenzio-diniego⁶⁵), allo scopo di rendere più efficienti i rapporti tra privati (cittadini e imprese) e amministrazione ed il funzionamento stesso delle amministrazioni pubbliche, in un’ottica di trasparenza e lotta alla corruzione⁶⁶.

Il programma prevede misure a carattere generale – come ad esempio la *Loi n. 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises* e la *Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises* – e misure settoriali, tra cui quelle destinate ai contratti pubblici che, come detto, rispondono anche alle istanze di semplificazione contenute nelle ultime Direttive europee. Tra essi si annoverano il *décret n. 2014-1097 du 26 septembre 2014 portant mesures de simplification applicables aux marchés publics* e il già citato *décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics*.

Con il citato *décret n. 2014-1097*, promulgato al fine di dare attuazione alle Direttive in maniera accelerata, il legislatore francese ha mostrato un particolare tempismo nell’adottare alcuni strumenti di semplificazione da queste previsti; tra di essi è il partenariato per l’innovazione, che è stato introdotto singolarmente

⁶³ L’*Ordonnance* n.2015-899 del 23.07.2015 relativa agli appalti pubblici – successivamente confermata dal *Decret* 2016-360 del 25.03.2016 (il nuovo *Code des Marchés Publics*, in vigore dal 1.4.2016) – recepisce le Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE e contestualmente abroga il *Code des Marchés Publics*. L’*Ordonnance* 2016-65 del 29.1.2016 e il successivo *Decret* 86/2016 del 1.2.2016 hanno, in seguito, completato il processo di riforma con il recepimento della Direttiva 23/2014/UE.

⁶⁴ Circa 200 misure di semplificazione nel novembre 2013, 90 nel 2014, 40 nel 2015 e 160 nel 2016. Per una disamina: F. GÉLEDAN, *Spectres du léviathan: l’État à l’épreuve de la simplification administrative (2006-2015)*, *Revue française d’administration publique* 2016/1 (n. 157).

⁶⁵ *Loi n. 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l’administration et les citoyens*.

⁶⁶ *Loi n. 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique*. Tra le centinaia di misure adottate, spicca il *Code des relations entre le public et l’administration*, adottato con l’*Ordonnance* n. 2015-1341 ed il *décret* n. 2015-1342 entrambi del 23 ottobre 2015, la prima legge generale francese sul procedimento amministrativo, che costituisce un corpus organico di disposizioni prima distribuite fra numerose leggi e pronunce giurisprudenziali.

nell'ordinamento già nel settembre 2014, anticipando di un anno e mezzo la normativa di recepimento.

Tra gli strumenti di semplificazione disciplinati invece da quest'ultima si annovera, ad esempio, la previsione di due diverse regolamentazioni per le procedure "formali"⁶⁷, corrispondenti a quelle di valore superiore alla soglia comunitaria e per le procedure "adattate", più snelle e informali, applicabili ai contratti sotto soglia, a quelli concernenti i servizi di rappresentanza giuridica e ai servizi sociali⁶⁸.

Il *marchés à procédure adaptée* (MAPA) è caratterizzato da grande libertà di azione per la stazione appaltante, con obblighi alleggeriti e per lo più limitati alla pubblicità e al rispetto di un minimo di concorrenza. Da esso sono peraltro scorporati i contratti di valore inferiore a 25.000 euro, per i quali è possibile l'affidamento diretto senza alcuna procedura. Sono equiparati alle procedure sottosoglia anche i lotti di valore inferiore a 80.000 euro per servizi e forniture e 1.000.000 di euro per il lavori, delle procedure formali sopra soglia, purché il valore complessivo dei lotti piccoli non superi il 20% del valore della gara⁶⁹.

Così come in Italia, anche in Francia il legislatore ha dato ulteriore enfasi al principio di dematerializzazione, prevedendo che tutti i documenti di gara siano messi a disposizione dell'operatore economico gratuitamente sul profilo del Committente; in tutte le procedure di gara di valore superiore a 25.000 euro, le comunicazioni e gli scambi di informazioni devono essere effettuati per via elettronica⁷⁰. Le piattaforme telematiche, dopo un inizio faticoso, hanno iniziato a diffondersi in modo più capillare e sono oggi largamente utilizzate⁷¹.

È poi previsto un sistema di raccolta dematerializzata delle offerte, denominato *Marché Public Simplifié* (MPS), cui le imprese concorrenti possono accedere utilizzando semplicemente il proprio numero identificativo⁷² e fruire

⁶⁷ *Procédures formalisées, Titre III (Passation du marché public), Chapitre II (Choix de la procédure), Section 1 del Code des marchés publics*, 2016 (Décret 2016-360).

⁶⁸ *Procédures adaptées, Titre III (Passation du marché public), Chapitre II (Choix de la procédure), Section II del Code des marchés publics*, cit.

⁶⁹ Per una descrizione dettagliata e largamente fruibile delle procedure e del funzionamento degli appalti pubblici in Francia, cfr. il portale governativo dedicato <https://www.economie.gouv.fr/daj/commande-publique>.

⁷⁰ L'obbligo è in vigore dal 1.10.2018 ma già dal 1.1.2012, per tutti i contratti superiori a 90.000 euro (soglia intermedia precedente), le amministrazioni aggiudicatrici erano tenute ad accettare richieste e offerte per via telematica, in quanto gli appalti elettronici costituivano nell'ottica del legislatore, già prima del recepimento delle Direttive 2014, un importante strumento di prevenzione per ridurre i rischi di corruzione e contribuire a migliorare ulteriormente i meccanismi di controllo.

⁷¹ Tra i portali di e-procurement più significativi, www.achatpublic.com, utilizzato dai ministeri; <https://www.bourgognefranche-comte.fr/marches-publics>, il portale gare telematiche della Provincia di Borgogna; www.achats.defense.gouv.fr, in uso presso il Ministero della Difesa. Per uno studio utile, benché ormai datato, sulle piattaforme di e-procurement francesi, M.A. SANDI, *Etude des plateformes de dématérialisation des marchés publics en France*, Research report, Département Systèmes d'Information, Institut national des telecommunications, Evry, 2005.

⁷² SIRET – *Système d'Identification du Répertoire des Etablissements*, numero usato in Francia come codice identificativo delle imprese commerciali.

di moduli precompilati con tutte le informazioni già in possesso della stazione appaltante o di altre amministrazioni, eventualmente da integrare con ulteriori dati e documenti non già presentati in precedenti occasioni. Si tratta di uno strumento simile all'AVCPASS italiano, ma con funzionalità più ampie, che rappresenta una misura con importanti implicazioni in termini di semplificazione e connessa lotta alla corruzione, grazie alla soppressione o comunque la sensibile diminuzione degli oneri di qualificazione e alla contestuale possibilità di verificare immediatamente la sussistenza dei requisiti di partecipazione senza dover affrontare la fase dei controlli.

Anche la centralizzazione delle committenze, che consente la gestione accentrata e specializzata delle procedure e costituisce pertanto uno strumento ritenuto particolarmente utile in chiave anticorruptiva, è stata prevista dalla riforma e incentivata nell'uso; ne è un esempio l'UGAP – *Union des groupements d'achats publics*, la principale *centrale d'achat* francese che può acquistare servizi e forniture per tutti i soggetti pubblici cui si applichi la normativa nazionale sugli appalti; presieduta dal Ministro del Bilancio ed istituita già nel 2005, è stata potenziata proprio del 2016⁷³.

Molte delle innovazioni normative appena richiamate, adottate sulla scorta delle raccomandazioni dell'Unione Europea⁷⁴, hanno ottenuto risultati complessivamente positivi, soprattutto in quanto adottano l'ottica sistemica e l'approccio a lungo auspicati; continuano tuttavia ad essere rilevati alcuni punti critici proprio in materia di contratti pubblici, riferiti essenzialmente alla eccessiva regolamentazione e alla scarsa organicità del corpus normativo, laddove il susseguirsi di riforme di semplificazione mette in luce l'insufficienza degli strumenti di volta in volta preesistenti, introduce una pluralità di soggetti controllanti con funzioni talvolta sovrapposte, e, soprattutto, non sembra ottenere nell'immediato lo scopo principale: semplificare⁷⁵.

4. Cenni sull'esperienza tedesca

Pur godendo di ottima reputazione nel panorama internazionale sotto il profilo del contrasto preventivo e repressivo dei fenomeni corruttivi e pur essendo spesso rappresentata come un modello virtuoso in tale ambito⁷⁶, la Repubblica Federale tedesca non si è tempestivamente dimostrata incline a recepire il

⁷³ <https://www.ugap.fr>.

⁷⁴ Cfr. COM (2014)38 – *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, cit.

⁷⁵ F. COLIN, *La régulation de la simplification administrative*, in *Revue française d'administration publique*, 2016.

⁷⁶ Il Paese è all'undicesimo posto nella classifica 2018 di Transparency International degli Stati col più basso indice di percezione della corruzione, <https://www.transparency.org/cpi2018>.

concetto ampio di corruzione che si identifica con la *maladministration* di cui si è finora discusso⁷⁷.

La lotta alla corruzione in Germania è infatti storicamente riferita all'ambito penalistico, sancita in primo luogo nelle norme dedicate dello *Strafgesetzbuch* (StGB), il codice penale, vigente a livello federale per sanzionare la corruzione attiva e passiva dei funzionari pubblici ed ampliato per la prima volta nel 1997 con la legge sulla corruzione tra privati⁷⁸. Anche le autorità nazionali di contrasto alla corruzione sono per lo più organismi afferenti alle attività anticrimine, piuttosto lontane dai modelli delle autorità amministrative francesi ed italiane⁷⁹.

Il contrasto alla corruzione sistemica invece, cioè all'esercizio distorto delle funzioni anche a prescindere dal concretizzarsi di un reato penalmente rilevante, non ha trovato particolare spazio nel dibattito nazionale; nonostante la sottoscrizione delle citate principali convenzioni in materia di lotta alla corruzione⁸⁰, la Germania non ha proceduto alla piena ratifica se non negli ultimi anni⁸¹.

⁷⁷ Anche il termine utilizzato dal legislatore per significare la corruzione, *Bestechung*, non evoca il concetto che proviene dalla tradizione giuridica internazionale; così G. RIDOLFI, *Storia e percezione della corruzione nella Gran Bretagna e nella Germania moderne*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Corruzione e pubblica amministrazione*, cit.

⁷⁸ Cfr. supra, par. 1. Il codice penale tedesco categorizza oggi tre aree di corruzione: corruzione nei rapporti d'affari e nel settore sanitario (articoli da 299 a 302); corruzione a danno della pubblica amministrazione (articoli da 331 a 337); corruzione in occasione di elezioni pubbliche (da 108b a 108e); in tutti i casi si distingue e sanziona sia la corruzione attiva che quella passiva (*der Bestechung und der Bestechlichkeit*) e, in casi di minore gravità, la "accettazione di vantaggi" (*Vorteilsnahme*) e la "acquisizione di vantaggi" (*Vorteilsgewährung*). La corruzione nei rapporti d'affari (tra privati) è stata introdotta nel 1997 con il *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*; prima di allora nell'ordinamento penale tedesco si aveva corruzione solo nel caso in cui fosse coinvolto un pubblico ufficiale (*Amtsträger*) titolare di un ufficio o un deputato eletto ed era pertanto circoscritta all'ambito pubblico.

⁷⁹ In Germania non è stata istituita un'unica autorità in materia, ma sono diversi gli organi o istituzioni coinvolti nel contrasto della corruzione, i principali dei quali sono: il Ministero degli Interni (*Bundesministerium des Innern*, BMI), che supervisiona l'intero operato dell'ufficio federale di polizia dedicato ai reati economici e alla corruzione; il Ministero federale per lo Sviluppo e la Cooperazione economica (*Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung* – BMZ), con funzioni consultive in ambito legislativo; l'Ufficio Criminale Federale (*Bundeskriminalamt* – BKA), che svolge funzioni investigative, anche a livello internazionale e compiti di protezione e prevenzione e pubblica annualmente statistiche complete sui casi denunciati alla polizia e sulle indagini penali avviate; il Dipartimento Investigativo Interno (*Dezernat Interne Ermittlungen* – DIE) che esercita specifiche attività di contrasto al fenomeno corruttivo nel Land di Amburgo. Inoltre, otto Länder su sedici hanno unità specializzate anticorruzione nelle loro procure. Tra gli enti che contribuiscono alla lotta alla corruzione tra privati, a scopo di salvaguardia dei rapporti in ambito commerciale, si annoverano il Comitato Nazionale Tedesco della Camera di Commercio Internazionale, le Camere di Commercio e Industria e la Federazione delle industrie tedesche.

⁸⁰ Cfr. supra, par 1 e 2.

⁸¹ Il Bundestag ha ratificato la Convenzione ONU di Merida del 2003 solo il 12 novembre 2014 (l'Italia nel 2009, con recepimento sostanziale nel 2012, cfr. supra, par. 1). La legge di recepimento, con lo stesso nome della legge del 1997 *Gesetz zur Bekämpfung der Korruption*, è entrata in vigore il 26 novembre 2015.

La difficile accettazione di un modello che ammette l'esistenza di una patologia oggettiva, non solo legata al comportamento del singolo ma che presuppone un malfunzionamento dell'impianto amministrativo nel suo complesso, ha radici profonde, che si innestano nello stesso tessuto culturale e nell'esperienza storica del Paese⁸²; l'ordinamento tedesco poggia da almeno tre secoli su una burocrazia ben organizzata ed un corpo di funzionari altamente qualificati, tra i quali e verso i quali è sempre stata diffusa una convinzione di quasi assoluta incorruttibilità⁸³.

Ed in effetti il principale strumento di lotta alla corruzione amministrativa in Germania risiede piuttosto – ancora oggi – nella elevata qualificazione delle risorse, nonché nella creazione di uno spirito di settore che fa della buona reputazione una questione di assoluta priorità⁸⁴.

Non appare dunque difficile comprendere la resistenza con la quale l'ordinamento tedesco ha accolto alcuni degli strumenti di lotta alla corruzione amministrativa provenienti dal diritto internazionale – come ad esempio il

⁸² Evidenzia J.I. ENGELS, in *Politische Korruption in der Moderne Debatten und Praktiken in Großbritannien und Deutschland im 19. Jahrhundert*, in *Historische Zeitschrift*, 2006, che il termine "corruzione" non era nemmeno presente nel dizionario tedesco prima della fine dell'Ottocento.

⁸³ Nota F. BÖSCH in *Krupps "Kornwalzer". Formen und Wahrnehmungen von Korruption im Kaiserreich*, in *Historische Zeitschrift* Band 281, 2005: "Per sua stessa natura, la burocrazia tedesca e soprattutto prussiana intorno al 1900 si considerava un'istituzione così affidabile che un "Panama" tedesco fu esplicitamente escluso [l'Autore si riferisce allo scandalo di Panama, vicenda di corruzione legata al taglio del Canale di Panama, che travolse molti uomini politici e industriali francesi verso la fine del 1800, n.d.r.]. Sia il pubblico politico che la stessa leadership statale hanno concesso ai funzionari un anticipo di fiducia, che è stato accompagnato da una corrispondente minima esigenza di controllo. Questa fiducia era, per parlare con Niklas Luhmann, un "pregiudizio rischioso", che però non fu deluso nel XIX secolo".

⁸⁴ Riferisce R. JANDT in *Korruption in der Deutschen Geschichte*, in J. BELLERS, *Politische Korruption. Vergleichende Untersuchungen*, Münster, 1989, che in epoca prussiana i funzionari statali venivano severamente scelti in base agli aspetti qualitativi dell'esperienza nel loro campo e della disposizione caratteriale. La burocrazia ministeriale presentava un elevato grado di compattezza interna per ciò che riguarda lo standard di formazione comune, di solito di livello universitario, dei suoi appartenenti. All'interno di questo corpo unitario si era formata un'autorità di ceto che poneva al centro del suo codice d'onore il rigore morale e la neutralità politica e accettava il legame assoluto di ogni atto amministrativo con il diritto e la legge come una massima irrinunciabile per una funzionante amministrazione dello stato. La predisposizione alla corruzione era inoltre indebolita con il principio dell'impiego vitalizio e della pensione di vecchiaia, nonché con il sistema del clientelismo negativo (l'esclusione degli autoctoni dall'esercizio di uffici politico-amministrativi nella propria zona).

whistleblowing – che sono potenzialmente in grado di minare quello spirito di corpo e lederne il buon nome ⁸⁵.

Anche per queste ragioni, la Germania si trova oggi in ritardo rispetto ad altri paesi europei nell'implementazione delle indicazioni presentate dagli organismi internazionali ed ha ricevuto moniti in particolare dal Consiglio d'Europa, sia nel 2015 che nel 2017, nell'ambito del rapporto del GRECO⁸⁶. Se, in generale, gli strumenti a disposizione sono giudicati sufficienti e in concreto più che efficaci, vista la bassa diffusione dei fenomeni corruttivi, è sotto l'aspetto della trasparenza e della gestione dei conflitti di interessi al livello apicale della politica e della magistratura che il legislatore tedesco non risulta ancora in linea con gli standard auspicati.

⁸⁵ La Germania tarda a recepire la tutela del dipendente che riferisce gli illeciti, uno degli strumenti più diffusi di lotta alla corruzione, e lo ha fatto comunque solo in alcuni settori, segnatamente quello penale e quello della tutela della concorrenza; è emblematico che il termine abbia assunto, nel codice penale, una definizione volta a ricomprendere "chiunque" renda pubblica una condotta illecita cui non ha preso parte e non si riferisca al dipendente pubblico in particolare. Anche la giurisprudenza tedesca ha stentato ad abbandonare lo sfavore nei confronti di questo istituto; è particolarmente noto il caso della sentenza della Corte europea dei Diritti Umani che ha ribaltato una decisione della Corte Regionale del Lavoro di Berlino, ritenendo illegittimo il licenziamento di una infermiera di una casa di riposo per anziani, avvenuto dopo che la donna aveva denunciato per frode il datore di lavoro (European Court of Human Rights, *Heinisch v. Germany*, Fifth Section, 21 July 2011, no. 28274/08, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105777>). Alcuni commentatori collegano questa ritrosia verso l'istituto al sentore che l'opinione pubblica non abbia ancora dimenticato il trauma delle denunce anonime prima sotto il regime nazista e poi sotto quello comunista (cfr. A. FRIGNANI, *Il Whistleblowing nella concorrenza: la Commissione elimina un ostacolo alla sua espansione*, in *Il Diritto Industriale*, Ipsoa, n. 5, 2017). La recente approvazione, il 16 aprile 2019 della "Direttiva Whistleblowing" (testo provvisorio P8_TA-PROV (2019)0366, cfr. https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2018_106) renderà necessario un cambio di tendenza. Il Parlamento Europeo ha infatti approvato in prima lettura la proposta di direttiva "sulla protezione alle persone che denunciano pubblicamente violazioni al diritto dell'UE" che, nell'ottica dell'armonizzazione fra le legislazioni degli Stati membri, assicura standard minimi di tutela agli informatori. La direttiva, che è stata proposta dalla Commissione, ha avuto come relatore l'eurodeputato italiano Curzio Maltese ed è particolarmente osteggiata proprio dalla Germania, sarà adottata dopo il vaglio dei ministri del Consiglio dell'UE e dovrà essere recepita entro due anni dagli Stati membri.

⁸⁶ Nel 2015, nel Rapporto valutativo sulla Germania, *Eval IV Rep (2014) 1E* (Strasburgo, 6-10 ottobre 2014), il GRECO aveva indirizzato raccomandazioni che tuttavia non sono state recepite, come evidenziato nel rapporto adottato nel giugno 2019 (GrecoRC4(2019)17, Strasburgo, 17-21 giugno 2019). Nel documento, il GRECO ha rilevato un mancato incremento della trasparenza del processo legislativo, l'assenza di un registro dei lobbisti e di terzi che possono influenzare i lavori del Bundestag e la diffusione tardiva dei progetti di legge. Inoltre, poco è stato fatto sul conflitto di interessi dei parlamentari. È così scattata la procedura di non conformità in ragione dei pochi progressi conseguiti rispetto al 2015. Di conseguenza, entro il 30 giugno 2020, la Germania dovrà presentare un rapporto sui progressi compiuti nell'attuazione delle raccomandazioni, tenendo conto che, nel rapporto del 2017, il GRECO aveva segnalato i passi avanti di Berlino per la lotta alla corruzione nei casi di coinvolgimento di giudici e pubblici ministeri, ma non per la corruzione dei parlamentari. L'Italia, nello stesso Rapporto, è stata invece giudicata positivamente: sulla prevenzione della corruzione dei parlamentari, ad esempio, ha rispettato il 50% delle raccomandazioni e attuato parzialmente la restante metà dei consigli ricevuti, a fronte di una media d'implementazione pari al 22,6%. Più modesto, ma sempre positivo, il risultato sull'attuazione di sistemi anti-corruzione per giudici e inquirenti. L'Italia non ha recepito solo il 16,7% delle raccomandazioni in questi ambiti contro una media del 26,5% di non attuazione delle regole sulle autorità investigative e 31,1% su quelle giudicanti.

Resta in ogni caso molto basso il livello generale di espansione della corruzione all'interno della pubblica amministrazione secondo la percezione dei cittadini tedeschi, a conferma dell'assunto secondo cui un basso livello di corruzione si associa ad ordinamenti dotati di legislazione razionale e burocrazia efficiente.

Tale può infatti certamente definirsi l'ordinamento tedesco, benché si fondi sul delicato equilibrio tra tutela dei diritti fondamentali del cittadino ed esigenza di fornire all'amministrazione i poteri e gli strumenti per agire⁸⁷ e sebbene il sistema federale, che dà ai *Länder* un ruolo cruciale non solo nelle proprie aree di competenza, ma anche nell'attuazione della legislazione federale, crei un ambiente complesso in cui prendere decisioni non è sempre agevole.

Per tenere sotto controllo la produzione normativa, è stato avviato già dagli anni '90 un importante processo di semplificazione da parte dei Governi tedeschi, che si sono posti l'obiettivo primario di ridurre la burocrazia attraverso la riduzione di leggi e regolamenti, mentre a partire dal decennio successivo la misurazione delle procedure amministrative, le valutazioni di sostenibilità e la comparazione della performance hanno caratterizzato gli sviluppi della riforma della regolazione in Germania.

Il 2006 è stato l'anno cruciale per la semplificazione, che ha visto da un lato l'istituzione del "Comitato nazionale per il controllo delle norme" (*Normenkontrollrat*), con il compito di coadiuvare il Governo federale nella riduzione degli oneri amministrativi generati dalle leggi attraverso l'adozione, la supervisione e l'aggiornamento di una procedura standardizzata di quantificazione degli oneri amministrativi; dall'altra si è adottata una importante riforma costituzionale (*Föderalismusreform*)⁸⁸ che ha modificato i rapporti e la divisione delle competenze tra la Federazione e i *Länder*, rafforzando le competenze legislative della Federazione nei settori di importanza sovranazionale e riallocando una serie di competenze, in precedenza concorrenti, a livello federale o a livello dei *Länder*.

⁸⁷ La tradizione dello Stato di diritto (*Rechtsstaat*) favorisce il rispetto delle leggi ma al contempo tende anche a ritardare l'innovazione e lo sviluppo di una visione più ampia della qualità della regolazione. Già la disciplina federale generale del procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*, o *VwVfG*) del 1976 costituisce un chiaro esempio di impianto normativo votato alla concretizzazione di alcune delle garanzie basilari del *Rechtsstaatsprinzip*, non solo perché l'atto amministrativo deve essere rispettoso delle fondamentali tutele riconosciute al singolo dal punto di vista contenutistico, ma anche perché deve tendere alla correttezza formale, in ossequio al principio di legalità. Di segno diametralmente opposto è l'impostazione della Gran Bretagna, dove è il principio di *buon andamento* a vincolare l'attività amministrativa, cfr. infra, par. 5.1.

⁸⁸ *Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, c.d. *Föderalismusreform*, che ha modificato alcuni articoli della legge fondamentale tedesca e cui è seguito nel 2009 un ulteriore intervento di riforma, *Föderalismusreform II – Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes*, incentrata sul tema dei rapporti finanziari, che era stato risolto in maniera da più parti considerata poco soddisfacente dalla prima riforma del federalismo. Per una disamina, *I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro 60 Jahre Grundgesetz zwischen Herkunft und Zukunft: atti del convegno dell'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo*, Milano, Università commerciale "L. Bocconi", 5-7 novembre 2009 / a cura di Ginevra Cerrina Feroni [et al.], Torino, 2012.

La riforma ha contribuito a migliorare la capacità di prendere decisioni e ha chiarito la suddivisione delle responsabilità politiche tra autorità federali e *Länder*; ha inoltre reso più celere la procedura legislativa e ne ha migliorato la trasparenza e l'efficienza, grazie alla riduzione del numero di leggi che richiedono l'approvazione del *Bundesrat*⁸⁹.

Per quanto riguarda i contratti pubblici e la razionalizzazione di un sistema molto tecnico e caratterizzato da poche leggi, molti regolamenti di attuazione e ancor più linee guida adottate a livello locale, la Germania ha posto in essere misure ad hoc che si sono rivelate utili a conquistare obiettivi di efficienza e celerità delle procedure di gara e compiere notevoli passi avanti nella lotta alla corruzione.

Del resto la concentrazione della maggior parte dei fenomeni corruttivi si riscontra, come in Francia e in Italia, proprio in questo settore, che in Germania crea un giro di affari in media di 370 miliardi di euro all'anno (pari a più del 30% della spesa nazionale e il più alto a livello europeo) e che sconta un elevato grado di frammentazione normativa dovuto proprio al federalismo.

I dati sulla percezione della corruzione riferiti al comparto degli appalti pubblici si discostano infatti significativamente da quelli generali: secondo il sondaggio Eurobarometro del 2013, il 20% di coloro che hanno partecipato alle procedure di appalto pubblico negli ultimi tre anni ha dichiarato di non aver ottenuto l'aggiudicazione a causa della corruzione⁹⁰.

Non a caso il primo tra gli scandali significativi della storia tedesca legati alla corruzione, datato 1921, riguardò proprio gli appalti pubblici: nel *Kornwalzer-Skandal*, infatti, uno dei maggiori gruppi industriali dell'epoca, Fried Krupp AG, fu responsabile di atti di lobbismo trasformati in veri e propri atti di corruzione nei confronti di funzionari del ministero della Guerra, al fine di favorire l'azienda nell'acquisizione di commesse⁹¹. Anche negli ultimi

⁸⁹ Più di recente il dibattito si è incentrato sul concetto complessivo di "regolazione moderna", nella quale il fattore decisivo viene individuato nel fatto che la relativa decisione politica sia preparata e rafforzata con una valutazione *ex ante* ed *ex post*, che non si limiti ai costi e ai benefici immediati ma che consideri anche gli effetti a medio o lungo termine, nonché gli aspetti economici, ambientali e sociali. Sul punto, Henrik BRINKMANN [et al.], *From Bureaucracy Reduction to Modern Regulation in Germany*, in *Verso la smart regulation in Europa*, a cura di Federico Basilica, Bologna, 2013.

⁹⁰ Quasi tutte le pratiche negative nel contesto degli appalti pubblici registrano in ogni caso percentuali di percezione più basse della media UE. Gli intervistati in Germania hanno riferito di aver riscontrato la presenza di capitolati redatti su misura per favorire particolari aziende nel 48% dei casi (media UE: 57%). Le offerte collusive sono state considerate una pratica diffusa dal 54% degli intervistati (media UE: 52%). Conflitti di interessi nella valutazione delle offerte sono stati rilevati dal 47% degli intervistati (media UE: 54%) e il 43% ha riferito di criteri di selezione o valutazione poco chiari (media UE: 51%). COM (2014)38 – *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione*, cit., Allegato 5 – Germania.

⁹¹ F. BÖSCHIN, *Krupps "Kornwalzer"*, cit.

anni sono emersi scandali legati a grandi progetti infrastrutturali che hanno registrato aumenti esponenziali dei costi e ritardi più che significativi⁹².

Anche il legislatore tedesco, come quello francese, ha quindi colto l'occasione del recepimento delle nuove direttive sugli appalti pubblici per modificare, semplificare e concentrare la normativa in un minor numero di regolamenti. Il “regolamento per una legge di modernizzazione della legge sugli appalti pubblici” (*Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts, VergRModVo*) è stato approvato dal Consiglio Federale nel 2016 e insieme al testo della legge (*Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, VergRModG*), è stato promulgato all'inizio dello stesso anno. Il cambiamento è considerato uno dei più importanti del settore nell'ultimo decennio⁹³.

Le principali norme applicabili ai contratti al di sopra delle soglie UE sono oggi contenute nella parte IV della legge contro le restrizioni della concorrenza (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB*), ora modificata dal *VergRModG* e dal regolamento sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Vergabeverordnung, VgV*), che è a sua volta modificato dal *VergRModV*.

Il sistema si caratterizza per aver sostanzialmente trasposto le Direttive senza aggiungere un gran numero di ulteriori previsioni; l'intento semplificatorio ha avuto pertanto esito positivo, a differenza dell'esperienza francese.

Tale aspetto costituisce uno dei tre pilastri della strategia anticorruzione applicata con successo ai procedimenti di appalto tedeschi: in primo luogo, adeguate decisioni legislative, con regole chiare e inequivocabili e che sono state sottoposte a riordino e razionalizzazione; in secondo luogo, procedure all'avanguardia, compresi

⁹² Alcuni degli esempi più memorabili includono: l'Aeroporto di Berlino-Brandeburgo (BBI) che avrebbe dovuto aprire a giugno 2012 ed è slittato al 2016; l'Elbphilharmonie, la sala da concerto di Amburgo che doveva essere completata nel 2010 e ha più che raddoppiato i costi. Oltre ai ritardi e ai costi crescenti, le statistiche ufficiali dell'Ufficio federale di polizia criminale (BKA) mostrano che il motivo principale alla base delle tangenti emerse dal 2009 ad oggi è l'ottenimento di una pubblica commessa. Il 64% di tutti i casi di corruzione del 2013 è stato collegato agli appalti pubblici (Cfr. Rapporto *Bundeskriminalamt 2013* <https://www.bka.de>).

⁹³ Il preesistente regolamento sugli appalti pubblici di lavori (*Vergabe und Vertragsordnung für Bauleistungen, VOB/A*) è ora abbreviato, e la maggior parte delle sue disposizioni è ora trasferita nel *GWG* e nel *VgV*; il regolamento sugli appalti pubblici di forniture e servizi (*Vergabe und Vertragsordnung für Leistungen, VOL/A*) e il regolamento sugli appalti pubblici per l'aggiudicazione di servizi di appaltatore indipendente (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen, VOF*) sono stati abrogati e le loro disposizioni sono ora integrate nel *GWG* e *VgV*.

gli appalti elettronici⁹⁴ e i sistemi di tutela dei *whistleblower* che sono in fase di sviluppo⁹⁵; terzo, la centralizzazione delle committenze in un'ottica di separazione tra ente richiedente e amministrazione aggiudicatrice.

Accanto a questi strumenti, si colloca una strategia consolidata, come già visto attuata in Germania sin dai tempi dell'Impero prussiano⁹⁶, che pone grande attenzione alla preparazione del personale; i dipendenti che gestiscono le procedure di appalto sono formati attraverso la c.d. *duale Ausbildung*, la doppia istruzione, che garantisce, nell'ambito di una formazione alla carriera di dipendente pubblico, l'affiancamento all'esperienza pratica di insegnamenti teorici, evitando la diffusione di prassi errate che è tipica dei sistemi in cui l'attività si apprende esclusivamente sul luogo di lavoro e senza tirocinio e aggiornamento.

Un altro elemento di semplificazione procedurale risiede nella predisposizione di servizi federali di consulenza su misura, dedicati in particolare alle stazioni appaltanti più piccole. Sono stati creati, ad esempio, il *Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung* (KNB), il Centro di competenza per gli appalti sostenibili⁹⁷

⁹⁴ La Germania ha attuato pienamente il passaggio agli appalti elettronici richiesto dalle Direttive UE. Peraltro ciò rispondeva alle richieste di trasparenza e riduzione della corruzione negli appalti pubblici stabilite nel Rapporto tedesco NIS 2012, pubblicato da TI Deutschland, che spingevano verso l'implementazione di una piattaforma elettronica centrale obbligatoria delle procedure di appalto pubblico. Oggi questo requisito appare soddisfatto. Le gare d'appalto tedesche sono centralizzate e accessibili su diverse piattaforme di e-tender, come ad esempio *e-Vergabe*, *bund.de*, etc. Alcuni sistemi meno recenti come *BundOnline2005* facilitano anche le procedure centralizzate di acquisizione elettronica nell'amministrazione federale. Inoltre, esiste un sistema di e-governance ben sviluppato che i concorrenti hanno facoltà di utilizzare per soddisfare i requisiti amministrativi, riducendo gli adempimenti burocratici, i tempi di gara e gli oneri amministrativi e aumentando la qualità delle procedure.

⁹⁵ Nel settore della tutela della concorrenza, l'Autorità tedesca per la tutela della concorrenza (*Bundeskartellamt*) ha implementato l'uso di un sistema elettronico di rilevazione delle denunce di illecito anticoncorrenziale, con collegamento diretto dal sito dell'autorità (BKMS, <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=2bkarta151&language=ger>), che garantisce la non tracciabilità dei dati, il totale anonimato e l'integrazione con i sistemi informatici delle amministrazioni; il sistema è stato utilizzato, tra i vari esempi, nel caso dei recenti scandali nel settore automobilistico, (cfr. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2015/24_06_2015_Automobilbranche).

⁹⁶ Cfr. supra, pag. 63 e nota 84.

⁹⁷ Cfr. <http://www.bescha.bund.de/DE/Nachhaltigkeit/node.html>. Il KNB è stato creato in seno al *Beschaffungsamt*, l'ufficio acquisti del Ministero Federale dell'Interno, il più grande ufficio di *procurement* del governo federale, responsabile dell'acquisto nell'intera area commerciale del Ministero, delle agenzie federali, delle fondazioni finanziate con fondi federali e delle organizzazioni internazionali, per un importo di circa 1 miliardo di euro all'anno. Il compito del KNB è aumentare la sostenibilità ambientale negli appalti pubblici. Il centro di competenza si rivolge da un lato ai decisori e alle amministrazioni aggiudicatrici del governo federale, degli stati federali e delle autorità locali; dall'altro, si rivolge alle organizzazioni non governative e agli operatori economici. Il KNB offre la consulenza di esperti di procurement tramite telefono o posta elettronica o anche mediante consultazioni e formazione in loco; inoltre, ha istituito una piattaforma web che offre informazioni aggiornate in materia di appalti sostenibili e facilita lo scambio di informazioni e il collegamento in rete tra attori. Tra le altre cose, gli appaltatori possono trovare basi legali, linee guida per gli appalti sostenibili o persino la documentazione completa delle gare d'appalto in cui sono stati richiesti criteri sostenibili.

e il *Kompetenzzentrum für innovative Beschaffung* (KOINNO)⁹⁸, il Centro di competenza per gli appalti innovativi, che sostengono le stazioni appaltanti a livello federale, statale e locale. Le autorità federali svolgono una funzione di consulenza e co-esame al servizio degli enti locali e delle piccole amministrazioni e, in singoli casi di particolare complessità, è previsto che l'ente federale possa subentrare alla piccola amministrazione nel ruolo di stazione appaltante, anche a procedura in corso.

Anche la Germania ha adottato una disciplina separata per le gare di valore inferiore alle soglie europee, nelle forme di un "regolamento per gli appalti sottosoglia" (*Unterschweligen Vergabeordnung*), che consente l'uso di procedure semplificate per determinate fattispecie e detta i criteri per il ricorso ad esse. Molti profili attuativi sono però lasciati alla normazione dei singoli Länder, tra cui la determinazione delle ulteriori sotto-soglie intermedie

Nonostante la complessità del quadro giuridico normativo, derivante principalmente dall'impostazione decentrata dei poteri di regolamentazione attuativa, le procedure d'appalto tedesche sono note per essere svolte con efficienza e in tempi particolarmente contenuti, che si attestano in media, a seconda della procedura, dalle tre settimane ai quattro mesi, dalla pubblicazione della gara all'assegnazione del contratto⁹⁹.

Sembra restare ancora in itinere il processo di accettazione della necessità di adottare un approccio che tenga conto anche del contrasto alla corruzione sistemica, soprattutto in termini di trasparenza dell'attività amministrativa: nel periodo 2006-2016 la Germania è il paese europeo che ha fatto registrare il tasso di pubblicità delle gare più basso dell'UE (1,2%)¹⁰⁰.

5. *Better regulation, semplificazione e appalti nel sistema anglo-americano*

Si è già visto che la semplificazione dell'azione amministrativa attraverso la razionalizzazione delle norme e la garanzia della qualità del prodotto normativo appartiene alla tradizione anglosassone da almeno un secolo e che gli spunti offerti dalla dottrina statunitense e britannica, nonché dalle politiche messe in atto da questi due Paesi, sono stati ispiratori dei processi di semplificazione avviati negli anni novanta in seno alle organizzazioni internazionali.

Il collegamento tra questa attitudine alla riorganizzazione e all'ottimizzazione sistematica e la prevenzione della corruzione affonda le sue radici in particolare

⁹⁸ KOINNO è un ufficio del *Bundesministerium für wirtschaft und energie*, il Ministero dell'economia e dell'energia, che ha il mandato di promuovere l'orientamento all'innovazione negli appalti pubblici. Il KOINNO è il punto di contatto centrale per le autorità pubbliche in tutte le questioni relative agli appalti pubblici innovativi (Cfr. <http://www.koinno-bmwi.de/>).

⁹⁹ Secondo i dati dell'*Auftragsberatungszentrum Bayern*.V., il centro della Baviera di consulenza sugli appalti <https://www.abz-bayern.de>.

¹⁰⁰ Cfr. Scheda tematica per il semestre europeo del Governo italiano, https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_it.pdf.

nelle elaborazioni d'oltreoceano, dove si registrano, già nel 1934, le prime dissertazioni sul tema ed il primo esempio di commissione indipendente per la riforma delle leggi, la New York Law Revision Commission¹⁰¹.

Il Regno Unito segue nel 1965, quando, per porre rimedio alla confusione e all'oscurità del quadro normativo risalente ormai ai secoli precedenti¹⁰², venne licenziato il Law Commission Act, con il quale si creavano due strutture amministrative analoghe, la Law Commission per l'Inghilterra e il Galles e la Scottish Law Commission. Entrambe avevano l'incarico di sottoporre a revisione l'intero diritto britannico, al fine di riformarlo e modernizzarlo, attraverso l'eliminazione delle anomalie e delle previsioni obsolete e inutili e l'accorpamento e la riduzione degli atti legislativi¹⁰³.

Le due Law Commission, la cui istituzione ha segnato uno dei momenti più rilevanti nella storia del diritto britannico moderno, sono a tutt'oggi una realtà fondamentale nel sistema normativo e svolgono in modo stabile il ruolo di promotori della riforma sistematica delle leggi, per "garantire che la legge sia il più equa, moderna, semplice e il più efficiente possibile, condurre ricerche e consultazioni al fine di formulare raccomandazioni sistematiche da sottoporre all'esame del Parlamento, codificare la legge, eliminare le anomalie, abrogare disposizioni obsolete e non necessarie e ridurre il numero delle norme"¹⁰⁴.

Nonostante la stretta relazione fra i due ordinamenti anglosassoni, la mentalità semplificatrice che li caratterizza entrambi non è stata connessa in modo altrettanto simile alle strategie di contrasto alla corruzione nel settore pubblico, complice il fatto che i due sistemi di common law divergono significativamente per ciò che riguarda la disciplina e la gestione dell'attività amministrativa, nonché l'accettazione della possibilità che si verifichi un rischio corruttivo istituzionale.

¹⁰¹ Cfr. supra, pag. 53.

¹⁰² Gli Acts of Parliament in vigore erano più di tremila e risalivano sino al XIII secolo, la *delegated legislation* del ventesimo secolo era raccolta in novantanove tomi, i *reported case* erano trecentomila. Ciò rendeva "estremamente difficile per chiunque non abbia una specifica preparazione scoprire quale sia la legge vigente su un determinato argomento; e quando la legge è infine individuata, si manifesta in molti casi obsoleta e in alcuni casi ingiusta. Ciò è semplicemente sbagliato", in *Proposals for English and Scottish Law Commissions*, Cmnd 2573, in Parliamentary Papers (House of Commons and Command). Session 27 October 1964-8 November 1965, XXIX, 1965, London.

¹⁰³ Per una disamina completa del mandato delle Law Commission del 1965, *The Law Commissions Act, 1965*, Chorley and G. Dworkin, *The Modern Law Review* Vol. 28, No. 6, 1965, London.

¹⁰⁴ <https://www.lawcom.gov.uk/about/>. Ciascuna Law Commission è un organismo indipendente composto da un presidente, quattro commissari, un direttore generale e due membri del consiglio di amministrazione non esecutivo. Il presidente è un alto magistrato o un giudice della corte d'appello, nominato alla Commissione dal Lord Cancelliere e dal Segretario di Stato per la Giustizia per un massimo di tre anni. Gli altri quattro commissari sono esperti giudici, avvocati o insegnanti di giurisprudenza. Sono nominati dal Lord Cancelliere e dal Segretario di Stato per la Giustizia per un massimo di cinque anni, sebbene i loro incarichi possano essere prorogati. I commissari sono nominati a tempo pieno, ma a volte possono svolgere altri lavori, compresa la formazione giudiziaria o il servizio giudiziario.

5.1 Regno Unito

In un Paese come la Gran Bretagna, dove non esiste una legge sul procedimento amministrativo e la caratteristica più significativa – presente già a partire dai tardi anni sessanta¹⁰⁵ – è l'impostazione managerialistica del procedimento amministrativo¹⁰⁶, la *maladministration* è storicamente contrastata a prescindere dalla collocazione giuridica che possa avere.

Secondo una simile impostazione, in cui tradizionalmente si attribuisce grande importanza all'efficienza, la patologia del procedimento amministrativo non tanto rileva perché disciplinata dalle norme¹⁰⁷, ma in quanto ha come conseguenza il mancato raggiungimento dello scopo, oppure un ritardo nella conclusione ed è quindi di per sé espressione di un errato comportamento dei *civil servant*¹⁰⁸.

Su tale comportamento, prima ancora che le leggi, vigilano gli stessi cittadini, che sono chiamati a partecipare alla formazione del provvedimento amministrativo; è nata del resto in Gran Bretagna la tradizione del procedimento (nel senso di processo preparatorio) amministrativo preliminare al provvedimento, che consente al privato di esprimere la propria voce prima che l'amministrazione

¹⁰⁵ È del 1968 una profonda riforma del settore della pubblica amministrazione incentrata sulla figura dei funzionari pubblici, contenuta nel celebre Rapporto Fulton, <https://www.civilservant.org.uk/library/fulton>; in seguito, i governi conservatori Thatcher (1979-1990) e Major (1990-1997) hanno portato ad ulteriori profonde trasformazioni con un consistente taglio del numero di dipendenti pubblici, la frammentazione della pubblica amministrazione, il processo di agentificazione e l'introduzione della misurazione delle prestazioni per i dipendenti pubblici. Successivamente, i governi laburisti Blair (1997-2007) e Brown (2007-2010), hanno riesumato la riforma degli anni sessanta, proiettandosi verso un migliore coordinamento tra le strutture amministrative e un massiccio ricorso alle consulenze; di ciò è portatore il Constitutional Reform and Governance Act del 2010. Cfr. L. CASTELLANI, *Le riforme del Civil Service britannico: dal Fulton Report del 1968 al Constitutional Reform and Governance Act del 2010*, in *Le carte e la storia*, 1/2015, Bologna, 2015.

¹⁰⁶ Rileva G. Sgueo come il regno Unito sia "pervenuto all'enucleazione dei principi forti della buona amministrazione procedurale all'interno del revisionismo in chiave manageriale intrapreso dal potere politico. L'integrazione amministrativa europea ha giocato quindi un ruolo importante, ma non esclusivo, perché soprattutto la partecipazione dei privati costituiva l'oggetto dei programmi governativi antecedenti allo sviluppo comunitario", cfr. *L'evoluzione del diritto amministrativo europeo e la conseguente unificazione della disciplina amministrativa dei singoli Stati. Verso un diritto amministrativo globale*, in *Diritto e diritti*, 2017.

¹⁰⁷ Non viene attribuito, ad esempio, alcun valore legale al ritardo nella conclusione del procedimento, in termini di silenzio-assenso o silenzio-rifiuto. Per un excursus sul sistema amministrativo in Gran Bretagna, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Trasformazioni dei sistemi amministrativi in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Italia*, Bologna, 1992; S. CASSESE, *La disciplina legislativa del procedimento amministrativo. Una analisi comparata*, in *Il Foro Italiano* Vol. 116, No. 1, 1993; R. SCARCIGLIA, *Il modello di common law: la disciplina dell'azione amministrativa in Gran Bretagna*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

¹⁰⁸ Appartiene a questa impostazione la visione che sottolinea l'inadeguatezza del diritto pubblico e amministrativo a disciplinare i rapporti economici, e che sostiene che esso si concreta in regole che consentono alle amministrazioni pubbliche una forte discrezionalità che può comprimere eccessivamente la *freedom of persons and property*, mentre il diritto privato è fatto di *rules of just conduct*, più congeniali alle libertà personali ed economiche, cfr. F.A. HAYEK, *Law, Legislation and Liberty*, vol. I, *Rules and Order*, Chicago, University Press, 1973.

pubblica decida¹⁰⁹. La tradizione del *redress of grievances*, il diritto di reclamare, fa il resto, laddove la presenza di un ombudsman incaricato di ricevere le segnalazioni e giudicare l'operato dell'amministrazione, il *Parliamentary Commissioner for Administration* (PCA)¹¹⁰, garantisce che la partecipazione non resti solo una pratica formale ma disponga di strumenti di intervento sul procedimento¹¹¹.

Questa visione fondata sul binomio senso civico-controllo diffuso, che ha fatto del contrasto alla disfunzione procedimentale un pilastro fondamentale dell'attività amministrativa, ha tradizionalmente comportato una certa ritrosia nel considerare il proprio apparato burocratico a rischio corruzione¹¹²; nonostante il concetto di *maladministration* in chiave anticorruptiva sia stato precocemente conosciuto dalla dottrina britannica, il contrasto ai fenomeni corruttivi è stato considerato a lungo dalla politica e dalla pubblica opinione una questione di diritto penale, legata al comportamento dei singoli e non certo alle istituzioni¹¹³.

Una lettura di maggior respiro dei fenomeni corruttivi, estesa alla materia amministrativistica, ed il conseguente accoglimento della nozione ampia di corruzione si sono fatti strada nella *governance* solo più di recente, quando oltre al *bribery* penalistico (l'offerta o la richiesta di denaro a o da un funzionario pubblico per indurlo a fornire un'attività impropria), si è cominciato a disciplinare anche la *corruption*, nel senso qui ormai noto di uso improprio di un potere fiduciario per un guadagno privato¹¹⁴, anche al di là della presenza di tangenti (*bribes*)¹¹⁵.

¹⁰⁹ Dato il regime di common law, la legge, pur rappresentando una componente essenziale dell'azione amministrativa, rimane sullo sfondo e non ispira l'azione dei pubblici poteri al principio di legalità, né ai suoi corollari (principio di tipicità e nominatività dei provvedimenti amministrativi). Ne deriva dunque, come diretta conseguenza, un ricorso minimo alla "regolamentazione" e alla "proceduralizzazione" dell'azione amministrativa e, per converso, una forte tendenza verso la "semplificazione", intesa in termini funzionali al conseguimento di obiettivi. La portata di tali linee di tendenza è rappresentata, dunque, da una netta preponderanza del principio del "buon andamento" dell'azione amministrativa su quelli di legalità e imparzialità dell'azione amministrativa.

¹¹⁰ Il PCA, è stato istituito nel 1967 dal Parliamentary Commissioner Act con il compito di vigilare sull'attività amministrativa e gestire i reclami contro funzionari accusati di aver agito inadeguatamente, ad esempio con ritardo o arbitrarietà, cfr. G. MARSHALL, *The British Parliamentary Commissioner for Administration*, in Vol. 377, *The Ombudsman or Citizen's Defender: A Modern Institution* di *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1968. Le funzioni sono oggi svolte dal *Parliamentary and Health Service Ombudsman*, <https://www.ombudsman.org.uk>.

¹¹¹ Cfr. sul punto P.J. BIRKINSHAW, *Il procedimento amministrativo nel Regno Unito*, in M.A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo fra semplificazione e partecipazione*, Milano, 2000.

¹¹² Cfr. D. WHITE, *Introduction: a very British Corruption*, in D. WHITE (a cura di), *How corrupt is Britain?*, London 2015; W.C. HEFFERNAN, J. KLEINIG (a cura di), *Private and Public Corruption*, Oxford, 2004.

¹¹³ D. BEETHAM, *Moving Beyond a Narrow Definition of Corruption*, in D. WHITE (a cura di), *How corrupt is Britain?*, cit.

¹¹⁴ Cfr. supra, par. 1.

¹¹⁵ La Law Commission ha iniziato ad occuparsi di corruzione nel 1998, con un report che, sebbene curato dal *Criminal Law Team*, ha affrontato anche temi in ambito amministrativo, cfr. *Law Commission, Legislating the Criminal Code: Corruption Consultation Paper*, CP n. 145. il report non si è tradotto in una riforma legislativa; un secondo tentativo è stato fatto nel 2003, ma è solo nel 2007 che il report *Reforming Bribery* ha condotto all'adozione di una nuova normativa anticorruzione, cfr. *Law Commission, Reforming Bribery. A Consultation Paper*, CP n. 185 e LC n. 313.

Dal luglio 2011 è entrato in vigore nel Regno Unito il *Bribery Act 2010*, considerato come una delle più stringenti legislazioni in materia di corruzione, con il quale è stata disciplinata sia la corruzione nell'ambito della pubblica amministrazione sia la corruzione privata, con abrogazione della precedente normativa¹¹⁶; la legge ha ridefinito il concetto di corruzione recependo quello internazionale dell'OCSE e contemplando il *bribery* come la concessione di un vantaggio ad un altro soggetto affinché quest'ultimo, non solo pubblico ma anche privato, abbia un comportamento "inappropriato".

Il compito di vigilare è affidato al *Serious Fraud Office* (SFO), organismo istituito nel 1987 con competenze di repressione dei reati ed integrato nel sistema giudiziario britannico, di cui costituisce un ufficio specializzato¹¹⁷; in aggiunta allo SFO e alla sua generale sfera di competenza, le funzioni di coordinamento delle azioni pubbliche sono incardinate presso il Ministero della Giustizia.

Nel 2014, è stato predisposto l'*Inter-Ministerial Group on Anti-Corruption*: un 'comitato inter-ministeriale' formato da membri dell'esecutivo, da direttori delle forze di polizia (tra cui il direttore del SFO), dal *Director of Public Prosecutions* e da una figura di nuova creazione, l'*Anti-Corruption Champion*, con incarichi di supervisione, impulso e coordinamento del lavoro del gruppo, sul modello del SCPC francese¹¹⁸.

L'assenza di una vera e propria *Authority* anticorruzione mostra come la materia continui a non essere collegata esplicitamente all'attività amministrativa¹¹⁹;

¹¹⁶ Vengono abrogati e sostituiti i precedenti quadri normativi relativi alla Prevenzione di attività di corruzione del 1889 e 1916.

¹¹⁷ Il SFO è incaricato di investigare e perseguire episodi di corruzione e frode che necessitano di un intervento complesso e specializzato. L'ente appartiene al sistema giudiziario penale inglese, gallese e nord irlandese. È composto principalmente da esperti contabili forensi, investigatori professionisti e avvocati che si occupano di perseguire i più seri e complessi casi di frode e corruzione. Lo SFO è dotato di speciali poteri investigativi in modo da ottenere le prove più efficaci per risolvere i casi con successo e assicurare i criminali alla giustizia. Tale attività dona un solido supporto alla fiducia riposta nelle istituzioni finanziarie ed economiche inglesi. Sul sito web dell'organismo è disponibile un programma chiamato SFO Confidential rivolto a tutti i cittadini che si trovano a contatto con situazioni che ricadono nelle fattispecie di cui si sta trattando. È un programma che garantisce l'anonimato e protegge l'utente che decide di contribuire alla lotta alla corruzione, condividendo informazioni in suo possesso.

¹¹⁸ Secondo il '*UK Anti-Corruption Plan*' (ACP), un documento del dicembre 2014 che riassume il programma del Governo nel contrasto alla corruzione: il Comitato ha la missione di supervisionare l'attuazione da parte dell'Esecutivo del Piano, suggerire linee strategiche di intervento e modifiche periodiche da apportare al Piano stesso. Allo scopo di permettere in modo efficace questo controllo il Cabinet Office deve continuamente 'fare rapporto' al gruppo sulle iniziative intraprese. In linea con i principi in tema di trasparenza e digitalizzazione della Pubblica Amministrazione, tutti i risultati sono pubblicati sul sito internet del Governo.

¹¹⁹ La vigilanza su alcune categorie di soggetti politici, come parlamentari o membri del Governo, è esercitata da diversi organismi, ciascuno dedicato ad una tipologia di soggetti vigilati; *The Committee on Standards in Public Life*; *The Independent Parliamentary Standards Authority* (IPSA); *The Parliamentary Commissioner for Standards*; *The Advisory Committee on Business Appointments* (ACOPA); *The Committee on Standards and Privileges*; *House of Lords Commissioner for Standards*; *The Committee for Privileges and Conduct*; *The Lords' Conduct Sub-Committee*; *Independent Adviser on Ministers' Interests*; *The Electoral Commission*.

tuttavia, sono nel Regno Unito ampiamente disponibili – ed hanno peraltro ivi trovato pioneristica applicazione – tutti gli strumenti che in altri Stati sono oggi consapevolmente utilizzati con finalità anticorruptive; essi trovano comunque una loro collocazione sistemica nel piano nazionale anticorruzione del 2014 (*UK Anti Corruption Plan, ACP*)¹²⁰, adottato dal Governo su impulso dell'*Anti-Corruption Champion*. Tra questi, accanto alla descritta costante attività di semplificazione normativa e procedurale, si rileva una esemplare attenzione alla trasparenza: il Regno Unito è stato il primo paese europeo ad adottare una legge sul diritto d'accesso generalizzato, il *Freedom of Information Act (FOIA)* del 2000, e a dotarsi di un'autorità indipendente, l'*Information Commissioner Office (ICO)*, istituita per tutelare i diritti di informazione nell'interesse pubblico, promuovendo la *disclosure* da parte degli enti pubblici¹²¹.

Quanto all'utilizzo degli strumenti di semplificazione specifici del settore degli appalti pubblici, la Gran Bretagna offre un esempio di successo, avendo da tempo utilizzato in chiave di semplificazione procedurale un modello flessibile come quello del partenariato pubblico privato; il meccanismo ha ottenuto negli anni numerosi risultati positivi in termini di efficienza e tempestività ed è ormai diventato il sistema predominante per la gestione delle commesse pubbliche¹²².

I partenariati sono stati alla base delle principali riforme di semplificazione amministrativa dagli anni '80 in poi, soprattutto nel periodo del New Labour¹²³; invece di rimanere vincolata all'idea di una burocrazia politicamente responsabile, basata su un sistema centralizzato guidato da un'élite, la Gran Bretagna ha deciso di investire nel network tra istituzioni e soggetti privati, affidando ad essi significativi processi di privatizzazione e le più importanti forniture.

Si è creato così un nuovo sistema di diritto pubblico, in cui gli strumenti legislativi sono sempre meno usati e lasciano spazio ad una gestione manageriale basata sulla regolamentazione attraverso ordini esecutivi o altri atti puramente

¹²⁰ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/388894/UKAntiCorruptionPlan. Sulla base dell'ACP, il Regno Unito ha inoltre adottato il *UK Anti Corruption Strategy 2017-2022*, un piano d'azione che prevede l'attuazione di misure specifiche in diversi settori.

¹²¹ Osserva G. Sgueo in *L'evoluzione del diritto amministrativo europeo* cit., che nel Regno Unito il rispetto dell'imparzialità è venuto costituendosi nel tempo attraverso la massima informazione per i cittadini. La politica del *right to know* infatti ha costituito il miglior vincolo per i governi a non esercitare indebite ingerenze sulla sfera decisionale.

¹²² *Partnership* è diventata la parola chiave del diritto amministrativo inglese, in particolare a livello locale. Questo è uno dei motivi per cui il Libro verde della Commissione europea sul partenariato pubblico-privato è incentrato sull'esperienza britannica. In settori come rigenerazione delle aree urbane, sovvenzionamenti e alloggi sociali, sicurezza della comunità locale, protezione dell'ambiente e lotta contro la povertà, il partenariato è di gran lunga il meccanismo più utilizzato. Cfr. European Commission, *Green Paper on public-private partnerships and community law on public contracts and concessions*, COM (2004) 327.

¹²³ C. HARLOW, *Back to Basics: Reinventing Administrative Law*, in *Public Law*, 1997.

amministrativi¹²⁴. Occorre peraltro considerare, trattandosi di un sistema di *common law*, che anche le decisioni delle corti in merito ai casi che coinvolgono il governo centrale diventano una rilevante fonte di regolazione flessibile del *procurement*¹²⁵.

Anche sul fronte degli appalti “tradizionali”, l’impostazione britannica, votata alla semplificazione e all’efficienza procedurale, ha mantenuto la legislazione priva di eccessive complicazioni; è noto come il recepimento delle Direttive del 2014¹²⁶ sia avvenuto utilizzando essenzialmente la tecnica del *copy out*, nel convincimento che le misure ivi contemplate, già largamente conformi alla tradizione del *procurement* nazionale, fossero idonee a semplificare il quadro normativo degli appalti pubblici e a stimolare la crescita economica¹²⁷.

Sono state soltanto aggiunte, rispetto al diritto europeo, previsioni finalizzate ad agevolare la partecipazione agli appalti pubblici delle piccole e medie imprese, come l’obbligo di pubblicizzare i bandi presso un sito internet centralizzato dedicato (*Contracts Finder Portal*) e l’eliminazione delle certificazioni per la qualificazione nelle gare di valore esiguo¹²⁸.

Il comparto del *public procurement* incide significativamente sulla spesa pubblica (nel 2016 è stato corrispondente a circa un terzo di essa)¹²⁹ e, anche in

¹²⁴ Per un excursus sul partenariato pubblico privato in Gran Bretagna, R.A.W. RHODES, *Transforming British Government*, Palgrave Macmillan, 2000; G. STOKER (ed.), *The New Politics of British Local Governance*, London, Palgrave Macmillan, 1999.

¹²⁵ Tra i numerosi portali disponibili per accedere a rassegne di giurisprudenza sugli appalti pubblici, si segnala la Public Procurement Case Law Review dello Studio VWV, disponibile su <https://www.vwv.co.uk/news-and-events/blog/procurement/public-procurement-2018-case-law-review>.

¹²⁶ Il Regno Unito ha recepito per primo e con estrema sollecitudine la direttiva generale sugli appalti pubblici (2014/24/UE) con il *Public Contracts Regulations 2015* (entrato in vigore il 26.1.2016 e poi modificato nel 2016); le altre due direttive sono state in seguito recepite con l’*Utilities Contracts Regulations 2016* (entrato in vigore l’ultimo giorno utile per la trasposizione ossia il 18 aprile 2016) ed il *Concession Contracts Regulations 2016* (entrato in vigore il 18 aprile 2016).

¹²⁷ Secondo il *Cabinet Office*, “the revised [EU] package represents an excellent overall outcome for the UK, with progress achieved on all of our priority objectives”, Cfr. Information Note 05/13 of 25 July 2013, available at <https://www.gov.uk>.

¹²⁸ Per una interessante critica all’eccessiva laconicità della legislazione di recepimento, si veda A. SANCHEZ-GRAELLS, *The Implementation of Directive 2014/24/EU in the UK*, in S. Treumer & M. Comba (eds), *Implementation of Directive 2014/24*, vol. 8 European Procurement Law Series, Edward Elgar Publishing, 2018: “By sticking to the letter of the 2014 Directive so closely, the transposition in the PCR2015 has resulted in clear deficiencies in UK public procurement law – some of which, in my opinion, are instances of insufficient or incorrect transposition”. Resta tuttavia da osservare quale direzione prenderà il legislatore all’indomani dell’uscita del Paese dall’Unione europea; fornisce alcune ipotesi M.A. SANDULLI, in *I possibili effetti della Brexit sull’affidamento dei contratti pubblici di appalto e di concessione disciplinati dalle direttive UE 23, 24 e 25 del 2014*, in *Federalismi.it*, 2017.

¹²⁹ I dati per il settore pubblico inglese parlano di una spesa annua di circa 200 miliardi di sterline per l’approvvigionamento di beni e servizi. Il *National Health System* spende 12 miliardi, di cui 1 è stato valutato come “perso” per cause imputabili a fenomeni di “cattiva amministrazione”. Il Ministero della Difesa spende invece circa 14 miliardi l’anno, mentre il *Collaborative Procurement Programme* vale circa 18 miliardi, Cfr. F. MONTEDURO, S. BRUNELLI, A. BURATTI, *La corruzione, analisi delle esperienze internazionali*, Formez PA, Roma, 2013.

Gran Bretagna, la prevenzione della corruzione nel *procurement* costituisce una priorità strategica.

Tra le misure già adottate nel settore, si annoverano: l'applicazione dell'*Open Contracting Data Standard* (OCDS) nei contratti amministrati dall'ente governativo di acquisto centralizzato (il *Crown Commercial Service*), in modo che l'intero processo di aggiudicazione degli appalti del settore pubblico sia visibile¹³⁰; il ricorso all'*Open Book Contract Management* (OBCM), un sistema elettronico per la trasparenza finanziaria tra governo e fornitori, attraverso la condivisione di dati su costi, oneri e prestazioni; il rafforzamento della trasparenza a livello locale, considerato ad alto rischio corruttivo: le autorità locali hanno ora l'obbligo di pubblicare i dati sugli acquisti trimestrali, inclusi i dettagli di ogni gara d'appalto, i contratti e le attività commissionate per un valore superiore a £ 5.000¹³¹.

Il Piano d'azione *UK Anti Corruption Strategy 2017-2022* prevede l'implementazione di una serie di ulteriori misure prevalentemente incentrate sulla trasparenza, al fine di una migliore identificazione e mitigazione dei rischi di corruzione; nella migliore tradizione britannica, l'antidoto alla *maladministration* viene reperito nella partecipazione, nella *disclosure*, nella riaffermazione di una cultura che è stata definita "per default aperta"¹³².

5.2. Stati Uniti

Anche grazie agli spunti offerti da una ricca elaborazione dottrinale nazionale, che, lo si è visto, ha dato i natali al concetto di corruzione in connessione alla cattiva amministrazione¹³³, l'ordinamento statunitense si colloca fra quelli storicamente più inclini ad accettare l'esistenza della corruzione sistemica e ad adottare di conseguenza misure preventive e repressive, accanto a quelle più specificamente penalistiche¹³⁴, per mitigarne l'impatto. La promozione dell'etica pubblica costituisce peraltro un impegno che tutta la collettività assume, nel proprio stesso interesse¹³⁵.

L'esigenza di dettare delle regole per prevenire la corruzione nella pubblica amministrazione sorse già dalla fine del secondo conflitto mondiale, a seguito

¹³⁰ Il Regno Unito è il primo paese del G7 ad attuare questa misura.

¹³¹ Cfr. *UK Anti Corruption Strategy 2017-2022*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/667221/6_3323_Anti-Corruption_Strategy_WEB.pdf.

¹³² Ibidem. Nelle intenzioni del Governo britannico, un numero maggiore di enti pubblici, compresi gli enti locali, adempirà ai propri obblighi di trasparenza e le sovvenzioni statali e gli appalti degli enti locali saranno soggette a un maggiore controllo.

¹³³ Cfr. supra, par. 1.

¹³⁴ Il reato di corruzione, distinto in "bribery" e "illegal gratuity", è punito al Titolo 18, par. 201 del *Criminal Code* nazionale.

¹³⁵ F. CLEMENTI, *L'Etica pubblica negli Stati Uniti. Un quadro d'insieme*, in F. MERLONI, R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Angeli, Milano, 2009.

della scoperta di gravi episodi di collusione tra l'amministrazione della difesa e l'industria bellica, che rappresenta una delle voci di spesa tradizionalmente più consistenti per l'Amministrazione americana.

L'approccio di fondo delle politiche di prevenzione negli Usa è, sin dai primi interventi normativi, proteso alla codificazione dell'etica dei funzionari pubblici per evitare situazioni di "prossimità alla corruzione" e circostanze che possano metterne a repentaglio l'indipendenza e l'imparzialità¹³⁶.

Accanto all'adozione sistematica di codici di condotta come strumento per indicare il corretto comportamento da tenere e per stimolare la moralizzazione nell'interesse della collettività, già dagli anni '60 l'ordinamento americano conosce la regolamentazione del conflitto di interessi¹³⁷ e, soprattutto la trasparenza dell'attività amministrativa, attraverso il diritto di accesso generalizzato che in Europa diverrà legge molti decenni a seguire: è del 1966 il *Freedom of Information Act* (FOIA), in base al quale negli Stati Uniti ogni cittadino – anche non statunitense – ha il diritto di richiedere l'accesso a tutti gli atti della pubblica amministrazione (ad eccezione di atti riconducibili a nove categorie, tra cui sicurezza nazionale, privacy e atti giudiziari)¹³⁸.

A seguire, sul finire degli anni '70¹³⁹, sono introdotti la tutela del *whistleblowing*, il *pantouflage*, la formazione del personale sul tema dell'etica, nonché la vigilanza da parte di un organismo indipendente, l'*Office for Government Ethics* (OGE), con migliaia di corrispondenti nelle varie amministrazioni¹⁴⁰.

Il modello normativo adottato è stato dunque quello del *regulatory framework*, in base al quale la legge stabilisce principi generali validi per tutti i dipendenti, e rinvia a codici di condotta ed a norme più specifiche stabilite

¹³⁶ T.L. COOPER, *The Emergence of Administrative Ethics as a Field of Study in the United States*, University of Southern California, Los Angeles, 2001.

¹³⁷ Cfr. ordinanza del Presidente Lyndon B. Johnson, Exec. Order No. 11,222 3 C.F.R. 306 (1964–1965), revocata dall'Exec. Order No. 12,674, 3 C.F.R. 215 (1990) (requiring government officials to remove any "direct or indirect financial interests"), l'ampio programma di riforme politiche e sociali che caratterizzò gli anni della presidenza Johnson e venne ribattezzato "*Great Society*".

¹³⁸ Per una disamina sul FOIA, R.M. SCHMIDT Jr, *Freedom of information act*, in *Encyclopaedia of library and information science*, Suppl. 10, edited by Allen Kent, New York-Base, 1990. Per un corpus completo di informazioni, dall'iter normativo ai commenti, nonché gran parte della giurisprudenza correlata, la *Freedom of information act guide*, disponibile presso il sito del Dipartimento di Giustizia del Governo <http://www.usdoj.gov/oip/foi-act.htm>.

¹³⁹ Cfr. *Ethics in Government Act* del 1978, promosso dal Presidente Carter dopo lo scandalo del Watergate. Ha introdotto la divulgazione obbligatoria e pubblica della storia finanziaria e occupazionale dei funzionari pubblici e delle loro famiglie, restrizioni sulla possibilità di esercitare lobbying da parte dei funzionari pubblici per un determinato periodo dopo aver lasciato la carica pubblica (*pantouflage*), ed ha creato lo *U.S. Office of Independent Counsel*, incaricato di indagare sui funzionari governativi.

¹⁴⁰ L'OGE, anch'esso istituito dall'*Ethics in Government Act* del 1978, ha compiti di studio e proposta, di vigilanza sul rispetto della legge e della disciplina di attuazione, di controllo delle dichiarazioni finanziarie, di consulenza nei confronti del personale e di collaborazione con il Dipartimento della Giustizia per l'attività investigativa. Il Direttore dell'OGE è nominato dal Presidente dopo la conferma da parte del Senato degli Stati Uniti ed ha un mandato di cinque anni. I dipendenti sono funzionari di carriera.

dagli enti stessi; il sistema, tipico degli ordinamenti di common law, consente flessibilità e evita l'appesantimento normativo.

Tra gli interventi successivi, è di particolare rilevanza l'*Ethics Reform Act* del 1989, che emenda l'*Ethics in Government Act* del 1978 rendendone più severa la disciplina¹⁴¹.

Le Presidenze che si sono avvicendate alla guida degli Stati Uniti hanno tutte dedicato indubbia attenzione alla cura dell'etica pubblica, attraverso interventi di rafforzamento e attualizzazione che hanno via via aggiunto gli strumenti più innovativi di lotta alla corruzione¹⁴².

Rileva in tal senso, ad esempio, l'*Open Government Directive* del 2009, che apre ulteriormente ai principi di trasparenza, partecipazione e collaborazione e stabilisce l'obbligo per tutte le amministrazioni di pubblicare tutti i dati e le informazioni in *open source*¹⁴³; in tal modo, si realizza definitivamente quel

¹⁴¹ In particolare in materia di accettazione di regali ed altre utilità da parte del personale federale, nonché in materia di uso dei beni dell'amministrazione, contenuto della dichiarazione finanziaria, pantouflage; stabilisce, inoltre, limiti al reddito che i dipendenti federali possono ricavare da attività svolte per conto di terzi ed introduce agevolazioni fiscali sulle vendite di beni imposte dalle norme in materia di conflitto di interessi.

¹⁴² Un notevole impulso è stato dato dalla presidenza di George H. Bush, cui è seguito un appannamento del ruolo e del peso dell'OGE sotto la Presidenza Clinton, e poi, una ripresa da parte del Presidente George W. Bush che ha approvato numerosi documenti e strumenti normativi atti a favorire il cosiddetto percorso di "cultural revolution". Il tema è divenuto uno dei pilastri principali del confronto elettorale successivo tra John McCain e Barack Obama. Quest'ultimo ha peraltro voluto che nella costituzione della *Presidential Transition Team* ci fosse una perfetta aderenza ai principi dell'etica pubblica, in modo da selezionare i candidati della sua amministrazione secondo detti principi. Obama ha inoltre emesso l'Executive Order n. 13490 del 21 gennaio 2009 avente ad oggetto "*Ethics Commitments by Executive Branch Personnel*" ed un memorandum "*Transparency and Open Government*" rivolto ai dipartimenti dell'esecutivo e alle agenzie governative. In entrambi vi è un rafforzamento dei poteri e delle responsabilità del direttore dell'OGE, che è chiamato a tenere il Presidente e i suoi primi collaboratori costantemente aggiornati sulle dinamiche interne alla Federazione e nei singoli Stati.

¹⁴³ Nella *Open Government Directive* si stabilisce che, "fin dove possibile e sottostando alle sole restrizioni valide, le agenzie devono pubblicare le informazioni online utilizzando un formato aperto che possa cioè essere recuperato, scaricato, indicizzato e ricercato attraverso le applicazioni di ricerca web più comunemente utilizzate. Per formato open si intende un formato indipendente rispetto alla piattaforma, leggibile dall'elaboratore e reso disponibile al pubblico senza che sia impedito il riuso dell'informazione veicolata". È stato dato seguito a tale normativa sul sito internet Data.gov, nato nel maggio del 2009, che contiene in un portale unico tutte le informazioni pubblicate dagli enti statunitensi in formato aperto, al fine di renderle disponibili ai cittadini e alle imprese, incrementando la trasparenza e il coinvolgimento di tutti gli stakeholder alla vita pubblica. I siti delle singole amministrazioni statunitensi contengono poi dati e informazioni e forniscono applicazioni, spesso sviluppate dagli stessi cittadini, che consentono la loro rielaborazione, aspetto fondamentale dell'open government. Attraverso app intuitive e di facile utilizzo i cittadini possono elaborare le informazioni e confrontare i dati delle diverse amministrazioni. È facile sapere quanto costa lo stesso bene in diverse zone del territorio o quanto spendono in determinati beni le diverse amministrazioni.

controllo non intermediato della cosa pubblica che ha costituito nel tempo il principale strumento messo in campo dai Governi federali contro la corruzione amministrativa.

Anche negli Stati Uniti, come in Italia, la corruzione si manifesta principalmente nel settore del *public procurement*. E ciò in quanto, anche oltreoceano, gli appalti pubblici rappresentano – per le forti interazioni tra pubblico e privato e per gli importi connessi¹⁴⁴ – l’attività di governo più vulnerabile alle pratiche corruttive.

Il procurement nord americano ha radici antiche, risalenti al XIX secolo ed è stato storicamente legato all’approvvigionamento di beni e servizi militari¹⁴⁵; sin da questi albori, la normativa federale ha peraltro mostrato attenzione all’etica dei soggetti coinvolti: nell’*Act concerning public contracts* del 1808 e nel *Procurement act* del 1809, si stabiliva, al fine di evitare abusi e superare le criticità presenti nella disciplina, il divieto per i membri del Congresso di trarre benefici dalle operazioni di spesa e l’obbligo di prevedere forme di competizione tra le imprese in sede di approvvigionamento da parte del Governo¹⁴⁶.

La prevenzione della corruzione è rimasta una costante nel corso della storia del diritto degli appalti pubblici sino ai giorni nostri e si è da sempre concretizzata nella predisposizione di un sistema di controlli particolarmente pervasivo. A causa della struttura federale del mercato degli appalti, caratterizzata da frammentarietà

¹⁴⁴ La spesa pubblica USA per l’acquisto di beni e servizi è la più alta al mondo: le commesse delle amministrazioni federali militari e civili ammontano in media a 400 miliardi di dollari l’anno e costituiscono uno dei principali motori dell’intera economia americana, cfr. www.usaspending.gov per i dati in dettaglio e per ulteriori approfondimenti.

¹⁴⁵ Una forma embrionale era presente già nell’America coloniale, attraverso il ricorso ad addetti che ricevevano una commissione per gli acquisti realizzati per le milizie o le altre unità amministrative, cfr. H.R. PAGE, *Public Purchasing and Materials Management*, Lexington, Massachusetts, Heath and Company, 1980. Il primo Stato a creare un ufficio responsabile degli acquisti di beni e servizi per tutti i dipartimenti e le agenzie nazionali fu l’Oklahoma, nel 1810. Sul finire del XIX secolo la maggior parte degli Stati iniziò a predisporre normative tese a garantire un *public procurement* governato a livello centrale: l’Illinois, che si dotò di strutture centrali di committenza per tutti i dipartimenti nazionali già nel 1898, la Pennsylvania (1903), il Minnesota (1911), l’Ohio (1913), la California (1916), il Maryland (1916) e la città di New York (1919), Cfr. M. Conover, *Centralized Purchasing Agencies in Statal and Local Government*, in *The American Political Science Review*, vol. 19, n. 1, 1925. A livello federale, i primi atti ufficiali relativi al *procurement* vennero approvati pochi anni dopo l’entrata in vigore della Costituzione statunitense (1° gennaio 1789) quando, nel 1792, il primo atto relativo alla committenza approvato dal Congresso autorizzava l’allora *Department of war and treasury* ad acquisire approvvigionamenti a nome degli Stati Uniti. Nel 1795 fu emanato il *Purveyor of public supplies act*, prima legislazione completa in materia di *procurement*, che divenne il fondamento giuridico per ogni acquisto realizzato dal Dipartimento della difesa.

¹⁴⁶ Cfr. K.V. THAI, *Public procurement re-examined*, in *Journal of public procurement*, vol. 1, n. 1, 2001.

e decentralizzazione¹⁴⁷, il controllo sui contratti pubblici è in parte politico ed in parte affidato a regolatori di settori¹⁴⁸.

Inoltre, la struttura amministrativa statunitense deputata al *procurement* è composta da oltre sessanta agenzie esecutive federali e molte sub-agenzie che operano per garantire il raggiungimento di mandati tra loro diversi.

Tuttavia, la normativa di riferimento, costituita dal *Federal Acquisition Regulation* (FAR) del 1984, un sistema uniforme di norme in materia di appalti che persegue l'obiettivo di fornire i migliori servizi e prodotti, mantenendo la fiducia del pubblico, favorisce una certa snellezza regolamentare: impedisce, infatti, l'emanazione da parte delle agenzie, di regolamenti interni che inutilmente ripetano le disposizioni della disciplina generale, assecondando l'approvazione solo di quelli necessari per garantire l'attuazione dei principi e delle procedure FAR all'interno delle singole agenzie¹⁴⁹.

Rilevano altresì il *Buy American Act* del 1993, lo *Small Business Act* del 1953 e il *Competition in Contracting Act* del 1984, le cui previsioni sono comunque richiamate nel FAR e che sono ispirati ai tre principi cardine del sistema, rispettivamente: privilegiare contraenti statunitensi e scoraggiare la fuoriuscita di capitali dagli Stati Uniti, con il preciso obiettivo di salvaguardare l'occupazione nazionale; favorire al massimo la partecipazione delle piccole e medie imprese; incoraggiare la competizione tra gli offerenti, al fine sia di ottenere beni di elevata

¹⁴⁷ La suddivisione del territorio federale in 50 Stati diversi comporta una molteplicità delle procedure di assegnazione delle commesse d'appalto e i contratti assegnati dalle autorità locali – stati, contee e città – sono soggetti a regolamenti propri e diversificati. Per un excursus, K.V. THAI, D.A. DRABKIN, *US federal government procurement*, in L. KNIGHT *et al.*, *Public Procurement. International Cases and Commentary*, Routledge, 2007.

¹⁴⁸ Tra i regolatori, l'*Office of management and budget* (OMB), che approva a livello federale i programmi di *procurement* e i relativi livelli di finanziamento, e sviluppa le linee di indirizzo dei processi di approvvigionamento; il Federal acquisition regulatory council (FARC), che svolge attività di direzione e coordinamento non solo degli indirizzi di policy, ma anche degli atti normativi e regolamentari relativi al sistema degli appalti del governo. Inoltre, l'attività di tale struttura è influenzata dall'intervento di ulteriori attori istituzionali, appartenenti al potere esecutivo, legislativo e giudiziario (quest'ultimo per via del sistema di common law, in cui le dispute contrattuali diventano una rilevante fonte di regolazione federale del procurement). Il potere legislativo, di cui è titolare segnatamente il Congresso, esercita un'influenza determinante sul sistema federale di approvvigionamento attraverso, in primo luogo, l'adozione di disposizioni legislative relative alle procedure di acquisto e alle approvazioni dei relativi budget, approvando annualmente leggi di autorizzazione allo stanziamento economico finanziario, che fissano le linee guida alle quali le agenzie federali devono attenersi nelle proprie gare d'appalto. Inoltre, il Congresso sovrintende ai processi di procurement attraverso alcune commissioni permanenti e il *General accounting office* (GAO), il *congressional watchdog* che svolge funzioni di controllo sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di valutazione sulle politiche e i programmi federali. Il Presidente degli Stati Uniti adotta le decisioni più importanti relative alle policy (quali, ad esempio, i principi tesi a determinare se sia preferibile procedere tramite autoproduzione o outsourcing) e i programmi di procurement; nomina, altresì, i capi delle agenzie e gli alti funzionari che svolgono la funzione di controllo diretto o indiretto sui programmi degli appalti e sulla loro organizzazione. Per una descrizione del sistema nel suo complesso, cfr. K.V. Thai, *Public procurement re-examined*, cit.

¹⁴⁹ Cfr. R.C. NASH, S.L. SCHOONER, K.R. O'BRIEN-DE BAKEY, V.J. EDWARDS, *The Government Contracts Reference Book: A Comprehensive Guide to the Language of Procurement*, George Washington University Law School, Washington, D.C., 2007.

qualità, a fronte di un minor dispendio possibile di risorse, che di garantire un ricambio periodico dei fornitori, per scoraggiare eventuali comportamenti fraudolenti o collusivi tra questi ultimi e gli impiegati governativi.

Le procedure disponibili sono molteplici, in modo da potersi meglio adattare al caso concreto: offerte in busta chiusa, negoziazione, combinazioni di procedure competitive, procurement di servizi di engineering, selezioni competitive di proposte di ricerca e sviluppo, procurement presso piccole imprese, procedure instaurate dalla *General services administration*.

Per queste ultime è previsto un particolare sistema di semplificazione tramite centralizzazione, il programma c.d. *federal supply schedules* o *Gsa schedules*, che consente alle agenzie federali di avvantaggiarsi di un procedimento semplificato di approvvigionamento di beni e servizi mediante l'emissione di incarichi e ordini di consegna direttamente a imprese inserite nel catalogo predisposto dalla Gsa, senza procedere all'emissione di inviti ad offrire o richieste di proposte.

Altra forma di semplificazione, ispirata al principio di concorrenza, è il ricorso alla procedura *full and open competition after exclusion of sources*, per realizzare il c.d. *dual sourcing*, cioè la possibilità di escludere alcuni soggetti dalla procedura competitiva al fine di prendere in considerazione solamente determinati offerenti, anche se siano in possesso dei requisiti richiesti per la piena e aperta competizione. Tale procedura viene seguita in due casi: qualora le agenzie vogliano evitare che la continuità degli approvvigionamenti possa subire ricadute negative in caso di crisi o fallimento del singolo fornitore; in caso di procedure riservate alle piccole imprese o a determinate sotto-categorie di piccole imprese¹⁵⁰.

L'attenzione spiccata alle piccole imprese è un altro elemento che caratterizza gli appalti statunitensi; di ciò è emblematica l'esistenza di una agenzia dedicata, la Small Business Administration (SBA), che fornisce assistenza alle PMI in diversi settori, tra cui appunto il *public procurement*, nonché la presenza, nel FAR, di un pacchetto di previsioni dedicate alle imprese di piccole dimensioni o "svantaggiate" (i.e. detenute al 51% da un individuo svantaggiato e con un patrimonio di partenza non superiore ai 250.000 dollari).

In particolare, il FAR prevede innanzitutto una quota obbligatoria di riserva del 23% degli appalti per le PMI e del 5% per le imprese svantaggiate; tutti i contratti per l'acquisizione di beni e servizi del valore compreso tra 3.000 e 100.000 dollari sono inoltre riservati esclusivamente alle PMI (salvo ragioni di interesse pubblico) e per gli appalti di valore superiore ai 100.000 dollari, le PMI devono essere affiancate dal *Procurement Center Representative* (PCR) con funzioni di supporto e rappresentanza presso le stazioni appaltanti. È inoltre previsto per le imprese di grandi dimensioni un obbligo di subappalto alle PMI, nei contratti di valore superiore ai 500.000 dollari e per vigilare sul rispetto

¹⁵⁰ Cfr. C.R. YUKINS, *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*, George Washington University Law School, Washington, D.C., 2007.

di tale obbligo è stato istituito il *Commercial Market Representative* (CMR), che svolge inoltre attività di orientamento e formazione sul “*Subcontracting Assistance Program*”, facilitando i contatti fra le aziende e istruendo le PMI su come ottenere subappalti¹⁵¹.

Ulteriore misura permanente di supporto alle PMI è lo strumento di semplificazione normativa costituito dal *Regulatory Flexibility Act* (RFA), legge del 1980 adottata per migliorare la regolamentazione federale e delle agenzie governative, affinché queste analizzino la disponibilità di approcci regolamentari più flessibili e garantiscano che la normativa non comporti un onere economico sproporzionato per le piccole imprese e altre piccole entità¹⁵².

Tra i meccanismi più esplicitamente focalizzati al contrasto della corruzione si annovera l’obbligo per le stazioni appaltanti, sancito dal FAR di contrarre solo con soggetti di provata lealtà e affidabilità; a tal fine è necessario che le amministrazioni si dotino di sistemi di valutazione della reputazione basati sulla qualità della prestazione in precedenza eseguita, sul rapporto tra costo complessivo finale e costo iniziale stimato, sul rapporto tra tempi effettivi di esecuzione e tempi iniziali stimati nonché sul comportamento complessivo dell’appaltatore¹⁵³.

Accanto a questo, si colloca inoltre la *performance bond*, che opera nel sistema statunitense come una sorta di polizza di assicurazione che l’impresa aggiudicataria sottoscrive con un’impresa di assicurazione specializzata, la quale si impegna a completare la prestazione nei tempi e costi promessi dall’aggiudicatario e in sua vece, in caso di inadempimento di quest’ultimo. In tal modo, tutto il rischio di mancato completamento dell’opera passa dall’amministrazione al *surety*, si eliminano in radice le possibilità di corruzione – nessuna assicurazione

¹⁵¹ Per un excursus sul regime riservato alle PMI in USA, G. PIGA, G. DI PIERRO, *Small Business Act: dagli Stati Uniti al Lazio*, Unindustria, s.a. p. 8.

¹⁵² Il *Regulatory Flexibility Act* estende la protezione a tre diversi tipi di piccole entità: le piccole imprese (come definito dalla SBA); piccole organizzazioni (istituti senza scopo di lucro di proprietà e gestione indipendenti e non dominanti nel loro settore); piccole giurisdizioni governative (definite come governi di città, contee, città, comuni, villaggi, distretti scolastici e altri distretti con popolazione inferiore a 50.000). Negli anni successivi alla promulgazione del RFA, tuttavia, molti piccoli imprenditori hanno sostenuto che le agenzie troppo spesso ignorassero la legge. Tentativi periodici di revisione del RFA sono falliti fino al marzo 1996, quando lo SBREFA (Small Business Regulatory Enforcement Act) divenne legge. Questa nuova legislazione modifica la legge del 1980 ed introduce il controllo giurisdizionale sulle agenzie governative in merito al rispetto del RFA. Sul RFA, cfr. D.S. FREEDMAN, B. SINGER, F.S. SWAIN, *The Regulatory Flexibility Act: Orienting Federal Regulation to Small Business*, 93 Dickinson Law Review 439, Pennsylvania State University, 1989; K.W. HOLMAN, *The Regulatory Flexibility Act at 25: Is the Law Achieving its Goal?*, in 33 Fordham Urban Law Journal, 1119, 2006.

¹⁵³ Cfr. E. IOSSA, P. REY, *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper, n. 155, 2010.

assicurerebbe un'impresa di dubbia affidabilità assumendosene i rischi – e si riducono i tempi¹⁵⁴.

La descrizione sinora svolta di alcune delle numerose misure messe a disposizione dalla legislazione statunitense sugli appalti pubblici fornisce un quadro, necessariamente non esaustivo, di una strategia governativa complessivamente efficace, esplicitamente volta a facilitare e rendere più efficienti le procedure di selezione dei contraenti, con un occhio costante alla prevenzione della corruzione.

6. Conclusioni

La corruzione nella pubblica amministrazione, con la sua capacità di trasformarsi, nascondersi nelle innumerevoli pieghe della società e di sopravvivere ai tentativi di combatterla, è un fenomeno di grande complessità, presente, seppure in misura diversa, nei sistemi amministrativi degli stati oggetto di questa breve disamina, così come in tutte le amministrazioni del mondo.

È stato dimostrato da più parti, ad iniziare dagli studi della dottrina anglosassone fino agli approfondimenti operati dalle organizzazioni internazionali, passando attraverso le scelte dei legislatori d'Europa e d'oltreoceano, che spesso proprio la rigidità e l'eccessivo proliferare di norme, adottate nel tentativo di eliminarla, ne hanno invece favorito la perpetuazione, soprattutto in un sistema necessariamente complesso come quello che, in tutti gli ordinamenti analizzati, regola il settore degli appalti pubblici.

Il confronto con l'esperienza di Paesi che hanno da tempo saputo riconoscere la reale portata della questione, come gli Stati Uniti, o che hanno saputo organizzare un approccio regolatorio basato sulla razionalizzazione normativa, la trasparenza ed il perseguimento dell'efficienza procedurale come la Gran Bretagna e, ancora, gli Stati Uniti o che hanno puntato molto sulla competenza dei funzionari pubblici, come la Germania, mostra tuttavia che rimedi adeguati sono possibili e vanno reperiti, tra i vari percorsi esperibili, in particolare lungo la via della semplificazione, dell'etica, della professionalizzazione.

Come si è visto, per “semplificare” non è sufficiente una diminuzione quantitativa di regole e processi, quanto soprattutto perseguire il miglioramento qualitativo sia delle norme e degli oneri burocratici che dei soggetti chiamati a gestire quei processi e ad applicare quelle regole.

Per qualità delle norme deve allora intendersi, ad esempio, attenzione al ruolo che ogni legge assume nell'ordinamento, come avviene in Gran Bretagna e

¹⁵⁴ Per una descrizione del meccanismo del *performance bond* e un case study, E. KRAFT, H. PARK, D. GRANSBERG, *Performance Bond*, in Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board, 2014; L. MYERS, F. NAJAFI, *Performance Bond Benefit-Cost Analysis*, Transportation Research Record: Journal of the Transportation Research Board, 2011.

negli Stati Uniti con le descritte *Law Commission*, quindi valutazione dell'impatto di ogni nuova previsione e utilizzo degli strumenti a disposizione (come l'accorpamento, l'abrogazione, la sostituzione, la soluzione delle antinomie), con una visuale di intervento organica, sistematica, non solo sterilmente mirata a "tagliare" leggi e non solo adottata per far fronte ad emergenze.

Ma qualità significa anche, come insegnano gli esempi statunitense e tedesco, norme ben scritte, capaci di essere chiare, accessibili e facilmente reperibili, senza bisogno di ricorrere, per conoscere il diritto applicabile, ad una faticosa ricerca tra fonti plurime e senza la necessità che il legislatore intervenga più volte sul medesimo testo normativo, minando la certezza del diritto. Si pensi al recepimento minimo delle Direttive appalti operato in Germania, o alla capacità del legislatore statunitense di emanare un regolamento, il FAR, che, con i dovuti aggiornamenti, è la legislazione di riferimento da oltre trent'anni.

Miglioramento qualitativo delle procedure, poi, va inteso certamente come utilizzo degli strumenti digitali e dei mercati elettronici, nonché della centralizzazione degli acquisti (su cui ha puntato molto la Francia), ma si è altresì visto che le procedure sono più spedite e soddisfano maggiormente l'interesse pubblico nei Paesi in cui sono previsti organismi di consulenza e supporto per gli operatori economici (di nuovo gli Stati Uniti e la Germania), per indirizzarli verso la corretta partecipazione alle procedure di selezione; ovvero nei sistemi in cui si adotta il modello partecipativo e trasparente (il Regno Unito); ovvero ancora nei sistemi (primo fra tutti quello degli Stati Uniti) che fanno del coinvolgimento delle PMI una missione imprescindibile, tanto da potersi permettere di promuovere l'uso estensivo di uno strumento, il subappalto, che nel nostro Paese è considerato ad altissimo rischio corruttivo – e perciò limitato *ex lege*¹⁵⁵ – e che invece in un sistema correttamente presidiato, non è temuto e assume tutt'altro, positivo, valore.

Fondamentale risulta, inoltre, l'apporto dei soggetti che gestiscono le procedure; colpisce il modello tedesco, dove un alto grado di diffusione della cultura dell'etica tra i dipendenti pubblici va, da sempre, di pari passo con un elevato tasso di professionalizzazione delle risorse. Ciò rende ancora più evidente che per contrastare la corruzione non si tratta solo di far sì che gli amministratori non perseguano dolosamente il profitto personale, ma anche che esercitino con consapevolezza, competenza e accuratezza il loro ruolo, per ridurre al massimo il margine di patologia, anche involontaria, dei procedimenti.

¹⁵⁵ L'attuale formulazione dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 50/2016) limita al 40% la quota subappaltabile di una prestazione, ma la Corte di Giustizia, con sentenza della V sezione del 26/9/2019 n. C-63/18, è recentemente intervenuta sulla medesima previsione contenuta nel precedente Codice (D. Lgs. n. 163/0006), all'art. 71 (con il limite però al 30%), a chiarire che il limite al ricorso al subappalto, non può essere giustificato *tout court* "alla luce delle particolari circostanze presenti in Italia, dove il subappalto ha da sempre costituito uno degli strumenti di attuazione di intenti criminosi", perché devono ritenersi in generale sufficienti le numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese collegate a interessi criminali. Anche la CGUE ribadisce peraltro l'importanza del subappalto per favorire la maggiore partecipazione, soprattutto delle PMI.

Se, come si è voluto qui dimostrare, la corruzione non è solo un reato penale, ma è *maladministration*, quindi piuttosto un'attitudine, un modo sbagliato e inefficiente di gestire la cosa pubblica, il descritto approccio qualitativo appare indirizzarsi al cuore del problema; d'altra parte, si è descritto come nei Paesi in cui l'apparato burocratico funziona meglio, c'è un più basso livello di percezione della corruzione, da cui discende una maggiore fiducia nelle istituzioni e dunque l'attivazione di un circolo virtuoso che passa dalla capacità di fornire servizi pubblici adeguati alla creazione di un ambiente favorevole allo sviluppo del settore privato e al conseguente impegno delle imprese ad una strategia di sviluppo condivisa con lo Stato.

L'adozione di strategie "di sistema", a lungo termine, che siano in grado di creare sinergie tra le politiche anticorruzione e le politiche di razionalizzazione e semplificazione degli appalti (e del settore pubblico in generale) si è quindi rivelata vincente e può, come si è visto, mitigare sensibilmente i rischi e condurre, con i connessi benefici politici ed economici, ad una gestione della spesa pubblica più stabile, integra, efficiente, efficace, e, quindi, affidabile.

LA DISCIPLINA DEGLI APPALTI E LA SEMPLIFICAZIONE DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI NELLE ULTIME RIFORME

Francesco De Peppo

1. Direttive comunitarie e normativa nazionale di recepimento: le specificità italiane – 1.1. Quadro evolutivo delle direttive – 1.2. Il ruolo delle stazioni appaltanti nelle direttive europee – 1.3. Il recepimento delle direttive in Italia – 2. La complessità normativa del Codice del 2016: gli obiettivi di qualità e il ruolo dell'ANAC – 2.1. Gli obiettivi di qualità e le spinte conservative – 2.1.1. (segue) Le sfide mancate – 2.2. Il ruolo dell'ANAC come soggetto regolatore – 3. Le prospettive di riforma e il ruolo delle stazioni appaltanti

1. Direttive comunitarie e normativa nazionale di recepimento: le specificità italiane

1.1. Quadro evolutivo delle direttive

È noto come, da oltre un quarantennio, il settore della contrattualistica pubblica sia oggetto di regolazione a livello europeo; le direttive comunitarie succedutesi nel tempo¹, nell'ottica dell'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, hanno progressivamente introdotto un quadro regolamentare comune della materia, contribuendo in modo decisivo alla realizzazione di uno spazio concorrenziale aperto alla partecipazione delle imprese europee, indipendentemente dallo Stato di insediamento. La Comunità europea prima e l'Unione europea poi, hanno, infatti, da tempo puntato l'attenzione sul mercato dei contratti pubblici, al fine di favorire le politiche di coesione tra gli Stati membri nonché lo sviluppo economico attraverso la creazione di uno spazio concorrenziale il più esteso possibile fondato su regole procedurali armonizzate.

Nell'ambito del percorso evolutivo seguito dal legislatore europeo, le direttive, senza tralasciare l'obiettivo primario dello sviluppo del mercato interno dei contratti pubblici, hanno progressivamente ampliato la propria sfera di attenzione ad interessi via via più complessi. La previsione di procedure trasparenti, non discriminatorie e volte alla massima partecipazione, nelle direttive di prima generazione² aveva come obiettivo finale, in via del tutto prevalente, la creazione dei presupposti per un mercato interno più aperto agli stimoli concorrenziali, attraverso la creazione di un *common level playing field* volto all'armonizzazione delle diverse discipline nazionali³, caratterizzate, sino a quel momento, da logiche, principi e specificità proprie, e a favorire l'integrazione del mercato, anche nel settore dei contratti pubblici⁴.

¹ Per una breve evoluzione della legislazione precedente alla legge n. 104/94 ("legge Merloni") si veda P. BONACCI, *Il riordino normativo nel settore delle opere pubbliche*, Bollettino di informazioni costituzionali e parlamentari – 1995, n. 1-3, p. 253-269.

² Il riferimento è, particolare, alle direttive: 71/305/CEE in tema di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici di importo superiore al miliardo di lire; 72/277/CEE in tema di modalità e condizioni di pubblicazione nella gazzetta ufficiale delle comunità europee; 77/62/CEE e 80/767/CEE in tema di appalti pubblici di forniture.

³ La promozione della concorrenza e del libero mercato di derivazione comunitaria non apparve peraltro di sé distante rispetto all'impostazione seguita nell'ordinamento interno. Anche nella normativa nazionale, infatti, la concorrenza e competizione degli operatori economici rappresentava una costante nella disciplina di aggiudicazione degli appalti. In tale contesto, tuttavia, il confronto competitivo fra gli operatori economici risultava funzionale ad assicurare la minore o migliore spesa del denaro pubblico, nel rispetto quindi, dei principi e regole proprie della contabilità pubblica. Cfr. F. CARINGELLA – M. GIUSTINIANI, *Manuale dei contratti pubblici*, II. Ed., Dike editore, 2015, p. 25.

⁴ Identiche politiche sono state seguite dall'UE anche in altri campi, come quello bancario, finanziario, assicurativo etc.

La dimensione pro-concorrenziale descritta, che ha costituito il *leit motiv* anche delle ulteriori direttive susseguitesi a partire dagli anni settanta, ha subito un radicale cambiamento di prospettiva, a fronte del sensibile ampliamento del paniere di interessi perseguibili per mezzo della procedura di spesa. Anziché essere un mero mezzo di promozione del confronto competitivo, la procedura di gara è divenuta, infatti, ben presto, strumento per la realizzazione di interessi sensibili terzi rispetto a quello del mercato comune. Il riferimento, è, ad esempio, ai valori ambientali o sociali, i quali, attraverso singole e puntuali disposizioni, sono stati prepotentemente innestati nelle procedure di gara, orientando conseguentemente il rapporto della domanda e offerta del mercato dei contratti pubblici nel segno di una rinnovata sensibilità politica.

L'evoluzione descritta riflette plasticamente il ruolo "strategico" nel tempo assunto dalle procedure di gara, le quali, infatti, complice l'elevata mole di capitali per mezzo di esse investiti, rappresentano strumenti capaci di influenzare le scelte degli operatori economici che interagiscono nel mercato, nella direzione del perseguimento di interessi di volta in volta concepiti come pregnanti.

Il carattere strategico delle procedure poc' anzi descritto trova un puntuale ed espresso riscontro, fra le diverse fonti, nel Libro Verde della Commissione del 27.1.2011, che, come noto, ha posto le basi e individuato le linee guida ispiratrici delle attuali direttive, nn. 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, in tema di concessioni, appalti e settori speciali, pubblicate sulla GUUE del 28.3.2014.

In particolare, in tale documento, le procedure di gara sono espressamente concepite come mezzo per il perseguimento della strategia *Europa 2020* ovvero come mezzo idoneo a favorire l'innovazione, il rispetto dell'ambiente, l'occupazione nonché la tutela delle categorie più svantaggiate, rappresentando quindi vere e proprie leve per la crescita economica e per un più efficiente impiego delle risorse pubbliche⁵.

La dimensione meramente programmatica del Libro Verde ha trovato un più puntuale sviluppo attraverso le nuove direttive del 2014, le quali, complice l'inedita complessità contenutistica che le caratterizzano, rappresentano una tappa significativa del descritto processo evolutivo della disciplina europea in tema di contratti pubblici⁶.

Le direttive del 2014 si presentano infatti come testi normativi articolati, i quali, nel confermare alcune misure già sperimentate in ambito europeo, introducono innovativi elementi di discontinuità, incasellati in un sistema di procedure marcatamente flessibili, capaci di adattarsi alle singole esigenze

⁵ Cfr. Libro verde del 27.1.2011, p. 36.

⁶ Le direttive del 2014 abrogano le precedenti 2004/18/CE e 2004/17/CE disciplinando, per la prima volta, la materia delle concessioni.

che le amministrazioni, nell'alveo della propria discrezionalità, intendono perseguire.

In estrema sintesi, nel disegno finalistico delle direttive europee, l'attivazione del mercato e la sua integrità (attraverso la richiesta di requisiti morali per gli operatori) nonché la promozione della concorrenza sembrano costituire interessi intermedi, mentre gli interessi finali (espliciti) riguardano la promozione dell'innovazione e dello sviluppo economico, la tutela ambientale, la tutela sociale e dei lavoratori.

La promozione dell'innovazione rappresenta probabilmente uno degli aspetti di maggior rilievo delle nuove direttive, che si pongono invero nel solco già tracciato dalla strategia Europa 2020. In perfetta linea di continuità con quanto ivi indicato anche le nuove direttive prescrivono che *“la ricerca e l'innovazione, comprese l'ecoinnovazione e l'innovazione sociale, sono uno dei principali motori della crescita futura e sono state poste al centro della strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva. Le autorità pubbliche dovrebbero utilizzare gli appalti pubblici strategicamente nel miglior modo possibile per stimolare l'innovazione”*⁷.

Fra gli strumenti che meglio catalizzano il presente obiettivo rileva, in particolare, l'innovativo istituto del *partenariato per l'innovazione*, che costituisce una procedura complessa idonea a consentire, attraverso l'apporto cognitivo della controparte privata in fase di gara, lo sviluppo di beni, servizi e lavori non immediatamente disponibili sul mercato. In altri termini, attraverso questa procedura, il legislatore europeo introduce un mezzo di promozione dell'innovazione e della ricerca al fine di intercettare le mutevoli e complesse esigenze cui le amministrazioni, nell'esercizio delle proprie funzioni, sono chiamate a far fronte⁸.

La propensione verso l'utilizzo di soluzioni innovative dal punto di vista tecnico, procede parallelamente alla marcata attenzione, riservata nelle direttive europee, alla materia ambientale, la quale, sempre più prepotentemente, impone la ricerca di un modello di sviluppo sostenibile, in linea con quanto previsto dall'art. 3, c. 3, del T.U.E.

In particolare, l'attenzione alla tematica ambientale costituisce un elemento trasversale all'architettura delle direttive trovando, infatti, la medesima espressione in ciascuna delle diverse fasi nelle quali la procedura di gara si articola.

Più che introdurre procedure *ad hoc* dirette a conferire adeguato riverbero alla tematica ambientale, il legislatore europeo ha infatti previsto la possibilità

⁷ Cfr. cons. 47, direttiva 24/2014/UE.

⁸ Rientra altresì nel quadro della promozione dell'innovazione l'uso delle tecnologie digitali che parimenti, concepiti come strumenti di semplificazione procedimentale, vengono in rilievo, a più riprese nelle diverse fasi della procedura. Il riferimento, è, ad esempio, all'art. 22 (regole applicabili alle comunicazioni), art. 33 (Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati) art. 59 (DGUE).

di attribuire un peso alla variabile ambientale in ciascuno dei diversi segmenti della procedura, consentendo in tal modo di valorizzare l'operatore economico che risulti in grado di offrire, anche a scapito della componente economica, la prestazione contrattuale maggiormente compatibile con le diverse istanze ambientali di volta in volta rappresentate dalle amministrazioni aggiudicatrici.

Il nuovo approccio al *green public procurement* trova ulteriore conferma nell'innovativa nozione di *life-cycle costing*, cui le amministrazioni dovrebbero far riferimento ai fini della selezione del contraente⁹.

Più nello specifico, per *life-cycle costing* si intende il costo complessivo di un bene, servizio o lavoro comprensivo non solo degli oneri legati alla fase prodromica di realizzazione dello stesso, ma anche di quelli collegati alla successiva fase di utilizzo, anche sotto il profilo dei costi energetici, di manutenzione e smaltimento. Attraverso l'utilizzo di tale innovativo criterio di valutazione, le amministrazioni, nella scelta del contraente, possono conferire maggior peso all'offerta in grado di contenere le possibili esternalità ambientali connesse all'esecuzione delle prestazioni, valorizzando quindi, più che l'immediata convenienza economica della medesima, la complessiva sostenibilità ambientale in ottica di lungo periodo.

Considerazioni analoghe a quelle svolte valgono altresì per l'attenzione riservata alle tematiche sociali e di lavoro, in relazione alle quali appare più marcata la continuità rispetto al previgente quadro normativo¹⁰.

Il riferimento, in particolare, è all'appalto riservato di cui all'art. 20 della direttiva 2014/24/UE, ovvero all'appalto che le amministrazioni aggiudicatrici riservano agli operatori economici che assumono nel proprio organico categorie protette di lavoratori, al fine di favorirne l'integrazione sociale e professionale. Anche in tale caso, ciò che rileva è l'impiego strategico dell'appalto, utilizzato al fine di compendiare interessi apparentemente antitetici, quali la selezione del miglior contraente e la tutela di categorie più svantaggiate di lavoratori, secondo un approccio solidaristico che tempera la rigida logica utilitaristica del mercato.

Ciascuno dei profili poc'anzi descritti può peraltro trovare un immediato rilievo, in sede di selezione del contraente, come profilo premiale dell'offerta, da considerare quindi dirimente ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto.

Nel quadro delle nuove direttive, infatti, rileva una spiccata valorizzazione di forme dinamiche di valutazione dell'offerta, le quali, anziché focalizzarsi sui profili meramente economici della stessa, spingono invero verso la valutazione di aspetti più marcatamente qualitativi, di carattere ambientale o sociale, che

⁹ Cfr. cons. 96 e art. 68 direttiva 24/2010/UE.

¹⁰ Già la direttiva appalti 2004/18/CE, infatti, all'art. 19 aveva previsto la possibilità per i Paesi di riservare gli appalti a possibili categorie di operatori economici.

assicurano dunque la perfetta aderenza della prestazione resa dal concorrente con le esigenze proprie dell'amministrazione¹¹.

Altri significativi profili di novità, che si aggiungono alla rinnovata attenzione per i profili sociali e ambientali connessi all'esecuzione dell'appalto dinanzi descritti, si registrano con riferimento ai motivi di esclusione degli operatori economici dalla gara, individuati all'art. 57 della direttiva 24/2014/UE, la quale delinea una norma dal contenuto composito, frutto della combinazione di due distinti e paralleli approcci valutativi.

Da un lato, la disposizione individua, infatti, un insieme di ipotesi delittuose di per sé idonee a compromettere la partecipazione alla gara del concorrente. Il riferimento, in particolare, è alla sussistenza di condanne definitive per fattispecie caratterizzate da elevato disvalore sociale, quali corruzione, frodi, riciclaggio e partecipazione a organizzazioni criminali e terroristiche, ovvero a fattispecie di per sé idonee a compromettere la moralità del concorrente. Dall'altro lato, la norma riconosce ampia discrezionalità alle amministrazioni aggiudicatrici nella verifica della rilevanza di determinati illeciti, ancorché non definitivamente accertati, a sortire il medesimo effetto escludente. Il riferimento, in particolare, è all'ipotesi di cui al par. 2, c. 2, ovvero al mancato pagamento di imposte e tributi da parte dell'operatore economico, accertato con provvedimento privo di definitività, che potrebbe comunque determinare, in esito ad un apprezzamento discrezionale dell'amministrazione, l'esclusione dello stesso.

Il sistema valutativo concisamente descritto si caratterizza inoltre per un ulteriore profilo di flessibilità rappresentato dall'istituto delle cd. misure di *self cleaning*, di cui al par. 6. In base a tale disposizione, infatti, il legislatore europeo permette all'operatore economico che sia incorso in una delle cause di esclusione, sia essa obbligatoria che facoltativa, di adottare misure organizzative idonee a dimostrare la propria affidabilità, consentendo, conseguentemente, a dispetto della pregressa commissione dell'illecito, la propria partecipazione alla gara.

¹¹ Cfr. art. 67 direttiva 24/2010/UE. In tema di criteri di aggiudicazione occorre ricordare come le nuove direttive, superando il pregresso binomio PPB-OEPV, prevedono l'applicazione di un criterio unico di selezione individuato nell'offerta economicamente più vantaggiosa. In particolare, il suddetto criterio può a sua volta far leva, ai fini della valutazione delle offerte, sulla base del prezzo o del costo potendo altresì includere il miglior rapporto qualità/prezzo, valutato sulla base di criteri, quali gli aspetti qualitativi, ambientali e/o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto pubblico. Ancorché le suddette soluzioni siano in Cfr. cons. 96 e art. 68 direttiva 24/2010/UE. Già la direttiva appalti 2004/18/CE, infatti, all'art. 19 aveva previsto la possibilità per i Paesi di riservare gli appalti a possibili categorie di operatori economici. Cfr. art. 67 direttiva astratto parimenti percorribili è pur vero che, in base all'art. 67 della direttiva 24/2014/UE, gli Stati membri possono inoltre limitare la possibilità delle amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare il prezzo o il costo come unico criterio di aggiudicazione anche solo con riferimento a determinate categorie di amministrazioni aggiudicatrici o a determinati tipi di appalto.

La valorizzazione di strumenti dinamici di valutazione delle offerte, per un verso, e la presenza di ampi margini di discrezionalità in sede di ammissione alla gara degli operatori economici, per altro verso, confermano la logica che permea il sistema normativo europeo, teso invero a valorizzare e non a comprimere gli spazi di discrezionalità delle amministrazioni aggiudicatrici.

1.2. Il ruolo delle stazioni appaltanti nelle direttive europee

Le nuove direttive, in maniera più marcata rispetto al previgente quadro positivo, individuano, non solo, un più ampio insieme di interessi realizzabili attraverso le procedure di appalto ma delineano altresì un più complesso quadro di strumenti, strutturalmente flessibili, a disposizione delle amministrazioni.

Il legislatore sovranazionale, a fronte della complessità della materia e della varietà degli interessi che le Amministrazioni sono chiamate a soddisfare, ha innovativamente optato per la promozione del binomio flessibilità-discrezionalità, concepito come strumento che consente alle amministrazioni di “confezionare” la singola procedura in piena aderenza con le specifiche esigenze che esse intendono perseguire¹².

Tale flessibilità presuppone peraltro un’elevata competenza delle stazioni appaltanti, le quali solo ove munite delle necessarie professionalità interne possono essere in grado di garantire l’ottimale impiego degli innovativi mezzi predisposti dalle direttive¹³.

A fronte dunque di una materia fisiologicamente complessa, in quanto crocevia di interessi eterogenei, la strategia individuata dal legislatore comunitario per la concreta realizzazione delle scelte di investimento delle ingenti risorse destinate al mercato dei contratti pubblici si fonda sulla valorizzazione delle competenze e delle professionalità delle stazioni appaltanti, concepite, quindi, come soggetti attuatori delle politiche di settore. Cruciale, dunque, risulta in questo quadro l’affidamento del legislatore sulla capacità delle stazioni appaltanti di esercitare in modo appropriato la discrezionalità loro attribuita, che, peraltro, si contraddistingue per l’ampiezza degli ambiti, considerata la pluralità di strumenti utilizzabili – alcuni anche particolarmente flessibili e aperti al dialogo con gli operatori di mercato – e la valorizzazione delle componenti qualitative dell’offerta quale elemento principale da prendere in considerazione ai fini dell’aggiudicazione¹⁴.

¹² Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giornale del Diritto Amministrativo*, 2015, 3, pp. 332-333.

¹³ Sul punto, si consideri il favor espresso dalle direttive nel verso di mezzi di professionalizzazione della committenza pubblica, fra i quali, rileva, ad esempio, l’aggregazione e centralizzazione della stessa (cfr. cons. 69).

¹⁴ Cfr. artt. 67 e ss. della Direttiva.

Si noti, inoltre, come l'assegnazione da parte del legislatore comunitario di un ruolo centrale alla discrezionalità delle amministrazioni sia diretto, senza l'intermediazione di scelte di recepimento da parte degli Stati membri. È emblematica in questo senso la disciplina delle procedure previste dalla direttiva 24/2014, in base alla quale tutte le modalità di scelta del contraente – ivi incluse quelle più innovative¹⁵ e che disegnano un quadro di scelte discrezionali particolarmente ampio – sono state concepite come direttamente disponibili da parte delle amministrazioni e, quindi, “a recepimento vincolato” per gli Stati membri¹⁶, la cui facoltà di effettuare una scelta in sede di recepimento è stata limitata unicamente alla procedura negoziata senza previa pubblicazione¹⁷ di bando. Si è pertanto deciso di rimettere alla scelta nazionale la possibilità di derogare all'evidenza pubblica, ovviamente solo nelle ipotesi eccezionali previste dalla stessa normativa comunitaria; ciò in controtendenza rispetto a quanto avvenuto con la direttiva precedente (n. 2004/18/CE), in cui tutte le procedure (allora) più innovative (accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione e dialogo competitivo) erano rimesse alle scelte discrezionali di recepimento degli Stati membri¹⁸, mentre quelle più tradizionali – comprese le procedure negoziate con o senza pubblicazione di un bando – erano a recepimento obbligatorio.

1.3. Il recepimento delle direttive in Italia

Sotto un profilo generale, si può osservare che tradizionalmente, dagli anni '90 in poi, la normativa nazionale non si è limitata a recepire le previsioni comunitarie, ma le stesse sono state generalmente introdotte all'interno di un *corpus* normativo molto più complesso e articolato.

In primo luogo, l'ambito applicativo della disciplina nazionale, contrariamente a quella comunitaria, risulta estendersi “orizzontalmente”, oltre la fase della scelta del contraente: se quest'ultima infatti risulta il perno

¹⁵ Si fa riferimento in particolare alla procedura competitiva con negoziazione, al dialogo competitivo, al partenariato per l'innovazione e agli accordi quadro; ulteriori ambiti di scelta riguardano la possibilità di avviare consultazioni preliminari di mercato, così come ricorrere al modulo organizzativo dell'in house providing.

¹⁶ Cfr. il disposto dell'art. 26 della Direttiva 24/2014 che prescrive che “... gli Stati membri prevedono la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare ...” le varie procedure disciplinate dagli articoli seguenti. In merito al cambio descritto di prospettiva si pensi ad esempio alla procedura del dialogo competitivo, originariamente inteso come istituto dispositivo, in base all'art. 29 della direttiva 2004/18/UE per acquisire invece carattere vincolante in base all'art. 30 della direttiva 2014/24/UE.

¹⁷ Si veda in proposito l'art. 32 della Direttiva che, in materia di procedura negoziata, stabilisce che “... gli Stati membri possono prevedere...”, con ciò chiaramente intendendo circoscrivere unicamente a tale procedura la facoltà discrezionale di recepimento.

¹⁸ Infatti il d.lgs. n. 163/2006 di recepimento, proprio in virtù del regime non vincolato della direttiva, aveva potuto disciplinare i tre istituti più innovativi limitandone l'utilizzo specie con riferimento agli ambiti di applicazione (cfr. ad es. gli accordi quadro limitati, nei lavori, alle sole manutenzioni).

della disciplina comunitaria¹⁹, le norme domestiche abbracciano l'intero iter di spesa, dalla programmazione, alla progettazione, alla fase dell'affidamento e all'esecuzione dei contratti. Sono tradizionalmente oggetto della disciplina nazionale, inoltre, gli attori dei procedimenti di spesa (le amministrazioni committenti, gli operatori privati e l'Autorità di vigilanza del settore) e gli specifici ruoli delineati all'interno degli stessi (RUP, DL, etc), i sistemi di qualificazione, le specifiche norme concernenti le impugnative giurisdizionali relative ai contratti pubblici²⁰.

La normativa nazionale, inoltre, si caratterizza per l'esistenza di un doppio livello di regolamentazione: accanto alla disciplina primaria di recepimento delle direttive, vi sono sempre state norme regolamentari di dettaglio concernenti tutte le fasi delle procedure, con una varietà di modelli corrispondente all'evoluzione dell'assetto e della struttura delle fonti secondarie nel nostro ordinamento.

Negli anni '90, in vigore della legge "Merloni", esistevano più strumenti regolamentari caratterizzati da diversa natura²¹; con il Codice del 2006 si è invece passati ad un corposo regolamento unitario di attuazione, più volte modificato in connessione con le numerose variazioni della disciplina primaria. Da ultimo il Codice del 2016 si è caratterizzato per un ulteriore modello, connotato per un verso dalla maggiore estensione della disciplina primaria – comprensiva di una parte di disciplina in precedenza affidata a fonti di rango inferiore – e, per altro verso, dalla previsione di numerosi

¹⁹ L'oggetto della regolamentazione comunitaria ha riguardato essenzialmente la fase di scelta del contraente e di aggiudicazione dei contratti, dove l'esigenza di regole comuni è maggiormente evidente. Solo con l'ultima generazione di direttive del 2014, sono rinvenibili previsioni relative alla esecuzione dei contratti, ma sempre come proiezione dei principi che presiedono alla fase di aggiudicazione e, in particolare, all'esigenza di non vanificare, attraverso modifiche arbitrarie dell'oggetto dei contratti, la *par condicio* tra i concorrenti. I principi comunitari hanno infatti una valenza generale ed espansiva (cfr. ad esempio la loro espressa previsione di applicazione ai contratti attivi e/o a quelli esclusi dalle direttive) anche per le altre fasi del processo di spesa, in primo luogo perché gli stessi sono espressione di principi tipici della legislazione comunitaria (si pensi ai principi di proporzionalità, non aggravamento, ragionevolezza, trasparenza, etc) di rango superiore alle leggi ordinarie; in secondo luogo gli atti prodromici (programmazione e la progettazione delle iniziative) e successivi (esecuzione dei contratti) non possono vanificare o sminuire l'applicazione dei principi stessi.

²⁰ La normativa nazionale si è presentata, fino al d.lgs. n. 163/2006 e alle sue successive modifiche e integrazioni, a "geometria variabile", dove per i lavori, risultava massima la regolamentazione delle fasi e degli altri aspetti sopra indicati, mentre per i servizi e le forniture le norme, ricalcando il modello comunitario, avevano ad oggetto essenzialmente la fase dell'affidamento. Nel corso del decennio di vigenza dell'abrogato Codice del 2006 la struttura normativa dei lavori, come noto, è stata estesa agli altri settori e tale modello è stato poi confermato e consolidato nel Codice del 2016 che nelle intenzioni del legislatore si pone espressamente l'obiettivo di stabilire una disciplina unitaria all'interno dei settori ordinari.

²¹ Accanto al dPR n. 554/99 (Regolamento attuazione e delegificazione) esistevano altri tre strumenti normativi per i soli lavori; per servizi e forniture, accanto al D.Lgs. n. 358/92, vi era anche un regolamento per gli affidamenti in economia (dPR n. 573/94).

atti di attuazione o di integrazione cd. “di secondo livello”, imperniato sul sistema delle Linee guida (il Codice prevede circa 56 atti di varia natura, la cui adozione è demandata a diverse Autorità); tali atti risultano ad oggi adottati solo in parte.

Come noto, viste le difficoltà riscontrate in questi primi tre anni di vita del Codice soprattutto in termini di coordinamento e coerenza interna, questo sistema “multifonte” è stato superato con il decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55 (cd. “Sblocca cantieri”), che ha disposto il ritorno al modello del Regolamento unico; ad oggi è stata adottata una prima versione, da sottoporre al successivo iter per l’approvazione²².

Oltre che per l’estensione “orizzontale” (riferita, come si è detto, agli “oggetti” compresi nella disciplina), il corpus normativo nazionale si caratterizza rispetto al modello comunitario anche per la dimensione “verticale”, ovvero la profondità di dettaglio e l’arricchimento degli istituti previsti. È questo forse l’aspetto più indicativo della *policy* regolamentare nazionale che sin dagli anni ’90 si è preoccupata di definire minuziosamente gli iter procedurali²³, “aggravando” l’assetto dei controlli sugli operatori economici e limitando in modo significativo l’ampiezza della discrezionalità invece riconosciuta a livello comunitario.

L’elevato livello di dettaglio della disciplina nazionale trova storicamente la propria ragion d’essere nella volontà del legislatore di mantenere integra l’Amministrazione da manifestazioni corruttive e dalle infiltrazioni della criminalità organizzata. Il settore dei contratti pubblici è risultato infatti storicamente più esposto a tali fenomeni e la risposta normativa è stata sinora orientata, dal lato dei committenti pubblici, alla minuziosa prescrizione dei processi e alla riduzione degli spazi di discrezionalità (ove possibile), mentre dal lato degli operatori economici sono richiesti controlli formali sull’assenza di cause di esclusione più estesi di quelli previsti dalle direttive²⁴.

²² L’iter di approvazione, ai sensi dell’articolo 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, prevede la proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell’economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano (cfr. art. 216, comma 27-octies del Codice, come modificato dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito in legge 14 giugno 2019, n. 55 (cd. “Sblocca cantieri”).

²³ L’analisi delle disposizioni della Legge Merloni, ad esempio, evidenziava un “modello” di appalto di lavori definito nella sequenza i) progettazione interna sui tre livelli richiesti, ii) affidamento al prezzo più basso con ribasso “a corpo”, iii) esecuzione rimessa a figure interne.

²⁴ Le cause di esclusione definite all’art 80 del Codice del 2016 risultano più estese di quelle previste dall’art 57 della Direttiva 24/2014 in particolare per ciò che concerne le misure previste dal d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia), la commissione di illeciti derivanti dalla mandata osservanza delle norme antinfortunistiche, la mancata denuncia di estorsioni, etc.

2. *La complessità normativa del Codice del 2016: gli obiettivi di qualità e il ruolo dell'ANAC*

2.1. *Gli obiettivi di qualità e le spinte conservative*

Anche il Codice del 2016, penalizzato nella sua stesura dall'allungamento dei tempi parlamentari di approvazione della legge delega di recepimento, ha sostanzialmente raccolto la tradizionale impostazione nazionale, pur ponendosi, parallelamente, ambiziosi obiettivi di riforma del mercato.

Quanto al primo aspetto, appare confermata la “dimensione orizzontale” della normativa sul processo di spesa, anche se, per quanto riguarda la fase di esecuzione del contratto, sono state introdotte disposizioni di recepimento di previsioni che, innovativamente, la stessa direttiva ha dettato in materia²⁵.

Più complessa è risultata la scelta relativa alla normativa secondaria che da oltre venti anni ha sempre accompagnato quella primaria di recepimento. Come già ricordato, la scelta del Legislatore del 2016 è stata quella di inglobare nel Codice una serie di disposizioni in precedenza stabilite dal Regolamento e di rinviare ad una pluralità di fonti eterogenee la fissazione di Linee guida o regolamenti attuativi aventi solo in alcuni casi natura vincolante²⁶. A distanza di tre anni dall'adozione del Codice, tuttavia, il sistema predetto è stato, come anticipato, rivisto dal Legislatore con il D.l. n. 32/2019 che ha previsto il ritorno al sistema del “Regolamento unico”²⁷.

²⁵ Cfr. il Capo IV della Direttiva 24/2014.

²⁶ Sul punto è bene rinviare all'analisi contenuta, con riferimento a questo specifico aspetto, nel Parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo (Cons. St., parere del 1 aprile 2016, n. 855).

²⁷ Sul punto, giova peraltro rilevare, come il Regolamento unico non determinerà, una volta adottato, il completo superamento del sistema delle Linee guida. In base, infatti, a quanto stabilito dall'art. 216, c. 27-*octies*, del Codice, le materie di intervento del nuovo Regolamento sono individuate, in particolare, in: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. Rimangono quindi estranee all'oggetto del Regolamento materie non espressamente previste dalla norma indicata, quali, ad esempio, quella degli illeciti professionali, di cui all'art. 80. C. 13. In ogni caso, a dispetto di quanto detto, l'art. 216, c. 27-*octies*, ultimo periodo, quale norma di chiusura del sistema, prevede comunque, che, a decorrere dalla data di entrata in vigore del Regolamento, cesseranno di avere efficacia, non solo le linee guida direttamente sostituite, quanto anche quelle che risultino comunque in contrasto con le disposizioni del Regolamento medesimo. È evidente che tale ultima precisazione, determinando comunque un intervento dell'interprete nell'individuazione delle antinomie non potrà che costituire (almeno allo stato della formulazione normativa) un ulteriore fattore di incertezza.

Il (futuro) Regolamento andrà ad aggiungersi al Codice che, come detto, ingloba esso stesso parte delle precedenti disposizioni regolamentari. È evidente quindi come le sovrapposizioni normative nate da scelte legislative disallineate nel tempo, oltre a dare luogo ad un complesso di disposizioni ben più esteso rispetto all'assetto del Codice del 2006 – e ciò nonostante il divieto di *gold plating*²⁸ – rischino di tradursi un significativo pregiudizio per la coerenza complessiva del sistema.

Quanto agli aspetti più tecnici della normazione, il Codice, dovendo recepire il complesso della normativa comunitaria, per alcuni versi ne ha sposato l'impostazione più autentica e, per altro verso, ha introdotto norme che sembrano meno coerenti con la stessa. Nella prima direzione muove la disciplina che, almeno nelle intenzioni del Legislatore del 2016, è volta a migliorare qualitativamente la domanda delle stazioni appaltanti: non solo, quindi, l'introduzione della qualificazione della committenza pubblica, ma anche la disciplina sui criteri di aggiudicazione che, con la fissazione di un tetto massimo per la rilevanza del punteggio economico²⁹, ha di fatto obbligato le amministrazioni e gli operatori privati a misurarsi nel continuo su parametri qualitativi. Per altro verso, sono state introdotte norme che mirano a limitare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e che sono conseguenza di quell'impostazione dinanzi descritta, che, in vista del contenimento dei fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici, ha storicamente limitato gli ambiti di scelta dei committenti pubblici. In questo senso sono da intendersi

²⁸ Il *gold plating* è tradizionalmente inteso come divieto per il Legislatore nazionale di introdurre livelli di regolamentazione maggiori rispetto a quelli europei di recepimento. In particolare, secondo la Commissione europea, il *gold plating*, è da intendersi come “*quella tecnica... che va al di là di quanto richiesto dalla normativa europea pur mantenendosi entro la legalità.... Se non è illegale, il gold plating è di solito presentata come una cattiva pratica, perché impone costi che avrebbero potuto essere evitati*”. La rigidità del presente principio, che mira a garantire la congruenza delle discipline nazionali con quella sovranazionale europea, risulta peraltro temperata in presenza di ragioni di pubblico interesse meritevoli di tutela, quali, ad esempio, la prevenzione della corruzione, la lotta alla mafia, la trasparenza ovvero la salvaguardia di valori ambientali e sociali. Ciò in quanto, come affermato dal Consiglio di Stato in sede consultiva, con il parere del 1 aprile 2016, n. 855, il divieto del *gold plating* va correttamente inteso “*in una prospettiva di riduzione di oneri “non necessari”, e non anche in una prospettiva di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali, in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza non possono che risultare recessive*”. Strumento alternativo rispetto a quello indicato, per il recepimento delle direttive europee, è inoltre il cd. *copy out* il quale, consiste invece, nel recepimento mero del diritto sovranazionale così come formulato a livello delle direttive. Più in generale, sulle modalità di recepimento delle direttive europee cfr. P. MANTINI, “*Nuovo codice degli appalti tra Europa, Italia e Autonomie Speciali*”, in *giustamm.*, n. 2/2016.

²⁹ Cfr. art. 95, comma 10-bis del Codice.

una serie di istituti³⁰ nei quali la discrezionalità amministrativa è fortemente compressa (se non esclusa del tutto) in funzione di un modello legale che ha come obiettivo centrale il contrasto alle infiltrazioni malavitose e la lotta alla corruzione, sacrificando in parte l'efficacia e l'efficienza dell'azione amministrativa.

Emblematica della volontà del legislatore di ridurre al massimo la discrezionalità delle stazioni appaltanti è la disciplina prevista dall'art. 77 del Codice, sull'obbligo di nominare di commissari esterni alle amministrazioni aggiudicatrici³¹. È evidente infatti la contraddittorietà insita nella disciplina nazionale che, mentre da un lato obbliga, sulla scorta del diritto comunitario, le stazioni appaltanti ad utilizzare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa quale criterio ordinario, dall'altro lato, priva le stesse amministrazioni – senza peraltro operare alcuna differenziazione in ragione della dimensione, specializzazione, capacità, o disponibilità di risorse interne – della possibilità di svolgere in proprio la funzione di scelta comparativa della proposta qualitativa del mercato che, come ricordato sopra, risulta uno degli strumenti fondamentali per attuare nel concreto le politiche perseguite dall'Unione³². La “sospensione” dell'Albo dei commissari esterni, disposta dal legislatore con la L. n. 55/2019, rappresenta una risposta

³⁰ Si guardi ad esempio, al divieto dell'appalto integrato (art 59 Codice) che – benché volto ad evitare l'abuso dello strumento in fase esecutiva con le frequenti varianti – risulta un modulo procedurale che se ben utilizzato, specie di in chiave di corretto dialogo con il mercato, può generare semplificazioni, risparmi di costi e possibili miglioramenti in fase realizzativa; l'abolizione *tout cour* dell'istituto (in modo tra l'altro repentino e senza un periodo transitorio) in luogo di una sua auspicata regolamentazione (ad es. imponendo l'utilizzo dell'OEPV o riservando lo strumento solo ad alcune stazioni appaltanti più strutturate, etc) ha di fatto inciso sulle capacità di scelta dei committenti pubblici che hanno dovuto adottare l'unico modello legale di progettazione previsto per andare a gara; come noto il divieto in parola è stato “sospeso” fino alla fine del 2020 dal decreto c.d. “Sblocca cantieri” che quindi consente nuovamente l'utilizzo “indiscriminato” dell'istituto senza alcune riflessioni sulle patologie che nel concreto si sono realizzate. Altro esempio classico di limitazione della discrezionalità riguarda la disciplina del subappalto dove, a fronte della disciplina comunitaria priva di limiti di utilizzo, nel Codice è stata riconfermata la struttura regolatoria che risale alla disciplina della L. 55/90 (art 18) che, a suo tempo, riguardava “*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale*”. Come noto, tale scelta è stata motivata nell'AIR relativo al Codice dei contratti “*al fine di non indebolire gli attuali meccanismi di contrasto ai fenomeni di infiltrazioni negli appalti da parte della criminalità organizzata e di evitare l'eccessiva frammentazione dell'esecuzione, accrescendo così il controllo sull'esecuzione stessa*”. Tale impostazione, condivisa anche dal Consiglio di Stato (cfr. parere sullo schema del Codice del 21.3.2016) è stata tuttavia oggetto di censura da parte della Corte di Giustizia Europea del 26.9.2019) che ha ritenuto contrarie al diritto comunitario le disposizioni del Codice Appalti che limitano il ricorso al subappalto a una percentuale massima in via generale e astratta. Potrebbe leggersi, semmai, tra le righe della sentenza, un'apertura ad una possibilità di limitare il subappalto autorizzando la specifica stazione appaltante a limitare essa stessa tale istituto, magari ponderando discrezionalmente. A tale scopo dovrebbe essere necessario dimostrare che siffatto divieto al subappalto risulti necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione ovvero in relazione all'oggetto del contratto o di altre circostanze oggettive.

³¹ Sul punto cfr. L. DONATO, “*Re-rinviato l'Albo dei commissari per le gare d'appalto: un passo avanti e due indietro*” Requadro – Real Estate Information Network, aprile 2019.

³² La norma peraltro ha difettato di una seria valutazione di impatto, ove si consideri che né è stato valutato correttamente il contesto di riferimento (vista la scarsità delle domande di iscrizione all'Albo pervenute all'ANAC) né gli impatti economici diretti e indiretti sulle P.P.AA.

solo parziale alle numerose criticità evidenziate dagli stakeholder e, comunque, un'occasione persa per introdurre misure più incisive, o nel senso dell'abolizione integrale del sistema dei commissari esterni, ovvero della sua razionalizzazione (ad esempio rendendolo obbligatorio solo per alcuni tipi di committenti ovvero in presenza di amministrazioni interessate da conclamate vicende di carattere corruttivo o di infiltrazioni malavitose).

2.1.1. (segue) Le sfide mancate

Al di là della disciplina dei processi di spesa, con il Codice del 2016, come si ricordava in premessa del paragrafo, il Legislatore italiano si era posto ambiziosi obiettivi di riforma del mercato dei contratti pubblici, le cui premesse erano state ampiamente illustrate nell'Analisi di impatto della regolamentazione (AIR) redatta dal Governo in occasione del recepimento della Direttive. In tale sede, nel ribadire le preoccupazioni per i rischi di corruzione e i fattori di debolezza dell'intero settore degli appalti³³, non limitati al mercato italiano³⁴, si delineavano contestualmente delle linee di riforma che riguardano i soggetti (Pubbliche amministrazioni committenti e operatori economici), gli strumenti (procedure, tecnologia e base dati) nonché l'Autorità di vigilanza e la normativa (primaria e secondaria).

Gli ambiziosi obiettivi definiti in sede di A.I.R. sono stati tuttavia largamente disattesi in fase di implementazione del Codice, il quale, infatti, a oltre quattro anni della sua approvazione, appare privo di alcune delle più innovative misure prefigurate nel 2016. In particolare, risultano, allo stato, del tutto inattuato le previsioni relative a: qualificazione delle stazioni appaltanti, qualificazione degli operatori economici, sviluppo degli strumenti procedurali innovativi, qualificazione dell'Autorità di vigilanza.

³³ Veniva in particolare riportato quanto affermato nella Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, COM (2014) 38 finale, ove nell'allegato dedicato alla situazione italiana, si poneva particolare attenzione al tema degli appalti pubblici individuato come settore particolarmente esposto al rischio di corruzione. La Relazione osservava come in Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) fosse più frequente della media: nel 2010 rappresentava infatti il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione, il che evidenziava "un fattore di rischio di condotte corrotte e fraudolente".

³⁴ I fattori di criticità erano individuati: nel rapporto costo-efficacia delle procedure di appalto subottimale; nella complessità delle norme che generava incertezza a scapito della qualità dei risultati degli appalti; nell'eccessivo rischio di contenzioso; nella proliferazione di diversi modelli nazionali di approvvigionamento, caratterizzati anche da un'enorme dispersione delle stazioni appaltanti, con scarsa formazione e professionalità e conseguente applicazione incoerente delle norme, all'origine, tra l'altro, della quantità di procedure inappropriate, dell'incapacità di valutazione delle offerte, dell'assenza di controllo e monitoraggio; negli insufficienti strumenti a livello nazionale e UE per la protezione efficiente contro eventuali violazioni della legge, conseguenza di diversità nei modelli di *governance* e nelle capacità amministrative.

La qualificazione delle stazioni appaltanti, rappresenta, indubbiamente, una fra le principali novità del D.Lgs. 50/2016³⁵: a fronte della fisiologica complessità della disciplina e dell'elevato numero delle stazioni appaltanti italiane³⁶, il legislatore, in linea con il diritto sovranazionale europeo³⁷, aveva provveduto a definire un articolato sistema basato sulla qualità delle amministrazioni pubbliche, intesa quale indefettibile presupposto per lo svolgimento delle procedure di gara³⁸.

³⁵ Sulla portata della riforma connessa con il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti cfr. i contributi di L. DONATO, L. SPERATI e E. CONTENUTO in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 80, 2016; sullo stesso tema P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze* e L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo codice dei contratti pubblici*; *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale della Banca d'Italia*, n. 83, 2018, p. 21 e ss.

³⁶ Come nota B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, in *Giornale di Diritto amministrativo*, 2016, pp. 616, il numero delle stazioni appaltanti è molto eterogeneo nell'UE ove ne operano circa 270.000 di cui quasi la metà in Francia, mentre in Inghilterra sono 5.000 e in Italia e Germania sono circa 30.000. Vari Stati membri più piccoli ne hanno in media 10.000. Più che il numero, peraltro, contano i poteri e le responsabilità attribuite a ciascuna di loro ed è senz'altro poco ragionevole e non proporzionato alle competenze che anche piccole realtà possano in teoria gestire commesse di importo elevato o aventi un oggetto complesso.

³⁷ Il diritto sovranazionale europeo, pur fornendo, già a partire dalle direttive comunitarie del 2004, una nozione unica di centrale di committenza, riconoscendone gli indubbi benefici operativi, non ha provveduto a definire originariamente una disciplina organica del fenomeno riconoscendo dunque ampia libertà di iniziativa ai Paesi membri. L'atteggiamento dell'Unione è quindi mutato con la direttiva 2014/24/UE, nella quale, invero, viene riservata una maggior attenzione alla problematica in esame. In linea con il Libro Verde, propedeutico alle direttive del 2014, il Legislatore europeo individua infatti nelle centrali di committenza uno strumento di modernizzazione del settore degli appalti del quale deve comunque essere assicurato un adeguato monitoraggio, al fine di assicurare "la trasparenza e la concorrenza e la possibilità di accesso al mercato per le PMI". La principale novità introdotta dalla direttiva del 2014 è peraltro nella previsione di due distinte forme di centrali di committenza: da un lato, rileva infatti quella finalizzata all'acquisito di beni e servizi nell'interesse di altre amministrazioni; dall'altro, viene prevista quella cd. "ausiliaria" ovvero la centrale deputata a fornire attività di supporto a ulteriori amministrazioni aggiudicatrici nell'espletamento di autonome procedure di spesa (art. 2, par. 1, nn. 14,15, direttiva 2014/24/UE) (per una più compiuta analisi del dato positivo europeo cfr. G. FIDONE, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, in *Foro amministrativo*, fasc. 11, 2014, pp. 2997-3001; sul tema cfr. V. GUERRIERI, *Quali vie per razionalizzare il sistema del public procurement? La qualificazione delle stazioni appaltanti e gli effetti sulla centralizzazione degli acquisti*, in *Federalismi.it*, fasc. 8, 2018, pp. 6-10).

³⁸ L'innovativo sistema della qualità, introdotto dal Codice del 2016, viene peraltro a intersecarsi con il più ampio tema dell'aggregazione della domanda pubblica, costituente, invero, un procedimento normativo ancora in atto, le cui radici risalgono ai primi anni 2000. Per una più diffusa analisi dell'evoluzione del processo di centralizzazione della spesa pubblica cfr. G. FIDONE, *L'aggregazione dei soggetti aggiudicatori di contratti pubblici fra ragioni di integrità, specializzazione e riduzione della spesa*, pp. 2996 e ss.; in termini analoghi cfr. B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, pp. 613 e ss.. Le ragioni sottese alla sovrapposizione fra centralizzazione e qualificazione appaiono evidenti alla luce della stretta connessione fra di essi intercorrente: la riduzione del numero delle stazioni appaltanti nasce infatti dall'esigenza di concentrare l'attività di spesa in pochi centri amministrativi altamente specializzati, capaci dunque, di offrire un'oculata gestione del procedimento di spesa, coerente con il dato positivo nonché con le diverse esigenze, perseguite in concreto. Cfr. B.G. MATTARELLA, *La centralizzazione delle committenze*, op. cit., p. 614.

In base infatti a quanto stabilito dall'art. 37 del Codice del 2016, l'attività di spesa, salvo ipotesi residuali tipicamente indicate, compete, in via esclusiva, alle amministrazioni munite di apposita qualificazione, in base ai criteri di cui all'art. 38 del Codice stesso. In particolare, la definizione dei suddetti requisiti, che riflettono specifici *standard* di qualità della committenza, è demandata a un D.P.C.M. da adottarsi, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti nonché dell'Economia e finanza, in linea con quanto previsto dalla citata disciplina primaria del Codice³⁹.

Ebbene, a distanza di oltre quattro anni dall'approvazione del Codice, il suddetto provvedimento non risulta ancora adottato, con la conseguenza che la disciplina della qualificazione del soggetto pubblico appare ad oggi un mero obiettivo "programmatico" del quale risulta del tutto incerta l'attuazione⁴⁰.

Considerazioni analoghe a quelle poc'anzi svolte possono altresì svolgersi con riferimento all'innovativo (e speculare) sistema di qualificazione degli operatori economici, di cui all'art. 83, c. 10 del Codice.

Al fine di implementare la professionalità dei soggetti coinvolti nel procedimento di spesa, il legislatore ha infatti previsto l'introduzione di un sistema di *rating* delle imprese, finalizzato a premiare il possesso di specifici requisiti reputazionali e prestazionali. In particolare, la *ratio* del suddetto istituto era quella di definire un sistema dinamico di qualificazione degli operatori economici, idoneo quindi a premiare – o penalizzare – il concorrente, in virtù della concreta esperienza maturata in corso di gara.

In disparte le condivisibili finalità descritte, anche il suddetto sistema non ha trovato una sua concreta realizzazione, finendo così per rappresentare, non dissimilmente dal sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti,

³⁹ Per una più approfondita disamina della materia cfr. P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza*, in Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale, op. cit., pp. 39 e ss.

⁴⁰ L'implementazione della presente disciplina non ha peraltro trovato seguito altresì con il d.l. 32/2019. Con tale provvedimento, infatti, il Legislatore anziché completare l'ambizioso programma intrapreso nel 2016, ha segnato un suo parziale arresto attraverso la sospensione fino al dicembre 2020 dell'applicazione dell'art. 37, c. 4, ovvero della disposizione che obbligava i comuni non capoluogo di provincia a ricorrere, ai fini dei propri acquisti, a centrali di committenza. La disposizione, in ogni caso, pur temperando il processo di aggregazione a livello locale, non sembrerebbe comunque pregiudicare la disciplina medesima della qualificazione delle stazioni appaltanti.

una disciplina del tutto inattuata (nonostante le modifiche apportate con il “Correttivo” al Codice del 2017)⁴¹.

Analoghe perplessità rilevano altresì in relazione alla mancata implementazione di innovativi strumenti di gestione delle procedure di gara, quali, ad esempio, la Banca dati nazionale degli operatori economici, di cui all’art. 81 del Codice, che nell’originario intento del Legislatore avrebbe dovuto costituire il canale esclusivo di acquisizione, da parte delle stazioni appaltanti, dei documenti comprovanti i requisiti di carattere generale e speciale degli operatori economici⁴².

Del pari andrebbero adottati i decreti previsti dagli artt. 41 e 44 del Codice: in particolare con l’adozione del DM previsto da quest’ultimo articolo, sarebbe possibile definire standard comuni di sicurezza, interoperabilità e disponibilità di dati, essenziale per sfruttare appieno il potenziale dell’e-procurement.

Infine, anche con riferimento agli obiettivi di semplificazione della normativa, rimessi dal Legislatore del 2016 al sistema della *soft law*, il ritorno al Regolamento unico previsto dalla L. 55/2019, da un lato, segna la fine di un’esperienza che non ha dato i frutti sperati⁴³, e, dall’altro lato, avvia un periodo di riforma della normativa secondaria i cui esiti sono, allo stato, del tutto incerti, sia con riferimento ai tempi di varo del nuovo regolamento⁴⁴, sia con riferimento alle auspiccate semplificazioni che dovrebbero essere introdotte.

⁴¹ Il fallimento del *rating* di impresa può connettersi ad alcuni aspetti strutturali della disciplina. Essendo stato concepito quale un requisito di partecipazione, nel corso dei dibattiti pubblici a seguito dell’emanazione delle proposte di Linee guida dell’ANAC, sono state subito messe in evidenza le difficoltà a concepirlo quale un requisito di carattere generale, in primo luogo, per le evidenti asimmetrie rispetto alla disciplina comunitaria e le disparità di trattamento tra operatori nazionali e comunitari; notevoli anche le difficoltà a farlo rientrare nel novero dei requisiti speciali, vista la necessità di riportare questi ultimi all’oggetto del contratto a fronte, invece, di un requisito di carattere generale e astratto. Proprio questo carattere di astrattezza e generalità, quindi, unitamente alla mole degli investimenti richiesti per la realizzazione di un sistema di raccolta e trattamento di un’ingente quantità di dati, così come alla mancata definizione degli ambiti di utilizzo (esteso di fatto a tutte le procedure e non – come fatto notare da più parti – solo alle procedure negoziate o alle ristrette ovvero nel caso di utilizzo della c.d. “forcella”), ha di fatto determinato l’abbandono del sistema di *rating* che, al contrario, così come emerso nei dibattiti di cui sopra, avrebbe potuto rappresentare un utile strumento purché, ad esempio, “limitato” al possesso di alcune certificazioni di Autorità (es. *rating* di legalità rilasciato dall’Antitrust) o di soggetti qualificati (certificazioni UNI, comunemente utilizzate nell’ambito delle procedure, magari finalizzate ad accertare, ad es., il possesso di sistemi anticorruzione interni o altri presidi organizzativi) e applicato solo per determinati tipi di contratti (ad es. per importi più elevati) ovvero rimesso per la sua applicazione a determinazioni dell’ANAC in presenza di situazioni specifiche.

⁴² La mancata implementazione della Banca dati degli operatori economici risulta peraltro legata, più che a ragioni di tipo tecnico, all’assenza di una volontà politica tesa a garantire la piena attuazione del dato positivo. La realizzazione del presente sistema richiedeva infatti un mero aggiornamento della già esistente AVCPass, senza quindi dover procedere ad alcuna modifica della normativa di riferimento.

⁴³ Per una ricostruzione dell’esperienza, cfr A. MASCOLINI, *Appalti&Contratti*, aprile 2019 (<http://www.appaltiecontratti.it/2019/06/27/addio-soft-law-dellanac-si-torna-al-regolamento>).

⁴⁴ Ai sensi di quanto previsto dall’art. 216, comma 27-octies, del Codice, il regolamento avrebbe dovuto essere adottato entro sei mesi dall’entrata in vigore della L. n. 55/2019 e, pertanto, entro la metà del mese di dicembre. Allo stato, l’apposita commissione istituita presso il Ministero delle Infrastrutture, ha definito una bozza di regolamento per il quale dovrebbe avviarsi l’iter di approvazione.

2.2. *Il ruolo dell'ANAC come soggetto regolatore*

Oltre ai vari processi di riforma del mercato, il Legislatore del 2016 aveva immaginato un ruolo decisivo dell'Authority preposta al settore dei contratti pubblici: la “vecchia” AVCP era stata infatti assorbita già nel 2014 dall'ANAC – con l'obiettivo tra l'altro di focalizzare l'area di intervento dell'Autorità anche nello specifico settore dei contratti pubblici, storicamente caratterizzato da un alto tasso di incidenza di fenomeni distorsivi nell'allocazione delle risorse pubbliche – alla quale il Codice dei contratti aveva originariamente affidato un ruolo ben più ampio rispetto alla soppressa Autorità di settore. In particolare, nuovi poteri regolatori si sono aggiunti ai tradizionali poteri di vigilanza (di supervisione, di autorizzazione e sanzionatori)⁴⁵.

I poteri regolatori hanno rappresentato sicuramente una novità nel panorama della disciplina del mercato dei contratti pubblici; nella versione originaria del Codice l'ANAC risultava titolare di un ruolo centrale, sia rispetto ai soggetti del mercato (stazioni appaltanti e operatori economici), sia in relazione ai poteri regolamentari diretti all'attuazione delle disposizioni primarie, che rinviavano per aspetti strategici proprio alle Linee guida dell'Autorità⁴⁶.

Con riferimento ai poteri regolamentari sui soggetti, come visto poc'anzi, i poteri conferiti sono risultati pressoché inattuati. All'interno del sistema di

⁴⁵ Il potere regolatorio dell'Autorità, il cui fondamento giuridico è individuabile nell'art. 213, c. 1 del Codice, aveva peraltro destato un vivace dibattito avente a oggetto il relativo inquadramento dogmatico. In particolare, motivo di disamina è stato la corretta collocazione, nel sistema delle fonti, delle linee guida ANAC distinte, in una complessa opera di catalogazione proposta dal Consiglio di Stato con il parere 855 del 2016, in: a) quelle adottate con decreto ministeriale; b) quelle a natura vincolante; c) quella a natura non vincolante. Mentre per le prime risultava pacifica la natura di atto normativo regolamentare, maggiori perplessità sussistevano invece in relazione alle seconde, alternativamente qualificate, in dottrina e giurisprudenza, ora come atti normativi in senso stretto ora come atti amministrativi generali delle Autorità amministrative indipendenti, seppur di “regolazione”. Al contrario, alcuna perplessità ha sollevato la terza categoria delle linee guida non vincolanti qualificate alla stregua di provvedimenti privi di portata precettiva dalle quali le amministrazioni avrebbero potuto discostarsi mediante congrua motivazione. Per una più diffusa analisi del dibattito indicato cfr. M. LIPARI, *La regolazione flessibile dei contratti pubblici e le linee guida dell'ANAC nei settori speciali*, in *GiustAmm*, 2018, 2; M. CHIARELLI, *La soft regulation e il caso delle nuove linee guida ANAC*, in *Federalismi.it*, 2019.

⁴⁶ L'adozione delle linee guida, nello specifico di quelle vincolanti, risultava peraltro costellata da un insieme di garanzie procedurali idonee a temperare quel deficit di legalità sostanziale che caratterizza la norma attributiva del potere regolatorio. Si pensi, ad esempio, al largo coinvolgimento, realizzato nella prassi, dei soggetti interessati dall'adozione delle medesime, i quali, nella fase di predisposizione delle stesse, sono stati a più riprese invitati a produrre osservazioni relative al contenuto del provvedimento finale. Sempre sul piano procedimentale, si segnalano, altresì, da un lato, la previa acquisizione, ancorché non obbligatoria, del parere di legittimità del Consiglio di Stato, nonché dall'altro, il pedissequo ricorso a strumenti di normazione quali l'AIR, finalizzati a incrementare la qualità della regolazione posta in essere (Per una più approfondita analisi dei profili procedurali cfr. Cons. St., comm. Spec., parere del 2 agosto 2016, n. 1767). Proprio la valorizzazione delle suddette garanzie rappresenta, probabilmente, uno dei profili di maggior caratterizzazione e merito delle linee guida, le quali, infatti, a dispetto delle criticità che ne hanno caratterizzato il processo di implementazione, hanno comunque rappresentato uno strumento di regolazione flessibile e partecipata aperta quindi a un continuo confronto dialogico con gli *stakeholders*.

qualificazione delle stazioni appaltanti, ferma restando la competenza governativa nell'adozione del regolamento di cui all'art 38, comma 2, del Codice – che comunque richiede un parere dell'ANAC – l'Autorità risulta infatti avere un ruolo centrale nella regolamentazione di attuazione (cfr. commi 5 e 6 dell'art 38 cit.) così come nel funzionamento dei meccanismi di selezione delle stazioni appaltanti, attraverso poteri autorizzativi e di vigilanza. Tali poteri, tuttavia, non sono mai stati esercitati in assenza di quelle scelte politiche (del tutto estranee all'ANAC) necessarie per individuare le soglie quantitative e qualitative discriminanti per la classificazione delle amministrazioni: considerata la complessità dei compiti richiesti e la quantità dei prevedibili problemi riorganizzativi delle amministrazioni, sarebbero state necessarie scelte con orizzonti temporali di medio periodo che, invece, nel corso della XVIII legislatura, almeno con riferimento alla materia dei contratti pubblici, sinora non sono state adottate⁴⁷.

Con riferimento, invece, alle Linee Guida di attuazione specificamente previste dal Codice – almeno per quelle rimesse alla esclusiva competenza dell'ANAC – l'Autorità ha in buona parte proceduto all'adozione delle relative disposizioni, via via aggiornate a seguito delle modifiche della normativa primaria. In particolare, delle quindici Linee Guida approvate dall'Autorità, otto risultano direttamente richieste dalla normativa primaria⁴⁸, mentre le altre, insieme ad altri atti (bandi tipo, raccomandazioni, etc), sono stati finalizzati a consolidare le migliori prassi e supportare l'operatività delle stazioni appaltanti.

In linea generale, gli atti emanati dall'ANAC, hanno introdotto più di una novità all'interno del quadro normativo complessivo, specie per quanto riguarda le garanzie procedurali improntate al rispetto dei principi di trasparenza e di contrasto alla corruzione⁴⁹; al contempo l'Autorità si è fatta carico dell'esigenza di fornire una linea interpretativa su aspetti controversi e/o problematici delle procedure (si pensi, ad es., alla complessa tematica degli illeciti professionali). Sotto questo profilo, l'efficacia dell'azione dell'ANAC è stata probabilmente vulnerata da un quadro normativo oggettivamente ambiguo e suscettibile di contrapposte interpretazioni.

⁴⁷ A seguito di una prima bozza del decreto previsto dall'art 38, comma 2, del Codice – fatta circolare nei primi mesi del 2018 – non è seguita alcuna altra attività.

⁴⁸ Il Codice ha richiesto all'ANAC complessivamente nove Linee guida (tra vincolanti e non); l'unica non adottata è quella relativa al rating di impresa, prevista dall'art 83, comma 10, del Codice, ove, come si è visto alla nota 39, la stessa normativa primaria sembrava eccessivamente ambiziosa e di complessa applicazione.

⁴⁹ Si considerino ad esempio, le Linee guida n. 4 in materia di affidamenti “sotto soglia”, così come le Linee guida n. 8 in tema di affidamenti ad unico operatore ove, tra l'altro, l'Autorità non ha mancato di recepire molti dei suggerimenti di semplificazione richiesti dagli operatori. Con riferimento alle LG n. 8, la loro adozione risulta direttamente collegata all'elevato ricorso (e spesso all'abuso) delle Amministrazioni italiane alle negoziate con unico operatore rispetto a quanto accade in altri Paesi UE (cfr sul punto, l'AIR redatta nel 2016 dal Governo in sede di emanazione de Codice). L'entrata in vigore delle indicazioni dell'Autorità ha sicuramente inciso significativamente nelle prassi amministrative, specie con riferimento alla consultazione preliminare di mercato volta ad accertare la presenza effettiva di altri operatori in grado di garantire l'acquisizione dei beni che si suppongono infungibili nonché alle motivazioni che devono sorreggere le scelte di affidamento in tali casi con specifico riferimento alle situazioni di “lock in”.

Il modello generale della *soft law* (che comprende quindi anche gli atti di competenza di altri Enti oltre l'ANAC) è stato tuttavia percepito generalmente dagli operatori come un (ulteriore) elemento di complicazione e frammentazione all'interno di un quadro già di per sé complesso e incerto: al di là infatti del disorientamento provocato dall'abbandono della pluriennale tradizione basata sui regolamenti unici attuativi delle disposizioni primarie, la numerosità degli atti attuativi richiesti, così come la loro diversa natura (vincolanti e non) e la sostanziale inattività della Cabina di regia di cui all'art 212 del Codice⁵⁰, uniti al non infrequente disallineamento con gli orientamenti della giurisprudenza, hanno determinato una unanime richiesta degli operatori di ritornare ad un testo unico, se non altro di più facile consultazione.

Non stupisce quindi il radicale ripensamento del sistema della *soft law* realizzato in occasione della l. 55/2019, con la quale, come anticipato, il Legislatore ha optato per il superamento delle Linee guida, attraverso l'adozione di un regolamento di esecuzione/attuazione. In base infatti a quanto previsto dall'art. 216 del Codice, il nuovo Regolamento determinerà l'inefficacia non solo delle linee guida concernenti le diverse materie specificamente indicate (e che costituiranno oggetto del Regolamento medesimo), ma anche di quelle che, pur non direttamente abrogate, risulteranno comunque in contrasto con le sopravvenute disposizioni regolamentari⁵¹. Per l'effetto, saranno dunque abrogate, fra le altre, le linee guida ANAC in materia di servizi di ingegneria, quelle in tema di RUP nonché quelle in materia di affidamenti sotto soglia⁵².

Appare indubbio comunque come il cambio di indirizzo legislativo in ordine alla *soft law* comporti, indirettamente, anche un sostanziale depotenziamento

⁵⁰ Dal sito della Cabina di regia (http://presidenza.governo.it/DAGL/cabina_regia/index.html) non si rilevano attività svolte se non una consultazione pubblica lanciata nel 2016 di cui, peraltro, non si conoscono i contenuti.

⁵¹ In base alla disposizione indicata, le materie disciplinate dal Regolamento possono essere individuate in: a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento; b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici; i) lavori riguardanti i beni culturali. In disparte l'ampio contenuto del Regolamento giova comunque precisare come lo stesso non abrogherà tutte le linee guida ANAC, alcune delle quali, seppur con la precisazione recata dall'art. 216, c. 27-*octies*, continueranno quindi a produrre i propri effetti. Si pensi, ad esempio alle linee guida in materia di illeciti professionali di cui all'art. 80, c. 13 le quali, quindi, non saranno pregiudicate dall'adozione del nuovo atto regolamentare.

⁵² Per mera informativa, si rileva come le previsioni della l. 55/2019, si sono recentemente tradotte nell'adozione, a fine novembre 2019, di una prima bozza del Regolamento unico, in linea dunque con i tempi originariamente indicati dal Legislatore. Ad una prima sommaria analisi, il nuovo Regolamento non sembra tuttavia presentare significativi elementi di discontinuità con il passato, incasellando invero, nella collaudata cornice del d.p.r. 207/2010, le diverse linee guida sopravvenute, all'indomani dell'entrata in vigore del Codice. Ad ogni modo, giova comunque ricordare come, allo stato, il procedimento di adozione del Regolamento risulta ancora in atto, sicché qualsivoglia valutazione in merito al relativo contenuto non può che risultare del tutto prematura. Sulle sorti del potere regolatorio dell'ANAC dopo la l. 55/2019 cfr Cons. St., sez. consultiva, parere del 27 dicembre 2019, n. 3235.

degli altri poteri regolatori dell'ANAC, in particolare, per ciò che concerne i poteri di regolazione del settore dei contratti pubblici, pur senza una espressa modifica dell'art. 213 del Codice, che anzi, forse in maniera contraddittoria, lascia in capo all'ANAC il generale potere regolamentare nella materia dei contratti pubblici. Anche questo mutamento nelle scelte di politica legislativa, unitamente alle mancate riforme sopra tratteggiate nelle quali l'ANAC avrebbe dovuto svolgere un ruolo centrale, contribuisce a depotenziare, nell'attuale quadro normativo e regolamentare, il ruolo dell'Autorità di settore riportando, di fatto, la stessa ad una situazione che, con riferimento all'ambito dei contratti pubblici, appare del tutto simile a quella esistente in vigore del Codice del 2006⁵³.

3. Le prospettive di riforma e il ruolo delle stazioni appaltanti

Il miglioramento della qualità del mercato dei contratti pubblici è l'obiettivo immediato delle direttive del 2014: l'ingente quantità di capitale investito dalle amministrazioni pubbliche in servizi, lavori e forniture (pari mediamente al 13% del PIL a livello UE) è suscettibile di generare riflessi significativi nella vita dei cittadini europei sul piano sociale, ambientale e di sicurezza purché gli investimenti seguano una logica di qualità che parte dal lato della domanda dei committenti pubblici e si riflette sulla risposta degli operatori economici.

È stato evidenziato come le direttive individuino nel miglioramento della domanda la leva principale su cui si intende agire per lo sviluppo del mercato nel suo complesso attraverso la messa a disposizione per le stazioni appaltanti di strumenti procedurali che presuppongono crescenti livelli di specializzazione e competenza delle amministrazioni, correlati al grado di apertura al mercato e alla competizione degli operatori sulla qualità delle proposte.

Ovviamente, la qualità della domanda non si esaurisce nella capacità della selezione dell'offerta migliore, ma deve necessariamente comprendere anche un efficiente uso delle risorse pubbliche: pertanto la qualità si esprime innanzitutto nella fluidità dei processi di programmazione e progettazione che devono portare alla scelta della procedura più adatta in relazione all'esigenza concreta, in modo tale che il contratto affidato rappresenti il massimo del vantaggio per la collettività a fronte del giusto costo da riconoscere all'operatore economico⁵⁴.

Posto che il grado di efficienza dei committenti pubblici potrebbe evidenziare anche la propensione alla qualità della domanda espressa, in termini pratici è

⁵³ Le nuove competenze attribuite all'Autorità, peraltro, non sono state accompagnate da adeguati rinforzi dell'organico e dei mezzi a disposizione.

⁵⁴ Nella logica della contrattualistica pubblica la competizione non può mai essere al prezzo più basso *tout cour* in quanto in ogni caso, anche nell'ipotesi di utilizzo del criterio del minor prezzo, la necessaria verifica di congruità dell'offerta, che deve necessariamente precedere l'aggiudicazione della procedura, è volta a verificare la presenza di un margine di guadagno dell'operatore nonché la copertura di tutti i costi connessi con una specifica commessa, in primo luogo, quelli relativi alla manodopera e ai costi per la salute e sicurezza dei lavoratori.

tuttavia complesso individuare indicatori di efficienza/inefficienza dell'attività svolta.

Un primo aspetto da porre in evidenza riguarda la preponderanza, nell'ambito del procurement pubblico, della quota di inefficienze dovute non già a comportamenti fraudolenti, quanto a imperizia/incapacità dei funzionari, all'assenza di incentivi, alla presenza di oneri normativi eccessivi⁵⁵. È esperienza comune, peraltro, come tra le due forme di maladministration – ossia quella “attiva” connotata da episodi corruttivi e quella “passiva” dovuta ad un negligente uso delle risorse pubbliche – esista un evidente nesso almeno nel senso che ove esista un'ampia fascia di procedure inefficienti è più facile che attecchiscano deviazioni corruttive.

Dato per assodato che una quota di inefficienze è presente in tutti i sistemi nazionali di procurement, una seconda considerazione riguarda la presenza di un evidente gap nella capacità allocativa delle risorse finanziarie destinate all'investimento del nostro Paese rispetto alla capacità espressa nella media dei Paesi UE. Un indicatore in tal senso può trarsi dal grado di utilizzo dei fondi strutturali UE 2014-2020, ove si evidenzia come l'Italia, nella prima metà del 2019 (quindi quasi alla fine dei sei anni di durata dei Fondi) avrebbe utilizzato meno fondi della media UE (27% dei fondi spesi a fronte di una media del 33%), con un gap che si allarga se si compara l'Italia rispetto ad altri grandi Stati europei (Germania e Francia presentano una spesa media pari al 40%)⁵⁶. Ovviamente l'inefficienza espressa dai dati non è riconducibile esclusivamente alle carenze insite nelle procedure di gara, quanto alla farraginosità del procedimento di spesa complessivamente inteso, comprensivo, dunque, delle fasi prodromiche e successive ad esse, della programmazione, progettazione ed esecuzione⁵⁷, che si innestano su aspetti più generali dell'ordinamento delle amministrazioni nazionali.

La consapevolezza in ordine alle problematiche dell'efficienza/qualità del *procurement* nazionale erano ben chiare al Legislatore del 2016 – così come forse lo erano anche da parte del Legislatore del 2006 – che pure tra “luci e

⁵⁵ Questa è una delle conclusioni cui giunge lo studio svolto da O. BANDIERA, A. PRAT, T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*, American Economic Review, 2009. Lo studio, condotto su una pluralità di amministrazioni italiane, costituisce ancor oggi un importante punto di riferimento scientifico sull'analisi delle inefficienze nel settore del *procurement* italiano.

⁵⁶ Cfr. <https://cohesiondata.ec.europa.eu/overview#>. Nel settennato 2007-2013 sui 91,7 miliardi di fondi europei assegnati all'Italia (compreso il cofinanziamento nazionale) sono stati utilizzati per 949.556 progetti, per un complessivo di ca. il 56%, mentre ne abbiamo restituito 52 milioni. Si consideri che il dato riflette soprattutto la performance delle amministrazioni dell'Italia centro-meridionale, avuto presente che questi fondi sono destinati prevalentemente ai territori meno sviluppati.

⁵⁷ Sul punto, basti ad esempio pensare, come dal dibattito che ha preceduto l'approvazione del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 è emerso che oltre la metà del tempo impiegato nella realizzazione di un'opera è impiegato nelle fasi di programmazione e progettazione della medesima anche a causa delle numerose autorizzazioni necessarie e della frammentazione delle competenze.

ombre” aveva progettato un percorso di riforme che peraltro, come si è visto, sono rimaste sinora sulla carta.

Se questo è il dato storico/giuridico più significativo dell’esperienza degli ultimi quattro anni di attuazione del Codice, alcune correzioni sono state da ultimo apportate con il d.l. n. 32/2019 (convertito con L. n. 55/2019), con il quale il Governo ha introdotto puntuali modifiche al fine di garantire, da un lato, una maggior aderenza della disciplina interna a quella sovranazionale, e, dall’altro, una maggiore semplificazione ed efficienza operativa.

Fra le diverse novità introdotte, rilevano, in particolare, quelle concernenti: la fase di progettazione; le tipologie di procedure applicabili in caso di affidamenti sotto soglia comunitaria; l’estensione dell’ambito applicativo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso; l’introduzione del meccanismo dell’inversione procedimentale.

Con riferimento alla fase di progettazione, un elemento di indubbia semplificazione è rappresentato dalla possibilità per le stazioni appaltanti di procedere all’affidamento di alcune categorie di lavori di manutenzione straordinaria sulla base del solo progetto definitivo, senza quindi dover procedere alla predisposizione dell’ultimo livello della progettazione esecutiva. Ulteriore elemento di fluidificazione della suddetta fase è altresì ravvisabile nella sospensione, fino alla fine del 2020, del divieto dell’appalto integrato, per mezzo del quale le amministrazioni potranno dunque affidare, mediante un’unica procedura di gara, sia la progettazione esecutiva, che l’esecuzione dell’opera⁵⁸.

Alle misure indicate di semplificazione, concernenti la fase a monte della procedura, seguono altresì altre relative alla gestione della gara in senso stretto, in relazione alle quali si percepiscono i profili di maggiori discontinuità rispetto al passato.

Un primo elemento di novità è dato dalla riscrittura dell’art. 36 concernente, come noto, gli affidamenti sotto soglia comunitaria. In particolare, il Legislatore ha, da un lato, liberalizzato il ricorso alle procedure negoziate mentre, dall’altro, introdotto, con specifico riferimento ai lavori di importo compreso fra le 40.000 e 150.000 euro, una nuova tipologia di affidamento dalla natura ibrida,

⁵⁸ Resta alla responsabilità della stazione appaltante valutare adeguatamente se avvalersi di questo strumento e, nel caso, di verificare attentamente sia il progetto redatto dall’appaltatore, sia la corretta esecuzione dei lavori. Si vedrà se questo (lungo) rinvio preclude al definitivo reintegro dell’appalto integrato come strumento ordinario per i lavori; intanto potrà potrebbero prendere avvio un maggior numero di gare con un forte risparmio in termini di tempi necessari. In disparte le pregresse considerazioni non manca chi ritiene non sia sufficiente a considerare superato, seppur temporalmente, il suddetto divieto. Se, infatti, il Legislatore ha previsto la sospensione del quarto periodo dell’art. 59 (“È vietato il ricorso all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione di lavori”) rimangono comunque fermi il terzo periodo del medesimo c. 1 nonché il successivo co. 1-bis che sanciscono l’obbligo di porre a base della gara per l’affidamento dei lavori il progetto esecutivo, salvo i casi in cui l’elemento tecnologico o innovativo sia nettamente prevalente rispetto all’importo complessivo dei lavori. In questo senso cfr. A. ZUCCARO, *Speciale Sblocca-cantieri/2. Regolamento, appalto integrato, subappalto: le “incertezze” del decreto*, in *Edilizia e territorio*, del 20 giugno 2019.

strutturalmente collocata fra l'affidamento diretto vero e proprio e lo svolgimento di una procedura di gara informale⁵⁹.

L'ambito del sotto soglia comunitario è altresì quello in relazione al quale il Legislatore ha optato per un'applicazione generalizzata del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, al quale infatti, per l'effetto delle modifiche introdotte dal decreto legge confermate in sede di conversione, le amministrazioni potranno liberamente ricorrere, in alternativa al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa⁶⁰.

Elemento di indubbio rilievo, sia teorico che operativo, è da ultimo rappresentato dall'innovativo meccanismo dell'inversione procedimentale, originariamente previsto dall'art. 133, c. 8 del Codice, per i soli settori speciali. Recependo una facoltà prevista dall'art. 56 della direttiva 2014/24/UE, il Legislatore ha, infatti, esteso, altresì ai settori ordinari, la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare le offerte degli operatori economici prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale che potrà essere quindi svolta esclusivamente sull'aggiudicatario⁶¹. Tale previsione appare strettamente connessa con la concomitante riforma delle norme processuali in materia di appalti pubblici, che ha portato all'eliminazione del comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a.

⁵⁹ In questo senso cfr. R. MANGANI, *Speciale Sblocca-cantieri, ecco come cambiano gli appalti sottosoglia importo per importo*, in *Edilizia e territorio*, del 18 giugno 2019.

⁶⁰ Considerato che, specie per quanto riguarda i lavori, la fascia fino a 5.548.000 di euro comprende (dati ANAC anni 2017 – 2018), circa il 98% delle procedure mediamente avviate dalle stazioni appaltanti con un valore pari a circa il 46% in media degli importi complessivamente messi a gara, la "liberalizzazione" della scelta del criterio di aggiudicazione nonché l'aumento delle soglie per gli affidamenti diretti potrebbe essere in grado di determinare una crescita degli importi messi a gara e una maggior facilità nell'avviso delle procedure sotto soglia.

⁶¹ Gli indubbi vantaggi in termini di semplificazione e snellezza procedura assicurati in astratto dal meccanismo dell'inversione procedurale potrebbero invero risultare parzialmente temperati da alcune criticità applicative dell'innovativa fattispecie le quali, probabilmente, avrebbero richiesto una maggior attenzione da parte del Legislatore. Un primo aspetto di indubbio rilievo pratico è legato alla posizione dell'aggiudicatario che si veda impugnare l'aggiudicazione da parte del secondo classificato, la cui documentazione, a causa del suddetto meccanismo, non ha mai costituito oggetto di verifica. Un secondo profilo di pari interesse pratico, concerne inoltre il momento a partire dal quale possa considerarsi cristallizzata la soglia di anomalia delle offerte, ai sensi dell'art. 95, c. 15. Sul punto, è interessante notare, come il suddetto profilo fosse stato attentamente regolato dall'art. 36, c. 5, introdotto dal decreto legge n. 32 nonché, successivamente abrogato dalla legge di conversione. Tale disposizione prevedeva infatti l'obbligo del ricalcolo della soglia di anomalia in base a quale fosse stato l'esito della verifica amministrativa svolta, per espressa previsione della norma, sia nei confronti dell'aggiudicatario che su altri partecipanti scelti a campione. Da ultimo, dubbia è altresì la collocazione, nel quadro dell'innovativo meccanismo, della fase della verifica di anomalia dell'offerta, la quale, in assenza di una puntuale indicazione positiva, dovrebbe comunque collocarsi fra la fase di verifica delle offerte tecniche e quella di apertura della busta amministrativa dell'aggiudicatario.

Considerati anche gli indubbi vantaggi derivanti dall'impiego delle singole novità descritte, non mancano tuttavia alcune perplessità che confermano, e non smentiscono, le riserve sul decreto "Sblocca-cantieri".

Il decreto, infatti, anziché essere un'occasione di effettiva semplificazione e ripensamento organico della disciplina, ha rappresentato un ulteriore intervento di natura "chirurgica" teso quindi esclusivamente a temperare, ma non a correggere, alcune delle più impellenti contingenze della medesima. In altri termini, a dispetto delle puntuali misure occasionate da ragioni d'urgenza, il decreto non rappresenta quella adeguata "panacea" alla complessità che tradizionalmente caratterizza la disciplina.

Le riserve poc'anzi descritte appaiono invero confermate dagli indubbi profili di incertezza correlati ai tempi di implementazione del decreto. Da un lato, infatti, in attesa dell'adozione dell'auspicato Regolamento unico, continuerà a trovare applicazione un convulso periodo transitorio suddiviso fra una pluralità di fonti "rigide" e "flessibili". Dall'altro lato, del tutto aleatorio risulta l'esito dell'innovativo periodo di "sospensione" di alcune previsioni normative, introdotto in sede di conversione, in alternativa al quale, sarebbe stata preferibile una ferma presa di posizione del Legislatore su alcune delle principali novità introdotte con il decreto. Il riferimento è, ad esempio, allo stesso meccanismo dell'inversione procedimentale nonché alla sospensione del divieto di appalto integrato e dell'albo dei commissari esterni ovvero a istituti che, in virtù del rilievo nonché delle spiccate conseguenze operative dagli stessi derivanti, avrebbero meritato un'immediata e definitiva valutazione da parte del Legislatore.

Le pregresse considerazioni, indicative dell'attuale stato della materia, non fanno che confermare la tesi sulla necessità di intervenire nel settore dei contratti pubblici, piuttosto che con "misure tampone", seguendo la strada delle riforme volte a introdurre progressive semplificazioni (normative e burocratiche), intendendo come tali non soltanto le misure volte ad una diminuzione quantitativa di regole e processi, quanto soprattutto un loro miglioramento qualitativo e una loro razionalizzazione.

In tal senso, benché inattuata, la prospettata riforma delle stazioni appaltanti mediante l'introduzione del sistema di qualificazione appare senz'altro un'opzione tuttora più che valida e sicuramente in linea con gli obiettivi di razionalizzazione del sistema. Come si è avuto modo di precisare, a fronte di una disciplina strutturalmente complessa, in quanto crocevia di una pluralità di interessi sensibili, una delle soluzioni concretamente attuabili appare, inevitabilmente, quella della qualificazione dei soggetti deputati all'applicazione della medesima. È bene rammentare che, sulla base del disposto normativo attualmente vigente, la qualificazione è una scelta (per adesso posticipata), non un obbligo, che mira a destinare stabilmente una quota di investimenti in tecnologie e risorse nei processi di *procurement* allorché un'amministrazione decida di specializzarsi in questo settore – ponendosi quale

polo attrattivo per altre amministrazioni⁶² – dimostrando, non solo l'integrità dei propri processi (che sarebbe un requisito scontato), ma soprattutto la capacità di conseguire risultati di efficienza rimessi alla valutazione dell'Autorità di settore (l'ANAC)⁶³.

È evidente che una riforma del genere, se accompagnata da un chiaro *commitment* del Governo per un adeguato spazio di tempo, potrebbe avere impatti sulla riduzione di quell'area di *passive waste*⁶⁴ che caratterizza le amministrazioni italiane e, ovviamente, anche sul contenimento dei fenomeni di corruzione.

In ogni caso, fermo restando che il settore dei contratti pubblici avrebbe bisogno di stabilizzare il più possibile le proprie regole, qualsivoglia riforma della materia che si prefigga l'ambizioso obiettivo di rendere più efficiente e competitivo il procedimento di spesa delle pubbliche amministrazioni dovrebbe far leva su due distinte direttrici fra di esse strettamente connesse.

Da un lato, dovrebbe essere progressivamente abbandonato ogni tentativo di introdurre regole antinomiche rispetto allo spirito delle direttive: oltre che le inevitabili conseguenze derivanti dall'incerta sorte di tali norme (si veda la procedura d'infrazione aperta contro l'Italia), l'introduzione nel nostro ordinamento di procedure flessibili e trasparenti, con il necessario corollario di adeguati ambiti discrezionali per i soggetti committenti, dovrebbe garantire di per sé lo sviluppo di prassi caratterizzate da maggiore efficienza, con la connessa riduzione di quell'"area grigia" che caratterizza le capacità allocative delle amministrazioni italiane.

Dall'altro, sarebbe oggi più che mai opportuno evitare modifiche normative solo di tipo generalizzato e trasversale nei confronti di tutte le amministrazioni aggiudicatrici italiane, senza tener conto del fatto che esistono tra queste evidenti differenze di "mission", di ampiezza di interventi, di competenza, di risorse e strumenti tecnologici a disposizione. In questo senso una valorizzazione delle

⁶² Sempre finalizzato alla riduzione della frammentazione della domanda dei committenti pubblici – oltre ovviamente al potenziamento del ruolo delle centrali di committenza (quale CONSIP) - è l'istituto degli appalti congiunti che, la direttiva prima e il Codice del 2016 poi (cfr. art. 37, commi 10 e 11), consentono *de jure condito* di realizzare; la razionalizzazione degli acquisti tramite tale forma può portare a conseguire sinergie e risparmi di costi differenziati in relazione alle fasi svolte congiuntamente e in relazione agli strumenti negoziali utilizzati. Sotto il primo profilo, è possibile mettere in comune non solo la fase dell'affidamento, ma anche quella della progettazione delle iniziative; altre sinergie sono ricavabili nella condivisione dei risultati della programmazione, finalizzata alla creazione di una pianificazione più o meno congiunta delle spese. Sotto il profilo degli strumenti, il massimo del vantaggio delle procedure congiunte è ottenibile attraverso l'affidamento di uno strumento comune (es. un accordo quadro) che consente di mettere a fattor comune non solo i costi amministrativi della procedura ma anche la possibilità di ottenere condizioni di maggior favore in relazione alle maggiori dimensioni della commessa.

⁶³ La mancata attuazione della riforma tra gli altri risultati negativi ha anche quello di non aver consentito all'Autorità di settore di sviluppare le necessarie professionalità nell'esercizio dei poteri di vigilanza.

⁶⁴ Si noti che lo studio *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*, cit. individua chiaramente come la presenza di adeguati spazi discrezionali delle amministrazioni sia un presupposto necessario per la riduzione della componente della *passive waste*.

(inevitabili) differenze potrebbe venire già dall'attuazione di quelle riforme che sono già scritte nel Codice effettuando quelle numerose scelte di fondo rimaste inattuate sia sul piano delle competenze e dell'organizzazione delle amministrazioni, sia sugli strumenti di semplificazione – specie per le piccole stazioni appaltanti – dei processi e delle procedure, che sovente appaiono ridondanti ed eccessivamente onerose.

Va da sé che un siffatto approccio alla materia avrebbe bisogno di una strategia di politica legislativa (almeno) a medio termine, capace quindi di assicurare non solo la certezza e prevedibilità del dato positivo da parte degli operatori, pubblici e privati chiamati ad applicarla, ma altresì la formazione di stabili prassi amministrative e giudiziarie di riferimento.

**PRESIDI DI ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO DEGLI APPALTI:
TRASPARENZA, CONFLITTO D'INTERESSE, SOCCORSO
ISTRUTTORIO**

Raffaella Menzella

- 1. L'avvento dei codici di settore e il ruolo del giudice amministrativo –*
- 2. Il nuovo codice dei contratti pubblici, tra tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione –*
- 3. Il principio di trasparenza e il diritto d'accesso civico –*
- 4. Declinazioni del conflitto d'interessi –*
- 5. I nodi non sciolti del soccorso istruttorio*

1. *L'avvento dei codici di settore e il ruolo del giudice amministrativo*

L'avvento dei c.d. codici di settore, che ha caratterizzato la produzione normativa contemporanea, evidenzia, paradossalmente, il passaggio dal mito della codificazione all'era della decodificazione (mutuando la celebre espressione di Natalino Irti)¹.

La specificazione *di settore*, lungi dal porsi come presidio del fondamentale principio della certezza del diritto, toglie infatti alla parola *codice* il suo significato originario².

Superando l'idea regolativa totalizzante dei codici tradizionali di derivazione ottocentesca si è invece approdati alla necessità di disciplinare specifici settori giuridici attraverso testi normativi unitari. Tali raccolte di norme costituiscono uno degli strumenti con cui il legislatore affronta il problema della complessità del quadro legislativo e, per tale via, persegue un riassetto sostanziale delle materie interessate attraverso codificazioni basate su decreti legislativi di riforma di singoli settori.

Il tentativo di semplificare, ridurre e ordinare le norme nei nuovi codici di settore si colloca dunque nel quadro di una "iper-regolazione" scaturita da una stratificazione orizzontale e verticale delle fonti del diritto e resa ancora più intricata dalla crescente incidenza del diritto dell'Unione Europea.

Le istanze di specializzazione derivanti dalla complessità della società e del mercato si traducono in una pluralità di sistemi frammentati e autonomi tra loro: in questo variegato panorama si inserisce il codice dei contratti pubblici attuale (e vi si inseriva il previgente), il cui intento sostanziale, rappresentato dal perseguimento della *reductio ad unum* di una materia estremamente complessa e frammentata, si traduce tuttavia in una pluralità di nodi non sciolti³.

Un ruolo fondamentale è svolto dal giudice amministrativo, che, nell'esercizio del sindacato giurisdizionale, fornisce un apporto significativo all'analisi delle problematiche e delle criticità che caratterizzano il settore dei contratti pubblici, sulla via di una semplificazione il cui raggiungimento non può peraltro prescindere dalla evidenziazione dei limiti e delle carenze della fonte legislativa, posto che il superamento delle inevitabili lacune e antinomie necessariamente passa attraverso la individuazione delle stesse.

Decisiva è quindi la funzione, nel settore in esame, del formante giurisprudenziale, che, tramite l'opera interpretativa ad esso demandata, si pone,

¹ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1979.

² Così R. CARLEO, voce *Codici di Settore*, in *Lessico del XXI secolo*, www.treccani.it.

³ Sul punto si v. P. DE LISE, in *I nodi del codice dei contratti pubblici*, Bari, 2018.

accanto a quello dottrinale, come indispensabile strumento di comprensione ed applicazione della disciplina positivamente sancita.

2. Il nuovo codice dei contratti pubblici, tra tutela della concorrenza e prevenzione della corruzione

Con l'avvento del nuovo codice dei contratti pubblici, recato dal d.lgs. n. 50/2016 (di seguito anche il "Codice"), il settore degli appalti pubblici ha subito una radicale riforma, scaturigine di auspiccate innovazioni ma anche di incertezza giuridica e difficoltà ermeneutiche.

Si è resa ben presto evidente la necessità di chiarimenti atti non soltanto ad evitare, dal punto di vista tecnico, l'emanazione di provvedimenti illegittimi da parte delle stazioni appaltanti, ma anche a garantire, dal punto di vista concorrenziale, il rispetto del contemperamento del principio del *favor participationis* con quello della *par condicio competitorum*.

In questo scenario, le complessità sottese alla disciplina dei contratti pubblici rappresentano il riflesso del dinamismo del sistema europeo degli appalti, che nel tempo ha subito radicali mutamenti.

In particolare, il fenomeno della globalizzazione giuridica ha determinato, da un lato, un'accresciuta procedimentalizzazione dell'attività contrattuale delle amministrazioni, dall'altro l'apertura alla concorrenza dei mercati nazionali. E invero la concorrenza è ritenuta un elemento fondante la disciplina dei contratti pubblici, soprattutto quella di derivazione europea⁴.

Per inquadrare il rapporto tra concorrenza e contratti pubblici appare opportuno anzitutto distinguere una visione della concorrenza in prospettiva "macro" da una visione "micro"⁵.

Nella dimensione "macro" la pubblica amministrazione può essere considerata come un agente che opera "nel mercato"; in quella "micro" come un agente che crea artificialmente un mercato in relazione al singolo atto di scambio al quale sono interessate una pluralità di controparti (concorrenza "per il mercato").

⁴ Accanto alla tutela della concorrenza, la direttiva 2014/24/UE sui settori ordinari chiarisce due ulteriori aspetti (cfr. considerando n. 2): che gli appalti pubblici svolgono un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 in quanto costituiscono uno degli strumenti basati sul mercato necessari alla realizzazione di una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva; che la normativa contenuta nelle precedenti direttive richiede una revisione al fine di accrescere l'efficienza della spesa pubblica, di favorire la partecipazione alle gare delle piccole e medie imprese, di conseguire obiettivi a valenza sociale, di assicurare la certezza del diritto.

⁵ Sul rapporto tra appalti pubblici e concorrenza si sofferma M. CLARICH in *Contratti pubblici e concorrenza*, testo della relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015.

Sul piano dell'attività amministrativa, i principi di derivazione europea sono integralmente richiamati dall'art. 1, legge n. 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2015, ai sensi del quale *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano i singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*.

Pur in un'apparente comunanza di finalità e intenti, laddove la normativa di fonte europea persegue quale interesse fondamentale la tutela della libera concorrenza e la selezione del miglior contraente per l'Amministrazione, quella nazionale, tradizionalmente, mira all'individuazione delle condizioni complessivamente più vantaggiose per l'affidamento dell'appalto.

Le procedure ad evidenza pubblica rappresentano lo strumento principale per assicurare il corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza tra gli operatori del mercato che offrono lavori, servizi e forniture alla P.A.

Il settore degli appalti pubblici gioca peraltro un ruolo centrale per la stabilizzazione dell'economia. Le procedure concorsuali di spesa, volte a limitare i fenomeni corruttivi, sono essenziali per garantire una trasparente, imparziale ed economica gestione del denaro pubblico, a beneficio della collettività e della qualità e dell'efficienza delle pubbliche amministrazioni.

Tutela della concorrenza e prevenzione dei fenomeni corruttivi sono, dunque, obiettivi tra essi intrinsecamente connessi, operanti su piani distinti ma complementari: su tali piani si pone la normativa in materia di contratti pubblici.

Tra le misure e gli strumenti che il nuovo Codice dei contratti pubblici prevede nel perseguimento degli obiettivi di prevenzione della corruzione, nonché di promozione della trasparenza e del buon andamento delle pubbliche amministrazioni possono annoverarsi, tra gli altri, i seguenti:

- i principi dettati in materia di trasparenza e di accesso;
- la nuova disciplina del conflitto d'interessi;
- il soccorso istruttorio

Il ruolo svolto dal formante giurisprudenziale nella interpretazione, applicazione e progressiva “costruzione” di tali principi, come si vedrà nel prosieguo, è fondamentale e imprescindibile.

3. Il principio di trasparenza e il diritto d'accesso civico

Il Codice detta, all'art. 29, i “Principi in materia di trasparenza”, volti a consentire ai cittadini un controllo diretto “sul perseguimento delle funzioni

istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", così disincentivando comportamenti scorretti o abusivi⁶.

⁶ Art. 29: "1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5 alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n.33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente.

2. Gli atti di cui al comma 1, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, sono, altresì, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, di cui al comma 4, e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.

3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti.

4. Per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

4-bis. Il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni. Per le opere pubbliche il protocollo si basa su quanto previsto dal decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici". Detta norma recepisce gli articoli da 48 a 55 della Direttiva 2014/24/UE, e da 67 a 75 della Direttiva 2014/25/UE, ed è inoltre attuativa dell'art.1 comma 1, lettere s), dd), ii), eee), della Legge delega 28 gennaio 2016, n. 11".

In generale, per trasparenza dell'azione amministrativa si intende l'obbligo di garantire, ad ogni potenziale offerente interessato alla selezione, un adeguato livello di pubblicità che consenta "l'accesso ad informazioni corrette ed idonee"⁷.

Il regime di trasparenza dettato dall'articolo 29 del Codice, oltre ad integrare gli obblighi di pubblicazione previsti dall'art. 37 del d. lg. 14 aprile 2013, n. 33⁸ e quindi ad incrementare il livello di trasparenza nel settore, pone specifici adempimenti in capo alla stazione appaltante, volti a garantire l'effettiva conoscenza degli atti di gara da parte dei soggetti interessati, a consentirne l'eventuale impugnativa e a chiarire da quale momento questi atti debbano intendersi conosciuti⁹.

⁷ Si v. Corte di Giustizia UE, C-507/03 e 532/03.

⁸ Ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 33/2013, rubricato *Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*:

"1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 9-bis e fermi restando gli obblighi di pubblicità legale, le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti pubblicano: i) i dati previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190; b) gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

2. Ai sensi dell'articolo 9-bis, gli obblighi di pubblicazione di cui alla lettera a) si intendono assolti, attraverso l'invio dei medesimi dati alla banca dati delle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, limitatamente alla parte lavori."

⁹ Le Linee Guida ANAC n. 4 sulle *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria* hanno esteso gli obblighi di cui all'art. 29 anche agli atti delle procedure "sotto soglia" disciplinate all'art. 36 del Codice.

Complementare ai principi di trasparenza è l'istituto dell'accesso agli atti, che, nel Codice, è disciplinato dall'art. 53¹⁰.

L'accesso è difatti *species* del *genus* "trasparenza amministrativa", derivato sintagma dalla celeberrima "casa di vetro", metaforica rappresentazione di quel che dovrebbe essere la pubblica amministrazione¹¹.

Una delle tematiche di maggior rilievo, in ambito giurisprudenziale, è rappresentata dall'applicazione dell'accesso civico agli appalti.

L'istituto dell'accesso civico, introdotto dal citato d.lgs. n. 33/2013, consente a chiunque il diritto di richiedere, gratuitamente e senza necessità di motivazione,

¹⁰ Art. 53: "1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:

- a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
- b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- a) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- b) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali; ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto".

¹¹ "Dove un superiore pubblico interesse non imponga un momentaneo segreto, la casa dell'amministrazione dovrebbe essere di vetro": così nel 1908 Filippo Turati si espresse, nel corso di un discorso alla Camera dei deputati, operando il primo riferimento al tema della trasparenza.

documenti, informazioni o dati di cui le pubbliche amministrazioni hanno ommesso la pubblicazione prevista dalla normativa vigente¹².

Il Consiglio di Stato, con la sentenza n. 3780 del 2019, componendo il contrasto giurisprudenziale insorto in ordine al rapporto tra accesso civico e principio di trasparenza nel settore dei contratti pubblici, ha stabilito l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia in esame¹³.

Nel corso del primo periodo di attuazione della nuova disciplina sulla trasparenza amministrativa, infatti, si erano venuti a creare due opposti orientamenti (cui ha fatto seguito una ulteriore posizione giurisprudenziale).

Secondo un primo indirizzo, i documenti relativi alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sono accessibili, in linea generale, solo tramite l'accesso *ex art. 22, ss. l. n. 241/1990*, espressamente richiamato dalla disciplina di cui all'art. 53 del Codice, restando quindi esclusi dall'accesso civico generalizzato¹⁴.

¹² Il diritto di accesso agli atti è posto a tutela degli interessi individuali del richiedente, il quale si trovi in una posizione diversa rispetto alla generalità dei cittadini che lo autorizza a conoscere uno o più specifici documenti detenuti dalla Pubblica Amministrazione, essendo titolare di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso" (art. 22, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990).

L'accesso civico semplice, invece, attiene agli atti, ai documenti e alle informazioni già oggetto degli obblighi di pubblicazione gravanti sulla pubblica amministrazione *ex D.Lgs. n. 33/2013*, legittimando quindi ogni cittadino a richiederne l'adempimento, laddove mancante o lacunoso. L'accesso civico generalizzato di cui all'art. 5, commi 2 e 3, del medesimo D.Lgs. n. 33/2013, indipendentemente dagli obblighi di pubblicazione *ex lege* o dall'esistenza di un interesse concreto e attuale a formulare istanze in connessione con la tutela di situazioni giuridicamente rilevanti, è azionabile da chiunque, senza alcun obbligo di motivazione con il solo limite della tutela degli interessi, pubblici e privati, che risultino giuridicamente rilevanti.

In particolare, il richiamato art. 5 dispone quanto segue: "1. L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omissa la loro pubblicazione. 2. La richiesta di accesso civico non è sottoposta ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente non deve essere motivata, è gratuita e va presentata al responsabile della trasparenza dell'amministrazione obbligata alla pubblicazione di cui al comma 1, che si pronuncia sulla stessa. 3. L'amministrazione, entro trenta giorni, procede alla pubblicazione nel sito del documento, dell'informazione o del dato richiesto e lo trasmette contestualmente al richiedente, ovvero comunica al medesimo l'avvenuta pubblicazione, indicando il collegamento ipertestuale a quanto richiesto. Se il documento, l'informazione o il dato richiesti risultano già pubblicati nel rispetto della normativa vigente, l'amministrazione indica al richiedente il relativo collegamento ipertestuale. 4. Nei casi di ritardo o mancata risposta il richiedente può ricorrere al titolare del potere sostitutivo di cui all'articolo 2, comma 9-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, che, verificata la sussistenza dell'obbligo di pubblicazione, nei termini di cui al comma 9-ter del medesimo articolo, provvede ai sensi del comma 3. 5. La tutela del diritto di accesso civico è disciplinata dalle disposizioni di cui al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, così come modificato dal presente decreto. 6. La richiesta di accesso civico comporta, da parte del Responsabile della trasparenza, l'obbligo di segnalazione di cui all'articolo 43, comma 5."

¹³ Cons. di Stato, Sez. III, Sentenza n. 3780 del 5 giugno 2019.

¹⁴ T.A.R. Emilia Romagna, Parma, sez. I, n. 197/18; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. I, n. 630/19.

Un secondo orientamento, invece, ha riconosciuto l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti pubblici, sulla base del rilievo secondo cui il rinvio operato dal Codice alle norme sull'accesso andrebbe inteso in prospettiva dinamica, tenendo conto della loro evoluzione storica¹⁵.

Nel dibattito, da ultimo, si è inserito un terzo indirizzo, che ha distinto fra dati, informazioni e documenti inerenti alla fase esecutiva del rapporto, successiva all'aggiudicazione del contratto, per cui è consentito solo l'accesso ex l. n. 241/1990, e atti inerenti alla fase pubblicistica della procedura di affidamento per cui, oltre all'accesso procedimentale, è consentito anche l'accesso civico generalizzato¹⁶.

A risolvere la *querelle* è intervenuto, come accennato, il Consiglio di Stato, che, muovendo da una lettura coordinata e funzionale dell'art. 53 d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. n. 33/2013¹⁷, ha affermato che l'accesso civico generalizzato è escluso, fra l'altro, nei casi "in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti", non facendo la norma riferimento a "materie".

¹⁵ T.A.R. Lombardia, sez. IV, n. 45/2019.

¹⁶ Tar Toscana, sez. III, n. 577/2019.

¹⁷ Art. 5-bis D. Lgs. n. 33/2013: "1. *L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:*

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;*
- b) la sicurezza nazionale;*
- c) la difesa e le questioni militari;*
- d) le relazioni internazionali;*
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;*
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;*
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.*

2. *L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:*

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.*

3. *Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990.*

4. *Restano fermi gli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente. Se i limiti di cui ai commi 1 e 2 riguardano soltanto alcuni dati o alcune parti del documento richiesto, deve essere consentito l'accesso agli altri dati o alle altre parti.*

5. *I limiti di cui ai commi 1 e 2 si applicano unicamente per il periodo nel quale la protezione è giustificata in relazione alla natura del dato. L'accesso civico non può essere negato ove, per la tutela degli interessi di cui ai commi 1 e 2, sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.*

6. *Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative".*

Ragionando in senso contrario si finirebbe per escludere l'intera materia dei contratti pubblici dall'accesso civico generalizzato, che mira invece a garantire il rispetto del principio fondamentale di trasparenza, ricavabile direttamente dalla Costituzione. Ciò peraltro non esclude il rispetto dei limiti imposti dalla specifica disposizione di cui all'art. 53 del Codice.

Secondo il Collegio non può ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso, altrimenti sarebbe possibile precludere l'accesso generalizzato ogniqualvolta una norma di legge, anche anteriore alla riforma, faccia rinvio agli artt. 22 e ss., l. n. 241/90¹⁸.

Al contrario, occorre operare una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. che valorizzi l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni "speciali" e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno.

Pertanto, con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e sia venuta perciò meno la necessità di tutela della "*par condicio*", va affermata non solo in quanto risponde all'esigenza del controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo di risorse pubbliche, ma anche in base al principio di trasparenza delle procedure di appalto quale strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.

Da ultimo, con la sentenza n. 10 del 2 aprile 2020 l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato ha chiarito che la disciplina dell'accesso civico generalizzato trova applicazione anche con riferimento alla fase esecutiva del contratto.

Secondo quanto precisato dall'Adunanza Plenaria, l'accesso civico generalizzato è il diritto di "chiunque", non sottoposto ad alcun limite quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente e senza alcun onere di motivazione circa l'interesse alla conoscenza, il quale viene riconosciuto e tutelato «*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*» (art. 5, comma 2, d.lgs. n. 33 del 2013).

Con specifico riferimento alla materia dei contratti pubblici, le esigenze di accesso civico generalizzato, secondo la citata sentenza, costituiscono la "*fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica, in quanto che ciò che è pubblicamente evidente, per definizione, deve anche essere pubblicamente conoscibile*".

¹⁸ Secondo il Consiglio di Stato, il richiamo contenuto nel primo comma, dell'art. 53 del Codice dei contratti alla disciplina di cui agli artt. 22 e ss. della l. n. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. n. 50/2016 è anteriore rispetto al d.lgs. n. 97/2016 che ha modificato il d.lgs. n. 33/2013, introducendo l'istituto dell'accesso civico generalizzato.

In tale ottica, si statuisce che non è più possibile affermare che l'accesso agli atti di gara costituisca un microcosmo normativo compiuto, atteso che una lettura unitaria e integrata deve essere estesa a tutte le tipologie di accesso, ivi incluso quello civico, semplice e generalizzato.

Con particolare riferimento all'esecuzione degli appalti pubblici, il Consiglio di Stato chiarisce che anche nella fase esecutiva si deve garantire l'accesso generalizzato dei cittadini, e che ciascun cittadino può esercitare nella materia dei contratti pubblici il diritto di accesso accanto e in ausilio al ruolo istituzionale di vigilanza rivestito dall'ANAC.

In conclusione, secondo la Plenaria, argomenti di carattere letterale, teleologico e sistematico depongono nel senso di una accessibilità totale agli atti di gara, seppur sempre nel rispetto degli interessi-limite, pubblici e privati, e delle conseguenti eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, commi 1 e 2, del d. lgs. n. 33 del 2013.

4. Declinazioni del conflitto d'interessi

La nozione di "conflitto di interesse" rilevante per il settore degli appalti pubblici risulta attualmente ricostruita, grazie anche al contributo della giurisprudenza amministrativa, in termini di mera potenzialità, sulla scorta sia della norma generale di cui all'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990¹⁹ (che dà rilievo ad "ogni situazione di conflitto, anche potenziale"), sia della norma speciale di cui all'art. 42 del Codice²⁰.

L'articolo 42 del Codice introduce una disciplina particolare per le ipotesi di conflitto di interesse nell'ambito delle procedure di affidamento dei contratti

¹⁹ Ai sensi dell'art. 6-bis, l. n. 241/1990: "Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale".

²⁰ Ai sensi dell'art. 42 del Codice: "1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.

5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati".

pubblici, richiedendo alle stazioni appaltanti la previsione di misure adeguate per contrastare frodi e corruzione, nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Con tale disposizione si intende rafforzare la tutela dei principi di concorrenza e parità di trattamento, nonché di imparzialità e buon andamento²¹.

Con delibera n. 494 del 5 giugno 2019 l'ANAC ha approvato le Linee Guida n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*».

Secondo quanto precisato dall'ANAC, “*il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 del codice dei contratti pubblici è la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico*”.

Restano peraltro aperte molteplici questioni interpretative.

In primo luogo, per quanto concerne la individuazione dell'alveo applicativo soggettivo della disposizione in esame, il principale nodo problematico è costituito dall'ambiguità di fondo che caratterizza i connotati dei soggetti in conflitto di interessi: l'individuazione della situazione di conflitto di interessi è affidata, sul piano del diritto sostanziale, all'esercizio della discrezionalità amministrativa dell'organo dotato di potere decisionale e, sul piano del diritto processuale, nella discrezionalità dell'autorità giudicante²².

²¹ Si v. L. PRESUTTI, *Il conflitto di interessi come causa di esclusione nel nuovo codice – il commento*, nota a T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 26 febbraio 2018, n. 337, in *Urbanistica e appalti*, 2018, 4, che offre diversi spunti sulla individuazione delle situazioni di conflitto di interessi che possono riguardare gli operatori economici che partecipano alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

²² R. CANTONE, *La prevenzione della corruzione nelle società a partecipazione pubblica: le novità introdotte dalla “riforma Madia” della pubblica amministrazione*, in *Riv. Società*, 1, 2018, 233; G. COCCO, *Le recenti riforme in materia di corruzione e la necessità di un deciso mutamento di prospettiva nell'alveo dei principi liberali*, in *Resp. civ. prev.*, 2018, 2, 374; F. SICILIANO, *Conflitto di interessi e arte di amministrare*, Milano, 2018; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto di interessi*, in *Dir. amm.*, 2017, 685 ss.; F. MARONE, *Le linee guida dell'autorità nazionale anticorruzione nel sistema delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 3, 743; E. CARLONI, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371, 2; M. MARTONE, *Rapporto di lavoro e corruzione*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2016, 575, 5-6; G. IUDICA, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016; F. COSTANTINO, *Semplificazione e lotta alla corruzione nella legge 241 del 1990*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, 623.

In proposito l'ANAC, nelle citate Linee Guida, si riferisce ai “*dipendenti in senso stretto, ossia [...] i lavoratori subordinati dei soggetti giuridici ivi richiamati e di tutti coloro che, in base ad un valido titolo giuridico, legislativo o contrattuale, siano in grado di impegnare l'ente nei confronti dei terzi o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Si fa riferimento, ad esempio, ai membri degli organi di amministrazione e controllo della stazione appaltante che non sia un'amministrazione aggiudicatrice, agli organi di governo delle amministrazioni aggiudicatrici laddove adottino atti di gestione e agli organi di vigilanza esterni*”. Precisa poi l'Autorità che “*L'articolo 42 si applica ai soggetti individuati ai punti precedenti che siano coinvolti in una qualsiasi fase della procedura di gestione del contratto pubblico (programmazione, progettazione, preparazione documenti di gara, selezione dei concorrenti, aggiudicazione, sottoscrizione del contratto, esecuzione, collaudo, pagamenti) o che possano influenzarne in qualsiasi modo l'esito in ragione del ruolo ricoperto all'interno dell'ente*”.

Sul versante soggettivo, la giurisprudenza riferisce la disposizione in esame, oltre che al “personale della stazione appaltante”, anche a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi²³, a patto però che, sul versante oggettivo, la situazione di conflitto di interesse venga verificata in concreto sulla base di prove specifiche²⁴.

In effetti, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti “operativi”, ossia a coloro che eseguono le prestazioni necessarie per individuare il contraente, a maggior ragione andrà applicata anche agli organi ed uffici direttivi e di vertice, nonché ai dirigenti e amministratori pubblici, come si evince proprio dal richiamo all'art 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, per indicare le ampie categorie di soggetti cui fare riferimento: il Codice di comportamento, ai sensi dell'art. 2, comma 3 del cit. decreto, è, per quanto compatibile, «a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione».

Vale la pena richiamare sul punto T.A.R. Campania, che, con sentenza n. 524 del 6 aprile 2018, interviene nell'analisi della norma, rilevandone la portata estremamente ampia e atipica, destinata a colorarsi in funzione della finalità di tutela della concorrenza e della imparzialità, sicché sulla nozione di “conflitto di interessi”, il secondo comma dell'art. 42 ha portata generale, mentre la locuzione

²³ Cons. Stato, sez. V, sent. n. 3415 del 2017.

²⁴ Cons. Stato, sez. V, sentt. n. 3401 del 2018 e n. 2511 del 2019.

“in particolare”, riferita alla casistica, di cui al art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013, ha mero carattere esemplificativo²⁵.

Ulteriore criticità della disciplina in parola è costituita dalla circostanza che la soglia della riprovevolezza sociale della situazione di incompatibilità, arretra fino al conflitto di interessi meramente potenziale, in linea con l'intento del legislatore di eliminare in radice non solo la formazione di situazioni che possono generare corruzione, ma la semplice possibilità di formazione delle stesse.

Sull'argomento è intervenuto, in sede di parere sulle citate Linee Guida, il Consiglio di Stato, che ha chiarito i principi generali sul conflitto di interesse, il rapporto tra norme e la distinzione tra ipotesi tipiche e atipiche di conflitto²⁶.

In particolare, il Consiglio di Stato ha chiarito che il conflitto di interessi è una condizione giuridica che si verifica quando, all'interno di una pubblica amministrazione, lo svolgimento di una determinata attività sia affidato ad un funzionario che è contestualmente titolare di interessi personali o di terzi, la cui eventuale soddisfazione implichi necessariamente una riduzione del soddisfacimento dell'interesse pubblico.

E ciò contrasta con principio generale dell'imparzialità dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 Cost., per cui le scelte adottate dall'organo devono essere compiute nel rispetto della regola dell'equidistanza da tutti coloro che vengano a contatto con il potere pubblico: da ciò deriva l'obbligo del dipendente di informare l'Amministrazione ed astenersi.

In particolare, l'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 (recante il codice di comportamento dei dipendenti pubblici) impone al dipendente pubblico l'obbligo di astensione, oltre che nei casi ivi espressamente elencati, anche “in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza”, da individuarsi anche alla luce dell'art. 51 c.p.c. (come ritenuto dal parere n. 667 del 2019 del Consiglio di Stato), così conferendo rilevanza alle situazioni di conflitto di interesse c.d. atipiche, come tali identificabili in quanto destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (*de futuro* ovvero *de praeterito*), situazioni che,

²⁵ In funzione anche delle finalità generali di presidio della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa l'espressione “personale” va riferita, secondo il T.A.R., a tutti coloro che a vario modo partecipano nel ciclo di vita dell'appalto o concessione, non solo, quindi con riferimento diretto ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici richiamati espressamente dal testo normativo, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di impegnare validamente, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna. Diversamente opinando si entrerebbe nella contraddizione di escludere dal perimetro della norma – dalla manifesta funzione preventiva – proprio quei soggetti che più di altri sono in grado di condizionare l'attività dei vari operatori del settore (pubblici e privati) e dunque si darebbe vita a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo: un'estensione che copre tutta la filiera del procedimento amministrativo, compresi gli organi di governo e vigilanza, anche esterni, in questa prospettiva evolutiva.

²⁶ Consiglio di Stato - Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019.

una volta valutate *ex ante* dal dipendente, dovranno poi essere valutate *ex post* dall'amministrazione di appartenenza "in base a circostanze concrete e documentabili"²⁷.

In questa prospettiva, Cons. Stato Sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415, ha fornito rilevanti spunti ricostruttivi, aderendo a una nozione ampia e onnicomprensiva della nozione in esame sia per quanto riguarda i profili soggettivi sia per quanto riguarda i profili oggettivi.

Con riguardo al primo aspetto è stata evidenziata l'esigenza di rinvenire un adeguato temperamento fra la necessità di delimitare in modo adeguato l'ambito di operatività di norme limitative di *status* soggettivi e l'esigenza di sistema di assicurare un efficace contrasto ai fenomeni dinanzi richiamati, rifuggendo da applicazioni formalistiche idonee a compromettere la capacità di tali norme di far conseguire gli obiettivi fissati e a favorire condotte elusive.

Sotto tale aspetto la sentenza in rassegna opera consapevolmente una revisione della nozione stessa di "*personale*", ispirata al perseguimento delle finalità generali di presidio della trasparenza e dell'imparzialità della funzione amministrativa²⁸.

Più di recente, il Consiglio di Stato ha sottolineato che, nell'ambito di una procedura ad evidenza pubblica, è ravviabile una situazione di conflitto di interesse laddove un dipendente della stazione appaltante partecipi effettivamente alla formazione degli atti della procedura, ovvero ne possa in qualche modo influenzare il risultato avendo egli direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale comune con un concorrente²⁹.

5. I nodi non sciolti del soccorso istruttorio

A chiusura di questo *excursus* appare opportuno soffermarsi su talune casistiche applicative del soccorso istruttorio, in considerazione della rilevanza che tale istituto riveste nel settore dei contratti pubblici e della pluralità di questioni sorte a seguito della entrata in vigore del Codice.

²⁷ Così il parere n. 667 del 2019, cit.

²⁸ C. CONTESSA, *Circa la nozione in senso funzionale di "conflitto di interesse" nel nuovo "Codice dei Contratti"*, in *Urbanistica e appalti*, 2017, n. 6.

²⁹ Cons. Stato, Sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150.

Il soccorso istruttorio è, in linea generale, un istituto applicabile a qualunque procedimento amministrativo, in virtù dell'art. 6, comma 1, lett. b), L. n. 241/1990, che sancisce il potere del RUP di adottare tale strumento al fine di colmare lacune documentali, rettificare dichiarazioni o correggere errori emergenti in fase istruttoria, nell'ottica di leale collaborazione tra privato cittadino e pubblica amministrazione, quale corollario del principio di buon andamento dell'azione amministrativa e quindi del perseguimento del pubblico interesse³⁰.

Nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica tale istituto, nell'ottica del *favor participationis*, e dunque nella promozione della concorrenza e della trasparenza, consente ai concorrenti di rimediare a eventuali omissioni, incompletezze e/o irregolarità di informazioni e documenti utili ai fini della partecipazione alla gara mediante l'integrazione, in caso di omissione od incompletezza della documentazione, o la regolarizzazione di documenti già presentati ma affetti da irregolarità o errori materiali³¹.

La *ratio* dello strumento corrisponde, dunque, all'esigenza di limitare le ipotesi di esclusione degli operatori economici dalle procedure di gara ai soli casi di carenze gravi e sostanziali dei requisiti di partecipazione, così ampliando le possibilità di concorrere all'aggiudicazione del contratto pubblico.

Tuttavia, se nella legge che disciplina il procedimento amministrativo il ricorso ad esso si configura come una mera facoltà della pubblica amministrazione, nel settore dei contratti pubblici il soccorso istruttorio rappresenta un istituto che le stazioni appaltanti debbono obbligatoriamente utilizzare, pena l'illegittimità della procedura di affidamento.

Con l'entrata in vigore del Codice la disciplina del soccorso istruttorio è stata modificata sotto diversi profili, al fine di superare le maggiori criticità

³⁰ Art. 6, comma 1, lett. b) l. n. 241/1990: "1. Il responsabile del procedimento: [...] b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erronee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali".

³¹ Cfr. artt. 101 e segg. T.U.E.

applicative dell'istituto, ed inserita nell'art. 83 comma 9, nell'ambito dei criteri di selezione³².

La pluralità di interessi sottesi all'istituto in esame e la formulazione della norma, che in astratto consentirebbe la regolarizzazione di “qualsiasi elemento formale”, hanno peraltro fatto emergere significative criticità nell'applicazione del soccorso istruttorio, anche in vigore del nuovo Codice.

Tali criticità derivano, primariamente, dalla circostanza per cui il soccorso istruttorio dispiega la sua massima portata espansiva nei procedimenti non comparativi, mentre nelle procedure selettive pone il problema del rispetto della *par condicio* tra i concorrenti ed impone, quindi, un delicato bilanciamento tra i contrapposti interessi, bilanciamento che la giurisprudenza ha sovente operato avvalendosi della distinzione tra regolarizzazione, generalmente ammessa, ed integrazione documentale, viceversa esclusa in quanto comportante un *vulnus* del principio di parità di trattamento tra i concorrenti³³.

Inizialmente, la giurisprudenza aveva affermato che la latitudine applicativa dell'istituto deve ritenersi limitata alla sola fase del controllo delle regolarità formali delle dichiarazioni e della documentazione della domanda di partecipazione alla gara, non potendo utilizzarsi nella fase di verifica del possesso dei requisiti dichiarati, quando l'aggiudicatario ed il secondo classificato vengono chiamati a dimostrare concretamente la veridicità di quanto dichiarato a pena

³² Il Codice, nella sua originaria previsione, stabiliva all'art. 83, comma 9, che: “*le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione e' dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente e' escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa*”.

Tale previsione, tuttavia, prevedendo una sanzione per il soccorso istruttorio si poneva in contrasto con i criteri della legge delega. Ciò ha spinto il legislatore ad intervenire con il primo correttivo al Codice eliminando dall'articolo in commento il riferimento alla sanzione pecuniaria. La nuova disciplina del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici risulta, dunque, emendata proprio nel senso di non prevedere più l'obbligo del pagamento della sanzione nel caso di mancata regolarizzazione, ma lasciando inalterato il procedimento volto ad acquisire rapidamente le dichiarazioni mancanti.

³³ Così F. SAITTA, *Contratti pubblici e soccorso istruttorio: il punto due anni dopo il «Correttivo»*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1 marzo 2019.

dell'esclusione, dell'escussione della cauzione provvisoria e dell'invio della relativa segnalazione all'ANAC³⁴.

Nello stesso senso si era espressa la medesima Autorità, assumendo che, data la natura perentoria del termine entro cui l'aggiudicataria è tenuta a fornire la dimostrazione del possesso del requisito, l'ammissione della stessa al beneficio del soccorso istruttorio comporterebbe la violazione del principio della *par condicio*.

Nel prosieguo, si è affermato, diversamente, che, nell'ottica di favorire al massimo grado la partecipazione dei concorrenti, la stazione appaltante può ricorrere al soccorso istruttorio anche nel subprocedimento di verifica dei requisiti, specie se il bando di gara non risulti particolarmente rigoroso circa il momento del possesso dei requisiti stessi (data di presentazione della domanda o data di verifica degli stessi)³⁵.

Quest'ultimo indirizzo ha ottenuto l'avallo del Consiglio di Stato, che ha statuito che, «non è logicamente ammissibile limitare tale potere di ulteriore verifica, escludendo la possibilità di esercitare il c.d. soccorso istruttorio, che deve considerarsi istituto di carattere generale finalizzato, in attuazione dell'art. 97 della Costituzione, all'emanazione di un giusto provvedimento, idoneo a contemperare nel miglior modo possibile tutti gli interessi, pubblici e privati, in gioco»³⁶.

Come confermato anche dall'ANAC, la portata applicativa dell'istituto va ad intrecciarsi con le cause tassative di esclusione, «*nel senso che opera uno spostamento dell'operatività delle cause di esclusione a valle del procedimento di soccorso istruttorio*»³⁷.

L'Autorità ha peraltro precisato che l'ambito oggettivo di applicazione dell'istituto «*non si estende alle irregolarità afferenti all'offerta tecnico-economica*». Non è dunque consentito esperire il soccorso istruttorio per precisare o integrare elementi dell'offerta tecnico-economica³⁸ e non è possibile acquisire dichiarazioni integrative dell'offerente al fine di rettificare l'offerta errata³⁹. Il completamento o l'integrazione dell'offerta, infatti, si porrebbe in contrasto con la *par condicio*, il libero gioco della concorrenza, il canone di imparzialità e di buon

³⁴ T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 22 marzo 2016, n. 3580, in Urb. e app., 2016, 1134, con commento di S. USAI, Il soccorso istruttorio integrativo nel nuovo codice degli appalti; T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 19 settembre 2016, n. 4353. Nello stesso senso, ANAC, Par. prec., 31 maggio 2017, n. 602.

³⁵ T.A.R. Toscana, Sez. II, 23 febbraio 2016, n. 290, in *www.giustamm.it*, n. 3/2016; nello stesso senso, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II, 15 marzo 2017, n. 3541; contra, però, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. I bis, 11 marzo 2019, n. 3168.

³⁶ Sez. V, 14 giugno 2017, n. 2891.

³⁷ ANAC, Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio", anno 2017.

³⁸ Parere di Precontenzioso n. 488 del 3/05/2017; Parere di Precontenzioso n. 792 del 19/07/2017 concernente la mancata indicazione della percentuale di solfato di bario, come invece richiesto dalla legge di gara; Parere di Precontenzioso n. 900 del 06/09/2017 relativo a lacune sulla indicazione del marchio nelle specifiche tecniche allegate all'offerta.

³⁹ Parere di Precontenzioso n. 26 del 18/01/2017.

andamento dell'azione amministrativa, la natura decadenziale dei termini cui è soggetta la procedura e con la violazione del principio di segretezza dell'offerta.

Ciò premesso, in attuazione del principio secondo cui in presenza di incertezza interpretativa della legge di gara l'obiettivo regola dell'imparzialità (a cui consegue l'esclusione) cede al principio generale del *favor participationis*, è stata ritenuta non conforme alla normativa di settore l'esclusione dalla gara dell'operatore economico che ha presentato un'offerta tecnica calcolata sul triennio di durata complessiva dell'affidamento, piuttosto che sulla durata di un anno, a fronte di una clausola del bando di dubbia interpretazione⁴⁰. L'ANAC ha altresì favorevolmente accolto il principio giurisprudenziale in base al quale le offerte di gara sono suscettibili di essere interpretate, ed eventualmente rettificare, dalla stazione appaltante alla ricerca dell'effettiva volontà del dichiarante, purché non si attinga a fonti di conoscenza estranee all'offerta medesima⁴¹.

Da quanto sino ad ora osservato emerge che il principale problema applicativo consiste nel delimitare il raggio d'azione della stazione appaltante, in modo da definire la portata dell'istituto avendo riguardo non solo al *favor participationis*, ma anche al principio di tipicità delle cause di esclusione⁴² ed al principio della *par condicio* dei concorrenti.

A ciò è conseguito un animato dibattito giurisprudenziale, nella ricerca di un bilanciamento tra opposte istanze: la giurisprudenza più recente oscilla invero tra orientamenti che riconoscono al soccorso istruttorio un'ampissima latitudine e orientamenti maggiormente restrittivi o, comunque, tendenti a escludere l'applicabilità del soccorso istruttorio a fronte di previsioni specifiche della legge di gara.

Ad esempio, recentemente è stato sostenuto dal giudice amministrativo che l'istituto del soccorso istruttorio nelle gare di appalto, per come oggi disciplinato dall'art. 83, c. 9, D.lgs. 50/2016, è di latitudine tale da far rientrare nel suo ambito operativo, ben al di là delle mere operazioni di formale completamento o chiarimento cui aveva riguardo l'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006, le carenze di "qualsiasi elemento formale della domanda", ossia la mancanza, incompletezza

⁴⁰ Parere di Precontenzioso n. 1086 del 25/10/2017.

⁴¹ Cons. di Stato, sez. III, 27/03/2014, n. 1487; Parere di Precontenzioso n. 882 del 01/08/2017.

⁴² Ai sensi dell'art. 83, comma 8, D.Lgs. n. 50/2016: "Le stazioni appaltanti indicano le condizioni di partecipazione richieste, che possono essere espresse come livelli minimi di capacità, congiuntamente agli idonei mezzi di prova, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse ed effettuano la verifica formale e sostanziale delle capacità realizzative, delle competenze tecniche e professionali, ivi comprese le risorse umane, organiche all'impresa, nonché delle attività effettivamente eseguite. Per i soggetti di cui all'articolo 45, comma 2, lettere d), e), f) e g), nel bando sono indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. I bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione rispetto a quelle previste dal presente codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

e ogni altra irregolarità, quand'anche di tipo "essenziale", purché non involgente l'offerta economica o tecnica in sé considerata⁴³.

Invero, la vigente disciplina del soccorso istruttorio: a) riferisce la possibilità del soccorso a tutte le "carenze di qualsiasi elemento formale", ispirandosi così a un criterio tendenzialmente onnicomprensivo; b) conferma espressamente l'inapplicabilità del soccorso alle lacune riguardanti il contenuto della "offerta tecnica ed economica"⁴⁴.

Ad avviso del Giudice amministrativo, l'intenzione del legislatore di valorizzare il potere di soccorso istruttorio è ispirato dal duplice fine di evitare esclusioni formalistiche e di consentire le più complete ed esaustive acquisizioni istruttorie; pertanto potrebbero determinare l'esclusione degli operatori economici concorrenti solo le carenze sostanziali della documentazione o dell'offerta presentata, quali, ad esempio, la produzione di una dichiarazione non veritiera o di un'offerta economica formulata in modo da non consentire l'individuazione, in modo univoco, del prezzo effettivamente offerto.

Non solo, ma "quando un partecipante a una procedura incorre in un errore o, in ogni caso, quando il contenuto di un documento non soddisfa appieno le necessità istruttorie dell'Amministrazione, il principio generale è che questi aspetti devono essere oggetto di chiarimenti ed integrazioni; ciò in quanto quel soggetto potrebbe risultare in concreto il migliore per soddisfare le necessità per cui è stata avviata la procedura"⁴⁵.

Il Consiglio di Stato, pur non intendendo snaturare l'approccio sostanzialistico del legislatore, ha tuttavia inteso restringere la portata del soccorso istruttorio affermando come "*nelle gare di appalto, il meccanismo del soccorso istruttorio può essere utilizzato anche per sanare irregolarità essenziali, purché non si tratti di carenze documentali sanzionate in modo espresso con l'esclusione; in ogni caso è preclusa l'integrazione della domanda di partecipazione in esito del soccorso istruttorio attuato dalla stazione appaltante; argomentando diversamente, risulterebbe violata la par condicio tra i concorrenti, allorquando un'impresa possa beneficiare di un più ampio termine per dichiarare (e, quindi,*

⁴³ C.G.A., sez. giurisdizionale, 5 novembre 2018, n. 701.

⁴⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, 13 giugno 2018, n. 3635, ha chiarito che il perimetro applicativo del soccorso istruttorio «deve essere disegnato sulla scorta di una lettura unitaria e non parcellizzata delle disposizioni ad esso dedicate, [...], oltre che alla luce della portata di principio generale ad esso riconoscibile, siccome inteso a favorire la più ampia partecipazione al procedimento di gara ed il più esteso dispiegarsi del meccanismo concorrenziale»; Sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6005 ha precisato che l'istituto «ha come finalità quella di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte.

⁴⁵ TAR Sardegna, Sez. II, sentenza 12 giugno 2019 n. 526.

dimostrare) il requisito tecnico-professionale rispetto a quello riconosciuto a tutte le altre imprese partecipanti”⁴⁶.

In particolare, ad avviso del Consiglio di Stato, nel caso in cui la *lex specialis* della gara preveda espressamente, a pena di esclusione, il possesso di un requisito corredato da apposita documentazione⁴⁷, deve escludersi che la carenza di tale documentazione possa essere sanata con l’attivazione del soccorso istruttorio ai sensi dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016⁴⁸.

Il soccorso istruttorio rappresenta dunque una delle espressioni peculiari della dialettica partecipativa tra privato e pubblica amministrazione.

La *ratio* del soccorso istruttorio è da rinvenire, come visto, nella volontà di consentire la massima partecipazione alla gara, orientando l’azione amministrativa sulla corretta verifica dei requisiti di partecipazione e della capacità tecnica ed economica, privilegiando un approccio sostanzialistico rispetto a quello formale.

Difficile è tuttora il contemperamento tra gli interessi sottesi all’istituto: e invero la giurisprudenza tende a volte a privilegiare il principio di massima partecipazione, estendendo l’applicazione del soccorso istruttorio alla sua massima latitudine, altre volte a prediligere una visione sì sostanziale ma pienamente rispettosa del rigore formale della *lex specialis*, tutelando maggiormente il principio di *par condicio*.

⁴⁶ Secondo Cons. di Stato, Sez. V, 17 giugno 2019 n. 4046: “*deve nondimeno ritenersi che nella fattispecie in esame non poteva in concreto operare il soccorso istruttorio, non ricorrendo inadempimenti documentali meramente estrinseci, né vizi procedurali facilmente emendabili*”.

⁴⁷ Nella specie si trattava della dichiarazione di disponibilità e conformità delle strutture, corredata, a pena di esclusione, dalla certificazione igienico-sanitaria, rilasciata dall’ASL competente territorialmente, attestante il requisito dell’idoneità alloggiativa delle strutture con relativa indicazione del numero di persone da ospitare.

⁴⁸ Cons. di Stato, Sez. III, 2 marzo 2017, n. 975.

**PRESIDI ANTICORRUZIONE NEL DIRITTO DEGLI APPALTI:
IL PUNTO DI VISTA DELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

Stefano Montemaggi

1. La disciplina in materia di conflitto di interessi – 1.1. Le fattispecie di conflitto rilevanti nel settore degli appalti pubblici: il recente parere del Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida ANAC – 1.2. Le ricadute di un conflitto di interessi non dichiarato sul procedimento di gara e sui suoi atti: i punti “fermi” della giurisprudenza e dell’Autorità di settore – 1.3. I riflessi di un conflitto di interessi non dichiarato tra esclusione del concorrente reticente e esercizio del potere di autotutela – 2. Strumenti di reazione “precoce” rispetto a episodi corruttivi – 2.1. L’esclusione per gravi illeciti professionali – 2.2. L’onere probatorio e motivazionale a carico della stazione appaltante: un equilibrio ancora irrisolto

1. *La disciplina in materia di conflitto di interessi*¹

Tra i presidi anticorruzione contemplati dal Codice degli Appalti su cui giurisprudenza amministrativa e ANAC più frequentemente hanno avuto modo di soffermarsi rientra senz'altro la disciplina in materia di conflitto di interessi, ricavabile dagli artt. 42² e 80³, comma 1, lett. d), del D.lgs. 50/2016: disposizioni attraverso le quali il Legislatore italiano ha inteso trasporre, a livello nazionale, l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE (nonché contestualmente gli artt. 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE).

Proprio a detto tema si riferiscono le recenti Linee Guida dell'ANAC n. 15, adottate con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, che hanno costituito l'occasione per un'importante presa di posizione da parte del Consiglio di Stato, attraverso il parere n. 667/2019 del 3 maggio 2019, reso – in attuazione dell'articolo 213, comma 2, del D.lgs n. 50/2016 – sul relativo schema sottoposto dall'Autorità.

¹ Tra i contributi dottrinali che hanno affrontato il tema dei conflitti di interessi nel nuovo Codice degli Appalti si segnalano, senza alcuna pretesa di esaustività: A. PERTICI, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti di interesse*, in *La prevenzione della corruzione* (a cura di A. PERTICI e M. TRAPANI), Torino, 2019, p. 3 e ss.; G. BATTAGLIA, *Il difficile contemperamento di interessi nel divieto di pantouflage*, in *La prevenzione della corruzione* (a cura di A. PERTICI e M. TRAPANI), cit., p. 137; A. CIOFFI, *Moralità amministrativa e conflitto d'interessi*, in *Riv. trim. dir. amm.*, 2017, n. 4, p. 685; G. MARGIOTTA, *Sull'esclusione dalla gara d'appalto per conflitto d'interesse*. Nota a Tar Bari, 4 agosto 2018, n. 1176, in *L'Amministrativista*, 2018; S. MARTINO, *Commento all'art. 42*, in R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei Contratti pubblici*, VII ed., Tomo I, 2017; G. MARGIOTTA, *Commento all'art. 80*, in R. GAROFOLI e G. FERRARI, *Codice dei Contratti pubblici*, cit., 2017; A. LALLI, *Conflitti di interessi nel diritto privato e nel diritto pubblico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, n. 1, p. 155.

² Ai sensi dell'art. 24 del Codice:
“1. *Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonche' per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parita' di trattamento di tutti gli operatori economici.*
2. *Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o puo' influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che puo' essere percepito come una minaccia alla sua imparzialita' e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62.*
3. *Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 e' tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilita' amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilita' disciplinare a carico del dipendente pubblico.*
4. *Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.*
5. *La stazione appaltante vigila affinche' gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati”.*

³ Ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. d), del Codice, “Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico”, allorché “la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”.

V'è da dire comunque che ad essere stati sinora maggiormente indagati in dette sedi sono la nozione di conflitto di interessi rilevante nel settore *de quo* nonché l'ambito di applicazione soggettivo e oggettivo della fattispecie, laddove un minor livello di sistematizzazione è stato raggiunto – ad avviso di chi scrive – sul piano delle ricadute dell'eventuale accertamento del conflitto sul procedimento così come sul provvedimento di aggiudicazione in ipotesi adottato dall'amministrazione.

In altri termini, se, da un lato, il Giudice Amministrativo ha profuso considerevoli sforzi ermeneutici nel tentativo di precisare il concetto indeterminato di conflitto di interessi evocato dall'art. 42 del codice, salvaguardandone nel contempo la *ratio* spiccatamente preventiva, dall'altro sembrerebbe rimasta più sullo sfondo la questione dei riflessi dell'accertamento del conflitto sulla procedura di evidenza pubblica e sulle misure che la stazione appaltante è tenuta ad adottare una volta compiuto detto accertamento. Proprio su questo secondo aspetto si cercherà di svolgere qualche considerazione: ciò non prima di aver dato brevemente conto degli esiti raggiunti dalla giurisprudenza e dall'Autorità di settore.

1.1 Le fattispecie di conflitto rilevanti nel settore degli appalti pubblici: il recente parere del Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida ANAC

Come accennato, l'analisi del materiale giurisprudenziale rivela una tendenza a intendere in senso ampio la fattispecie del conflitto di interessi: sia a livello dei soggetti rispetto ai quali vagliare la sussistenza del conflitto quanto a livello delle situazioni, *i.e.* delle relazioni, sufficienti a integrare il conflitto.

Sotto il primo profilo, può dirsi *jus receptum* quello secondo cui l'espressione "personale" – che ricorre all'art. 42 del codice a delimitazione dell'ambito soggettivo di applicazione – vada riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) della stazione appaltante, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna⁴. In un'occasione, il Consiglio di Stato si è addirittura spinto a sostenere che l'ampia portata della norma consente di ricomprendervi tutti coloro che, anche senza averne titolo, con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato⁵. Del pari è stata respinta la possibilità di circoscrivere la portata precettiva dell'art. 42 del Codice a quei soggetti che (in base alla effettiva organizzazione dell'amministrazione) con il loro operato, siano concretamente in grado di incidere sulla selezione dell'operatore economico affidatario, escludendo coloro che svolgano ruoli meramente

⁴ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 04/05/2017, sent. n. 3415 .

⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 22/03/2018, sent. n. 2835.

operativi: in proposito il Supremo Giudice Amministrativo, in sede consultiva⁶, ha fatto notare che “*in realtà, la alterazione della par condicio e l’atto corruttivo non necessariamente si realizzano solo con riferimento ai momenti decisori della procedura, ma anche, e forse più frequentemente, con le fasi conoscitive di essa e talvolta anche in connessione con banali operazioni burocratiche (si pensi alla protocollazione in entrata di documenti per aversi data certa), di talché la asimmetria informativa tra i concorrenti o il favoreggiamento ben possono essere causati anche da dipendenti pubblici i quali, pur privi di funzioni decisorie determinanti, possono divulgare informazioni e notizie di notevole interesse o agire durante le fasi operative burocratiche della procedura*”, aggiungendo la considerazione che “*anche attività meramente esecutive o il semplice accesso agli atti della procedura può favorire una situazione corruttiva, da cui il rischio e quindi il conflitto*”.

A tale estensione dello spettro soggettivo si abbina un’innegabile elasticità della fattispecie sotto il profilo oggettivo, essendo essa costruita anche attraverso il ricorso a concetti indeterminati, che per definizione impediscono una tipizzazione tassativa delle situazioni rilevanti *sub specie* di conflitto di interessi. Da un lato, infatti, la norma dell’art. 42 stabilisce che si ha conflitto di interessi in una situazione in cui sussista un interesse finanziario, economico o personale dell’agente e che ciò rileva allorquando detta situazione sia percepita come minaccia alla imparzialità dell’azione amministrativa. Dall’altro, attraverso il rinvio all’art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, che concerne specificatamente il conflitto a carico dei dipendenti pubblici, dà ingresso non soltanto ai conflitti tipizzati ivi previsti (rapporto di coniugio, parentela, tutoraggio etc.), ma soprattutto alle situazioni da cui emergano le c.d. “gravi ragioni di convenienza”, concetto ontologicamente irriducibile a un *numerus clausus* di situazioni.

Muovendo da detta base letterale, è stato autorevolmente osservato che, ai fini dell’individuazione di una situazione di conflitto di interesse, è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell’asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all’acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*⁷. In altri termini, “*al fine di integrare una situazione di conflitto di interessi il vantaggio competitivo così come l’asimmetria informativa possono anche solo essere potenziali, in quanto la norma del D. Lgs. 50/2016 è lato sensu una “norma di pericolo”, nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell’impresa concorrente ai*

⁶ Cfr. Cons. Stato, Sez. Consultiva per gli Atti Normativi, 31/01/2019, parere n. 667.

⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 03/09/2018, sent. n. 5158 (in particolare il capo 14.1 della sentenza). Nel caso di specie, uno dei manager dell’impresa aggiudicataria dell’appalto, con un ruolo attivo nella predisposizione degli atti dell’offerta relativa alla gara, aveva intrattenuto un pregresso rapporto diretto di collaborazione professionale con l’amministrazione appaltante, quale amministratore di una società cui era stata affidata la consulenza per la predisposizione degli atti di quella stessa gara.

sensi dell'art. 80 comma 5 lett. "d") operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare"⁸.

In sede di rilascio del parere n. 667/2019 sulle Linee Guida ANAC, il Consiglio di Stato, in via di premessa, ha tenuto a puntualizzare che la nozione di conflitto di interessi *"non si riferisce (...) a comportamenti, ma a stati della persona"*, sicché il conflitto *"non consiste in comportamenti dannosi per l'interesse funzionalizzato, ma in una condizione giuridica o di fatto dalla quale scaturisce un rischio di siffatti comportamenti, un rischio di danno"*: da ciò conseguendo che *"l'essere in conflitto e abusare effettivamente della propria posizione sono due aspetti distinti"*. Nel contempo, il parere dichiara di voler delimitare la fattispecie del conflitto di interessi *ex art. 42 del Codice*, sul rilievo che *"le situazioni di conflitto di interessi assumono una notevole rilevanza nei confronti del soggetto pubblico per le gravi conseguenze giuridiche derivanti dalla omissione della loro dichiarazione"* e che dunque è inaccettabile una definizione generica e indeterminata che non renda possibile inquadrare precisamente l'oggetto della omissione. A fronte di dette premesse, la Sezione Consultiva sostiene che l'art. 42 contenga tre categorie distinte di conflitto di interessi: 1) la prima si verifica ove il soggetto abbia *"direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione"*; 2) la seconda, derivante dal richiamo alle fattispecie tipiche dell'art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 (coniugio, parentela, etc.); 3) la terza derivante anche essa dal richiamo al detto articolo 7, nella parte in cui esso si riferisce alle *"gravi ragioni di convenienza"*, concetto quest'ultimo assimilabile a quello di *"interesse anche solo potenziale"* di cui all'art. 6-bis della legge n. 241 del 1990.

È opinione della Sezione Consultiva che i casi tipici di conflitto – ossia quelli connessi a rapporti di coniugio o convivenza, rapporti di parentela o affinità entro il secondo grado, rapporti di frequentazione abituale, pendenza di una causa⁹ o

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 14/01/2019, sent. n. 355. Nel caso di specie, i Giudici di Palazzo Spada, in riforma della sentenza di primo grado, hanno giudicato legittimo il provvedimento di esclusione assunto dalla stazione appaltante nei confronti di un concorrente che aveva previsto la presenza di un professionista dipendente della stazione appaltante nel gruppo di lavoro preposto all'esecuzione del contratto. Ad avviso del Consiglio di Stato, *"non è ragionevolmente confutabile che la presenza – in seno al gruppo di lavoro di una ditta concorrente – di una figura dirigenziale di rilievo nella struttura organizzativa della stazione appaltante e direttamente a conoscenza, per ragioni del proprio ufficio, dell'andamento dell'attività (...), possa aver determinato una potenziale asimmetria informativa a vantaggio della medesima ditta in sede di formulazione della propria offerta"*.

⁹ In merito a questa specifica ipotesi si segnala che il Consiglio di Stato (sez. V, 06/12/2018, sent. n. 7170) ha escluso la configurabilità di una situazione di conflitto di interessi nel caso in cui risulti che un dirigente della p.a. nominato presidente della commissione di gara nel corso degli anni, nello svolgimento delle sue mansioni, abbia adottato molteplici provvedimenti pregiudizievoli, tali da determinare l'insorgere di diverse controversie giurisdizionali, con una delle imprese partecipanti alla gara. In particolare, il CdS ha considerato rilevante la circostanza che *"detti provvedimenti, benché [avessero] inciso negativamente sulla sfera giuridica della destinataria (comportando l'esclusione da una procedura gara o la decadenza dall'affidamento dei servizi), [fossero] stati assunti dall'avv. Cu. unicamente nell'esplicazione delle funzioni dirigenziali, in qualità di RUP o di dirigente del Servizio competente, presso altro Comune, e sono stati anche dichiarati legittimi all'esito dei contenziosi instaurati"*.

di grave inimicizia, rapporti di credito o debito significativi, rapporti di tutorato, curatela, rappresentanza o agenzia, rapporti di amministrazione, dirigenza o gestione di associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti – non necessitano di sforzi ermeneutici per essere individuati, poiché il legislatore ha già indicato presupposti e condizioni utili al riguardo.

Quanto alle ipotesi atipiche, spiega la Sezione che le situazioni di “*potenziale conflitto*” sono, in primo luogo, “*quelle che, per loro natura, pur non costituendo allo stato una delle situazioni tipizzate, siano destinate ad evolvere in un conflitto tipizzato (ad es. un fidanzamento che si risolva in un matrimonio determinante la affinità con un concorrente)*”, ad esse aggiungendosi quelle situazioni le quali possano per sé favorire l’insorgere di un rapporto di favore in relazione a pregressi rapporti inquadrabili nelle categorie dei conflitti tipizzati (l’esempio è quello di una situazione di pregressa frequentazione abituale – un vecchio compagno di studi – che ben potrebbe risorgere o comunque ingenerare dubbi di parzialità).

L’indeterminatezza delle situazioni atipiche andrebbe poi colmata “*mediante un esame teleologico, che tenda ad indagare se effettivamente, nel caso concreto, l’imparzialità ed il buon andamento dell’azione amministrativa della stazione appaltante siano messi in pericolo e contestualmente percepite come minaccia alla imparzialità ed indipendenza*”. In questa prospettiva, non basta che, per effetto della situazione, la pubblica amministrazione sia percepibile come parziale, occorre la sussistenza di un pericolo concreto ed effettivo. Invero, il Consiglio di Stato, per un verso, riconosce che il codice dei contratti pubblici pone come condizione di rilevanza del conflitto il fatto che la situazione possa “*essere percepita*” come una minaccia all’imparzialità e indipendenza dell’agire, ricollegando quindi la disciplina in tema di conflitto all’obiettivo di tutela di un interesse immateriale della pubblica amministrazione: quello al proprio decoro e prestigio. E in ciò la Sezione Consultiva si riallaccia a precedenti dello stesso Consiglio in veste giurisdizionale, che hanno ravvisato la sussistenza del conflitto in presenza di situazioni idonee a generare un “*astratto vulnus del prestigio dell’azione amministrativa*”¹⁰. Per altro verso, la medesima Sezione unisce a detto criterio un altro, palesemente funzionale a elevare la soglia di rilevanza, in base al quale il pericolo per l’azione amministrativa e segnatamente per la sua imparzialità, oltre ad essere percepibile come tale, deve essere anche concreto ed effettivo. Purtroppo, non sono offerte esemplificazioni che valgano a chiarire detto criterio; la Sezione si limita a parlare di una verifica condotta dall’Amministrazione sulla base di “*circostanze concrete e documentabili*”. Né esemplificazioni in tema si rinvencono a livello di Linee Guida dell’ANAC: all’interno delle quali pare rinvenirsi un unico precipitato della riflessione condotta dalla Sezione consultiva sui criteri di rilevanza, là dove si dice che, onde verificare la sussistenza del conflitto, “*la stazione appaltante deve valutare tutte le circostanze del caso concreto, tenendo conto della propria organizzazione,*

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 04/05/2017, sent. n. 3415, cit.

della specifica procedura espletata nel caso di specie, dei compiti e delle funzioni svolte dal dipendente e degli interessi personali dello stesso”¹¹⁻¹².

1.2 Le ricadute di un conflitto di interessi non dichiarato sul procedimento di gara e sui suoi atti: i punti “fermi” della giurisprudenza e dell’Autorità di settore

Così sommariamente descritto l’approdo sinora raggiunto da giurisprudenza e Autorità di settore in merito al concetto di conflitto di interessi rilevante *in subjecta materia*, si intende svolgere talune considerazioni in ordine alle conseguenze di un “conflitto non dichiarato” sul procedimento di affidamento, sugli operatori economici che ad esso partecipano nonché sul provvedimento di aggiudicazione eventualmente adottato. Non saranno viceversa esaminate – attesa l’economia del presente contributo – le misure che la stazione appaltante, *in primis* ai sensi dell’art. 42, comma 3, del Codice, può assumere nei confronti del proprio personale che, versando in una situazione di conflitto di interessi, ometta di adempiere all’obbligo dichiarativo: che – come detto – è l’ipotesi di partenza del ragionamento di seguito sviluppato.

¹¹ Cfr. Linee Guida ANAC n. 15, punto 8.4.

¹² La giurisprudenza di merito che sinora al richiamato parere è seguita ha tratto le mosse dall’assunto che il conflitto di interessi ex art. 42 del Codice sussiste e rileva anche con riferimento a situazioni meramente “potenziali” e non necessariamente connesse all’esistenza di un concreto conseguito vantaggio competitivo. Si vedano da ultimo: *i*) TAR Puglia (Bari), sez. III, 27/03/2019, sent. n. 1006, che – in relazione alla gara per l’affidamento del “*servizio di integrazione specialistica scolastica di studenti disabili frequentanti (...) le scuole di ogni ordine e grado dell’area metropolitana di Bari*” – ha ritenuto (in *obiter*) legittima l’esclusione del RTI aggiudicatario, sul rilievo che il vice presidente del Consiglio di sorveglianza di una cooperativa di un consorzio partecipante al RTI aggiudicatario rivestiva anche il ruolo di componente del Nucleo di Valutazione della Città Metropolitana di Bari, e come tale preposto alla valutazione delle *performance* di tutti gli organi di vertice dell’Ente, ivi compreso il Dirigente del Servizio Stazione unica appaltante che, nella procedura controversa, rivestiva anche il ruolo di Presidente della Commissione giudicatrice e del seggio di gara (il TAR reputa del pari rilevante il fatto che il Nucleo di Valutazione si riuniva presso gli uffici della Città Metropolitana di Bari e acquisiva documenti direttamente e per il tramite di tali uffici, ai quali i suoi componenti avevano accesso e dei quali direttamente si avvalevano, relazionandosi con i dipendenti dell’Amministrazione); *ii*) TAR Piemonte (Torino), sez. I., 08/05/2019, sent. n. 948, secondo il quale le ipotesi contemplate dall’art. 42 “*si verificano quando il dipendente pubblico (ad esempio, il Rup ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d’appalto, è portatore di interessi della propria o dell’altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l’esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni*”. Nel caso di specie, la stazione appaltante aveva risolto il contratto in autotutela, con lo scorrimento della graduatoria e l’aggiudicazione al concorrente immediatamente successivo, per aver riscontrato, nel corso dei controlli di cui al decreto legislativo n. 50/2016, che l’Amministratore Delegato dell’originario aggiudicatario era dipendente della stazione appaltante con posizione apicale all’interno della Direzione Generale. Ad avviso del TAR, “*considerata la sussistenza della specifica situazione di conflitto di interessi che interessava lo stesso amministratore delegato dell’aggiudicatario, il provvedimento di annullamento non necessitava di particolare motivazione e non richiedeva la previa comunicazione di avvio del procedimento*”.

Ciò premesso, sono due le disposizioni del Codice che laconicamente trattano degli effetti del conflitto sul procedimento amministrativo di selezione del contraente ed eventualmente sul suo provvedimento conclusivo: i) da un lato, l'art. 42, comma 1, che, riproponendo pedissequamente l'art. 24(1) della direttiva, impone alla stazione appaltante di *“risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione (..), in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici”*; ii) dall'altro, l'art. 80, comma 5, lett. d), che, in linea con l'art. 57(1)(e) della direttiva, prevede l'esclusione dalla gara dell'operatore economico la cui partecipazione *“determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*. Al tempo stesso, tuttavia, assume altresì rilievo il disposto dell'art. 77, commi 6, 9 e 11, in tema di cause ostative alla nomina a componente della commissione giudicatrice e riflessi della loro violazione.

Punto di partenza può essere ancora una volta il parere n. 667/2019 reso dal Consiglio di Stato sulle Linee Guida ANAC in materia di conflitto di interessi. È un dato come la Sezione si sia soffermata essenzialmente sulla misura dell'esclusione del concorrente *ex art. 80, comma 5, lett. d)*. In particolare, in merito ai presupposti legittimanti detta esclusione il Consiglio fornisce un'interpretazione particolarmente restrittiva, declinando la misura espulsiva in questione come *extrema ratio*, attivabile soltanto quando siano *“assolutamente e oggettivamente impossibili sia la sostituzione del soggetto che versa nella situazione di conflitto di interesse, sia l'avocazione dell'attività al responsabile del servizio, sia il ricorso a formule organizzatorie alternative previste dal codice”*: impossibilità che – oltre ad essere assoluta e oggettiva, e come tale insuscettibile di ricomprendere ragioni di correttezza amministrativa o pur gravi difficoltà organizzative – dovrebbe anche essere *“puntualmente ed esaustivamente motivata e dimostrata”*. Del resto, presupposto di tutto il ragionamento della Sezione è che il *“concorrente non ha dato volontariamente adito al conflitto poiché con la sua partecipazione non ha fatto altro che fruire di un suo interesse legittimo costituzionalmente protetto, e che non necessariamente deve essere a conoscenza della situazione personale che genera il conflitto”*, con l'ulteriore conseguenza che *“non possa essere addossato al concorrente alcun obbligo di eliminare il conflitto di interessi, poiché, dal canto suo, l'unico mezzo sarebbe per lui quello di non partecipare alla gara, il che inciderebbe sui suoi diritti costituzionali”*. Ne discende, in detta prospettiva, il carattere del tutto residuale dell'esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. d)*. Un cenno fugace è stato, nel contempo, riservato all'ipotesi che la stazione appaltante, anziché attivare la misura espulsiva di cui all'art. 80, comma 5, lett. d), eserciti il potere di esclusione *ex art. 80, comma 5, lett. c-bis)* (relativo al caso di omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione) per non aver il concorrente dichiarato la sussistenza di un conflitto di interesse: trattasi però di un potere che – a detta del Consiglio in funzione consultiva – è subordinato alla *“valutazione della gravità della incidenza sul corretto svolgimento della procedura nonché di circostanze particolari della situazione concreta, come ad esempio la oggettiva impossibilità del concorrente di conoscere la sussistenza del conflitto”*.

Nessuna osservazione è stata invece formulata dalla Sezione Consultiva in ordine a due punti dello Schema di Linee Guida dell'ANAC che specificamente alludono alle possibili ricadute del conflitto sul provvedimento di aggiudicazione. In particolare, il riferimento è al punto 9.2. delle Linee (secondo la numerazione risultante dal testo definitivamente approvato), là dove è precisato che se le condizioni che rendono l'esclusione *ex art. art. 80, comma 5, lett. d)* l'unico rimedio in grado di risolvere il conflitto *“si verificano successivamente all'aggiudicazione, la stazione appaltante, previa idonea ponderazione degli interessi coinvolti, effettua le valutazioni di competenza in ordine all'annullamento dell'aggiudicazione o alla risoluzione del contratto”*. Del pari esente da rilievi è rimasto il punto 12.5 delle citate Linee Guida che espressamente parla di *“effetti della violazione delle disposizioni sul conflitto di interessi sul procedimento amministrativo e sul provvedimento conclusivo dello stesso, con particolare riferimento alla possibile configurazione dell'eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa, che può condurre all'annullamento d'ufficio del provvedimento adottato quando i relativi effetti contrastino con l'interesse pubblico specifico del procedimento, rinvenibile nella scelta del contraente più idoneo”*.

1.3. I riflessi di un conflitto di interessi non dichiarato tra esclusione del concorrente reticente e esercizio del potere di autotutela

Un discorso più ampio in merito alle conseguenze del conflitto sulla gara richiede, ad avviso di chi scrive, che si proceda distinguendo le diverse situazioni che l'Amministrazione può trovarsi a fronteggiare.

Più precisamente, si è dell'idea che un criterio per distinguere le situazioni di conflitto e modulare la relativa reazione dovrebbe anzitutto considerare il momento, *i.e.* la fase del complesso *iter* per l'affidamento dell'appalto, cui partecipa il dipendente in conflitto. In particolare, assumendo questo specifico punto di vista, si tenterà di comprendere quando si realizzino i presupposti per l'esclusione dell'operatore in conflitto *ex art. 80, comma 5, lett. d)*, che il Consiglio di Stato – come visto – ritiene rimedio del tutto residuale, e nel contempo anche il tipo di impatto che un conflitto non dichiarato può, a seconda dei casi, produrre sul procedimento.

a) Il primo caso da assumere è quello in cui il conflitto di interessi derivi da una relazione tra un dipendente della stazione appaltante che partecipi alla fase di progettazione della gara e di predisposizione dei documenti della procedura o che comunque vi abbia accesso e un operatore economico, il quale risulti poi tra i concorrenti nell'ambito della procedura di affidamento, da aggiudicare attraverso il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Si assume altresì, tra le ipotesi di partenza, che il dipendente in questione non prenda parte alle ulteriori fasi della gara. Si materializza, in detta situazione, un significativo rischio di asimmetria informativa a vantaggio dell'operatore economico di cui sopra, stante il pericolo che l'operatore in parola – in virtù della relazione descritta in

premessa – abbia potuto acquisire, ancor prima della pubblicazione del bando e comunque in anticipo rispetto agli altri futuri concorrenti, informazioni utili ai fini del confezionamento dell’offerta o addirittura informazioni utili (sempre ai fini dell’offerta) rimaste inaccessibili agli altri concorrenti. Al ricorrere di simili presupposti l’esclusione dell’operatore economico di cui sopra, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. d), potrebbe essere inevitabile, in quanto unica misura oggettivamente idonea a risolvere il conflitto di interessi, *i.e.* a correggere la situazione innescata dalla relazione conflittuale, neutralizzando il pericolo che l’esito della gara rimanga condizionato da quella relazione. Del resto, misure meno intrusive che consentano di preservare la partecipazione alla procedura del suddetto operatore non sembrerebbero disponibili nel caso *de quo*, atteso che – per il tipo di relazione conflittuale – la lesione dei principi di imparzialità e parità di trattamento potrebbe essersi verificata proprio al momento della presentazione delle offerte, venendosi potenzialmente a radicare nell’offerta del concorrente “legato” alla stazione appaltante: l’unica misura alternativa in grado di eliminare il pericolo essendo l’annullamento in autotutela dell’intera gara e la sua regressione alla fase progettuale di individuazione dei requisiti di partecipazione e dei requisiti dell’offerta. Né al ricorrere di una situazione quale quella sopra descritta avrebbe senso subordinare l’esclusione dell’operatore all’esistenza di prove o comunque indizi di un flusso di informazioni “utili” concretamente intercorso tra il soggetto collegato alla stazione appaltante e detto operatore, posto che ciò contraddirebbe la nozione di conflitto di interessi avallata dal Giudice Amministrativo e sottoporrebbe la stazione appaltante a un maggior contenzioso, che a quel punto si incentrerebbe sulla valutazione del materiale probatorio/indiziario. Piuttosto, anche alla luce dei criteri enunciati dal Consiglio di Stato nel proprio parere n. 667/2019, occorrerà – prima di dar luogo alla misura espulsiva nel caso di specie – valutare il tipo di relazione tra il soggetto della stazione appaltante, che si suppone fosse nella posizione di accedere a informazioni utili alla predisposizione dell’offerta e l’operatore economico, per verificare che il tipo di legame – stante le sue caratteristiche, la sua attualità – sia potenzialmente idoneo a generare il rischio di un passaggio di informazioni rilevanti, utilizzabili per la formazione dell’offerta: da questo punto di vista, potrebbe dubitarsi della rilevanza di relazioni “deboli”, non rientranti tra quelle tipizzate dall’art. 7 del d.P.R. n. 62 del 2013 (coniugio, parentela, etc.), di “vecchia data”, in assenza di elementi concreti e documentabili in grado di attestarne la reviviscenza.

Laddove un simile conflitto fosse accertato dalla stazione appaltante ad aggiudicazione avvenuta a favore dell’operatore economico in conflitto, l’Amministrazione dovrebbe a quel punto annullare il provvedimento di aggiudicazione, escludere l’operatore e scorrere la graduatoria a favore del secondo classificato a norma dell’art. 122 del Codice, essendo ciò sufficiente a correggere il conflitto.

b) Un discorso diverso deve esser fatto in relazione a tutte quelle situazioni in cui il dipendente della stazione appaltante in conflitto di interessi sia rimasto estraneo a tutta la fase di progettazione/preparazione della gara e della sua *lex specialis*, senza neppure potervi accedere (rilevando, sotto questo profilo, anche la posizione

funzionale del dipendente all'interno della struttura organizzativa della stazione), e abbia invece preso parte ad un momento successivo della complessa procedura di affidamento. Al verificarsi di dette condizioni, l'esclusione dell'operatore non può trovare base legale nell'art. 80, comma 5, lett. d), del Codice, atteso che in tal caso si deve supporre che la partecipazione dell'operatore alla gara, e segnatamente la sua offerta, non sia stata influenzata dal conflitto. In altri termini, nei casi della specie, non ricorrono elementi per ritenere che la relazione tra l'operatore economico e il soggetto dell'Amministrazione possa aver generato a favore della prima un vantaggio competitivo ai fini della presentazione dell'offerta, sì da rendere la sua partecipazione alla gara inconciliabile con il principio di imparzialità dell'azione amministrativa. Da questo angolo visuale, è di ogni evidenza che la misura espulsiva *ex art. 80, comma 5, lett. d)* sarebbe sproporzionata, giacché non varrebbe a sterilizzare o anche solo a ridurre i possibili effetti negativi realizzatisi per effetto del conflitto, che rischiano di annidarsi non già nell'offerta presentata dal concorrente, bensì nell'attività compiuta dalla stazione appaltante a valle della presentazione delle offerte.

Va detto comunque, per completezza, in linea con quanto osservato dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 667/2019, che anche in questi casi l'esclusione del concorrente potrebbe in ipotesi essere disposta a norma dell'art. 80, comma 5, lett. *c-bis*), allorquando dovesse risultare che l'operatore – al momento della presentazione della documentazione amministrativa – aveva gli elementi per riconoscere e apprezzare l'esistenza della situazione conflittuale, rilevante ai sensi dell'art. 42 del Codice, sicché l'omessa dichiarazione gli sia imputabile; ma, a tal fine, acquisteranno particolare pregnanza soprattutto le circostanze del caso concreto, come ad esempio il ruolo e la posizione più o meno significativa rivestita all'interno dell'impresa dal soggetto legato al funzionario della stazione appaltante, essendo obiettivamente difficile, in assenza di specifici indizi, imputare l'omissione all'impresa ove la relazione con il dipendente dell'Amministrazione interessi un soggetto “residuale” nell'organizzazione aziendale dell'operatore

Fatta questa precisazione, resta però da comprendere come in tale scenario il conflitto non dichiarato – pur non integrando i presupposti per l'esclusione del concorrente *ex art. comma 5, lett. d)* – si riverberi sul procedimento di gara e sui suoi atti.

b1) *Quid juris* nel caso in cui il funzionario della stazione appaltante, che si suppone si trovi in conflitto di interessi abbia concorso all'attività di esame della c.d. documentazione amministrativa presentata dai concorrenti, ai fini dell'individuazione di quelli da ammettere alle ulteriori fasi di gara? Sarebbe probabilmente ultroneo e sproporzionato ritenere che in tal caso l'Amministrazione, sul mero rilievo dell'esistenza di un conflitto non dichiarato, debba sempre e comunque annullare in autotutela l'atto endoprocedimentale, cui abbia preso parte il dipendente “interessato”, con conseguente travolgimento “a catena” di tutti gli atti procedurali che *medio tempore* siano stati assunti. La circostanza che il dipendente “interessato” non abbia dichiarato l'esistenza

del conflitto, come prescritto dalla normativa, per quanto rilevante sul piano disciplinare (art. 42, comma 3, del Codice), non parrebbe assurgere a violazione di legge dotata di automatici effetti invalidanti sull'atto cui detto dipendente abbia concorso. In tal senso sembra muovere la stessa Autorità Anticorruzione là dove nelle Linee Guida (e segnatamente in coincidenza del già ricordato punto 12.5) evoca il paradigma dell'annullamento per eccesso di potere, a significare che il conflitto – a fini invalidatori – deve essersi concretamente tradotto in uno sviamento, in un'illogicità, *i.e.* in una irragionevole deviazione rispetto allo schema ordinario, spiegabile alla luce dell'interesse di cui quel dipendente è portatore.

In ogni caso, quand'anche si ritenesse che la mera violazione dell'obbligo dichiarativo del conflitto di interessi possa riflettersi sulla legittimità dell'atto in ipotesi assunto dal dipendente che a quella dichiarazione era tenuto, occorrerebbe pur sempre considerare che residua in capo alla stazione appaltante il potere di convalidare l'atto a norma dell'art. 21-*nonies* della L. 241/1990 qualora, all'esito della verifica (di resistenza) disposta dall'Amministrazione sull'atto, risulti che lo stesso non è stato concretamente condizionato dal conflitto: in tal senso, va richiamata la recente giurisprudenza secondo cui l'art. 21-*nonies* consente all'Amministrazione di sanare tutti i vizi di legittimità di cui una propria precedente determinazione autoritativa sia in ipotesi affetta, ivi compresi gli atti di gara disposti con la partecipazione al procedimento di un dipendente “*in evidente conflitto di interessi*”¹³.

b2) La questione si pone in termini più articolati nel caso in cui il conflitto non dichiarato riguardi un membro della Commissione giudicatrice. Occorre in particolare chiedersi quali siano le misure correttive che la stazione appaltante deve adottare una volta che la Commissione così formata abbia espletato i propri lavori. Non dovrebbe anzitutto darsi il caso in cui un dipendente in conflitto di interessi che abbia partecipato alla fase genetica della gara sia poi chiamato a far parte della Commissione giudicatrice. Ciò in forza del disposto dell'art. 77, comma 4, del Codice, che vieta di rivestire la posizione di commissario a chi abbia già svolto altri incarichi relativamente al processo di affidamento del contratto

Il medesimo art. 77 del Codice espressamente qualifica *sub specie* di causa di incompatibilità il fatto che il commissario si trovi in una delle situazioni contemplate dall'art. 42 del medesimo D.lgs. n. 50/2016 o in una di quelle previste dall'art. 51 del Codice. Sul punto la giurisprudenza è orientata nel senso di ritenere che ogni qualvolta emergano elementi idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere il delicato e cruciale ruolo affidato alla commissione di gara di garante dell'imparzialità delle valutazioni, la semplice sostituzione del componente al quale sia imputabile la causa di illegittimità non è sufficiente, dato che c'è “*il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di*

¹³ In questi termini Cons. Stato, sez. III, 20/06/2019, sent. n. 4461.

*gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo*¹⁴. In altri termini, sulla base di detto orientamento, nella misura in cui risulti che la commissione giudicatrice ha avviato le proprie operazioni, compiendo valutazioni di tipo tecnico-discrezionale, con la presenza di un commissario in conflitto di interessi, l'incompatibilità del commissario "interessato" determina i presupposti per l'annullamento dell'atto di nomina e, di riflesso, di tutti gli atti che da quella nomina siano gemmati¹⁵. E ciò indipendentemente dal fatto che la situazione di incompatibilità abbia in concreto sortito un risultato illegittimo, *sub specie* di eccesso di potere¹⁶. Del resto, poiché il codice (art. 77) attribuisce in via esclusiva alla Commissione giudicatrice la "valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico", non potrebbe la stazione appaltante sostituirsi alla Commissione per ripetere le valutazioni ad essa solo spettanti, onde addivenire ad una loro eventuale convalida nel caso di riscontrata assenza di vizi: *de jure condito*, l'unica strada percorribile appare dunque quella della caducazione dell'atto di nomina, con ripetizione di tutte le attività susseguenti all'atto in parola.

b3) Ulteriore ipotesi da vagliare è quella in cui il soggetto portatore del conflitto prenda parte alle attività successive alla formazione della graduatoria finale, nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia. Non è questa la sede per poter entrare nel merito del recente dibattito giurisprudenziale riguardo all'organo, interno alla stazione appaltante, competente a svolgere la verifica delle offerte anormalmente basse, e in particolare se sia o meno possibile per l'Amministrazione prevedere nella *lex specialis* l'attribuzione di detta competenza integralmente in capo alla Commissione giudicatrice, anziché al RUP¹⁷. Del resto, quand'anche la verifica di anomalia fosse stata rimessa alla Commissione e il conflitto di interessi "non dichiarato" riguardasse un commissario, le conseguenze non potrebbero che essere quelle già descritte *sub* b2).

Ove, per contro, il controllo di congruità sia attribuito dal RUP, che secondo l'indirizzo prevalente mantiene, anche sotto la vigenza del nuovo

¹⁴ Cfr., in tal senso, Cons. Stato, sez. III, 25/10/2018, sent. n. 6299; Cons. Stato, sez. III, 24/05/2018, sent. n. 4830.

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, Ad. Plenaria, 07/05/2013, n. 13, in base al cui insegnamento "la caducazione della nomina, ove si accerti (...) essere stata effettuata in violazione delle regole, (...) comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento".

¹⁶ Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 13/02/2004, n. 563; Cons. Stato, sez. V, 11/07/2017, n. 3415.

¹⁷ Detta possibilità è stata espressamente ammessa dal TAR Liguria (Genova), sez. II, 13/08/2019, sent. n. 688, secondo cui "l'art. 97 (...) contiene degli indizi tali da fare ritenere che la scelta in ordine alla competenza sulla verifica di anomalia dell'offerta sia in ultima analisi rimessa alla stessa stazione appaltante in sede di redazione della *lex specialis* di gara", posto che la stazione appaltante è la "sola che conoscendo le peculiarità della singola competizione, in termini di valore economico, complessità fattuale, esigenze di rapidità ecc., può consapevolmente decidere a quale organo fare svolgere la verifica di anomalia".

codice, la responsabilità finale di detta verifica¹⁸, l'esistenza di un conflitto non dichiarato in capo al RUP o a uno o più dipendenti della stazione appaltante chiamati a coadiuvarlo (eventualmente attraverso la specifica struttura di supporto istituita ex art. art. 31, comma 9, del Codice) non dovrebbe essere circostanza *ex se* sufficiente a mettere a repentaglio la legittimità di detta attività procedimentale, fermo restando che – onde fugare ogni incertezza circa la validità ed efficacia della verifica di anomalia – l'Amministrazione potrebbe anche in questo caso sfruttare il meccanismo della convalida ex art. 21-*nonies* della L. 241/1990¹⁹: eccezion fatta ovviamente, per l'ipotesi in cui risulti che il conflitto abbia avuto concreti riflessi sulle valutazioni compiute, configurandosi nella specie un'ipotesi di annullabilità per eccesso di potere. Una precisazione merita, infine, il caso in cui la *lex specialis* – esercitando l'opzione contemplata dalle Linee Guida n. 3 dell'ANAC²⁰ per le gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa – preveda che la verifica sulle offerte anormalmente basse sia svolta dal RUP con il supporto della Commissione giudicatrice. Ebbene, qualora in tale schema la Commissione venisse, ad esempio, a esprimere un parere a valle di una valutazione preliminare espressa da un RUP in conflitto di interessi, l'atto finale di verifica dell'anomalia difficilmente potrebbe essere convalidato *sic et simpliciter* dalla stazione appaltante, stanti i limiti alla possibilità per la stazione appaltante di surrogarsi alla Commissione nelle valutazioni tecniche da essa svolte (cfr. *supra*, sub b2).

2. *Strumenti di reazione “precoce” rispetto a episodi corruttivi*

Sin qui l'attenzione è stata incentrata su un tipico istituto di natura preventiva, concepito nell'ottica di consentire all'Amministrazione di estirpare in partenza una delle situazioni – l'intreccio di interessi tra imprese ed esponenti della stazione appaltante – che può fungere da fertile terreno per il sorgere di fenomeni corruttivi.

Mutando la prospettiva di osservazione, viene da chiedersi quale strumentario la disciplina sugli appalti pubblici metta oggi a disposizione delle stazioni appaltanti per reagire prontamente ed efficacemente, pur in assenza di un accertamento definitivo da parte dell'Autorità giudiziaria penale, all'eventuale tentativo di uno o più concorrenti di influenzare indebitamente l'esito della

¹⁸ Cfr. TAR Lazio (Latina), sez. I, 06/06/2018, sent. n. 323, secondo il quale “Il testo dell'art. 97 del nuovo codice dei contratti pubblici non contiene elementi che depongono per il passaggio delle competenze inerenti alla verifica dell'offerta anomala in capo alla Commissione giudicatrice, di cui all'art. 77 del medesimo D.lgs. 18/04/2016, n. 50, e in grado di supportare un mutamento rispetto all'orientamento formatosi in vigenza del vecchio codice degli appalti”. Negli stessi termini, TAR Campania (Napoli), sez. VIII, 19/10/2017, sent. n. 4884.

¹⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 20/06/2019, sent. n. 4461, cit., riferito proprio alla convalida di un atto del RUP.

²⁰ Cfr. Linee Guida n. 3, aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017, con deliberazione del Consiglio dell'ANAC n. 1007 dell'11 ottobre 2017, e in particolare sez. 5.3.

gara, attraverso il ricorso a pratiche di tipo corruttivo, così come per reagire nei confronti di concorrenti che risultino implicati in episodi di corruzione, per quanto avvenuti al di fuori della gara.

Alla luce del dato giurisprudenziale, può oggi senz'altro dirsi che la previsione dell'art. 80, comma 1, lett. b), del Codice, in forza della quale la stazione appaltante è tenuta a escludere l'operatore economico in presenza di una condanna con sentenza definitiva per uno dei delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis del codice penale, non è ostativa alla rilevanza – a fini espulsivi – di condotte riconducibili *lato sensu* alle suddette fattispecie e che tuttavia non siano state ancora accertate in sede penale o quanto meno non lo siano state in via definitiva.

In proposito, va infatti dato atto che attraverso la figura del “grave errore nell'esercizio dell'attività professionale” di cui all'art. 38, comma 1, lett. f) dell'abrogato D.lgs. 163/2006, poi evolutasi in quella dei “gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia (..) la integrità o affidabilità” ex art. 80, comma 5, lett. c, del Codice vigente²¹, sia l'ANAC²² sia il Giudice amministrativo hanno ritenuto di poter legittimare misure espulsive adottate dalle stazioni appaltanti con l'intento di “allontanare” operatori coinvolti in procedimenti penali per fattispecie *lato sensu* corruttive, consumatesi nell'ambito del medesimo procedimento di gara o al di fuori di esso. A detto strumentario si è aggiunta, da ultimo, l'ipotesi contemplata dalla lettera *c-bis*) dell'art. 80, comma 5 (nel testo rivisto a seguito dell'intervento di novellazione di cui al D.L. 14 dicembre 2018, n. 135), che espressamente prevede l'esclusione a carico dell'operatore il quale “*abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante*”²³.

²¹ Nel perimetrare l'ambito di operatività del richiamato art. 38, comma 1, lett. f), la giurisprudenza ne ha esteso l'applicazione ad ogni comportamento scorretto che incida sulla credibilità professionale dell'operatore economico – compresi i casi di non corretta, imprecisa o carente esecuzione di un contratto o di una sua parte – senza limitarsi alle sole violazioni delle norme di deontologia in senso stretto della professione cui esso appartiene (cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 11/07/2016, sent. n. 3070; Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Sentenza del 18 dicembre 2014, *Generali-Providencia Biztosító*, C-470/13, EU:C:2014:2469).

²² Il riferimento è alle Linee Guida n. 6 dell'ANAC, nella versione aggiornata con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. L'Autorità ritiene (cfr. punto 2.2.) che rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, alla stregua di gravi illeciti professionali, “*le condanne non definitive per i reati di cui all'art.80, co. 1*”, nonché per una serie di ulteriori reati ivi elencati (tra cui reati fallimentari, reati previsti dal d.lgs. 231/2001).

²³ Si segnala, al riguardo, la sentenza del Cons. Stato, sez. V., 01/04/2019, sent. n. 2123, secondo cui “*Non vi sono dubbi circa la sussistenza del potere discrezionale della Stazione Appaltante di revocare l'aggiudicazione definitiva in relazione all'emersione di un interesse pubblico concreto derivante dalla conoscenza di circostanze, risultanti dalle indagini penali, nel caso in cui questi riguardano specificamente una gara il cui esito potrebbe essere stato indebitamente influenzato*”. In tali ipotesi – continua il Consiglio – “*qualora ricorra un quadro di elementi precisi, diretti e concordanti, la stazione appaltante, al fine di addivenire al giudizio finale, può e deve far riferimento al complesso delle circostanze emergenti dalla fattispecie, senza che occorra necessariamente attendere sempre l'esito del giudizio penale al fine di affermare l'inaffidabilità, l'incongruità o la mancanza di integrità della procedura di gara*”.

La stessa Corte di Giustizia, in sede di rinvio pregiudiziale, ha chiarito che le amministrazioni aggiudicatrici – pur non avendo il compito di stabilire la responsabilità di determinati agenti nel commettere una violazione a una norma di diritto, accertando con imparzialità la realtà di fatti che possono costituire una siffatta violazione, nonché punendo il comportamento illecito pregresso di detti agenti – “devono valutare i rischi cui potrebbero essere esposte aggiudicando un appalto a un offerente la cui integrità o affidabilità sia dubbia”²⁴.

Per rispondere al quesito iniziale, si tratta allora di vedere, più nel dettaglio, a quali condizioni la giurisprudenza abbia subordinato la concreta attivazione di dette misure, e in particolare quale sia l’onere probatorio/motivazionale posto a carico della stazione appaltante in questi casi.

2.1. L’esclusione per gravi illeciti professionali

In linea generale, come già anticipato, i Giudici amministrativi unanimemente riconoscono che i fatti oggetto di accertamento in un procedimento penale ancora in corso possano essere considerati “mezzi adeguati” da parte di un’amministrazione aggiudicatrice per dimostrare che un operatore economico si sia reso responsabile di gravi illeciti professionali²⁵. Nel contempo, è consolidato il principio secondo cui quando la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale non compreso nell’elenco dell’art. 80, c. 5, lett. c) del Codice deve adeguatamente motivare l’esercizio di siffatta discrezionalità, ed in maniera più rigorosa ed impegnativa rispetto a quanto avviene a fronte delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge²⁶. Per esprimere il medesimo concetto, è stato fatto altresì riferimento all’esigenza di un puntuale onere motivazionale in capo alla Stazione appaltante, la quale è tenuta a descrivere precisamente i fatti e la loro incidenza causale sul rapporto fiduciario²⁷.

In termini più concreti, il Consiglio di Stato – nell’ambito di una vicenda accompagnata anche da un significativo clamore mediatico – ha, di recente, precisato che “*nel caso di fatti oggetto di verifica in sede penale (...), è necessario e sufficiente che l’Amministrazione dia adeguato conto: a) di aver effettuato una autonoma valutazione delle idonee fonti di prova; b) di aver considerato le emergenti circostanze di fatto sotto il profilo della loro pertinenza e rilevanza in ordine all’apprrezzamento di integrità morale e affidabilità professionale del concorrente*”²⁸.

²⁴ Corte di Giustizia dell’Unione Europea, Sentenza del 24 ottobre 2018, Vossloh Laeis, C-124/17, EU:C:2018:855, par. 26.

²⁵ Cons. Stato, sez. V, 27/02/2019, sent. n. 1367; Cons. Stato, sez. V, 20/03/2019, sent. n. 1846.

²⁶ Cons. Stato, sez. V, 02/03/2018, sent. n. 1299.

²⁷ Cons. Stato, sez. VI, 20/12/2016, sent. n. 1.

²⁸ Cons. Stato, sez. V, 17/09/2018, sent. n. 5424.

Nella stessa occasione, sono state ribadite le caratteristiche del sindacato che il Giudice amministrativo può esercitare sulla motivazione adottata nei casi della specie dall'Amministrazione, da mantenere rigorosamente *“sul piano della verifica estrinseca della non pretestuosità della operata valutazione degli elementi di fatto, senza attingere, per ritenere concretato il vizio di eccesso di potere, la logica intrinseca di vera e propria condivisibilità della valutazione”*. In altri termini, è preclusa al giudice la possibilità di contrapporre un proprio giudizio di inaffidabilità (o affidabilità) professionale dell'operatore economico, sostitutivo rispetto a quello espresso dalla Stazione appaltante. Sulla scorta di dette premesse, il Consiglio ha confermato la legittimità del provvedimento con il quale la CONSIP aveva escluso da una gara la società prima in graduatoria, alla luce delle risultanze delle indagini preliminari per il reato di corruzione condotte a carico di un socio di minoranza della stessa società che tuttavia, di fatto, operava alla stregua di *“dominus e organo apicale”* della stessa. I Giudici di Palazzo Spada hanno così inteso dare continuità al pronunciamento del TAR del Lazio²⁹ che, a sua volta, aveva giudicato sufficiente la motivazione adottata da CONSIP a fondamento dell'esclusione, nella quale si insisteva sulla volontaria propensione della società esclusa ad alterare il gioco della concorrenza nell'ambito delle gare pubbliche e dall'altra si riteneva irrilevante il *“sistema di risanamento”* messo in campo dalla società, in quanto adottato in corso di gara.

A distanza di poco più di un anno dalla cennata sentenza, il medesimo TAR del Lazio³⁰ – chiamato a pronunciarsi su analoga questione – ha apparentemente interpretato in termini più severi l'onere motivazionale a carico della stazione appaltante, giungendo ad annullare il provvedimento con il quale il Consiglio Superiore della Magistratura aveva *“espulso”* dalla gara un operatore economico, il cui ex amministratore unico risultava rinviato a giudizio per corruzione. A fronte di una motivazione adottata dal CSM nella sostanza non molto dissimile rispetto a quella proposta da CONSIP nel caso di cui si è poc'anzi riferito³¹, il TAR parla di un indebito automatismo tra avvio delle indagini in sede penale ed espulsione dalla procedura di affidamento. Ritiene, in particolare, che *“l'amministrazione era tenuta a fornire una motivazione particolarmente rigorosa al provvedimento adottato, in modo da provare con mezzi adeguati, come espressamente richiesto dall'art. 80, il valore sintomatico del fatto dichiarato ai fini espulsivi”*. Viceversa,

²⁹ TAR Lazio (Roma), sez. II, 06/12/2017, sent. n. 1092.

³⁰ TAR Lazio (Roma), sez. I, 04/03/2019, sent. n. 2771.

³¹ Il provvedimento di esclusione adottato il 27/11/2018 dal CSM così motivava in relazione alla posizione dell'impresa: *“tenuto conto che dall'esame della documentazione presentata dalle imprese: -OMISSIS-. è emerso che a carico del sig. -OMISSIS-, è pendente un procedimento penale per i reati di cui agli articoli 319 e 321 del c.p. (corruzione)”*; ... *“vista l'esigenza del Consiglio di verificare l'affidabilità, complessivamente considerata, dell'operatore economico con cui andrà a contrarre per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale; dato atto che i casi di gravi illeciti professionali sono elencati all'art. 80, comma 5, lettera c) del D.Lgs. n.50/2016 e che, secondo la più recente e affermata giurisprudenza, detta elencazione è da ritenersi meramente esemplificativa; ritenuto pertanto che è facoltà dell'Amministrazione disporre l'esclusione in tutti i casi in cui è dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente al di là delle tipizzazioni elencate dalla norma in questione”*.

secondo il TAR, “*la motivazione (..) per come formulata nel provvedimento [del CSM], che fa generico riferimento alla gravità dei fatti contestati, si risolve[rebbe] nella applicazione di una sanzione automatica, riconnessa alla sola pendenza del giudizio per il reato di corruzione*”. In secondo luogo, il TAR ritiene che il CSM abbia omissso ogni valutazione sulla idoneità delle misure dichiarate dal partecipante al fine di evitare l’esclusione dalla gara e, segnatamente, sull’efficacia delle misure di *self-cleaning* dichiarate dal concorrente, quali l’adozione di un codice etico, l’adesione al *rating* di legalità e l’atto di citazione con cui era stato instaurato innanzi al Tribunale civile di Roma il giudizio di responsabilità nei confronti dell’ex amministratore *ex art. 2392 del codice civile*.

Nella stessa prospettiva si colloca un’altra recente pronuncia del TAR della Lombardia³² che ha annullato il provvedimento di esclusione assunto, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c), del Codice, dal Comune di Milano nei confronti di un concorrente per il quale il Pubblico Ministero aveva formulato richiesta di rinvio a giudizio per l’illecito amministrativo di cui agli artt. 5 e 25 del D.lgs. dell’8 giugno 2001, n. 231, con riferimento ai delitti di corruzione e turbata libertà degli incanti ascritti al suo ex socio ed amministratore. Il TAR ha, da un lato, stigmatizzato il fatto che nel provvedimento non vi fosse traccia “*di alcuna valutazione dei fatti indicati nel procedimento penale che secondo il Comune avrebbero dato luogo ad un grave illecito professionale, mancando finanche la loro descrizione, così come degli elementi di prova ivi raccolti, non essendovi alcun riferimento alle risultanze delle annotazioni, intercettazioni telefoniche, verbali di interrogatorio, ecc., su cui è fondata la richiesta di rinvio a giudizio*”. Dall’altro, ha sottolineato l’assenza di qualunque autonomo accertamento da parte della stazione appaltante, “*ad esempio, mediante audizioni, ispezioni, esami documentali, ecc., aventi ad oggetto la procedura di appalto n. 67/2011, sospettata di essere stata illecitamente influenzata dall’amministratore dell’attuale ricorrente*”. È stato inoltre osservato che: (i) “*la stazione appaltante avrebbe dovuto ponderare le ragioni che l’hanno indotta, a distanza di sei anni, a plausibilmente temere il ripetersi di quanto accaduto nella procedura oggetto dell’inchiesta penale*”; (ii) “*parimenti, il Comune di Milano avrebbe dovuto verificare se talune circostanze sopravvenute, rispetto ai fatti oggetto del procedimento penale, fossero o meno idonee ad incidere sul predetto rischio di recidiva*”. In conclusione, ad avviso del Giudice meneghino, “*una richiesta di rinvio a giudizio, sebbene per gravi reati, in assenza di un autonomo accertamento dei fatti idonei a configurare un grave illecito professionale da parte della stazione appaltante, e di una congrua motivazione sul punto, non può di per sé essere sufficiente a giustificare un provvedimento amministrativo di esclusione, spesso suscettibile di arrecare gravissimi pregiudizi all’operatore economico, e in taluni casi, la cessazione della sua attività*”.

³² TAR Lombardia (Milano), sez. I, 16/05/2019, sent. n. 1120.

2.2. *L'onere probatorio e motivazionale a carico della stazione appaltante: un equilibrio ancora irrisolto*

Le ultime prese di posizione del Giudice amministrativo confermano come per le stazioni appaltanti, intenzionate a ridurre il più possibile il rischio di contrarre con operatori che – all'esito dell'accertamento ancora in corso da parte dell'Autorità giudiziaria – potrebbero risultare implicati in fatti di corruzione, divenga fondamentale acquisire preliminarmente un quadro informativo il più ampio possibile in merito ai fatti, dovendo necessariamente andare oltre quanto risultante dal casellario giudiziario per attingere direttamente agli atti del procedimento penale o del processo (nel caso in cui non si sia ancora arrivati alla sentenza di primo grado), in modo da poter maturare una propria autonoma valutazione, anche in ordine alle cc.dd. misure di *self-cleaning* eventualmente adottate dall'operatore: con l'ulteriore precisazione che ove l'ipotizzata corruzione si sia consumata proprio ai danni della stazione appaltante, quest'ultima dovrà tener conto anche di tutti gli elementi fattuali a propria disposizione, per quanto non acquisiti al procedimento penale, che possano rilevare ai fini di una più complessiva valutazione dell'integrità e professionalità dell'operatore.

Ora è evidente che l'acquisizione degli atti del procedimento penale presupponga la collaborazione dell'operatore. È dubbio, tuttavia, che l'Amministrazione possa "imporre" una simile collaborazione facendo leva sul meccanismo del soccorso istruttorio *ex art. 83, comma 9, del Codice* una volta esaurita la fase di ammissione dei concorrenti, specie quando non possa tecnicamente ravvisarsi un'incompletezza della domanda di partecipazione, potendo – ad esempio – l'operatore eccepire di essere venuto a conoscenza dell'azione penale successivamente alla formalizzazione di detta domanda.

Residua dunque la questione relativa agli strumenti di *enforcement* attivabili, in questi casi, dalla stazione appaltante onde incentivare una totale *disclosure* ad opera del concorrente. Al di là dell'ipotesi di vere e proprie dichiarazioni mendaci o reticenti dell'operatore riguardo all'esistenza stessa del procedimento penale in corso, a fronte delle quali l'Amministrazione potrà legittimamente disporre l'esclusione del concorrente³³, il tema riguarda l'acquisizione degli elementi conoscitivi ulteriori che vanno oltre la mera dichiarazione circa la pendenza dell'azione penale.

Ebbene, nel caso (forse improbabile) in cui l'operatore economico – pur richiesto in tal senso – ometta di fornire con la dovuta trasparenza tutta la documentazione rilevante di cui sia in possesso relativamente al procedimento/processo penale in corso, proprio la sua (colpevole) reticenza potrebbe costituire uno degli elementi suscettibili di fondare, unitamente agli altri raccolti, una valutazione negativa, da parte della stazione appaltante, riguardo alla sua integrità e professionalità. Opinare diversamente significherebbe, invero, imporre alla stazione appaltante l'onere di un'acquisizione diretta degli atti del

³³ Come limpidamente confermato da Cons. Stato, sez. III, 05/09/2017, sent. n. 4192 (par. 15).

procedimento/processo penale attraverso l'accesso *ex art.* 116 c.p.p., addossando ingiustificatamente sull'Amministrazione i costi (materiali e organizzativi) di una simile operazione; o peggio ancora addivenire alla conclusione che, in assenza di un completo quadro informativo, la stazione debba astenersi dall'esercizio del potere espulsivo in parola, "internalizzando" il rischio di contrarre con un soggetto che successivamente potrebbe risultare, in via definitiva, coinvolto in fatti di corruzione.

Si tratta comunque di un profilo ancora non del tutto chiarito dalla giurisprudenza, che in un'ottica di presidio anticorruzione meriterebbe di essere prima o poi definitivamente sciolto, onde garantire massima certezza di azione all'Amministrazione, specie quando chiamata a garantire l'interesse pubblico alla legalità, in un quadro di accentuata conflittualità.

**LA RECENTE RIFORMA DEL REGIME PENALE PER IL
CONTRASTO AI REATI DI CORRUZIONE**

Paola Battistini

1. Premessa – 2. I tratti generali della riforma – 3. Il captatore elettronico e le operazioni sotto copertura – 4. La causa di non punibilità per collaborazione attiva – 5. Le pene principali – 6. Le pene accessorie e la riparazione pecuniaria – 7. L'esecuzione della pena – 8. Osservazioni conclusive

1. *Premessa*

La complessità e la multiformità dei fenomeni di corruzione evidenziano che i presidi di prevenzione possono non essere da soli sufficienti a soddisfare l'esigenza di garantire il rispetto della legalità nelle aree a più alto rischio di impatto corruttivo, come nel settore degli appalti pubblici. Alla imprescindibile funzione di prevenzione e di contrasto amministrativo della corruzione si affianca, dunque, il tradizionale modello repressivo di carattere penale che sanziona *a posteriori* le fattispecie di corruzione¹.

Pur muovendo da logiche diverse che spaziano dall'allontanamento di un rischio potenziale alla patologia dell'illecito, prevenzione amministrativa e repressione penale² si volgono a regolare il sistema di lotta alla corruzione, delineando una strategia di contrasto il più possibile articolata per fronteggiare le variegate forme di corruzione.

2. *I tratti generali della riforma*

La legge 9 gennaio 2019, n. 3, intitolata "*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*"³, ha introdotto misure eterogenee, di diritto penale sostanziale, processuale e penitenziario, generale e speciale, accomunate dalla finalità di incrementare gli strumenti per favorire l'emersione dei fenomeni corruttivi e per approntare una risposta punitiva di estremo rigore.

¹ Sui limiti del sistema repressivo, depotenziato da lunghe tempistiche processuali tali da rendere la prescrizione l'esito normale dei processi per corruzione e da incrementare la percezione di impunità, cfr. B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in *Corruzione contro Costituzione, Percorsi costituzionali* n. 1-2/2012, p. 15 ss.; cfr. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione della corruzione in Italia*, in *Dir. pen. cont.*, 27 novembre 2017, secondo cui "numerosi dati ed indicatori, oltre a nuovi e non meno gravi scandali rispetto a quelli del passato (basterebbe qui ricordare quelli di Expo, del Mose e di Mafia capitale), hanno dimostrato l'effetto solo temporaneo e, in ultima istanza insoddisfacente, della mera 'repressione'. Ecco allora affermarsi una nuova strategia ed una nuova funzione amministrativa di 'prevenzione' della corruzione".

² La distinzione tra prevenzione e repressione è delineata da B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, cit.: "il diritto penale è adatto agli interventi puntuali, relativi a singoli fatti, non a combattere macro-fenomeni di criminalità diffusa. Il processo penale è costruito per accertare singole responsabilità, non per indagare su grandi fenomeni di illegalità. Le indagini e il processo penale sono costruiti per l'accertamento di fatti individuali, non di fatti di sistema. È per questo, tra l'altro, che il pubblico ministero deve partire da una notizia di reato: non deve cercare il reato, ma il responsabile del reato; non deve fare inchieste, ma indagini. Il diritto penale è la moneta pesante dell'ordinamento, da usare con parsimonia. Gli strumenti del diritto amministrativo devono essere usati in modo più diffuso".

³ Il testo finale della legge, come attestato dalla sua intitolazione, ha portata più ampia rispetto all'impostazione originaria del disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018 di iniziativa del Ministro della Giustizia Bonafede, in quanto contiene modifiche anche in tema di prescrizione del reato destinate a entrare in vigore nel 2020.

L'intervento si propone di apportare le modifiche necessarie per dare attuazione alle raccomandazioni promananti da organismi internazionali⁴ di adeguamento della normativa interna agli obblighi convenzionali assunti in tema di lotta alla corruzione.

Nondimeno la riforma è stata sollecitata da pulsioni endogene legate alla percezione della corruzione e degli altri delitti contro la pubblica amministrazione come fenomeno pervasivo ed endemico, distorsivo della concorrenza e idoneo a generare gravi pregiudizi al sistema sociale ed economico⁵.

Nel settore degli appalti pubblici, in particolare, non può essere sottaciuto che la deviazione delle funzioni amministrative determina un'alterazione dei meccanismi di competizione fra imprese e fra individui, a prescindere dalle reali qualità imprenditoriali o capacità professionali dei soggetti coinvolti. Ne deriva, oltre che un danno complessivo all'immagine della pubblica amministrazione e alla fiducia dei cittadini nell'azione amministrativa, anche la compromissione dello stato di diritto⁶.

Nella consapevolezza della necessità di potenziare l'accertamento dei fatti corruttivi, assottigliando la loro parte sommersa, il legislatore propone una strategia integrata di azione, operando non solo sul piano strettamente sanzionatorio, ma anche su quello dei mezzi di indagine e dell'esecuzione delle pene, in ciò distinguendosi dalle due precedenti novelle intervenute nello stesso ambito⁷.

3. *Il captatore elettronico e le operazioni sotto copertura*

Con riguardo alla fase investigativa, nell'ottica di incrementare gli strumenti a disposizione delle autorità inquirenti, il legislatore è intervenuto sulla disciplina delle intercettazioni.

Attraverso la modifica dell'art. art. 266, comma 2-bis, c.p.p., si è consentito sempre l'uso del captatore elettronico su dispositivo portatile (c.d. *trojan*, sistema

⁴ Cfr. OCSE (*Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico*) che attraverso l'attività di monitoraggio svolta dal *Working Group of Bribery* valuta l'adeguatezza degli interventi legislativi nazionali posti in essere per attuare la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali del 17 dicembre 1997, ratificata dall'Italia con legge del 29 settembre 2000, n. 300; Consiglio d'Europa, che opera per il contrasto alla corruzione attraverso il GRECO (*Groupe d'États contre la corruption*), istituito nel 1999 con l'obiettivo di valutare le misure anticorruzione adottate negli Stati membri e di stimolare l'attuazione, tra l'altro, della Convenzione penale sulla corruzione adottata dal Consiglio d'Europa nel 1999 e ratificata dall'Italia con legge 28 giugno 2012, n. 110.

⁵ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, p. 2.

⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁷ Cfr. Leggi del 6 novembre 2012, n. 190 (*"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione"*) e del 27 maggio 2015, n. 69 (*"Disposizioni in materia di delitti contro la pubblica amministrazione, di associazioni di tipo mafioso e di falso in bilancio"*).

informatico di controllo remoto) nei procedimenti per tutti i reati contro la pubblica amministrazione puniti con la pena della reclusione non inferiore nel massimo a cinque anni, che vengono equiparati sotto tale profilo ai gravi delitti di cui all'art. 51, commi 3-bis e 3-quater c.p.p.. Da ciò discende la possibilità di impiegare il captatore anche nei luoghi di domicilio, indipendentemente dalla ricorrenza di un fondato motivo di ritenere che ivi si stia svolgendo l'attività criminosa, nonché il venir meno della necessità che il decreto autorizzativo indichi le circostanze di tempo e di luogo, anche indirettamente determinate, in relazione alle quali è consentita l'attivazione del microfono (art. 267 c.p.p.).

Novità di impatto più rilevante, allo scopo di individuare con maggiore facilità delitti di difficile accertamento “*perché connotati dalla stretta comunanza di interessi illeciti dei soggetti che vi concorrono e dal legame omertoso che li protegge*”⁸, è l'inclusione dei più gravi reati contro la pubblica amministrazione⁹ nel catalogo delle fattispecie che consentono lo svolgimento delle operazioni di polizia *undercover* di cui all'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146¹⁰ e il correlativo ampliamento dell'ambito delle condotte scriminate.

Da un lato, si prevede che le condotte non punibili degli agenti che acquistano, ricevono, sostituiscono od occultano possano riguardare, oltre al denaro, ogni “*altra utilità*”, nonché, in aggiunta ai beni o cose che costituiscono oggetto, prodotto, profitto o mezzo, anche il “*prezzo*” del reato. Dall'altro, si delimita la scriminante alle condotte tipiche della corresponsione purché posta in essere “*in esecuzione di un accordo illecito già concluso da altri*”, ovvero della promessa o della dazione a condizione che seguano una “*richiesta*” ovvero una sollecitazione del pubblico ufficiale. Resta fermo il limite teleologico delle condotte autorizzate “*al solo fine di acquisire elementi di prova*”, con esclusione quindi dei comportamenti istigatori con funzione promotrice o agevolatrice, così marcando la differenza con la contigua e inammissibile figura dell'agente provocatore.

Al riguardo, nel rendere applicabile la figura dell'agente sotto copertura ai reati contro la pubblica amministrazione, il legislatore ha tenuto conto di un duplice vincolo¹¹.

Il primo, di segno positivo, è costituito dall'adozione di tecniche investigative speciali che seguono la commissione del reato senza determinarla, al fine di

⁸ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 25.

⁹ Si tratta dei delitti di concussione (art. 317 c.p.), corruzione (nelle varie forme di cui agli artt. 318, 319, 319-bis, 319-ter, 320, 321, 322, 322-bis c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-quater, primo comma, c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346-bis c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-bis c.p.).

¹⁰ La speciale figura dell'agente infiltrato era finora limitata a ristretti settori criminali con forte connotazione organizzativa (stupefacenti, terrorismo, falso nummario, contraffazione, riciclaggio, delitti contro la personalità individuale, estorsione e sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, armi ed esplosivi, immigrazione irregolare, attività organizzate per il traffico illecito di rifiuti).

¹¹ Cfr. V. MONGILLO, *La legge “spazzacorrotti”*: ultimo approdo del diritto penale emergenziale nel cantiere permanente dell'anticorruzione, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 252 ss..

contrastare efficacemente i fenomeni corruttivi, in attuazione della legge 3 agosto 2009, n. 116, di ratifica della Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 31 ottobre 2003¹². Il secondo, di tipo negativo, è rappresentato dalla necessità di valorizzare, per il tramite dell'art. 117 Cost., la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ravvisa la violazione della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, sotto il profilo processuale del principio dell'equo processo (art. 6, comma 1, CEDU), per l'utilizzo di metodi investigativi che si traducono in una vera e propria pressione o incitamento alla commissione del reato che, senza la provocazione, non sarebbe stato commesso, reputando inutilizzabile il materiale probatorio in tal modo ottenuto¹³.

La volontà di evitare che le operazioni sotto copertura trasmodino in un'istigazione non consentita traspare dalla prudenza con cui il legislatore ha selezionato le condotte da scriminare, individuandole in quelle volte a garantire l'accertamento di fatti di reato già in atto, che si inseriscono in modo indiretto o strumentale nell'esecuzione di un'altrui attività illecita¹⁴. La preoccupazione di possibili abusi si riflette altresì nella disposizione che esclude l'applicazione della nuova causa di non punibilità di cui all'art. 323-ter c.p. all'agente sotto copertura che abbia agito in violazione delle previsioni di cui all'art. 9, *cit.*¹⁵.

Nonostante tali precauzioni, il testo della disposizione, nella misura in cui consente l'attività sotto copertura anche nell'ambito di rapporti bilaterali e in relazione a fattispecie di reato a concorso necessario, potrebbe prestarsi a rischi di sconfinamento nella provocazione, oltre che risultare di non agevole praticabilità¹⁶.

Nell'ambito degli appalti pubblici, se le captazioni informatiche appaiono rivelarsi strumento dalle indubbe potenzialità nella scoperta delle prassi corruttive, non altrettanto potrebbe affermarsi con certezza riguardo all'effettiva efficacia investigativa della figura dell'agente infiltrato.

¹² Si tratta della cd. Convenzione di Merida, adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 con risoluzione n. 58/4, firmata dallo Stato italiano il 9 dicembre 2003.

¹³ Cfr. Corte EDU, 9 giugno 1998, *Teixeira de Castro c. Portogallo*; Corte EDU, 21 febbraio 2008, *Pyrgiotakis c. Grecia*; Corte EDU, 1 luglio 2008, *Malininas c. Lituania*. Conformemente, anche la Corte di Cassazione ha ritenuto che l'induzione e l'incitamento alla commissione di un reato determinano la responsabilità penale dell'agente e l'inutilizzabilità delle prove acquisite, cfr. Cass. pen., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258; Cass. pen., sez. III, 7 aprile 2011, n. 751. Cfr., da ultimo, Cass. pen., 8 novembre 2019, n. 45434, secondo cui non sussiste reato impossibile (di turbativa d'asta) "in presenza dell'attività di agenti 'infiltrati' o 'provocatori', quando l'azione criminosa non derivi, esclusivamente, dagli spunti e dalle sollecitazioni istigatrici di questi, ma costituisca invece [...] l'effetto di autonomi stimoli ed elementi condizionanti".

¹⁴ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 26.

¹⁵ Cfr. sotto, § III.

¹⁶ Dubbi sull'utilità delle operazioni sotto copertura in rapporto ai reati di corruzione, che si risolvono in un "pactum sceleris a due o al massimo a tre soggetti", sono espressi da A. GAITO – A. MANNA, *L'estate sta finendo ...*, in *Arch. pen.* 2018, n. 3, p. 7.

Quando l'attività criminosa si dispiega invero in circuiti delimitati, caratterizzati da meccanismi selettivi di affidabilità¹⁷, l'intervento dell'infiltrato postulerebbe quantomeno la collaborazione e la segnalazione di un *intraneus*¹⁸. Affinché non sfoci nella provocazione, l'azione della polizia giudiziaria ovvero delle persone interposte¹⁹ nel ruolo di simulato corruttore può svolgersi, per espressa previsione normativa, solo a seguito di una richiesta del pubblico ufficiale ovvero nei limitati casi in cui uno dei contraenti, una volta concluso l'accordo criminoso, decida di palesarlo alle autorità.

Gli effetti positivi dell'utilizzo di tale tecnica investigativa sull'azione complessiva di contrasto ai fatti di corruzione²⁰ saranno inevitabilmente legati alla capacità delle autorità inquirenti di assicurare, nella pratica concreta, il rispetto delle condizioni di legalità previste dalla legge, impedendo usi impropri dell'istituto²¹.

¹⁷ In contesti “*chiusi*”, come quelli di una gara d'appalto, di una fornitura pubblica, la figura dell'agente sotto copertura “*si rivela o inconsistente, o pericolante [...]. Una prospettiva migliore sembra dischiudersi per l'ambito della corruzione non connessa a circuiti contrattuali definiti, per quelle ipotesi, cioè, in cui l'occasione criminosa scaturisce da contingenze occasionali: definire una pratica edilizia; ottenere una concessione; fruire di una prestazione sanitaria [...]*”: così T. PADOVANI, *La spazzacorrotti. Riforma delle illusioni e illusioni della riforma*, in *Arch. pen.* 2018, n. 3, p. 5. Cfr. M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova “legge spazzacorrotti”: il microsistema delle fattispecie di corruzione*, in *Cass. pen.*, 2019, n. 1, p. 58, secondo cui “*dal punto di vista operativo appare quasi inverosimile che un estraneo possa penetrare all'interno di un così peculiare tessuto criminale, come quello attinente ai reati corruttivi, che vede coinvolti negli accordi illeciti soggetti appartenenti ad ambienti determinati e, soprattutto, conosciuti*”; A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, in *www.archiviopenale.it*, 2018, p. 5, il quale rileva che “*il problema è che le indagini sulla corruzione allontanano l'operazione sotto copertura dai terreni su cui si muove meglio, per portarla verso ambienti meno congeniali. Come già s'accennava, un conto è avvicinare un membro d'un cartello della coca; qui l'infiltrato deve essenzialmente accreditarsi come criminale; niente affatto semplice, certo; ma, superato questo scoglio, è fisiologico che le relazioni col narcotrafficante s'incammino su un versante illecito. Nelle indagini su reati contro la Pubblica Amministrazione, il percorso è meno lineare, perché si svolge fra persone (l'imprenditore, il privato, il funzionario) che partono tutte da posizioni apparentemente irreprensibili; bisogna gradualmente svelarsi e far sì che l'interlocutore faccia altrettanto; è una serie d'abbozzamenti, un gioco d'allusioni, nel quale può risultare difficile capire chi proponga e chi accetti, chi lanci l'esca e chi la morda*”.

¹⁸ Cfr. M. BIRAL, *Le operazioni sotto copertura al banco di prova dei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, a cura di R. Orlandi e S. Seminara*, Giappichelli 2019, p. 234 ss.

¹⁹ Sui soggetti legittimati a compiere operazioni sotto copertura, cfr. art. 9, commi 1 e 2, della legge 16 marzo 2006, n. 146, *cit.*.

²⁰ L'estensione delle operazioni sotto copertura ai delitti contro la pubblica amministrazione è salutata con favore da R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, n. 10, p. 3.

²¹ Cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189 concernente “*Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici*”, 19 dicembre 2018, p. 20.

4. *La causa di non punibilità per collaborazione attiva*

Il proposito di rafforzare le indagini sulla corruzione emerge altresì dal nuovo art. 323-*ter* c.p., che introduce una causa speciale di non punibilità per chi collabora processualmente con l'autorità giudiziaria²².

Tale meccanismo dovrebbe operare, dal punto di vista general-preventivo, inserendo un elemento di insicurezza nell'ambito del rapporto corruttivo con effetti potenzialmente dissuasivi e, sul piano special-preventivo, spezzando il legame di reciproca omertà e solidarietà che rende normalmente più difficoltosa la disvelazione di fattispecie criminose a struttura tipicamente bilaterale²³. Come normalmente accade nel settore degli appalti pubblici, i vincoli di corruttela sono di vantaggio reciproco e destinati a rimanere segreti con il mutuo interesse delle parti. L'obiettivo della norma è quello di insinuare nei contraenti il dubbio che una parte possa venir meno all'accordo stretto, denunciando la commissione dell'illecito.

Sotto questo profilo, la nuova disposizione si aggiunge alla collaborazione premiale già inserita dalla legge 27 maggio 2015, n. 69 all'art. 323-*bis*, comma 2, c.p., che prevede un'attenuante a effetto speciale (diminuzione della pena da un terzo a due terzi) per il colpevole che, successivamente alla commissione del reato, abbia posto in essere in via alternativa una serie di condotte costituenti forme di ravvedimento operoso: l'essersi "*efficacemente adoperato*" per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, per collaborare con gli inquirenti per l'individuazione di ulteriori soggetti responsabili, per favorire la raccolta e la conservazione delle prove dei reati o il sequestro (finalizzato alla confisca) delle somme o delle altre utilità trasferite all'*intraneus*.

Il disposto dell'art. 323-*ter* c.p. va oltre la mitigazione sanzionatoria, rivelatasi di scarsa capacità persuasiva come incentivo alla collaborazione²⁴, escludendo l'applicazione della pena in tutti i casi di corruzione e nelle tre ipotesi di reato concernenti le gare pubbliche²⁵, in conseguenza di una sorta di resipiscenza soggetta a rigorosi presupposti.

²² Si tratta di una misura che si pone in linea con la *ratio* degli interventi in materia di *whistleblowing* (legge 30 novembre 2017, n. 179) e che mutua il cd. Progetto di Cernobbio del 1994 mai attuato.

²³ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 19. Cfr. A. CAMON, *Disegno di legge spazzacorrotti e processo penale. Osservazioni a prima lettura*, *cit.*, p. 7, secondo cui si introduce nella catena che lega i correi "*un anello debole: chi delinque entra in una zona d'insicurezza, perché il partner è incoraggiato a tradirlo*".

²⁴ Cfr. M. PELISSERO, *Le nuove misure di contrasto alla corruzione: ancora un inasprimento della risposta sanzionatoria*, in www.quotidianogiuridico.it, 2018; D. PIVA, *Le sfide del Ddl anticorruzione: effettività, proporzione e rieducazione all'insegna del "chi sbaglia paga, l'onestà conviene"*, in www.giurisprudenza penale.it, 2018, 10, p. 2.

²⁵ La causa di non punibilità si applica ai reati di corruzione impropria (art. 318 c.p.), corruzione propria (art. 319 c.p.), corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.), induzione indebita a dare o promettere utilità (art. 319-*quater* c.p.), corruzione di persona incaricata di pubblico servizio (art. 320 c.p.), corruzione attiva (art. 321 c.p.), delitti di corruzione e di induzione indebita commessi da membri della Corte penale internazionale, da organi e funzionari dell'Unione europea o di Stati esteri (*ex art. 322-bis* c.p.), turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.), turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353-*bis* c.p.), astensione dagli incanti (art. 354 c.p.).

Affinché operi il beneficio della non punibilità sono richieste al reo plurime e concorrenti condotte entro stringenti soglie temporali: prima che l'agente abbia notizia che nei suoi confronti siano svolte indagini²⁶ e, comunque, entro quattro mesi dalla commissione del fatto. In questi termini, il reato deve essere denunciato “*volontariamente*”, il denunciante deve fornire indicazioni utili e concrete per assicurarne la prova e per individuare gli altri responsabili, nonché mettere a disposizione l'utilità percepita o una somma equivalente, ovvero indicare elementi utili e concreti²⁷ per individuare il beneficiario effettivo di tali utilità.

Al fine di evitare possibili strumentalizzazioni dell'istituto, la norma non riconosce l'impunità in caso di preordinazione della denuncia rispetto alla commissione del reato e nei confronti dell'agente sotto copertura la cui condotta non sia scriminata ai sensi dell'art. 9 della legge 16 marzo 2006, n. 146, *cit.*

Sul versante dei principi generali, essendo la disposizione premiale volta nelle intenzioni del legislatore “*ad assicurare una reintegrazione utile e tempestiva dell'interesse offeso dal reato [...] e apparire quindi come osservanza, sia pur tardiva, di quello stesso precetto che è stato violato*”²⁸, potrebbe considerarsi fatta salva “*l'esigenza di prevenzione generale, in quanto idonea a ribadire l'efficacia del precetto e convalidarne 'esemplarmente' il significato*”²⁹.

Sul piano concreto, i casi di effettivo ravvedimento sembrano possibili soprattutto laddove, come negli appalti pubblici, si riscontra la presenza di una pluralità di operatori con caratteristiche molto differenziate. La dottrina ha tuttavia rilevato che le ipotesi di dissociazione apparirebbero di alquanto rara

²⁶ Nel corso dei lavori preparatori è stata modificato il limite cronologico: non “*più prima dell'iscrizione della notizia di reato*”, bensì “*prima di avere notizia*” dello svolgimento delle indagini. La norma non chiarisce tuttavia se la preclusione scatti solo in presenza della ricezione di una formale informazione di garanzia o di altro atto equipollente ovvero anche in ipotesi di conoscenza informale di inizio delle indagini. Sul punto, cfr. F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3 a cura di R. Orlandi e S. Seminara*, cit., p. 139 ss..

²⁷ Con riferimento alle caratteristiche di utilità e di concretezza che devono connotare le informazioni fornite dall'agente, cfr. F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3 a cura di R. Orlandi e S. Seminara*, cit., p. 139 ss., p. 146 ss., il quale segnala “*l'aleatorietà e la discrezionalità che connotano l'accertamento delle condotte richieste al denunciante. È evidente l'incertezza che caratterizza la scelta di un ipotetico ‘pentito’, che rischia di denunciare e poi vedersi disconosciuta l'esimente in ragione della ritenuta non utilità delle indicazioni fornite*”.

²⁸ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 21. In senso critico, cfr. F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, cit., p. 126, secondo cui la condotta del reo si pone al di fuori dell'ambito del bene giuridico, essendo diretta a fornire un aiuto investigativo e non a reintegrare l'offesa: “*il legislatore, per fini opportunistici, dunque concede l'impunità, rispetto a un reato già consumato, per impedire un reato futuro e incerto, in assenza di una vera reintegrazione del bene. Tutto ciò porta a ribadire forti perplessità politico-criminali rispetto a una disposizione premiale che infrange il rapporto tra reato e pena per ragioni che fuoriescono dalla logica del bene giuridico e che si legano piuttosto alle utilità che il sistema consegue quando l'agente si pente e fornisce un ausilio investigativo*”.

²⁹ Cfr. T. PADOVANI, *Il traffico delle indulgenze. “Premio” e “corrispettivo” nella dinamica della punibilità* in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1986, p. 407 ss..

verificazione³⁰, tenuto conto sia del fatto che la causa di non punibilità non si applica ai reati connessi a quello principale contro la pubblica amministrazione³¹, sia delle difficoltà probatorie legate all'accertamento della preordinazione della denuncia alla commissione dell'illecito, in un quadro di provocazione non consentita. Si dovrebbe quindi ipotizzare che una parte risulti disposta sia a perdere il vantaggio derivante dall'accordo entro pochi mesi dalla sua conclusione, sia a fronteggiare una serie di conseguenze che vanno dalla sottoposizione a procedimento disciplinare, se pubblico dipendente, alla incriminazione per fattispecie di reato che spesso si accompagnano a quello di corruzione.

La norma potrebbe anche prestarsi a distorsioni applicative. L'ipotesi sarebbe quella di un privato che, confidando sulla non punibilità, ponga in essere denunce strumentali ovvero a scopo ritorsivo contro l'agente pubblico, in contesti nei quali il primo è portatore di un interesse personale sul quale incide la funzione pubblica, come si verifica nel settore degli appalti pubblici ovvero in ambito giurisdizionale³².

Spetterà comunque alla prassi e all'applicazione giurisprudenziale dimostrare la reale effettività dell'esimente in presenza di elementi di criticità³³.

La medesima logica di orientamento della condotta riparatoria alla collaborazione investigativa è peraltro alla base dell'inserimento di un nuovo comma 5-*bis* nell'art. 25 del d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231. L'aumento della durata delle sanzioni interdittive operato dalla riforma al comma 5 dell'art. 25, *cit.*, quando la società sia coinvolta in fatti di corruzione o in altri reati contro la pubblica amministrazione (art. 25, commi 2 e 3, *cit.*), viene neutralizzato in favore dell'ente che, *post delictum* e prima della sentenza di primo grado, si sia attivato per evitare conseguenze ulteriori dell'attività delittuosa, cooperando con gli organi giudiziari nella ricerca della prova e nell'individuazione dei responsabili ovvero per il sequestro delle somme o altre utilità trasferite ed eliminando le proprie carenze organizzative.

³⁰ Cfr. M. ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali. Commentario sistematico, Artt. 314-335-bis*, IV ed., Giuffrè, 2019, p. 398 ss., il quale evidenzia che “*in linea di pratico efficientismo [...] non pare invero affatto probabile che corrotto e corruttore [...] siano propensi a tornare sui propri passi [...] dopo la decisione per un delitto di tale gravità, per giunta entro un termine di soli pochi mesi dalla sua commissione. E già una siffatta realistica prognosi dovrebbe far dubitare di chissà quale positivo impatto la causa di non punibilità sia in grado di concretamente produrre sulla complessiva emersione dei reati*”. Cfr. D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis*, in *Dir. pen. e proc.*, 5/2019, p. 601 ss..

³¹ Ad es., reati contro la fede pubblica, falso in bilancio, autoriciclaggio.

³² Cfr. CSM, *Parere al testo di legge AC 1189, cit.*, p. 21. Cfr. A. GAITO – A. MANNA, *L'estate sta finendo ...*, *cit.*, p. 6, che riporta l'esempio dell'imprenditore che “*non è riuscito ad aggiudicarsi un appalto, può decidere di collaborare con la giustizia denunciando il pubblico agente e rischiando soltanto un'accusa per calunnia che, come è noto, in materia di dolo, comporta spesso una notevole messe di assoluzioni*”. Cfr. anche R. CANTONE, *Ddl Bonafede: rischi e opportunità per la lotta alla corruzione, cit.*, p. 4.

³³ Cfr. Sulle molteplici ragioni di insuccesso dell'esimente, cfr. F. FASANI, *La nuova causa di non punibilità per il “pentito di corruzione”*, *cit.*, p. 151 ss.. Cfr. T. PADOVANI, *La spazzacorrotti, cit.*, p. 7, che considera la nuova causa di non punibilità “*votata alla paralisi*”.

5. *Le pene principali*

Nella fase del giudizio, le modifiche hanno interessato principalmente le norme incidenti sul trattamento sanzionatorio.

Escludendo che “*un’ulteriore, generalizzato aggravamento delle pene principali*” sia “*strumento strategicamente vincente*”³⁴, un intervento in materia ha riguardato la cornice edittale stabilita per la corruzione per l’esercizio della funzione di cui all’art. 318 c.p., della quale sono stati innalzati i limiti minimo e massimo, passando dalla reclusione da uno a sei anni alla reclusione da tre a otto anni.

Scopo dell’innovazione è quello di attenuare il divario della risposta punitiva tra l’art. 319 c.p., che prevede la reclusione da sei a dieci anni per la corruzione per un atto contrario ai doveri d’ufficio e la suddetta fattispecie, tentando di ravvivarne l’applicazione con conseguente semplificazione probatoria e maggiore effettività dell’azione penale³⁵.

Va invero evidenziato che la figura delittuosa di cui all’art. 318 c.p., posta al centro del sistema dei delitti di corruzione dalla legge 6 novembre 2012, n. 190³⁶, è stata dequotata da un certo *trend* giurisprudenziale volto a sussumere i casi di sistematico asservimento della funzione pubblica agli interessi privati nell’ambito applicativo dell’art. 319 c.p., ravvisando il compimento di un atto contrario ai doveri d’ufficio ovvero l’omissione di un atto dell’ufficio nel contegno abdicativo del pubblico ufficiale di fronte ai doveri di imparzialità, onestà ed esclusivo perseguimento del pubblico interesse³⁷, con onere probatorio di non facile assolvimento.

I nuovi limiti edittali potrebbero tuttavia suscitare qualche dubbio di congruità, rischiando di risultare sproporzionati per eccesso e per difetto.

³⁴ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 5.

³⁵ Cfr. Relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1189 del 24 settembre 2018, *cit.*, p. 7 ss.. Cfr. M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, in *Diritto pen. e proc.*, 5/2019, p. 608 ss.. In senso critico, cfr. N. PISANI, *Il disegno di legge ‘spazza corrotti’: solo ombre*, in *Cass. pen.*, 11/2018, p. 3589.

³⁶ La disposizione di cui all’art. 318 c.p. è stata sottoposta a una riformulazione ad opera della legge 6 novembre 2012, n. 190, *cit.* e a un inasprimento sanzionatorio da parte della legge 27 maggio 2015, n. 69, *cit.*. Nella previgente formulazione, la norma incriminava il fenomeno della corruzione impropria, consistente nell’accordo tra soggetto pubblico e privato avente ad oggetto il mercimonio di un atto conforme ai doveri d’ufficio. A seconda che la retribuzione fosse pattuita prima o dopo il compimento dell’atto, essa si distingueva in antecedente e susseguente; in quest’ultimo caso era esclusa la punibilità del soggetto corruttore e il pubblico ufficiale era sanzionato in maniera più mite. Con la riscrittura dell’art. 318 c.p., rubricato “*corruzione per l’esercizio della funzione*”, la fattispecie delittuosa colpisce, oltre alle ipotesi riconducibili al paradigma della corruzione impropria, anche la compravendita della pubblica funzione o del pubblico servizio, a prescindere dalla connessione finalistica con uno specifico atto d’ufficio, che non deve essere identificato dal punto di vista probatorio. Vengono in tal modo punite tutte le ipotesi di asservimento della funzione pubblica agli interessi privati, compresa la cd. “*messa a libro paga*” del pubblico funzionario, che può tradursi anche in una pluralità di atti conformi ovvero contrari ai doveri d’ufficio.

³⁷ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 23 febbraio 2016, n. 15959; Id., 15 settembre 2017, n. 46492; Id., 4 aprile 2018, n. 29267; Id., 19 aprile 2018, n. 51946.

Da un lato, atteso il differente disvalore delle ipotesi di corruzione per l'esercizio della funzione, che spaziano dalla corresponsione di utilità per un'attività conforme ai doveri d'ufficio alla corruzione per asservimento, la pena stabilita dall'art. 318 c.p., essendo parametrata sulla tipologia più grave, potrebbe risultare eccessiva rispetto a quella di minore gravità³⁸.

Dall'altro, la compravendita di un singolo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio (quale, ad esempio, la predisposizione di un capitolato, l'aggiudicazione di una gara ovvero un atto di controllo dell'esecuzione del contratto) verrebbe punita, ai sensi dell'art. 319 c.p., in modo più grave rispetto al mercimonio della funzione pubblica diretto al compimento di una pluralità indeterminata di atti, figura che dovrebbe essere recuperata entro la meno severa cornice dell'art. 318 c.p.³⁹.

Altro inasprimento sanzionatorio ha riguardato il reato di traffico di influenze illecite di cui all'art. 346-bis c.p., figura sussidiaria mirata a colpire condotte prodromiche rispetto ai successivi accordi corruttivi, la cui pena edittale è passata dalla reclusione da uno a tre anni alla reclusione da uno a quattro anni e mezzo. La disposizione è stata riformulata in modo da farvi confluire le condotte integranti il reato di millantato credito di cui all'art. 346 c.p.⁴⁰, che è stato contestualmente abrogato.

L'ordinamento italiano si è in tal modo allineato alle prescrizioni internazionali⁴¹ che impongono la punibilità dell'acquirente e del venditore dell'influenza illecita senza distinguere tra rapporti sottostanti veritieri ovvero meramente mendaci con il funzionario pubblico, equiparazione che tuttavia potrebbe risultare non coerente trattandosi di azioni con diversa carica offensiva⁴². È stata pertanto introdotta una nuova incriminazione rispetto a chi, a fronte di una relazione asserita, ma inesistente, dà o promette denaro o altra utilità come contropartita della mediazione illecita, non punibile ai sensi del previgente art. 346 c.p.. La novella ha, tra l'altro, inserito

³⁸ Cfr. S. SEMINARA, *I reati di indebita percezione di erogazioni, corruzione pubblica e corruzione privata*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3, a cura di R. Orlandi e S. Seminara, cit.*, p. 96.

³⁹ M. GAMBARDELLA, *Il grande assente nella nuova "legge spazzacorrotti": il microsistema delle fattispecie di corruzione*, *cit.*, 65 ss..

⁴⁰ Si tratta di un'ipotesi di *abrogatio sine abolitione*. Per effetto dell'aumento del massimo edittale, la pena è superiore rispetto alla precedente formulazione del traffico di influenze illecite (punito con la reclusione da uno a tre anni), ma meno grave di quella dell'abrogato millantato credito (punito con la reclusione da uno a cinque anni ai sensi del comma 1 e da due a sei anni ai sensi del comma 2, oltre alla pena pecuniaria).

⁴¹ Cfr. Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d'Europa del 1999, *cit.*, art. 12 e Convenzione ONU contro la corruzione del 2003, *cit.*, art. 18, lett a).

⁴² Cfr. R. CANTONE – A. MILONE, *Verso la riforma del delitto di traffico di influenze illecite*, in *Dir. pen. cont.*, 3 dicembre 2018, i quali rilevano che *"nella nuova fattispecie, non appare [...] né convincente né razionale la scelta di punire in modo identico sia colui che paga in quanto ingannato da una vanteria sia colui che lo fa nella certezza, ad esempio, di poter fare affidamento su rapporti esistenti (perché pubblici e notori) fra il mediatore ed il pubblico ufficiale; si tratta di azioni oggettivamente diverse, sul piano del disvalore soggettivo. Non può essere un argomento dirimente, in questa prospettiva, il richiamo alla normativa internazionale, perché il legislatore ben avrebbe potuto nella sua piena autonomia individuare autonomamente il quantum di sanzione"*.

nell'iniziale clausola di riserva i delitti di corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.) e di corruzione cd. internazionale (art. 322-*bis* c.p.⁴³).

6. *Le pene accessorie e la riparazione pecuniaria*

Gli effetti della riforma risultano maggiormente dirimenti con riguardo alle pene accessorie, indentificate come strumento dissuasivo, addirittura più incisivo delle pene principali, proteso alla estromissione dei responsabili di numerosi delitti contro la pubblica amministrazione dall'esercizio delle attività di cui possono avvalersi per la loro commissione.

Ciò è reso espresso dalla etichettatura mediatica della legge di riforma come “*spazza-corrotti*”, cui è stato conferito il merito di aver introdotto un “*D.A.SPO*”⁴⁴ per corrotti e corruttori.

Il potenziamento complessivo del trattamento sanzionatorio accessorio si articola in importanti novità.

Con la modifica dell'art. 317-*bis*, comma 1, c.p. è stato ampliato l'elenco dei reati presupposto per i quali opera l'interdizione dai pubblici uffici, alla quale è stata affiancata l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione⁴⁵.

⁴³ La portata incriminatrice dell'art 322-*bis*, comma 1, c.p., è stata estesa a coloro che esercitano funzioni o attività corrispondenti a quelle dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio nell'ambito di organizzazioni pubbliche internazionali (lettera 5-*ter*), ai membri delle assemblee parlamentari internazionali o di un'organizzazione internazionale o sovranazionale e ai giudici e funzionari delle corti internazionali (lettera 5-*quater*). È stato inoltre ampliato l'ambito dell'art. 322-*bis*, comma 2, c.p. per effetto dell'eliminazione della previsione del dolo specifico. Per altro verso, interpolando gli artt. 9 e 10 c.p., il legislatore ha ampliato la giurisdizione italiana in relazione a taluni delitti contro la pubblica amministrazione commessi all'estero: la condizione di procedibilità costituita dalla richiesta del Ministro della giustizia ovvero dalla denuncia della persona offesa non è più necessaria per punire i reati di corruzione e di traffico di influenze illecite commessi all'estero da cittadino italiano presente sul territorio nazionale ovvero dallo straniero che, presente in Italia, abbia commesso all'estero reati di corruzione, di istigazione alla corruzione, di indebita induzione a dare o promettere utilità.

⁴⁴ L'acronimo discende dalla misura di prevenzione del divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono manifestazioni sportive, previsto dalla legge 13 dicembre 1989, n. 401.

⁴⁵ Il catalogo è stato arricchito con le fattispecie di peculato (art. 314 c.p.), corruzione per l'esercizio della funzione (art. 318 c.p.), corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravata (art. 319-*bis* c.p.), induzione indebita, limitatamente al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio (art. 319-*quater*, comma 1, c.p.), corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio (art. 320 c.p.), corruzione attiva (art. 321 c.p.), istigazione alla corruzione (art. 322 c.p.), peculato, concussione, induzione indebita a dare o promettere utilità, corruzione e istigazione alla corruzione di membri della Corte penale internazionale o degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri (art. 322-*bis* c.p.), traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). È stato altresì integrato l'inventario dei reati che comportano l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione di cui all'art. 32-*quater* c.p. con i delitti di peculato (art. 314 c.p.), con esclusione di quello d'uso, corruzione in atti giudiziari (art. 319-*ter* c.p.) e traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.). Sul fronte processuale, il divieto temporaneo di contrattare con la pubblica amministrazione di cui all'art. 289-*bis* c.p.p. è la nuova misura cautelare cui la pubblica accusa può fare ricorso in sede di indagini; essa può essere adottata per qualunque tipo di illecito e, qualora si tratti di delitti contro la pubblica amministrazione, non è subordinata al rispetto dei limiti di pena di cui all'art. 287, comma 1, c.p.p..

In caso di condanna a pena superiore a due anni di reclusione le anzidette pene accessorie hanno carattere perpetuo, salvo che per ottenere la prestazione di un pubblico servizio. La loro durata è invece temporanea, con predeterminazione dei limiti minimo e massimo, oltre che in ipotesi di condanna alla reclusione non superiore a due anni, se i fatti sono di particolare tenuità⁴⁶ ai sensi dell'art. 323-*bis*, comma 1, c.p.⁴⁷ ovvero, per i soli reati previsti nel comma 2 di quest'ultima disposizione⁴⁸, sia applicabile l'attenuante della collaborazione ivi prevista⁴⁹.

La mancata completa sovrapposizione tra le fattispecie di cui all'art. 317-*bis*, comma 1, c.p. e quelle per le quali opera l'attenuante premiale che conferisce carattere temporaneo alle pene accessorie potrebbe determinare una evidente disparità di trattamento rispetto a fatti di pari o di maggiore gravità e rischiare di scoraggiare possibili collaborazioni volte perlomeno al recupero delle somme e delle utilità trasferite⁵⁰.

Il carattere perpetuo dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione incide pesantemente nei confronti delle imprese che operano nell'ambito delle commesse pubbliche, compromettendo la loro stessa sopravvivenza⁵¹.

Più in generale, un sistema orientato alla perpetuità delle pene accessorie suscita problemi di conformità costituzionale. La Consulta ha invero dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 216, ultimo comma, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nella parte in cui dispone che la condanna per uno dei reati di bancarotta ivi previsti importi pene accessorie interdittive per la durata immutabile di dieci anni, anziché "*fino a dieci anni*"⁵². Nella motivazione la Corte Costituzionale, pur ammettendo la possibilità di strategie di prevenzione consistenti nella previsione di sanzioni interdittive con durata calcolata in modo indipendente da quella delle pene detentive, ha rilevato profili di frizione delle pene accessorie fisse con i principi di proporzionalità, di necessaria individualizzazione del trattamento

⁴⁶ In questi casi "*la condanna importa l'interdizione e il divieto temporanei, per una durata non inferiore a cinque anni né superiore a sette anni*".

⁴⁷ L'art. 323-*bis*, comma 1, c.p. non ricomprende nell'attenuante del fatto di lieve entità i reati di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravata (art. 319-*bis*) e di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), inclusi invece nell'art. 317-*bis*, comma 1, c.p..

⁴⁸ L'art. 323-*bis*, comma 2, c.p. esclude dal gruppo dei reati per i quali la collaborazione può rendere temporanee le sanzioni accessorie le fattispecie di peculato (art. 314 c.p.), di concussione (art. 317 c.p.), di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio aggravata (art. 319-*bis* c.p.) e di traffico di influenze illecite (art. 346-*bis* c.p.), menzionati nell'art. 317-*bis*, comma 1, c.p..

⁴⁹ In tale ipotesi la durata delle sanzioni accessorie è "*non inferiore a un anno né superiore a cinque anni*".

⁵⁰ Su tale aspetto, cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189, *cit.*, p. 15 ss..

⁵¹ L'art. 80, comma 1, lett. g), del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici) annovera tra i motivi di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna definitiva, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, comma 6, d.lgs., n. 50/2016, *cit.*, per "*ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione*". Ciò vale, ai sensi dell'art. 89 del d.lgs., n. 50/2016, *cit.*, anche per l'impresa ausiliaria di cui intende avvalersi quella concorrente.

⁵² Cfr. Corte Cost., 5 dicembre 2018, n. 222.

sanzionatorio, di uguaglianza, nonché con la funzione rieducativa della pena⁵³. Il “*volto costituzionale*” del sistema penale può essere recuperato laddove la previsione sanzionatoria rigida risulti proporzionata “*rispetto all’intera gamma di comportamenti riconducibili allo specifico tipo di reato*”⁵⁴.

Questo parametro di costituzionalità appare chiaramente superato dalla scelta di associare l’interdizione perpetua dai pubblici uffici e l’incapacità in perpetuo di contrattare con la pubblica amministrazione alle condanne per tutte le notevolmente diverse tipologie di delitti accorpati nell’art. 317-*bis*, comma 1, prima parte, c.p.⁵⁵.

I principi affermati dal giudice delle leggi sono destinati a incidere anche su altre modifiche introdotte al fine di rimuovere i principali fattori ostativi all’operatività delle pene accessorie, prevedendo che gli istituti che normalmente determinano effetti estintivi in maniera unitaria sulle pene principali e accessorie possano essere attivati disgiuntamente, non producendo effetti su queste ultime.

In questa direzione, il nuovo comma 7 aggiunto all’art. 179 c.p. stabilisce che la riabilitazione non incide sulle pene accessorie perpetue, che si estinguono soltanto con il decorso di sette anni dalla riabilitazione⁵⁶, a condizione che il condannato abbia dato prove effettive e costanti di buona condotta. Viene così data attuazione alla clausola di salvezza contenuta nell’art. 178 c.p., che consente di derogare alla regola generale secondo cui la riabilitazione estingue, tra l’altro, le pene accessorie.

⁵³ Se a fronte del concreto disvalore del fatto di reato le pene comminate in modo uniforme appaiano manifestamente sproporzionate, si prospetta una “*violazione congiunta degli artt. 3 e 27 Cost., in quanto una pena non proporzionata alla gravità del fatto (e non percepita come tale dal condannato) si risolve in un ostacolo alla sua funzione rieducativa*”: cfr. par. 7.1, sent. Corte Cost., n. 222/2018, cit..

⁵⁴ Cfr. *Ibidem*. Cfr. Cass., SS.UU., 3 luglio 2019, n. 28910, secondo cui “*le pene accessorie, specie quelle interdittive ed in abilitative, collegate al compimento di condotte postulanti lo svolgimento di determinati incarichi o attività, sono più marcatamente orientate a fini di prevenzione speciale, oltre che di rieducazione personale, che realizzano mediante il forzato allontanamento del reo dal medesimo contesto operativo, professionale, economico e sociale, nel quale sono maturati i fatti criminosi e dallo stimolo alla violazione dei precetti penali per impedirgli di reiterare reati in futuro e per sortirne l’emenda. Ebbene, la piena realizzazione soprattutto dello specifico finalismo preventivo, cui sono preordinate le pene complementari, richiede una loro modulazione personalizzata in correlazione con il disvalore del fatto di reato e con la personalità del responsabile, che non necessariamente deve riprodurre la durata della pena principale. Risultato questo conseguibile soltanto ammettendone la determinazione caso per caso ad opera del giudice nell’ambito della cornice edittale disegnata dalla singola disposizione di legge sulla scorta di una valutazione discrezionale, che si avvalga della ricostruzione probatoria dell’episodio criminoso e dei parametri dell’art. 133 c.p. e di cui è obbligo dare conto con congrua motivazione*”. Le Sezioni Unite, pertanto, superando il precedente orientamento, hanno concluso nel senso che le pene accessorie previste dall’art. 216 della legge fall., nel testo riformulato dalla sentenza della Corte Costituzionale 5 dicembre 2018, n. 222, così come le altre “*pene accessorie per le quali la legge indica un termine di durata non fissa, devono essere determinate in concreto dal giudice in base ai criteri di cui all’art. 133 c.p.*”.

⁵⁵ M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, cit., p. 612 ss..

⁵⁶ Per giungere all’estinzione delle pene accessorie perpetue occorrerà quindi un periodo di dieci anni dall’esecuzione o dall’estinzione della pena principale.

Correlativamente, il riformulato art. 47, comma 12, della legge 26 luglio 1975, n. 354 prevede che l'esito positivo dell'affidamento in prova al servizio sociale non estingue le pene accessorie perpetue.

Entrambe le modifiche sembrano fondarsi sull'unico parametro della natura oggettiva del reato commesso, prescindendo dalla necessaria valutazione della gravità del fatto e della pericolosità in concreto del reo, che può garantire un trattamento punitivo individualizzato anche in rapporto alle sue caratteristiche personologiche. Sotto tale profilo, gli interventi non possono considerarsi immuni da dubbi di legittimità costituzionale alla luce di quanto affermato dalla Consulta⁵⁷.

Sulla medesima linea di irrobustimento dell'efficacia delle pene accessorie, si colloca la modifica dell'art. 166 c.p., con la quale è stata affidata al giudice la valutazione circa l'applicazione ovvero l'esclusione del beneficio della sospensione condizionale della pena rispetto alle pene accessorie dell'interdizione dai pubblici uffici e dell'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione in caso di condanna per uno dei delitti rientranti nel sistema corruttivo. La sospensione condizionale della pena può pertanto operare in maniera scissa sulla pena principale senza influire sulle pene accessorie.

Analogo potere discrezionale nell'applicazione delle anzidette pene accessorie è attribuito al giudice in caso di patteggiamento per i delitti contro la pubblica amministrazione dal riformato art. 445, comma 1-ter, c.p.p., norma che sembrerebbe operare senza tener conto delle limitazioni della pena principale. In tal modo, in ipotesi di applicazione di pena non superiore a due anni, è stata espressamente prevista una deroga alla inapplicabilità *ex lege* delle pene accessorie sancita dall'art. 445, comma 1, c.p.p. e, per i casi di patteggiamento a pena superiore a due anni, si derogherebbe alla regola generale di applicabilità obbligatoria delle pene accessorie. Ciò potrebbe determinare, sotto il primo profilo, il rischio di disincentivare l'accesso al rito e, con riguardo al secondo aspetto, una disparità di trattamento rispetto agli altri reati⁵⁸.

L'esclusione delle pene accessorie previste dall'art. 317-bis c.p. può anche costituire oggetto dell'accordo processuale ai sensi del nuovo art. 444, comma 3-bis c.p.p., essendo consentito all'imputato subordinare la richiesta di applicazione della pena all'esenzione dalle medesime ovvero all'estensione anche ad esse della sospensione condizionale. Il giudice può in tal caso rigettare la richiesta se ritiene di applicare le pene accessorie ovvero che l'estensione della sospensione condizionale non possa essere concessa. Al riguardo, un aspetto problematico consiste nell'assenza di criteri di riferimento per l'esercizio della discrezionalità giudiziale⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189, *cit.*, p. 17.

⁵⁸ Cfr. F. ZACCHÈ, *Novità in tema di patteggiamento*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3 a cura di R. Orlandi e S. Seminara, cit.*, p. 286 ss.. Cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189, *cit.*, p. 18.

⁵⁹ Cfr. *Ibidem.*

Su altro versante, la riforma è intervenuta sullo strumento della riparazione pecuniaria di cui all'art. 322-*quater* c.p., estendendone l'ambito anche al privato corruttore e rimodulando in chiave affittivo-sanzionatoria i criteri di determinazione, stabilendo che la somma da pagare debba essere calcolata con riferimento al valore corrispondente al prezzo o al profitto del reato⁶⁰ e non più a quanto indebitamente ricevuto dal soggetto pubblico. L'adempimento della prestazione pecuniaria costituisce, ai sensi del riformulato art. 165, comma 4, c.p., presupposto necessario per accedere alla sospensione condizionale della pena, con possibili ricadute in termini di osservanza dell'art. 3 Cost.⁶¹.

7. *L'esecuzione della pena*

Nella fase esecutiva della pena, seguendo una linea di progressivo avvicinamento del fenomeno della criminalità corruttiva a quello della criminalità organizzata⁶², le fattispecie di corruzione, di concussione e di peculato sono state inserite nella lista dei reati ostativi alla concessione dei benefici penitenziari di cui all'art. 4-*bis* della legge 26 luglio 1975, n. 354 (ordinamento penitenziario).

L'inclusione nel sistema dell'art. 4-*bis*, *cit.*, determina una ricaduta dirompente, inibendo l'applicazione del meccanismo della sospensione dell'ordine di esecuzione ai sensi dell'art. 656, commi 5 e 9, c.p.p. e imponendo quindi l'entrata in carcere prima della verifica della sussistenza delle condizioni idonee a neutralizzare il regime preclusivo. L'accesso ai citati benefici diviene possibile quando ricorrono le ipotesi di collaborazione con la giustizia fornita, anche dopo la condanna, ai sensi dell'art. 58-*ter* ord. penit. ovvero le condotte di ravvedimento operoso intervenute in fase processuale che comportano il riconoscimento dell'attenuante ad effetto speciale di cui all'art. 323-*bis*, comma 2, c.p..

Per gli autori di astratte tipologie di reato si finisce per introdurre una presunzione di pericolosità rafforzata che si assume prevalente rispetto all'istanza

⁶⁰ Sui rapporti tra riparazione pecuniaria e confisca, cfr. N. PISTILLI, *Le modifiche relative alle pene accessorie e alla riparazione pecuniaria*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3 a cura di R. Orlandi e S. Seminara, cit.*, p. 40 ss.. Sul fronte delle misure ablativo reali, ritoccando l'art. 578-*bis* c.p.p. la novella ha previsto che quando il reato è estinto nel giudizio di impugnazione, previo accertamento della responsabilità penale, si deve comunque decidere ai fini della confisca disposta anche ai sensi dell'art. 322-*ter* c.p.. Per i reati previsti in quest'ultima disposizione, il nuovo art. 322-*ter*.1 c.p. stabilisce che i beni sequestrati, diversi dal denaro e dalle disponibilità finanziarie, possono essere affidati in custodia, con facoltà d'uso, agli organi di polizia giudiziaria che ne abbiano fatto richiesta per le proprie esigenze operative.

⁶¹ M. MANTOVANI, *Il rafforzamento del contrasto alla corruzione*, *cit.*, p. 618.

⁶² Cfr. G. SPANGHER, *L'anticorruzione "imita" il modello crimine organizzato*, in *Guida al diritto*, 7, 2 febbraio 2019, p. 10.

rieducativa della pena, con conseguenti dubbi di conformità alle coordinate costituzionali in materia di esecuzione penale⁶³.

Secondo il costante orientamento del giudice delle leggi le presunzioni legali devono essere ragionevolmente fondate⁶⁴. Al contrario, sembrano difettare per i delitti contro la pubblica amministrazione indicatori strutturali che attestino la necessità di abbandonare il principio della riduzione al minimo del ricorso alla più grave sanzione custodiale⁶⁵, non potendo la funzione rieducativa della pena essere sacrificata “*sull’altare di ogni altra, pur legittima, funzione della pena*”⁶⁶, tra cui quella general-preventiva.

⁶³ Cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189, *cit.*, p. 18, ove si evidenzia che “*l’assimilazione di tali reati a quelli già contemplati genera riserve tenuto conto che la ratio sottesa all’art. 4 bis è quella di assoggettare a un regime penitenziario differenziato e connotato da particolare rigore chi si è reso autore di reati che destano un particolare allarme sociale e tendenzialmente riferibili a contestati di criminalità organizzata. La diversa natura della collaborazione, con il rinvio all’art. 322 bis, co. 2, c.p., che consente il superamento del regime ostativo non fa venir meno le riserve già espresse perché è oggettivamente minore la portata dell’offesa che i reati di nuova introduzione arrecano alla sicurezza collettiva, la cui tutela costituisce la ratio del più severo regime penitenziario previsto*”.

⁶⁴ Cfr. Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57, secondo cui “*le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona, violano il principio di eguaglianza, se sono arbitrarie e irrazionali, cioè se non rispondono a dati di esperienza generalizzati, riassunti nella formula dell’id quod plerumque accidit*”. Solo per l’associazione di tipo mafioso “*dalla struttura stessa della fattispecie e dalle sue connotazioni criminologiche – connesse alla circostanza che l’appartenenza ad associazioni di tipo mafioso implica un’adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali e dotato di particolare forza intimidatrice – deriva, nella generalità dei casi concreti ad essa riferibili e secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, una esigenza cautelare alla cui soddisfazione sarebbe adeguata solo la custodia in carcere (non essendo le misure “minori” sufficienti a troncare i rapporti tra l’indiziato e l’ambito delinquenziale di appartenenza, neutralizzandone la pericolosità)*”. Cfr. le altre pronunce di illegittimità costituzionale dell’art. 275, comma 3, c.p.p. in merito alla impossibilità di fondare la presunzione legale di adeguatezza della sola custodia cautelare sui parametri della gravità astratta del reato ovvero dell’elevato rango dell’interesse tutelato ovvero nell’esigenza di contrastare situazioni di allarme sociale: Corte Cost., 21 luglio 2010, n. 265; Corte Cost., 12 maggio 2011, n. 164; Corte Cost., 22 luglio 2011, n. 231; Corte Cost., 3 maggio 2012, n. 110; Corte Cost., 29 marzo 2013, n. 57; Corte Cost., 18 luglio 2013, n. 213; Corte Cost., 25 febbraio 2015, n. 48. Cfr. V. MANES, *Lo sciame di precedenti della Corte Costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 457 ss.. Cfr., da ultimo, Corte Cost., 4 dicembre 2019, n. 253 che ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 4 bis, comma 1, ord. penit., “*nella parte in cui non prevede che, ai detenuti per i delitti di cui all’art. 416-bis del codice penale e per quelli commessi avvalendosi delle condizioni previste dallo stesso articolo ovvero al fine di agevolare l’attività delle associazioni in esso previste, possano essere concessi permessi premio anche in assenza di collaborazione con la giustizia a norma dell’art. 58-ter del medesimo ordin. penit., allorché siano stati acquisiti elementi tali da escludere, sia l’attualità di collegamenti con la criminalità organizzata, sia il pericolo del ripristino di tali collegamenti*”. La presunzione di pericolosità sociale del detenuto non collaborante non è più assoluta ma diventa relativa.

⁶⁵ Cfr. Corte Cost. 2 marzo 2018, n. 41. Cfr. V. MANES, *L’estensione dell’art. 4-bis ord. pen. ai delitti contro la p.a.: profili di illegittimità costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2/2019, 108 ss..

⁶⁶ Cfr. Corte Cost., 11 luglio 2018, n. 149. Cfr. A. GAITO – A. MANNA, *L’estate sta finendo...*, *cit.*, p. 5.

Altro profilo di irragionevolezza sembrerebbe emergere dalla difficoltosa conciliabilità dei nuovi delitti immessi nell'art. 4-bis, *cit.*, con gli atteggiamenti collaborativi richiesti per superare l'automatismo ostativo⁶⁷.

Per fatti corruttivi posti in essere in contesti organizzati o di illegalità sistemica, la collaborazione potrebbe essere fortemente incentivata dalla prospettiva di essere pretermessi dai circuiti alternativi alla pena carceraria. Rispetto invece a forme occasionali di criminalità risulta certamente più arduo ravvisare una collaborazione utile alle indagini, che potrebbe persino apparire impraticabile *in re ipsa* rispetto a delitti monosoggettivi come il peculato ovvero a struttura plurisoggettiva necessaria impropria come la concussione⁶⁸.

Un ulteriore punto di criticità riguarda l'assenza di una specifica norma transitoria che disponga la vigenza per il futuro della novazione peggiorativa, le cui norme, qualificate di natura processuale, rimarrebbero sottoposte al principio del *tempus regit actum* con conseguente loro applicabilità immediata e retroattiva⁶⁹, anziché alle regole in materia di successione di norme penali nel tempo ai sensi dell'art. 2 c.p. e dell'art. 25, comma 2, Cost..

Valorizzando l'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo teso a ricondurre l'esecuzione della pena nell'ambito della materia penale sostanziale⁷⁰ e tenendo conto dell'apertura mostrata da ultimo dalla Corte di Cassazione⁷¹, è stato avviato un moto di rivisitazione del tradizionale orientamento formalista

⁶⁷ Cfr. D. PULITANÒ, *Le cause di non punibilità dell'autore di corruzione e dell'infiltrato e la riforma dell'art. 4 bis, cit.*, p. 604, secondo cui "comunque la si valuti nel merito, una disciplina che differenzia fra collaboranti e non collaboranti, ai fini dell'accesso a benefici e misure alternative, ha senso con riguardo ad appartenenti a un mondo di criminalità organizzata, che si può supporre abbiano qualcosa da dire su quel mondo, al di là dei delitti per i quali siano sotto processo o già condannati", con l'effetto che l'"allargamento del sistema 4 bis" è destinato a produrre "più carcerazione [...] non necessariamente (probabilmente no) più collaborazione processuale".

⁶⁸ Cfr. F. SIRACUSANO, *Lo status del condannato in via definitiva per fatti di corruzione*, in *Una nuova legge contro la corruzione. Commento alla legge 9 gennaio 2019, n. 3*, a cura di R. Orlandi e S. Seminara, *cit.*, p. 333 ss..

⁶⁹ L'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità è nel senso che le disposizioni concernenti l'esecuzione delle pene detentive e le misure alternative alla detenzione non riguardano l'accertamento del reato e l'irrogazione della pena, ma solo le modalità esecutive della stessa e andrebbero pertanto considerate come norme penali processuali e non sostanziali. Cfr., *ex multis*, Cass., SS.UU., 30 maggio 2006, n. 24561.

⁷⁰ Cfr. Corte EDU, 21 ottobre 2013, *Del Rio Prada c. Spagna*, secondo cui ai fini del rispetto del principio dell'affidamento del consociato circa la prevedibilità della sanzione penale, occorre avere riguardo non solo alla pena irrogata, ma anche alla sua esecuzione.

⁷¹ Cfr. Cass., sez. VI, 14 marzo 2019, n. 12541, ove si afferma che "non parrebbe manifestamente infondata la prospettazione difensiva secondo la quale l'aver il legislatore cambiato in itinere le 'carte in tavola' senza prevedere alcuna norma transitoria presenti tratti di dubbia conformità con l'art. 7 CEDU e, quindi, con l'art. 117 Cost., là dove si traduce, per il [ricorrente], nel passaggio – 'a sorpresa' e dunque non prevedibile – da una sanzione patteggiata 'senza assaggio di pena' ad una sanzione con necessaria incarcerazione, giusta il già rilevato operare del combinato disposto degli artt. 656, comma 9 lett. a), cod. proc. pen. e 4-bis ord. penit."

sul quale la Corte Costituzionale⁷² si è pronunciata affermando che la regola dell'applicazione della legge in vigore al momento dell'esecuzione della pena *“deve, però, soffrire un'eccezione allorché la normativa sopravvenuta non comporti mere modifiche delle modalità esecutive della pena prevista dalla legge al momento del reato, bensì una trasformazione della natura della pena, e della sua concreta incidenza sulla libertà personale del condannato”*.

8. Osservazioni conclusive

Tenuto conto che il volto pluriforme della corruzione si disvela non solo in presenza di fattispecie a rilevanza penale ma anche in situazioni di malfunzionamento dell'amministrazione, le strategie di contrasto alla corruzione tendono a differenziarsi adattandosi ai singoli contesti maggiormente esposti ad accordi illeciti come quello degli appalti pubblici. Ciò ha determinato, specie in quest'ultimo settore, un ampliamento del campo di intervento che comprende, in combinazione sinergica, sia gli aspetti preventivi di regolazione e di procedimentalizzazione sia le sanzioni penali di specifiche condotte individuali.

L'inevitabile gravità delle fenomenologie corruttive ha portato il legislatore della recente riforma penale ad adottare un modello incentrato non solo sulla repressione ma anche sulla dissuasione e sulla prevenzione, rispondendo almeno in parte alle raccomandazioni internazionali.

Così, la scelta di estendere ai reati contro la pubblica amministrazione i captatori informatici e gli agenti infiltrati e di introdurre misure premiali in favore di chi collabori dovrebbe concorrere al rafforzamento dell'azione di prevenzione. A un intento chiaramente dissuasivo è diretto l'inasprimento sanzionatorio realizzato operando essenzialmente sulle pene accessorie. In una logica repressiva si colloca la preclusione all'accesso a possibili alternative alla sanzione carceraria.

Questi nuovi strumenti dovrebbero, almeno in via teorica, concorrere a frenare, se non a sterilizzare, le pratiche corruttive anche nell'ambito dei contratti pubblici.

⁷² Corte Cost., 26 febbraio 2020, n. 32, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 6, lett. b), della legge 9 gennaio 2019, n. 3, per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. *“in quanto interpretato nel senso che le modificazioni introdotte all'art. 4-bis [...] si applichino anche ai condannati che abbiano commesso il fatto anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 3 del 2019, in riferimento alla disciplina delle misure alternative alla detenzione previste dal Titolo I, Capo VI, della legge n. 354 del 1975, della liberazione condizionale prevista dagli artt. 176 e 177 del codice penale e del divieto di sospensione dell'ordine di esecuzione previsto dall'art. 656, comma 9, lettera a), del codice di procedura penale”*, nonché, per contrasto con gli artt. 3 e 27, comma 3, Cost. *“nella parte in cui non prevede che il beneficio del permesso premio possa essere concesso ai condannati che, prima dell'entrata in vigore della medesima legge, abbiano già raggiunto, in concreto, un grado di rieducazione adeguato alla concessione del beneficio stesso”*. Sulle ordinanze di remissione, cfr. L. BARON, *'Spazzacorrotti'*, art. 4-bis ord. pen. e regime intertemporale. Il confronto tra interpretazione formalistica e interpretazione sostanzialistica al crocevia tra incidente di costituzionalità e interpretazione conforme, in *Dir. pen. cont.*, 5/2019, p. 153 ss..

In questo complessivo piano d'intervento permangono tuttavia concreti aspetti problematici che spaziano dalla distonia con numerosi principi di matrice costituzionale all'assenza di parametri normativi di riferimento per l'esercizio della discrezionalità giudiziale nella comminazione della pena, a profili di incoerenza tra alcuni istituti, a criticità applicative dei nuovi mezzi investigativi e premiali⁷³.

Il successo immediato dei rimedi approntati dal legislatore, pertanto, non pare affatto scontato, considerato peraltro che la lotta a forme così insidiose di criminalità richiede, oltre a un intenso lavoro di revisione culturale, soluzioni di agevole percorribilità.

⁷³ Cfr. CSM, Parere al testo di legge AC 1189, *cit.*, p. 15.

FINALITÀ DELLA LOTTA ALLA CORRUZIONE NELLA DISCIPLINA ANTIRICICLAGGIO

Pierpaolo Fratangelo e Federica Lelli

1. Premessa – 2. La crescente attenzione al contrasto alla corruzione nell'ordinamento internazionale antiriciclaggio – 3. I presidi AML nell'ordinamento italiano – 4. L'esperienza italiana alla prova delle valutazioni internazionali – 5. Conclusioni

1. *Premessa*

Corruzione e riciclaggio sono fenomeni criminali che incidono negativamente sulle possibilità di sviluppo economico e sulla stabilità finanziaria, alterando i meccanismi di mercato e minando il benessere collettivo e la fiducia dei cittadini nelle Istituzioni.

Recenti analisi confermano che tali fenomeni sono tra le principali determinanti della bassa crescita e dell'insoddisfacente dinamica della produttività nel nostro Paese. In particolare, il canale più rilevante sembra essere quello connesso all'azione pubblica: la corruzione e/o l'uso del potere coercitivo sono in grado di condizionare i politici locali e distorcere l'allocazione delle risorse pubbliche e il funzionamento dei mercati meno aperti alla concorrenza¹.

In considerazione della particolare pericolosità economica, politica e sociale di tali fenomeni, aggravata dalla loro stessa dimensione sovranazionale, è diffusa la consapevolezza che la risposta degli ordinamenti debba essere uniforme e coordinata, anche al fine di evitare arbitraggi regolamentari.

È altresì opinione comune che il contrasto alla criminalità economica e alla corruzione non possa essere rimesso al solo diritto penale, ma vada effettuato anche sul piano amministrativo e finanziario, tramite strumenti che consentano di prevenire o intercettare le condotte criminali all'interno delle istituzioni e dei mercati²; le attività di prevenzione, peraltro, dovrebbero mirare *“non tanto alla scoperta di reati già commessi (...), quanto e soprattutto alla realizzazione di un contesto organizzativo e di trasparenza che cerchi di impedire e/o ostacolare la commissione di reati, rendendola più difficile e più rischiosa”*³.

Di conseguenza, la consonanza tra l'applicazione dei presidi antiriciclaggio e l'azione di lotta alla corruzione diventa evidente laddove si consideri che i primi sono un baluardo posto a tutela sia degli interessi economici dei singoli sia dei più alti interessi di integrità e di affidabilità dell'intero sistema economico e finanziario. I presidi antiriciclaggio infatti non assolvono solo una funzione di prevenzione per impedire che specifiche transazioni finanziarie nascondano finalità illecite, ma sono volti a garantire che l'intero circuito finanziario legale non venga inquinato da proventi illeciti minandone il corretto funzionamento, così assicurando che le comunità nazionali possano contare su un sistema economico sano e immune da condizionamenti criminali. Tali presidi sono quindi tanto più importanti se applicati alla gestione di risorse pubbliche destinate al servizio del bene comune.

¹ S. MOCETTI – L. RIZZICA, Criminalità organizzata e corruzione: incidenza e effetti sull'economia reale in Italia, in *Rassegna Economica*, n. 1/2019.

² Così G. CASTALDI, “Il D.lgs. 231/2007 e la normativa di attuazione. Il contributo della UIF alla lotta alla corruzione”, *Courmayeur*, 28-29 settembre 2012, in <https://uif.bancaditalia.it>.

³ G.M. FLICK, “Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?”, in *Rivista dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, n. 2/2015.

Il presente contributo parte dai più recenti sviluppi a livello internazionale sul tema della collaborazione tra lotta al riciclaggio e alla corruzione per poi passare ad illustrare le caratteristiche del sistema italiano antiriciclaggio, anche con riferimento al regime applicabile alle persone politicamente esposte (PEPs secondo il conosciuto acronimo inglese). Su tale tema, saranno poi svolte riflessioni concernenti le sfide raccolte e i risultati raggiunti.

2. *La crescente attenzione al contrasto alla corruzione nell'ordinamento internazionale antiriciclaggio*

L'ordinamento internazionale riconosce da tempo l'esistenza di sinergie tra antiriciclaggio e anticorruzione. Un'efficace azione di prevenzione e contrasto ai fenomeni corruttivi incide infatti su uno dei possibili reati presupposto del riciclaggio; specularmente, i controlli antiriciclaggio – ostacolando il reimpiego dei proventi dei reati – contribuiscono ad intercettare episodi di corruzione.

Nella consapevolezza di tale legame, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione (UNCAC, *United Nations Convention against corruption*)⁴ dedica specifiche previsioni al tema della prevenzione e del contrasto del riciclaggio. In particolare, la Convenzione – dopo aver preliminarmente sottolineato le connessioni tra la corruzione e le altre forme di criminalità economica⁵ – impone ai singoli Stati l'adozione di misure in tema di prevenzione del riciclaggio (art. 14, *Measures to prevent money-laundering*), criminalizzazione delle condotte di riciclaggio (art. 23, *Laundering of proceeds of crime*), prevenzione e individuazione dei proventi dei reati (art. 52, *Prevention and detection of transfers of proceeds of crime*) e istituzione di *Financial Intelligence Unit* nazionali (art. 58, FIU).

La Convenzione, peraltro, adotta una nozione di corruzione piuttosto ampia, volta a superare le peculiarità dei singoli ordinamenti nazionali. La disciplina antiriciclaggio, ponendosi in sintonia con questa definizione di ampio respiro, prevede che “*vengano segnalate come sospette non solo le operazioni in cui si riscontrino gli elementi costitutivi dei reati di corruzione, ma anche quelle ove ricorrano comportamenti che, pur se di non evidente rilevanza penale, siano tuttavia finalizzati a favorire condotte corruttive*”⁶.

⁴ La Convenzione è stata sottoscritta a Merida nel 2003 e ratificata dall'Italia con Legge 3 agosto 2009, n. 116.

⁵ Nel Preambolo, la Convenzione riconosce “the links between corruption and other forms of crime, in particular organized crime and economic crime, including money-laundering”.

⁶ G. CASTALDI, “Il D.lgs. 231/2007 e la normativa di attuazione. Il contributo della UIF alla lotta alla corruzione”, cit.

Anche a livello europeo, il Gruppo di Stati contro la corruzione GRECO⁷ e il Gruppo di lavoro sulla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali⁸ insistono da tempo sull'utilizzo dei presidi antiriciclaggio – in particolare della collaborazione attiva – a fini anticorruzione.

Lo stesso Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale (GAFI-FATF) – principale organismo internazionale in materia antiriciclaggio⁹ – ha posto il contrasto alla corruzione tra le proprie priorità, mostrando una crescente consapevolezza delle forti connessioni con i fenomeni di riciclaggio.

Le 40 Raccomandazioni, aggiornate nel febbraio 2012 e sostanzialmente recepite dal legislatore UE, dedicano particolare attenzione al monitoraggio rafforzato dei rapporti intrattenuti con le persone politicamente esposte (PEP), ovvero di quei soggetti che – in virtù della carica pubblica ricoperta – sono potenzialmente esposti ai rischi connessi alle eventuali attività di occultamento, dissimulazione e reimpiego di fondi e altre utilità ottenuti illecitamente tramite reati quali la corruzione, la concussione o il peculato. In considerazione del frequente abuso di schermi fiduciari, trust e veicoli societari, le Raccomandazioni dettano altresì misure stringenti in tema di trasparenza e *beneficial ownership*.

Unitamente alle competenze di organismo *standard setting*, il GAFI è impegnato nelle attività di *Mutual Evaluation* degli Stati membri nonché nella elaborazione di *Guidance* rivolte alle Autorità di settore e agli operatori; in tale ambito, sono stati condotti specifici studi sul tema della corruzione che hanno beneficiato, tra l'altro, del lavoro congiunto con gli esperti dell'Anti-Corruption Working Group del G20¹⁰.

Il “*Best Practices Paper: the use of the FATF Recommendations to combat corruption*”, pubblicato ad ottobre 2013, parte dall'analisi dei più diffusi schemi di riciclaggio dei proventi della corruzione per poi individuare le Raccomandazioni che più si prestano a tale scopo¹¹.

⁷ Il GRECO (Groupe d'Etats contre la Corruption), con sede a Strasburgo, è un organismo istituito nel 1999 in seno al Consiglio d'Europa. Lo scopo del GRECO è quello di monitorare il livello di conformità delle legislazioni nazionali agli standard anticorruzione dell'organizzazione tramite meccanismi di peer review.

⁸ Il Gruppo di lavoro – istituito nell'ambito della Convenzione OCSE sulla lotta alla Corruzione dei Pubblici Ufficiali stranieri nelle transazioni internazionali – opera prevalentemente conducendo *peer reviews* presso gli Stati aderenti.

⁹ Costituito nel 1989, la Financial Action Task Force (FATF) è un organismo intergovernativo istituito in ambito OCSE che ha per scopo l'elaborazione e lo sviluppo di strategie di contrasto al riciclaggio e al finanziamento al terrorismo. Il GAFI elabora standard riconosciuti a livello internazionale per il contrasto delle attività finanziarie illecite, analizza le tecniche e l'evoluzione di questi fenomeni, valuta e monitora i sistemi nazionali.

¹⁰ I resoconti dei *Joint G20 ACWG-FATF Experts Meeting on Corruption*, svolti annualmente in occasione delle riunioni Plenarie del GAFI, sono disponibili sul sito www.fatf-gafi.org.

¹¹ In particolare, vengono in rilievo le disposizioni in tema di: i) *understanding national risks and coordination*; (ii) *preventive measures and record keeping*; (iii) *detection, investigation, prosecution and confiscation*; (iv) *international coordination*.

Lo studio, tra l'altro, conferma la centralità degli adempimenti funzionali alla adeguata verifica della clientela. Il corretto assolvimento di tali obblighi, infatti, rappresenta il presupposto necessario per intercettare tempestivamente possibili condotte di riciclaggio dei proventi della corruzione: solo da una analisi attenta e approfondita del cliente discende la capacità di qualificare un soggetto come "PEP", applicare misure rafforzate, individuare il titolare effettivo di veicoli societari o trust, approfondire l'origine dei fondi nonché valutare complessivamente l'operatività posta in essere ai fini della collaborazione attiva.

Gli approfondimenti condotti dal GAFI confermano, in definitiva, come un efficace sistema antiriciclaggio sia essenziale per prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi. Peraltro, tali studi forniscono utili indicazioni anche ai *policymakers* nazionali, da tradursi nella realizzazione di più strette forme di collaborazione e di scambio informativo tra autorità antiriciclaggio e anticorruzione, tanto sul piano generale quanto su specifici casi¹².

3. I presidi AML nell'ordinamento italiano

L'Italia ha storicamente sofferto di una diffusa percezione dell'elevata esposizione ai fenomeni corruttivi, confermata dalle classifiche di *Transparency International* e dagli studi condotti dall'ISTAT¹³.

Anche i primi due rapporti sull'Analisi nazionale dei rischi di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo (*National Risk Assessment – NRA*), approvati nel 2014 e nel 2019¹⁴ dal Comitato di Sicurezza Finanziaria, nel sottolineare la rilevanza del rischio di riciclaggio nel nostro Paese, hanno posto in evidenza come – tra i reati che producono proventi da riciclare – la corruzione costituisca una delle minacce più significative.

A fronte di una elevata esposizione alla criminalità economica, il sistema antiriciclaggio italiano è da tempo in linea con i più elevati standard internazionali. Sin dal 1991, infatti, l'assetto normativo e istituzionale del nostro Paese riflette l'evoluzione delle Raccomandazioni GAFI e delle cinque Direttive emanate dal legislatore comunitario¹⁵.

¹² I. BORRELLO, "I presidi antiriciclaggio e il contrasto alla corruzione. L'esperienza della Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia", in *Argomenti – Rivista di economia, cultura e ricerca sociale*, n. 6/2017.

¹³ ISTAT: "La corruzione in Italia, il punto di vista delle famiglie", <https://www.istat.it/it/files/2017/10/La-corruzione-in-Italia.pdf>.

¹⁴ Per quanto concerne il secondo aggiornamento del NRA, si rinvia al comunicato stampa del MEF, disponibile al seguente indirizzo http://www.mef.gov.it/ufficio-stampa/comunicati/2019/comunicato_0115.html.

¹⁵ Direttive 91/308/CEE, 2011/97/CEE, 2005/60 CE, (UE) 2015/849 e, da ultimo, (UE) 2018/843.

L'attuale *framework*, delineato dalle recenti direttive UE¹⁶, ha sostanzialmente confermato l'impianto previgente, imponendo ai soggetti destinatari il rispetto di specifici obblighi di adeguata verifica della clientela, registrazione e conservazione delle informazioni nonché segnalazione delle operazioni potenzialmente anomale alla UIF.

In particolare, nell'ambito della c.d. "collaborazione passiva", la normativa richiede l'acquisizione e la verifica dei dati della clientela, l'aggiornamento periodico dei dati, la registrazione e conservazione degli stessi, il monitoraggio nel continuo del rapporto al fine di intercettare eventuali comportamenti anomali; tali obblighi sono funzionali alla fase di "collaborazione attiva", nell'ambito della quale viene valutato l'inoltro alla UIF delle operazioni sospette.

L'adempimento degli obblighi antiriciclaggio deve essere calibrato in funzione del rischio: il *risk-based approach* – declinato nella Raccomandazione n. 1 del GAFI – impone infatti agli Stati, alle Autorità di settore così come ai soggetti destinatari di adeguare l'intensità e la frequenza delle misure preventive in funzione dell'effettiva esposizione ai rischi di riciclaggio, anche al fine di orientare le risorse verso le ipotesi effettivamente meritevoli di un più approfondito scrutinio.

La Quarta Direttiva AML eleva il *risk-based approach* a principio fondante dell'intero impianto antiriciclaggio. La sua applicazione è particolarmente evidente in tema di adeguata verifica, dove ai soggetti obbligati è riconosciuta la possibilità – al netto di alcune ipotesi predeterminate dal legislatore¹⁷ – di scegliere un regime semplificato, ordinario o rafforzato in funzione del rischio attribuito a determinate tipologie di clienti o categorie di prodotti.

La scelta del legislatore di sottoporre obbligatoriamente le persone politicamente esposte a misure rafforzate, così come il recente ampliamento

¹⁶ Con il D.lgs. n. 90 del 25 maggio 2017 (pubblicato nella G.U. n. 140 del 19 giugno 2017), l'Italia ha recepito la Quarta Direttiva AML, modificando il D.lgs. n. 231 del 21 novembre 2007, nonché il D.lgs. n. 109 del 22 giugno 2007, recante misure per prevenire, contrastare e reprimere il finanziamento del terrorismo.

¹⁷ Ai sensi dell'art. 24 del Decreto AML, i soggetti obbligati applicano sempre misure rafforzate in caso di: a) clienti residenti in Paesi terzi ad alto rischio individuati dalla Commissione europea; b) rapporti di corrispondenza transfrontalieri con un ente creditizio o istituto finanziario corrispondente di un Paese terzo; c) rapporti continuativi, prestazioni professionali o operazioni con clienti e relativi titolari effettivi che siano persone politicamente esposte.

della definizione di PEP ad opera del D.lgs. 90/2017¹⁸, confermano la sensibilità del legislatore antiriciclaggio al tema del contrasto alla corruzione.

La stessa Banca d'Italia, seguendo un approccio basato sul rischio e in previsione del nuovo perimetro delle c.d. PEP "domestiche", nel 2017 ha realizzato un ciclo di verifiche tematiche volto ad approfondire la gestione dei rapporti con le persone politicamente esposte; a conclusione delle verifiche, a gennaio 2018 è stato pubblicato un documento volto a definire "buone prassi" per la gestione a fini antiriciclaggio dei rapporti con questa tipologia di clienti¹⁹, finalizzate a una corretta individuazione delle PEP e a una più penetrante analisi sui singoli rapporti, con l'obiettivo di valutare la liceità della provenienza dei fondi e la coerenza delle operazioni poste in essere con il profilo economico-patrimoniale.

Anche l'introduzione dei c.d. conti dedicati nelle commesse pubbliche con la Legge n. 136/2010 – funzionali alla tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti di appalto di lavori, forniture e servizi – conferma le sinergie tra antiriciclaggio e anticorruzione. Dopo la sperimentazione con normative speciali, quali quelle dedicate alla ricostruzione post-sisma in Abruzzo e all'avvio di Expo 2015, si è subito colta l'efficacia di una normativa che garantisce la ricostruibilità di ogni movimento di denaro, di ogni transazione finanziaria collegata a uno specifico rapporto contrattuale o finanziamento pubblico, anche europeo.

Un corretto monitoraggio a fini antiriciclaggio, infatti, può contribuire all'identificazione di fenomeni criminali e corruttivi, che inquinano le scelte pubbliche alternando i meccanismi di mercato. Al riguardo, gli intermediari bancari e finanziari e i professionisti, a vario titolo coinvolti in operazioni connesse con l'erogazione di finanziamenti pubblici o comunitari, sono tenuti a prestare particolare attenzione alla fase prodromica alla concessione dei fondi e a quella relativa all'impiego degli stessi, nonché ad eventuali passaggi di quote societarie che potrebbero rappresentare elementi di sospetto.

¹⁸ Le originarie disposizioni del D.lgs. 231/2007 (di recepimento della III Direttiva Antiriciclaggio) imponevano obblighi rafforzati solo in caso di PEP residenti all'estero; successivamente, il Provvedimento Banca d'Italia del 3 aprile 2013 in materia di adeguata verifica della clientela aveva richiesto agli intermediari di censire anche le PEP residenti in Italia (c.d. "PEP domestiche") e, in caso di effettivo rischio alto, applicare loro misure rafforzate.

Da ultimo, il D.lgs. 90/2017 ha modificato la definizione di PEP per sottoporre anche i soggetti residenti in Italia, in via automatica, alle misure rafforzate; peraltro, il perimetro delle PEP è stato ampliato per includervi gli assessori regionali, i sindaci dei capoluoghi di provincia o città metropolitane, dei comuni non capoluogo di provincia con un numero di abitanti non inferiore a quindicimila, nonché i direttori generali di ASL e di aziende ospedaliere anche universitarie e degli altri enti del servizio sanitario nazionale.

¹⁹ Si fa riferimento alle "Procedure in tema di individuazione e adeguata verifica rafforzata delle persone politicamente esposte: buone prassi e criticità rilevate nell'attività di controllo".

4. *L'esperienza italiana alla prova delle valutazioni internazionali*

Dalla complessiva attività di vigilanza sul sistema bancario e finanziario – nonché dall'Analisi Nazionale dei Rischi – emerge che il sistema Italia nel suo complesso, pur in presenza di rischi elevati, ha acquisito una buona capacità di rispondere ai fenomeni di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo.

La qualità dei presidi di prevenzione e repressione nazionali è stata confermata anche a livello internazionale: l'ultima valutazione del sistema antiriciclaggio italiano da parte del GAFI e del Fondo Monetario Internazionale (approvata nel febbraio 2015²⁰) ha infatti riconosciuto i progressi fatti dal nostro Paese, con evidenti riflessi anche sul piano del contrasto ai principali reati presupposto, tra cui la corruzione.

Se il sistema antiriciclaggio ha radici profonde, molto più recente è l'impianto anticorruzione, avviato strutturalmente con la Legge n. 190/2012 e proseguito con l'istituzione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) nel 2014.

Già prima del 2012, le numerose *peer reviews* condotte sul nostro Paese (i tre cicli di valutazione sull'applicazione della Convenzione penale sulla corruzione nell'ambito del GRECO; i tre cicli di valutazione nel contesto OCSE; i due Rapporti sull'Italia relativi alla Convenzione ONU sulla corruzione) avevano contribuito a dare l'impulso per i miglioramenti realizzati negli ultimi anni, anche grazie all'intensa azione dell'ANAC.

In particolare, per quanto concerne il rapporto tra anticorruzione e presidi antiriciclaggio, tutte le valutazioni hanno sottolineato la centralità del sistema di segnalazione delle operazioni sospette al fine di istituire forme di collaborazione e di scambio informativo tra Autorità.

I significativi progressi registrati negli ultimi anni sono stati recentemente confermati dal secondo ciclo di valutazione sull'applicazione in Italia dell'UNCAC. Il rapporto – pubblicato lo scorso anno²¹ – include sezioni espressamente dedicate all'adeguatezza dei presidi antiriciclaggio e all'attività della UIF, riconoscendone l'importanza ai fini del contrasto alla corruzione.

In termini generali, il rapporto UNCAC si è concluso con un esito ampiamente positivo e con un beneficio per l'immagine dell'Italia. In particolare, nel documento si sottolineano i progressi dell'ordinamento nazionale nella lotta alla corruzione e l'attività dell'ANAC riceve particolare apprezzamento quale *best practice*.

²⁰ Il *Mutual Evaluation Report* sull'Italia è disponibile sul sito del GAFI, in particolare al seguente link: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer4/MER-Italy-2016.pdf>.

²¹ L'*executive summary* del secondo Rapporto UNCAC sull'Italia è disponibile al seguente link: https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/CountryVisitFinalReports/2019_11_22_Italy_Final_Country_Report.pdf.

Anche il sistema antiriciclaggio ha ricevuto un particolare apprezzamento per la sua capacità di intercettare e contrastare i fenomeni criminali, confermando le valutazioni sostanzialmente positive del GAFI. Con specifico riferimento alle sinergie con l'anticorruzione, viene rimarcata l'esigenza per il nostro Paese di continuare gli sforzi per la definizione di politiche antiriciclaggio che assicurino una "cohesive implementation of its anti-corruption strategy across the various agencies involved in the execution of its AML/CFT measures"; in tema di collaborazione attiva, i valutatori hanno riconosciuto l'esistenza di strutturate forme di collaborazione e di scambio informativo tra la UIF e le varie Autorità impegnate nelle attività di prevenzione e contrasto alla criminalità economica.

5. Conclusioni

Il sistema di prevenzione e contrasto alla criminalità economica ha registrato negli ultimi anni significativi passi in avanti, da ultimo confermati in ambito GAFI e UNCAC. I progressi sono del resto dimostrati anche dal continuo miglioramento nell'indice di percezione della corruzione (*Transparency International*): dal 2012 – anno di emanazione della legge anticorruzione – l'Italia ha guadagnato 10 punti e scalato 19 posizioni.

Si può concludere che l'assetto normativo e istituzionale italiano è ormai coerente con le principali indicazioni internazionali, sia per l'antiriciclaggio che per l'anticorruzione.

È tuttavia necessario proseguire gli sforzi sul piano dell'*enforcement* delle misure di controllo, sulla capacità di perseguire e punire in maniera adeguata i criminali economici e, soprattutto, sul piano culturale. È indubbio, infatti, come le misure di prevenzione e contrasto non possano fare a meno della collaborazione della collettività: solo lo sviluppo di una vera e propria cultura della legalità economica costituisce il presupposto per la creazione di un sistema economico orientato al rispetto delle regole e alla correttezza, in cui i fenomeni criminali e corruttivi vengano non solo perseguiti ma naturalmente emarginati.

PARTE SECONDA

**ALLA RICERCA DI UN EQUILIBRIO TRA LEGALITÀ
ED EFFICIENZA.**

**UNA NUOVA STAGIONE PER IL BUON
FUNZIONAMENTO DEGLI APPALTI PUBBLICI**

LE MISURE DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE

Lucilla Asciano, Maria Gabriella Fraracci e Elvira Francesca Pagano

1. La normativa anticorruzione e gli appalti pubblici – 2. La trasparenza e gli obblighi di pubblicità – 3. Gli strumenti generali di prevenzione della corruzione – 4. La professionalizzazione delle risorse contro la corruzione che nasce dalla scarsa competenza – 5. Etica e compliance. Oltre le norme, verso una cultura della legalità

1. *La normativa anticorruzione e gli appalti pubblici*

La rilevanza economica degli appalti pubblici ne determina la forte esposizione a rischi di corruzione; ciò incide profondamente sull'assetto della relativa disciplina che non ha mai potuto prescindere da una considerazione della variabile "corruzione", contrastata con misure e modalità diverse nel tempo.

Le finalità della lotta alla corruzione nel settore degli appalti pubblici si intrecciano con altri due obiettivi tradizionalmente perseguiti dalla disciplina della contrattualistica pubblica: la tutela della concorrenza, elemento posto a fondamento della relativa normativa europea, e la tensione all'efficienza della spesa pubblica, che, soprattutto in periodi di ristrettezza di risorse disponibili, assume un ruolo prioritario e strategico.

Tutela della concorrenza negli appalti pubblici e disciplina anticorruzione operano in modo sinergico rafforzandosi vicendevolmente: regole volte a rendere le procedure di affidamento dei contratti pubblici trasparenti e competitive combattono i fenomeni corruttivi e, simmetricamente, le norme di contrasto alla corruzione concorrono alla competitività del mercato degli appalti pubblici¹.

Più difficile è pervenire alla definizione di regole in grado di coniugare nella loro concreta attuazione finalità di contrasto dei fenomeni corruttivi e promozione dell'efficienza della spesa pubblica. A fronte di chi, soprattutto in passato, ha visto nella riduzione della discrezionalità l'unica strada per prevenire la corruzione, si contrappone il più moderno orientamento che vede nell'ampliamento del potere decisionale delle amministrazioni la possibilità di cogliere maggiori sinergie tra efficienza della spesa pubblica e lotta alla corruzione².

¹ Cfr. M. CLARICH, relazione su Contratti pubblici e concorrenza, nell'ambito del 61° Convegno di studi amministrativi tenuto a Villa Monastero, Varenna il 17-19 Settembre 2015.

² Cfr. sul punto, ampi riferimenti di G. FIDONE, nella relazione per il seminario "Prevenzione della corruzione nella riforma della PA e nella nuova disciplina dei contratti pubblici", tenuta il 9 novembre 2015 presso la Sala del Mappamondo, Camera dei deputati. Secondo l'Autore, la discrezionalità "*da esercitarsi nell'individuazione di un contratto su misura o della procedura di aggiudicazione più adatta al concreto*", ove correttamente utilizzata, è la chiave di volta che consente di conseguire una maggiore efficienza. Inoltre, l'Autore considera che "*si può ragionevolmente sostenere che misure volte a contrastare e ridurre l'inefficienza possano avere anche l'effetto indiretto di ridurre la corruzione. Se infatti la corruzione corrisponde a una quota parte dell'inefficienza e dietro a questa si nasconde, il miglioramento dell'efficienza (ovvero la diminuzione dei costi, l'accorciamento dei tempi, il miglioramento della qualità e, in definitiva, il conseguimento della performance) può ridurre gli spazi di attuazione dei fenomeni corruttivi*". Inoltre, G. Fidone cita un interessante esempio di strategia volta sia all'efficienza degli affidamenti, quanto alla lotta alla corruzione con riferimento al tema della centralizzazione delle stazioni appaltanti, rilevando che, da un lato "*la centralizzazione delle stazioni appaltanti può garantire maggiore informazione e consapevolezza alla Pubblica Amministrazione che si accosta a un appalto pubblico, riducendo la fisiologica asimmetria informativa a danno della Pubblica Amministrazione nei confronti dei privati e consentendo alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare contratti più efficienti grazie alle maggiori informazioni (specializzazione) di cui dispongono. Dall'altro lato, l'accorpamento delle centrali di committenza riduce il numero dei soggetti da controllare e monitorare e consente un più efficace contrasto alla corruzione, anche attraverso la scelta di pubblici amministratori affidabili*".

Negli anni recenti, la necessità di norme di contrasto alla corruzione in grado di contemperare al meglio la pluralità di obiettivi di interesse pubblico da perseguire è emersa con maggiore evidenza per la acquisita consapevolezza delle conseguenze negative derivanti dai fenomeni corruttivi; essi non si limitano infatti ad arrecare danno al buon andamento e all'imparzialità della pubblica amministrazione, ma toccano anche l'economia, la concorrenza, il corretto sviluppo economico³.

La necessità di contrastare la corruzione in un comparto così delicato e, al tempo stesso, fortemente esposto a fenomeni corruttivi, ha indotto il Legislatore nazionale a riservare all'attività di *public procurement* previsioni specifiche anche nella normativa a carattere generale (cfr. *infra par. 3*).

La relazione tra disciplina degli appalti pubblici e finalità di contrasto alla corruzione – contenuta sia nella disciplina sulla contrattualistica pubblica sia nella legislazione anticorruzione – si è atteggiata diversamente nel tempo.

In passato la normativa nazionale sulla contabilità di Stato⁴, nel disciplinare i pubblici incanti, si proponeva di garantire la corretta gestione del danaro pubblico e le condizioni economiche più favorevoli per l'amministrazione; solo in via indiretta la normativa mirava a garantire la *par condicio* dei soggetti che partecipavano alla gara e a prevenire il rischio di fenomeni corruttivi in capo a pubblici funzionari.

Negli anni novanta, anche a seguito di indagini giudiziarie che portarono all'emersione di sistemi diffusi di corruzione, la normativa dei contratti pubblici è stata radicalmente ripensata con l'emanazione della c.d. legge "Merloni"⁵. La nuova disciplina era fondamentalmente ispirata dalla convinzione che la corruzione si potesse combattere limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti; a ciò si aggiungeva l'idea che la corruzione riguardasse principalmente la fase di affidamento e solo in misura molto minore la fase di esecuzione dei contratti.

Ebbe così inizio quella linea di tendenza legislativa che, per circa un ventennio, ha inteso contrastare la corruzione attraverso la massima compressione della discrezionalità, la rigidità delle procedure e il favor verso meccanismi automatici di aggiudicazione e, quindi, mediante regole di gara in senso stretto (modalità

³ Cfr. L. DONATO e M. BIANCO, nell'audizione alla Camera dei Deputati, Commissioni riunite I (Affari costituzionali) e II (Giustizia) del 14 settembre 2011 sulle Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione (Disegno di legge 4434), sottolineavano "l'opportunità di non privilegiare la visione dei fenomeni corruttivi solo come illeciti a danno del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione, ma di valorizzare il connotato plurioffensivo della fattispecie delittuosa. Il comportamento del corruttore arreca, infatti, un notevole danno all'economia, alla concorrenza, a un corretto sviluppo economico, ledendo beni economici e di mercato meritevoli di forte tutela".

⁴ Si tratta del r.d. 18 novembre 1923, n. 2440 e del regolamento attuativo approvato con r.d. 23 maggio 1924, n. 827 che hanno costituito per molti decenni la base normativa del sistema dei pubblici incanti. Cfr. riferimenti su questo punto in M. CLARICH, opera citata.

⁵ Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

di selezione, tipologia di procedura, meccanismi di esclusione automatica delle offerte anomale).

In una linea di continuità con la strategia di contrasto disegnata dalla legge *Merloni* si è collocato il successivo Codice dei contratti pubblici, che ha unito in unico testo normativo tutta la materia dei contratti pubblici, attuando il recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE⁶.

In netta discontinuità rispetto a un passato caratterizzato da politiche emergenziali di lotta alla corruzione e da misure di tipo pressoché esclusivamente repressivo si è innestata la riforma che, con la legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione), ha introdotto in Italia un sistema organico di contrasto alla corruzione⁷.

In un contesto di forte diffusione del fenomeno corruttivo, l'intento del legislatore è stato quello di promuovere strategie volte ad anticipare il contrasto alla commissione delle condotte corruttive. In proposito l'ANAC ha precisato che "con la legge 190/2012 non si modifica il contenuto tipico della nozione di corruzione ma per la prima volta in modo organico si introducono e, laddove già esistenti, si mettono a sistema misure che incidono laddove si configurano condotte, situazioni, condizioni, organizzative ed individuali – riconducibili anche a forme di cattiva amministrazione – che potrebbero essere prodromiche ovvero costituire un ambiente favorevole alla commissione di fatti corruttivi in senso proprio⁸.

A seguito della legge n. 190 del 2012 il sistema è oggi articolato essenzialmente su tre pilastri: un impianto repressivo penalistico più stringente che in passato; numerose misure di carattere amministrativo di tipo preventivo, che rappresentano il baricentro dell'azione di contrasto alla *maladministration*; l'impulso alla diffusione di una cultura della legalità e dell'etica professionale nella pubblica amministrazione, al fine di creare un contesto ambientale naturalmente avverso ai fenomeni corruttivi. Nel rinnovato assetto, prevenzione e repressione diventano parte di una strategia unitaria sebbene rappresentino due momenti funzionalmente distinti.

⁶ Si tratta del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Sul punto cfr. G. FIDONE, opera citata, che richiama "la resistenza del nuovo Codice al recepimento degli istituti flessibili (ad esempio, dialogo competitivo) disciplinati dalle direttive del 2004".

⁷ Come osservato da G. PIPERATA, *Il sistema di prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni: un'introduzione*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, 2019, "le ragioni che si trovano alla base di queste riforme sono esterne ed interne al contesto nazionale. Per prima cosa, bisogna ricordare che l'Italia ha nel corso degli ultimi anni assunto numerosi impegni internazionali con riferimento al contrasto della corruzione nel settore pubblico. La Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 (c.d. Convenzione di Merida) e la Convenzione Penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999 rappresentano solo alcune delle occasioni internazionali nelle quali il nostro Paese si è impegnato ad adottare precise politiche di prevenzione dei fenomeni corruttivi nella pubblica amministrazione e di contrasto delle attività illecite. Per non parlare poi dei condizionamenti provenienti dall'Unione europea, istituzione che ha fatto della lotta alla corruzione uno dei suoi principali obiettivi e linee di intervento promozionali nei confronti degli stati membri".

⁸ Cfr. PNA 2019 (delibera n. 1064 del 13 novembre 2019).

Tassello essenziale della citata riforma è la creazione di “Istituzioni anticorruzione”, anche sulla scorta di quanto previsto da convenzioni internazionali e riscontrato nell’esperienza di numerosi Paesi. Le autorità anticorruzione sono caratterizzate da indipendenza, specializzazione, adeguata formazione e dotazione di risorse. Esse svolgono un’ampia gamma di funzioni che comprende la definizione delle *policy*, l’attività di ricerca, il monitoraggio e il coordinamento delle misure, campagne di sensibilizzazione e la promozione dell’efficacia dell’azione repressiva attraverso un adeguato sistema di sanzioni⁹.

Dopo un’iniziale attribuzione di compiti in materia di contrasto alla corruzione al Dipartimento della Funzione pubblica, è stata costituita la CIVIT¹⁰, cui è subentrata l’Autorità nazionale anticorruzione – ANAC, costituita con d.l. n. 101 del 2013, alla quale sono state anche trasferite in un secondo momento le competenze della soppressa Autorità per la vigilanza dei contratti pubblici – AVCP¹¹.

L’intervento di riforma del 2012 ha inciso in maniera mirata sul settore della contrattualistica pubblica, prevedendo per esso misure specifiche che si sono affiancate a quelle a carattere generale, che riguardano tutta l’attività amministrativa.

La riforma ha inteso contrastare la corruzione in questo settore puntando innanzitutto alla trasparenza dell’operato delle stazioni appaltanti¹², quale strumento di controllo dell’imparzialità dell’amministrazione e della non discriminazione dei concorrenti (cfr. *infra* par. 2).

Ulteriori elementi del disegno riformatore specificamente rivolti a potenziare i presidi di legalità nel *public procurement* possono rinvenirsi:

- nell’attribuzione alle stazioni appaltanti della possibilità di “prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto

⁹ Cfr. ampi riferimenti in FormezPA, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Cap. 6 *Le autorità nazionali anticorruzione: funzioni, assetto istituzionale e organizzativo*, a cura di F. MONTEDURO, S. BRUNELLI e A. BURATTI.

¹⁰ La Commissione indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l’Integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) è stata istituita con il decreto legislativo n. 150 del 2009, in attuazione della legge 15/2009 (c.d. “riforma Brunetta”). La commissione è entrata in funzione nel 2010.

¹¹ Cfr. sul punto G. PIPERATA, opera citata, che sottolinea la centralità dell’ANAC anche alla luce delle funzioni e dei poteri che le sono stati attribuiti: la funzione di pianificazione a livello nazionale dei processi di contrasto alla corruzione; la funzione di garanzia, che compete all’Autorità, soprattutto rispetto al settore della contrattazione pubblica; la funzione di regolazione, prevista dal d.lgs. n. 50/2016 per quanto riguarda l’integrazione dell’apparato regolativo dei contratti pubblici; il potere d’ordine disciplinato nella Delibera ANAC n. 146 del 2014, potere atipico riconducibile alla funzione di vigilanza dell’Autorità.

¹² Art. 1, comma 16, lett. b), della L. n. 190/2012.

delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”¹³;

- nell’istituzione delle c.d. “*white list*” ovvero di elenchi di imprese “virtuose” operanti in settori di attività particolarmente esposti al rischio di infiltrazione mafiosa, da istituire presso ogni prefettura¹⁴;
- nella modifica della disciplina di due importanti istituti: la risoluzione del contratto, con un ampliamento del novero dei reati che all’epoca la giustificavano ai sensi dell’art. 135 del d. lgs. n. 163 del 2006¹⁵ e l’arbitrato¹⁶, con l’obiettivo di limitare l’applicazione di un istituto “sempre circondato da un generale clima di diffidenza, alimentato dal lievitare dei costi e dai sospetti di mancanza delle necessarie garanzie di imparzialità degli arbitri”¹⁷.

In seguito ad altre inchieste giudiziarie che evidenziavano una presenza ancora diffusa di fenomeni corruttivi nel nostro Paese, l’intervento di riforma del 2012 è stato completato con l’emanazione del d.l. n. 90 del 2014¹⁸ che ha, tra l’altro, portato a compimento il processo di modifica dell’assetto e delle funzioni dell’ANAC.

¹³ Art. 1, comma 17, della L. n. 190/2012. Sul punto G. FIDONE, opera citata, rileva che “*i patti di integrità rappresentano un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i concorrenti. Tale patto si sostanzia in un documento che la Stazione Appaltante richiede ai partecipanti alle gare e che permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo*”. E, ancora, che “*anche i protocolli di legalità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell’esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro*”.

¹⁴ Art. 1, commi 52, 52 bis, 53, 54, 55 e 56, della L. n. 190/2012.

¹⁵ Art. 1, comma 58, della L. n. 190/2012, poi abrogato dal d.lgs. n. 50 del 2016. Come rilevato dal Consiglio di Stato, Commissione Speciale, nel parere n. 00855/2016 del 1/04/2016, la nuova formulazione dell’art. 108 del d.lgs. n. 50 del 2016 “*da un lato sostituisce gli artt. 135, 136 e 138 del previgente codice appalti, trascrivendone l’intero contenuto con limitate modificazioni e individuando le ipotesi al ricorrere delle quali la stazione appaltante può disporre la risoluzione di un contratto in corso di efficacia. Dall’altro, l’art. 108 recepisce le ipotesi di “risoluzione” previste dalle direttive comunitarie (artt. 44 della direttiva n. 23 del 2014, 73 della direttiva n. 24 del 2014 e 90 della direttiva n. 25 del 2014)*”.

¹⁶ Art. 1, commi da 19 a 25 della L. n. 190/2012, poi abrogati dal d.lgs. n. 50 del 2016. Come rilevato da G. FIDONE, opera citata, la L. n. 190/2012 perseguiva l’obiettivo di limitare il ricorso all’arbitrato, ad esempio, prevedendo “*che il deferimento ad arbitri di controversie relative all’esecuzione dei contratti pubblici possa avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell’organo di governo dell’amministrazione*”. Era inoltre prevista “*la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del ricorso all’arbitrato senza preventiva autorizzazione*”.

¹⁷ Cfr. F. FRANCONIERO, F.M. CIARALLI, A. PINESCHI, in Italiappalti.it (Rivista online diretta da R. CANTONE e F. CARINGELLA), *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, 2017, cui si rinvia per la descrizione delle principali caratteristiche dell’arbitrato e le novità introdotte dal d. lgs. n. 50 del 2016.

¹⁸ Decreto-Legge 24 giugno 2014, n. 90 Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l’efficienza degli uffici giudiziari, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114.

Nell'ambito delle novità introdotte, rileva anche la previsione di un sistema di misure straordinarie nei confronti delle imprese che eseguono appalti pubblici¹⁹, che mira a contemperare una pluralità di interessi meritevoli di forte tutela: l'istanza alla piena legalità degli appalti pubblici; la continuità aziendale; l'esigenza di esecuzione delle commesse pubbliche nei tempi previsti²⁰. Il sistema – definito “lo strumento certamente più innovativo di contrasto alla corruzione pensato per il settore dei contratti pubblici”²¹ – è attivabile al ricorrere di “gravi fatti o di gravi elementi sintomatici, che hanno, rispettivamente, o già determinato ricadute penali o sono comunque suscettibili di palesare significativi e gravi discostamenti rispetto agli standard di legalità e correttezza”²². Dal punto di vista della prevenzione della corruzione, il pregio di questo sistema va rintracciato soprattutto nella sua capacità di “sterilizzare” gli effetti di comportamenti viziati da corruzione o che potrebbero essere accertati tali, salvaguardando la prosecuzione dell'appalto ed evitando nel contempo che ciò si traduca nell'attribuzione di un vantaggio all'autore dell'illecito²³.

Altra disposizione importante sul fronte della prevenzione della corruzione può essere rintracciata nella previsione della trasmissione delle varianti in corso d'opera all'ANAC, ai fini dell'adozione degli eventuali provvedimenti di competenza²⁴.

Nello stesso periodo – in seguito all'ampio processo di consultazione avviato dalla Commissione europea con la pubblicazione di un Libro verde sugli appalti elettronici (2010) e di un Libro verde relativo alla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici (2011) – è stato anche profondamente innovato il quadro di riferimento europeo in materia di contratti pubblici con l'entrata in vigore, nel 2014, delle tre nuove direttive relative ai settori ordinari, ai settori speciali e alle concessioni. L'elemento caratterizzante la nuova disciplina europea è la valorizzazione del ruolo delle stazioni appaltanti in chiave di crescita

¹⁹ Cfr. art. 32 del d.l. n. 90/2014. Sul punto G. PIPERATA rileva che le misure in questione “*sono particolarmente significative, dato che possono consistere: a) in un ordine di rinnovo degli organi sociali, mediante la sostituzione del soggetto coinvolto in attività illecite; b) nella nomina di amministratori che provvederanno direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione.*”

²⁰ Cfr. ampi riferimenti in F. GOISIS, *Le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio delle imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, Giuffrè Francis Lefebvre Editore, 2019.

²¹ Cfr. G. PIPERATA, opera citata.

²² Cfr. Protocollo d'intesa sottoscritto il 15 luglio 2014 tra il Ministero dell'Interno e l'ANAC, con il quale sono state adottate le Prime Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture – UTG e Enti Locali per la prevenzione dei fenomeni criminosi e l'attuazione della trasparenza amministrativa, in G.U. n. 165 del 18 luglio 2014.

²³ Cfr. sul punto ampi riferimenti in R. CANTONE e B. BOCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in *La nuova Autorità anticorruzione*, a cura di R. CANTONE e F. MERLONI, G. Giappichelli Editore, 2015.

²⁴ Art. 37 del d.l.90 del 2014, abrogato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56. Gli obblighi di comunicazione all'ANAC delle varianti sono ora disciplinati dall'art. 106 del citato d.lgs. n. 50 del 2016.

della sfera di discrezionalità ad esse assegnata²⁵, cui fanno da necessari contrappesi una maggiore responsabilizzazione e il rafforzamento delle competenze tecniche e degli obblighi di trasparenza (cfr. *infra* par. 4). Ulteriori punti qualificanti la riforma si rinvengono: nell'orientamento alla semplificazione e allo snellimento delle procedure; nella tendenza a concentrare gli acquisti in centrali di committenza; nella preferenza accordata al criterio di aggiudicazione del "miglior rapporto qualità/prezzo" rispetto a quello del massimo ribasso; nell'impulso alla suddivisione in lotti degli appalti pubblici, nell'ottica di promuovere l'accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di affidamento; nella disciplina sulla fase di esecuzione del contratto, fino allora non oggetto di regolamentazione a livello comunitario.

Nel solco tracciato dalle direttive europee si sono pertanto inseriti la legge delega per il recepimento delle stesse (legge n.11 del 2016) e il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016).

Con il nuovo Codice il legislatore ha inteso utilizzare numerose leve strategiche previste dalla disciplina europea con il preciso obiettivo di contrastare la corruzione. Tra queste, permane il ruolo centrale attribuito alla trasparenza (cfr. *infra* par. successivo) e rilevano:

- l'attribuzione all'ANAC del potere di emanare le c.d. Linee Guida, strumenti di regolazione flessibili, idonei a garantire un allineamento costante delle norme alla dinamicità del contesto di riferimento;
- l'introduzione della disciplina sui conflitti di interesse; l'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016 assegna alle stazioni appaltanti il compito di prevedere "*misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni... (omissis)*";
- l'incentivazione del ricorso alle centrali di committenza, considerato l'elevato numero di stazioni appaltanti, in alcuni casi prive delle necessarie conoscenze e competenze tecniche, che viene spesso percepito come un fattore di rischio di corruzione; in connessione con la riduzione delle stazioni appaltanti, la previsione di un sistema di qualificazione delle pubbliche amministrazioni (cfr. *infra* par. 4)²⁶;

²⁵ Cfr. su questo punto A. PAJNO, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, GiustAmm.it, 2015, "Amministrare significa scegliere il modo migliore per realizzare, in un determinato momento storico, il fine pubblico indicato dalla legge: val quanto dire che è la discrezionalità, cioè il potere di scelta, il cuore della stessa amministrazione pubblica". E, ancora, con riferimento ai contratti pubblici osserva che "*in tale settore il problema teorico e pratico è quello di conciliare due valori in possibile conflitto, la flessibilità e discrezionalità della scelta delle imprese da invitare a presentare l'offerta con la garanzia della par condicio nell'accesso al mercato*" e P. SESTITO nella Testimonianza in ordine al recepimento delle direttive europee in materia dei contratti pubblici, Camera dei Deputati, 16 giugno 2014.

²⁶ Cfr. d.lgs. n. 50 del 2016, art. 38 "Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza". Sul punto L. DONATO (a cura di) *La riforma delle stazioni appaltanti: Ricerca della qualità e disciplina europea*, Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale, Banca d'Italia, n. 80, 2016.

- la programmazione delle acquisizioni, momento di chiarezza per la determinazione delle esigenze, con l’obiettivo di evitare processi di distorsione della domanda ascrivibili a fenomeni corruttivi;
- il nuovo impulso dato alle comunicazioni elettroniche, volto a creare un sistema nel quale l’informatizzazione delle procedure costituisce la regola, riducendo anche per questa via gli spazi per la corruzione²⁷;
- le innovative disposizioni in materia di nomina delle commissioni di gara (cfr. *infra* par. 4)²⁸;
- la disciplina dedicata all’esecuzione contrattuale, in considerazione anche della consapevolezza dell’esposizione alla corruzione di tale fase.

L’analisi delle misure introdotte a partire dalla riforma della disciplina anticorruzione del 2012 al d.lgs. n. 50 del 2016 fornisce una chiave di lettura dell’evoluzione delle modalità di contrasto dei fenomeni corruttivi.

Divenuta palese la ridotta efficacia di filosofie di prevenzione della corruzione essenzialmente basate sulla compressione del momento discrezionale delle amministrazioni appaltanti – soprattutto in presenza di appalti complessi²⁹ – è risultato evidente che per conseguire l’obiettivo di un pervasivo contrasto ai fenomeni corruttivi è necessario utilizzare sinergicamente una pluralità di leve, atte a incidere non più o, almeno, non solo sulla gara in senso stretto, ma sul contesto nel quale la gara si svolge (ad esempio, le regole di nomina della commissione giudicatrice, gli obblighi di trasparenza, i requisiti di affidabilità dei concorrenti, la qualità delle stazioni appaltanti, la prevenzione dei conflitti di interesse)³⁰.

La disciplina attuale mira pertanto a creare un contesto ambientale meno permeabile a fenomeni corruttivi, attivando una pluralità di difese rispetto a possibili deviazioni dalla regolarità amministrativa.

Tra le leve atte a incidere sul contesto nel quale la gara si svolge, un ruolo di assoluto rilievo è assegnato alla trasparenza.

²⁷ Cfr. Intervista di L. DE BIASE al Commissario per la PA digitale, “Attias: il digitale libera il meglio della Pubblica amministrazione. E contrasta la corruzione”, Tecnologia, Economia digitale, 7 febbraio 2019.

²⁸ Peraltro, con comunicato del Presidente dell’ANAC del 15 luglio 2019 l’Albo dei commissari di gara è stato sospeso fino al 31 dicembre 2020. Sul punto cfr. le considerazioni di L. DONATO in L’albo dei commissari di gara è ancora in *stand by*, in Monitorimmobiliare, marzo 2019.

²⁹ Come osservato da G. FIDONE, opera citata, “l’assenza di negoziazioni competitive impedisce alla pubblica amministrazione di migliorare la sua conoscenza dell’oggetto contrattuale complesso e di fare scelte più consapevoli”.

³⁰ Cfr. A. PAJNO, cit.

2. *La trasparenza e gli obblighi di pubblicità*

La trasparenza è lo strumento fondamentale per consentire lo scrutinio esterno da parte di tutti i portatori di interesse. Essa assicura la conoscibilità dell'azione della pubblica amministrazione, dei suoi atti e della sua organizzazione³¹.

Nel nostro ordinamento, la trasparenza non è citata espressamente dalla Costituzione ma è generalmente ricondotta ai principi costituzionali del buon andamento e dell'imparzialità dell'amministrazione³² (art. 97 Cost.).

La compiuta affermazione del valore della trasparenza è tuttavia una conquista relativamente recente. È stato infatti solo negli anni novanta che il legislatore nazionale ha intrapreso – prima in occasione di riforme normative di più ampia portata e, in seguito, attraverso provvedimenti legislativi “dedicati” – il difficile percorso di trasformazione di un sistema poco incline a forme di conoscibilità dell'*agere* pubblico in un ordinamento nel quale la trasparenza travalica i confini soggettivi dell'accesso amministrativo per arrivare a forme di *right to know*, ispirate al *Freedom of information act* (FOIA)³³.

Il primo passo di questo processo evolutivo è rappresentato dalla legge n. 241 del 1990 (c.d. legge del procedimento amministrativo), che per prima ha segnato un'inversione di tendenza rispetto al tradizionale orientamento al segreto, riconoscendo ai soggetti privati portatori di un interesse “*diretto, concreto*

³¹ La trasparenza ha in realtà un “significato polisenso” in relazione ai diversi ambiti nei quali entra in gioco: “quello positivo della pubblica amministrazione quale casa di vetro” per il cittadino, quello di “misura trasversale di prevenzione della malamministrazione” all'interno del sistema di prevenzione della corruzione. Cfr. S. TOSCHEI, *La Prevenzione della corruzione e la trasparenza nelle amministrazioni pubbliche e negli enti di diritto privato in controllo e in partecipazione pubblica*, in *Legislazione anticorruzione e responsabilità nella pubblica amministrazione*, F. CERIONI e V. SARCONI (a cura di), 2019.

³² Sul punto cfr. ampi riferimenti in R. CANTONE ed E. CARLONI, 2018, in *Corruzione e anticorruzione dieci lezioni*. Gli Autori sottolineano che “secondo i costituzionalisti, l'assenza di un esplicito riferimento non significa, però, che la Costituzione fosse disinteressata alla trasparenza; l'idea, anzi, di un esercizio trasparente del potere e delle funzioni pubbliche si ricava, in modo implicito ma chiaro in primo luogo dal generale principio democratico sancito dall'articolo 1, ma anche e soprattutto dal principio di imparzialità dell'amministrazione e da quello di responsabilità, nonché dalla regola secondo cui l'amministrazione è al servizio dei cittadini, ai quali deve evidentemente rendere conto”. E, ancora: “di recente il fondamento costituzionale della trasparenza viene affermato come conseguenza dei diritti del cittadino, come un'indispensabile ‘condizione di garanzia’: per essere soddisfatti (e non essere resi puramente formali o non effettivi, o divenire favore o concessione) i diritti richiedono di poter avere amministrazioni imparziali, istituzioni orientate all'interesse generale e un utilizzo corretto delle risorse”.

³³ Cfr. sul punto ampi riferimenti in R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata, che evidenziano, come ultimo tassello del quadro degli strumenti di trasparenza, l'introduzione di “un diritto a conoscere che viene generalmente ritenuto ispirato al modello statunitense del Freedom of Information Act”.

e attuale” il diritto di accedere ai documenti pubblici³⁴. Successivamente, il c.d. Codice dell’amministrazione digitale, nel fornire una cornice di riferimento al processo di digitalizzazione, ha introdotto il principio della “*disponibilità dei dati delle pubbliche amministrazioni*”.

È solo nel 2009, con il c.d. decreto Brunetta, che viene per la prima volta disciplinata espressamente nel nostro ordinamento la trasparenza, intesa come “*accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni*”³⁵.

L’art. 1, comma 15, della legge n. 190 del 2012, nell’ambito della riforma del sistema italiano di contrasto alla corruzione (cfr. paragrafo 1), afferma 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, secondo quanto previsto all’articolo 11 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n.150*”³⁶.

La delega conferita al Governo dalla legge 190 del 2012 per il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, è stata attuata con il d.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. Codice della trasparenza), che ha riunito in un unico testo tutte le norme in materia e ha regolato la c.d. “trasparenza attiva”, assicurata dalle amministrazioni attraverso la diffusione nel proprio sito istituzionale delle informazioni reputate dal legislatore meritevoli di essere rese pubbliche.

Più di recente, il d.lgs. n. 97 del 2016³⁷ ha riconosciuto il diritto ad accedere a qualunque informazione detenuta da pubbliche amministrazioni, salvo che ricorrano limiti posti a tutela di altri interessi di natura pubblica (ad esempio, la

³⁴ Cfr. sul punto R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata. Gli Autori rilevano che con la legge n. 241 del 1990 “si concedeva a colui che riteneva di essere stato in qualche modo leso da un atto amministrativo, e che aveva titolo per far valere la sua posizione anche in via giurisdizionale, il diritto a poter avere gli atti amministrativi di interesse, sostanzialmente quelli necessari per decidere se e come agire e come organizzare la sua difesa. Restava, invece, esclusa un’adeguata tutela della diffusa esigenza di conoscibilità, in funzione di partecipazione o di controllo da parte dei cittadini”.

³⁵ Cfr. d.lgs. n. 150/2009, art. 11. Sul punto cfr. ampi riferimenti di S. TOSCHEI, opera citata, che rileva che “La disposizione fu poi abrogata espressamente dall’art.53, comma 1, lett. i), del d.lgs. n. 33/2013, ma i principi da essa introdotti sono stati riversati nelle varie disposizioni del c.d. Codice della trasparenza”.

³⁶ Ai sensi della L. n. 190 del 2012, comma 16, lett. a), b), c) e d), l’oggetto delle misure volte alla trasparenza riguarda, in particolare, i procedimenti di: autorizzazione o concessione; di scelta del contraente per l’affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del Codice dei contratti pubblici; di concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici e privati; di concorsi e prove selettive per l’assunzione del personale e progressioni in carriera.

³⁷ Il d.lgs. n. 97 del 2016 ha anche operato una revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, modificando sia la legge 6 novembre 2012, n. 190, sia il decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

sicurezza, l'ordine pubblico) o privata (ad esempio, la riservatezza, la segretezza della corrispondenza)³⁸.

Nella materia dei contratti pubblici il ruolo primario della trasparenza è evidente già ad un rapido esame della normativa europea e nazionale di settore³⁹.

Le determinanti di tale rilevanza sono diverse: ex ante, essa consente l'accesso alle procedure di affidamento a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis* e, quindi, costituisce il presupposto per la competitività; ex post, permette un monitoraggio costante e generalizzato sul corretto uso delle risorse pubbliche da parte delle amministrazioni aggiudicatrici e ha una funzione deterrente della corruzione⁴⁰.

Gli strumenti che consentono agli interessati di conoscere in concreto l'operato delle pubbliche amministrazioni nel comparto dei contratti pubblici sono numerosi. Essi possono essere ricondotti da una parte alle diverse forme di accesso agli atti, dall'altra a specifici obblighi di pubblicazione.

Innanzitutto viene in rilievo il diritto di accesso ai documenti da parte dei soggetti titolari di un interesse qualificato ad accedere agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, disciplinato dall'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016, che richiama espressamente la disciplina generale in materia di accesso dettata dalla legge n. 241 del 1990 (artt. 22 e seguenti).

Il rapporto tra la disciplina dell'accesso contenuta nella legge del procedimento amministrativo e quella dettata dal Codice dei contratti pubblici è stato oggetto di approfondimenti in dottrina e giurisprudenza. Secondo l'orientamento che sembra oggi prevalere "il rapporto tra la normativa generale in tema di accesso e quella particolare dettata in materia di contratti pubblici non va posto in termini di accentuata differenziazione, ma piuttosto di complementarità, nel senso che le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della legge n. 241 del 1990 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvenivano disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più

³⁸ Sul punto cfr. R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata, che, nel rammentare che la legge affida all'ANAC, d'intesa con il garante della *privacy*, il compito di fornire indicazioni su questi limiti, evidenzia, tra le questioni affrontate "quella del 'bilanciamento' tra diritto a conoscere – un diritto fondamentale e, come tale, da limitare solo in casi tassativi – e gli altri interessi contrapposti: il possibile contrasto va risolto non in astratto, ma attraverso una valutazione del pregiudizio concreto che la conoscenza può arrecare agli interessi pubblici o privati con cui si confronta. Ciò significa che il diritto all'informazione dovrà prevalere, a meno che l'amministrazione non sia in grado di motivare il proprio diniego, dimostrando che l'interesse contrapposto sarà pregiudicato dall'accesso e che questo pregiudizio è una conseguenza non solo possibile ma altamente probabile".

³⁹ Le direttive del 2014 contengono moltissimi riferimenti al principio della trasparenza. Analogamente, sono numerosi i riferimenti alla trasparenza nel d.lgs. n. 50 del 2016.

⁴⁰ Cfr. in proposito l'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013, che così recita: "La trasparenza è intesa come accessibilità totale dei dati e documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, allo scopo di tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione degli interessati all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche".

elevata in ragione della materia) nel Codice dei contratti, le quali trovano la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore dell'ordinamento"⁴¹. Ad esempio, il citato art. 53 sottrae in linea di principio all'accesso dati e informazioni "che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Molto controverso è stato negli ultimi anni il rapporto tra la disciplina in tema di accesso civico generalizzato e quella relativa all'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici. Il nodo da sciogliere era se l'accesso civico generalizzato potesse, in tutto o in parte, trovare applicazione con riferimento ai documenti relativi alle attività disciplinate dal Codice dei contratti pubblici, inerenti al procedimento di evidenza pubblica e alla successiva fase esecutiva.

Dopo numerose pronunce di opposto tenore, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 10 del 2020 ha definitivamente superato il contrasto giurisprudenziale, pronunciandosi per l'applicabilità dell'accesso civico generalizzato alla materia dei contratti pubblici, anche con riferimento alla fase esecutiva.

L'Adunanza Plenaria è giunta a questa conclusione partendo dalla considerazione di carattere generale che l'accesso civico generalizzato è riconosciuto e tutelato "*allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*" (art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 33 del 2013) e che, con specifico riguardo alla materia dei contratti pubblici, "*le esigenze di accesso civico generalizzato, assumono, a ben vedere, una particolare e più pregnante connotazione, perché costituiscono la fisiologica conseguenza dell'evidenza pubblica*". Inoltre, il principio dell'evidenza pubblica "*non può non ricomprendere la realizzazione corretta dell'opera affidata in esecuzione all'esito della gara*".

Restano ovviamente "*fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016*", riconducibili al delicato bilanciamento tra il diritto all'accesso e altre istanze meritevoli di tutela, quale quella di preservare il *know-how* industriale e commerciale delle imprese partecipanti, che possono costituire punti di forza nel confronto competitivo.

Gli specifici obblighi di pubblicazione, a carico delle pubbliche amministrazioni, di dati, atti e informazioni concernenti le procedure di affidamento sono essenzialmente disciplinati dall'art. 37 del d.lgs. n. 33 del 2013 e l'art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, come modificato dal d.lgs. n. 56 del 2017.

⁴¹ Cfr. pronuncia del Consiglio di Stato, Sez. V, 24 marzo 2014, n. 1446. Su questo punto cfr. anche R. INVERNIZZI, in *Italiappalti.it* (Rivista online diretta da R. CANTONE e F. CARINGELLA), *Il Codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, a cura di F. CARINGELLA, M. PROTTO, 2017.

La pubblicità prevista dalla prima delle citate norme assolve a una finalità che può essere definita “*di tipo informativo/conoscitivo*”⁴², volta ad assicurare la massima trasparenza sul *public procurement*. I dati che le pubbliche amministrazioni devono pubblicare sul proprio sito istituzionale, nella sezione Amministrazione trasparente, sono sia quelli previsti dall’art. 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, sia gli atti e le informazioni oggetto di pubblicazione ai sensi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50⁴³.

I dati devono essere pubblicati in formato di tipo aperto ai sensi dell’art. 68 del Codice dell’amministrazione digitale e sono riutilizzabili “*senza ulteriori restrizioni diverse dall’obbligo di citare la fonte e rispettarne l’integrità*”⁴⁴. La durata della pubblicazione è di cinque anni⁴⁵.

Il citato art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, invece, non solo integra gli obblighi di pubblicità informativa prevista dall’art. 37 del d.lgs. n. 33 del 2013, ma introduce anche obblighi di pubblicità di tipo diverso, diretti a produrre effetti legali⁴⁶.

Questo secondo tipo di pubblicità – che si realizza con la pubblicazione degli atti sempre nei siti istituzionali, ma nella sezione che svolge la funzione di albo pretorio o albo *on line* e assicura la produzione degli effetti legali – ha l’obiettivo di assicurare la presunzione di conoscenza degli atti pubblicati ed è essenziale ai fini della legittimità ed efficacia delle procedure di gara⁴⁷.

In conclusione, anche nel settore degli appalti pubblici la trasparenza ha assunto un ruolo fondamentale, qualificandosi sia come strumento a sostegno di logiche competitive nella selezione delle imprese aggiudicatrici degli appalti sia come principale veicolo di apertura dell’operato della pubblica amministrazione a meccanismi di controllo anche diffuso da parte di tutti i portatori di interesse.

3. *Gli strumenti generali di prevenzione della corruzione*

Al settore della contrattualistica pubblica si applicano anche i numerosi strumenti previsti dalla normativa a carattere generale deputata a prevenire la corruzione in tutti i comparti dell’attività amministrativa.

⁴² Cfr. A. CORRADO, *La trasparenza negli appalti pubblici, tra obblighi di pubblicazione e pubblicità legale*, in Federalismi.it, 2018.

⁴³ Al fine di individuare tutti i dati da pubblicare, l’ANAC, con la delibera n. 1310 del 28 dicembre 2016, ha individuato gli atti oggetto di pubblicazione.

⁴⁴ Cfr. d.lgs. 33 del 2013, art. 7.

⁴⁵ Cfr. d.lgs. 33 del 2013, art. 8, comma 3.

⁴⁶ Per completezza, si richiamano anche, per quanto concerne il regime di pubblicità degli avvisi e dei bandi, gli artt. 72 e 73 del d.lgs. n. 50 del 2016.

⁴⁷ Cfr. sul punto A. CORRADO, opera citata, evidenzia che “*Le specifiche disposizioni sulla pubblicità degli atti di gara contenute nel codice dei contratti (es. per avvisi, bandi), invece, costituiscono prescrizioni inderogabili ai fini della validità della procedura indetta e consentono l’applicazione dei fondamentali principi inerenti le procedure per il relativo affidamento quali la trasparenza, la pubblicità, la libera concorrenza e la par condicio dei partecipanti*”.

La riforma del sistema italiano di contrasto alla corruzione (cfr. par. 1), nel potenziare alcune misure già esistenti di tipo penalistico-repressivo, ha ridisegnato un articolato sistema di prevenzione volto creare, all'interno delle stesse amministrazioni, sistemi in grado di evitare l'insorgere di fenomeni corruttivi e, ancor prima, di episodi di *maladministration*.

Al raggiungimento di queste finalità proattive concorrono diversi strumenti, di seguito illustrati, la cui applicazione sinergica dovrebbe esplicare effetti significativi in termini di contrasto dei fenomeni corruttivi.

Il primo pilastro della strategia anticorruzione, previsto dal legislatore italiano sulla scorta di esperienze maturate nel contesto europeo e internazionale, è rappresentato dai piani di prevenzione della corruzione⁴⁸ (d'ora in avanti anche Piani), che le amministrazioni pubbliche sono obbligate ad adottare e a pubblicare. Si tratta di documenti di carattere programmatico, la cui funzione principale è quella di definire le misure di prevenzione dei fenomeni di corruzione che intendono assumere. La struttura e i contenuti specifici dei Piani sono definiti in relazione al contesto nel quale ciascuna amministrazione opera e alle funzioni svolte. Essi devono anche individuare gli attori del sistema di prevenzione della corruzione, unitamente alle relative responsabilità e alle aree di attività specifica che, a seguito all'attività di analisi, sono risultate rilevanti ai fini della prevenzione della corruzione. Tali aree si affiancano alle aree di attività a rischio c.d. "obbligatorie", individuate preventivamente dalla legge n. 190 del 2012⁴⁹.

Il processo di formazione dei Piani avviene attraverso un'azione coordinata tra strategia nazionale e strategia di ciascuna amministrazione (c.d. "*doppio livello*"): la prima si realizza mediante il Piano nazionale anticorruzione adottato dall'ANAC e definito dalla legge "atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni"; la seconda si realizza mediante i Piani triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza di ciascuna amministrazione⁵⁰.

Un ruolo fondamentale nel processo di definizione delle strategie di contrasto alla corruzione è svolto dagli organi di indirizzo delle amministrazioni o degli enti, chiamati, tra l'altro, a nominare il Responsabile per la prevenzione della corruzione (RPC)⁵¹ – da individuare di norma all'interno delle amministrazioni tra il personale dirigente – e ad adottare il Piano⁵².

⁴⁸ Cfr. R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata.

⁴⁹ Cfr. art. 1, comma 16 della citata legge. Le aree di attività a rischio c.d. obbligatorie riguardano i procedimenti di: a) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi; b) autorizzazione o concessione; c) concorsi e prove selettive per l'assunzione di personale e progressioni di carriera; d) concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere.

⁵⁰ Cfr. ampi riferimenti nel Piano nazionale anticorruzione 2019, consultabile sul sito dell'ANAC. Con questo documento, tra l'altro, l'Autorità ha deciso di rivedere e consolidare in un unico atto di indirizzo tutte le indicazioni date fino ad oggi, integrandole con orientamenti maturati nel tempo e che sono anche stati oggetto di appositi atti regolatori.

⁵¹ L. n. 190/2012, art. 1, comma 7.

⁵² L. n. 190/2012, art. 1, comma 8.

L'attività di elaborazione dei Piani, ai sensi della legge "anticorruzione", non può essere affidata a soggetti estranei all'amministrazione⁵³, ma compete all'RPC in quanto dotato di specifiche conoscenze dell'organizzazione e del funzionamento dell'amministrazione di appartenenza nonché della necessaria autonomia valutativa.

Per fare in modo che i Piani rappresentino un sostanziale strumento di miglioramento degli assetti interni ai fini del presidio del rischio corruttivo, è determinante il pieno coinvolgimento, sia pure con modalità e ruoli diversi, di tutto il personale delle amministrazioni (titolari degli uffici di diretta collaborazione e di incarichi amministrativi di vertice, responsabili degli uffici e restante personale in servizio⁵⁴).

La prima esperienza applicativa ha mostrato come l'elaborazione dei Piani sia un'attività complessa in quanto presuppone una profonda conoscenza della struttura organizzativa e dei processi decisionali, unitamente alla sensibilità necessaria per cogliere i fattori di esposizione al rischio dell'amministrazione e le aree in cui lo stesso può annidarsi; richiede inoltre la capacità di individuare le misure organizzative calibrate sui rischi specifici dell'ente stesso e ad essi proporzionate.

Per quanto attiene agli altri strumenti legislativi di prevenzione della corruzione, si segnalano in primo luogo tutta una serie di norme introdotte nell'ordinamento italiano con l'obiettivo di prevenire un esercizio non imparziale delle funzioni pubbliche. Tra queste rientrano le disposizioni volte a impedire l'accesso o la permanenza nelle funzioni e negli incarichi pubblici di persone coinvolte in procedimenti penali⁵⁵.

Nella direzione della prevenzione si collocano anche i codici di comportamento (d'ora in avanti Codici), importante tassello nella strategia di contrasto alla corruzione, in quanto strumenti di "forte" orientamento delle

⁵³ L. n. 190/2012, art. 1, comma 8.

⁵⁴ Ampi riferimenti nel Piano nazionale anticorruzione 2019 cit.

⁵⁵ Le principali disposizioni intervenute in questa direzione sono:

- la legge n. 97 del 2001, che all'art. 3, comma 1, ha introdotto l'istituto del trasferimento ad ufficio diverso da quello in cui prestava servizio per il dipendente rinviato a giudizio per i delitti richiamati dall'articolo stesso;
- il nuovo art. 35-bis del d.lgs. n. 165 del 2001, introdotto dalla legge n. 190 del 2012, in base al quale la condanna, anche non definitiva, per i reati previsti nel Titolo II, Capo I del Libro secondo del Codice penale comporta una serie di inconfiribilità di incarichi (partecipazione a commissioni di reclutamento, incarichi di carattere operativo con gestione di risorse finanziarie, commissioni di gara nei contratti pubblici);
- l'art. 3 del d.lgs. n. 39 del 2013, che prevede una serie di inconfiribilità di incarichi in caso di condanna per reati contro la pubblica amministrazione;
- l'articolo 16, comma 1, lett. 1-quater), del d.lgs. n. 165 del 2001, che prevede l'istituto della rotazione straordinaria; si tratta di un provvedimento adottato in una fase del tutto iniziale del procedimento penale, per il quale il legislatore circoscrive l'applicazione alle sole "condotte di natura corruttiva" (cfr. anche delibera ANAC 215/2019).

condotte dei funzionari pubblici nella direzione dell'integrità, dell'imparzialità e, in definitiva, della migliore cura dell'interesse pubblico (cfr. *infra* par. 5).

A livello costituzionale i Codici rappresentano, tra l'altro, un'esplicitazione dei principi in virtù dei quali i pubblici impiegati sono “*al servizio esclusivo della Nazione*” e “*i cittadini cui sono affidate funzioni pubbliche hanno il dovere di adempierle con disciplina e onore*”⁵⁶.

Nell'ordinamento italiano tale strumento di lotta alla *maladministration*, previsto per la prima volta nel 1993, è stato completamente ridisegnato dalla legge n. 190 del 2012. L'art. 1, comma 44, di tale legge, riformulando l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001, ha individuato due livelli di intervento: un primo livello è quello del codice nazionale, comune a tutti i dipendenti pubblici, adottato dal Governo e approvato con decreto del Presidente della Repubblica nel 2013⁵⁷; un secondo livello è quello del codice proprio di ciascuna amministrazione, con carattere integrativo e speciale, che dovrebbe dettare principi adeguati alle peculiarità di ciascun ente pubblico.

A differenza dei codici “*etici*” o “*deontologici*”, che hanno una dimensione “*valoriale*” e non disciplinare, i codici di comportamento fissano doveri la cui violazione ha diretta rilevanza disciplinare.

Un terzo filone dell'impianto normativo deputato ad assicurare l'imparzialità dei pubblici funzionari è quello dell'individuazione e della gestione dei conflitti di interesse⁵⁸. Si tratta di un tema che oggi è “*prevalentemente letto in relazione alle tematiche della prevenzione della corruzione, ma si tratta di un legame recente, frutto proprio della nuova logica della prevenzione e contrasto del rischio*”⁵⁹.

La materia è stata in effetti affrontata nella legge sul procedimento amministrativo con l'obbligo di astensione in capo al responsabile del procedimento o al titolare dell'ufficio competente ad effettuare valutazioni, a predisporre atti endoprocedimentali e ad assumere il provvedimento finale nel caso in cui si trovi in una situazione di conflitto, anche potenziale, di interesse⁶⁰. La materia del conflitto di interessi è inoltre trattata nel Regolamento recante il “*codice di comportamento dei dipendenti pubblici*”⁶¹.

⁵⁶ Cfr. R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata.

⁵⁷ In attuazione dell'art. 54, co. 1, del d.lgs. 165/2001 il Governo ha approvato il d.P.R. n. 62 del 16 aprile 2013, recante il “*Codice di comportamento dei dipendenti pubblici*”.

⁵⁸ Secondo il Consiglio di Stato il conflitto di interessi si determina quando a un soggetto sia affidata la cura di un interesse altrui (c.d. interesse funzionalizzato) ed egli sia contestualmente titolare di un diverso interesse “*la cui soddisfazione avviene aumentando i costi o diminuendo i benefici dell'interesse funzionalizzato*” (Cons. Stato, Sezione consultiva per gli atti normativi, parere n. 667 del 5 marzo 2019 sullo schema di linee guida di ANAC aventi ad oggetto “*individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*”).

⁵⁹ Cfr. R. CANTONE ed E. CARLONI, opera citata.

⁶⁰ Legge n. 241/90 art. 6 bis (Conflitto di interessi).

⁶¹ D.P.R. n. 62 del 2013, art. 6 (Comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse) e 7 (Obbligo di astensione).

Numerose altre norme del nostro ordinamento fanno riferimento a questo tema; si segnalano, in particolare, per la rilevanza:

- le disposizioni in materia di inconferibilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso enti privati in controllo pubblico, disciplinate dal d.lgs. n. 39 del 2013, volte a evitare che lo svolgimento di certe attività possa agevolare la precostituzione di situazioni favorevoli, al fine di ottenere incarichi dirigenziali e posizioni assimilate; la legge ha anche valutato che il contemporaneo svolgimento di alcune attività potrebbe mettere in pericolo l'imparzialità dell'azione amministrativa⁶²;
- il c.d. divieto di *pantouflage*, che si sostanzia nel divieto per i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, abbiano esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di lavoro, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività dell'amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri⁶³; il divieto è presidiato con la comminatoria di nullità per i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione del divieto, con la preclusione per i soggetti privati di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni e con l'obbligo di restituire i compensi eventualmente e accertati ad essi riferiti.

Ulteriore strumento di prevenzione della corruzione prevista dalla legge n. 190 del 2012⁶⁴ è costituita dalla rotazione ordinaria del personale. L'alternanza delle risorse professionali nell'assunzione delle decisioni e nella gestione delle procedure, infatti, riduce il rischio dell'instaurarsi di relazioni particolari tra amministrazioni ed utenti che, a loro volta, siano in grado di attivare dinamiche inadeguate.

Nel concreto operare, le pubbliche amministrazioni devono temperare la rotazione con i vincoli sia di natura soggettiva attinenti al rapporto di lavoro sia di natura oggettiva, attinenti all'assetto organizzativo. Con riferimento ai primi, la rotazione deve essere compatibile con eventuali diritti individuali dei dipendenti interessati, soprattutto ove la misura si rifletta sulla sede di servizio dell'interessato; con riferimento ai secondi, la rotazione va correlata all'esigenza di assicurare il buon andamento e la continuità dell'azione amministrativa e di garantire la qualità delle competenze professionali necessarie per lo svolgimento di talune attività specifiche, con particolare riguardo a quelle con elevato contenuto tecnico (cfr. *infra* par. 4)⁶⁵.

⁶² Cfr. ampi riferimenti nel Piano nazionale anticorruzione 2019, cit.

⁶³ D.lgs. n. 165 del 2001, art. 53, comma 16 ter (introdotto dalla legge n. 190/2012, art. 1, comma 42, lett. l).

⁶⁴ Legge n. 190/2012, art. 1, comma 4 lett. e), comma 5, lett. b), comma 10, lett. b).

⁶⁵ Cfr. ampi riferimenti nel Piano nazionale anticorruzione 2019, cit.

L'attuazione di programmi di rotazione deve inoltre essere considerata in una logica di complementarità con adeguati percorsi di formazione, volti a garantire che i dipendenti acquisiscano la qualità delle competenze professionali e trasversali necessarie per dare luogo alla rotazione.

Anche la formazione, sia di natura specialistica, sia in materia di etica e legalità, è considerata misura cruciale nell'ambito del sistema di prevenzione della corruzione disegnato dalla legge n. 190 del 2012⁶⁶.

Tra gli strumenti di contrasto alla corruzione rientra infine il *whistleblowing*, cioè la segnalazione di attività illecite nell'amministrazione pubblica o in aziende private da parte del dipendente (c.d. *whistleblower*) che ne venga a conoscenza nello svolgimento della propria attività lavorativa.

La segnalazione di illeciti da parte del personale è considerata un efficace strumento di lotta alla corruzione nei luoghi di lavoro, in quanto contribuisce all'emersione e alla prevenzione di situazioni pregiudizievoli, ma soprattutto favorisce il coinvolgimento e la responsabilizzazione dei lavoratori nel costruire un ambiente e una cultura aziendale eticamente corretti e improntati al rispetto delle regole.

L'introduzione di tale istituto, affermatosi dapprima negli ordinamenti di *common law*, è stata realizzata in Italia con la legge n. 190 del 2012 inserendo all'interno del d.lgs. n. 165 del 2001 (c.d. Testo unico del pubblico impiego) l'art. 54-bis; tale articolo è stato poi integralmente modificato dalla legge n. 179 del 2017 recante "Disposizioni per la tutela degli autori di segnalazioni di reati o irregolarità di cui siano venuti a conoscenza nell'ambito di un rapporto di lavoro pubblico o privato".

Oggi l'art. 54-bis prevede che il pubblico dipendente che, nell'interesse dell'integrità della pubblica amministrazione, segnali al Responsabile della prevenzione della corruzione, ovvero all'Autorità nazionale anticorruzione, o denunci all'autorità giudiziaria ordinaria o a quella contabile, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza in ragione del proprio rapporto di lavoro, non possa essere sanzionato, demansionato, licenziato, trasferito, o sottoposto ad altra misura organizzativa avente effetti negativi, diretti o indiretti, sulle condizioni di lavoro determinata dalla segnalazione.

Nella nuova formulazione l'art. 54-bis, estendendo l'ambito di applicazione soggettivo dell'istituto, stabilisce inoltre che la disciplina sulla tutela degli autori di segnalazioni "*si applica anche ai lavoratori e ai collaboratori delle imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione pubblica*".

La tutela per il *whistleblower* prevista dall'art. 54-bis è di tre tipi: la tutela dell'identità del segnalante; il divieto di adottare misure ritorsive o discriminatorie

⁶⁶ Legge n. 190/2012, Art. 1 comma 5, lett. b), comma 8, comma 10, lett. c), comma 11.

nei confronti del segnalante; la sottrazione della segnalazione al diritto d'accesso ex legge n. 241 del 1990.

Detta tutela deve essere fornita da parte dei soggetti che ricevono le segnalazioni: l'amministrazione di appartenenza del segnalante e le altre Autorità (ANAC, Autorità giudiziaria e Corte dei conti). La legge n. 179 del 2017 ha affidato all'ANAC il compito di verificare eventuali misure discriminatorie nei confronti dei *whistleblower*.

La varietà degli strumenti di contrasto alla corruzione testimonia quanto sia complesso realizzare un efficace sistema di prevenzione che, per poter funzionare al meglio necessita tuttavia non solo di norme chiare e ben armonizzate e di uno strumentario efficace, ma anche di un contesto ambientale orientato alla legalità, quale risultante di un forte *commitment* degli organi di vertice e di una cultura in materia di etica e contrasto alla corruzione che permei l'intera compagine aziendale.

4. *La professionalizzazione delle risorse contro la corruzione che nasce dalla scarsa competenza*

L'esigenza di contrastare la corruzione assicurando nel contempo l'efficienza della spesa pubblica ha influito sulle strategie di prevenzione della *maladministration*; agli strumenti generali illustrati nel precedente paragrafo, si sono andate affiancando specifiche azioni volte alla professionalizzazione delle risorse operanti nel *procurement*.

L'elevata complessità del quadro normativo di riferimento, in parte dovuta alla stratificazione di regole susseguitesi nel tempo, aveva reso oneroso il lavoro dei funzionari pubblici, tenuti ad applicare disposizioni non sempre riconducibili a un corpo organico, che necessitavano di notevoli competenze tecniche e giuridiche per la loro corretta attuazione⁶⁷.

Secondo alcuni studiosi, la stratificazione dei provvedimenti normativi e la conseguente inorganicità del *corpus* normativo hanno anche accresciuto le "difficoltà" del giudice amministrativo di fornire risposte certe e prevedibili,

⁶⁷ Sul punto si veda B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, relazione per il 61° Convegno di Studi Amministrativi su "La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione", Varenna 17-19 settembre 2015). L'autore osserva che la debolezza tecnica delle amministrazioni rende le amministrazioni più vulnerabili alla corruzione "perché pregiudica il corretto funzionamento dei controlli sul corretto adempimento delle prestazioni da parte dell'altro contraente, mina il prestigio e l'orgoglio dei funzionari e, con essi, la loro resistenza alle offerte illecite, induce spesso a esternalizzare attività connesse alla gestione dei contratti, come quelle connesse alla progettazione, alla scelta dell'altro contraente e alla direzione dei lavori, con conseguenti ulteriori occasioni di conflitto di interessi e rischi di condotte improprie. Essa impedisce inoltre alle amministrazioni di avere una conoscenza adeguata dei mercati di riferimento e quindi, ancora una volta, di svolgere adeguatamente le funzioni di selezione dell'altro contraente e di controllo sul corretto adempimento della sua prestazione".

aumentando così ulteriormente le difficoltà applicative per gli operatori del settore⁶⁸. Ciò avrebbe talvolta determinato un ambiente “ostile” per le amministrazioni, che ha portato alla “fuga” dalle decisioni per il timore di azioni giudiziarie, causando inerzia e, quindi, ulteriore inefficienza.

D’altro canto, gli esiti di alcuni studi condotti sull’efficienza del *procurement* pubblico⁶⁹ avevano posto in evidenza che, nel settore degli appalti, lo spreco di risorse pubbliche è ricollegabile per l’80% al cd. *passive waste*, derivante dall’incapacità e dalla scarsa conoscenza della normativa da parte dei funzionari pubblici, dall’eccessiva complessità di quest’ultima e dall’assenza di incentivi per il dipendente alla riduzione dei costi di acquisto dei beni; solo per il 20% alla corruzione in senso stretto (*active waste*)⁷⁰.

Il passaggio da meccanismi automatici di aggiudicazione basati sulla migliore offerta in termini di prezzo a una selezione fondata sull’offerta economicamente più vantaggiosa (cfr. par. 1) ha reso ancora più rilevante, stante l’ampliamento della discrezionalità in capo alle pubbliche amministrazioni, il tema della professionalizzazione delle risorse che operano nel settore degli appalti pubblici ai fini di una efficace azione di contrasto alla corruzione.

Nel 2015 la Commissione europea rilevava come gli appalti pubblici, che rappresentano il 19% ca. del PIL dell’Unione, siano stati “spesso condotti senza le necessarie competenze o conoscenze tecniche o procedurali, in modo poco conforme alla normativa e con ripercussioni negative tanto per le imprese quanto per i contribuenti”⁷¹; venivano messe in evidenza soprattutto le problematiche afferenti agli appalti per i grandi progetti infrastrutturali, gravati da ritardi dovuti alla complessità e alla lunghezza delle procedure⁷².

Sebbene con le nuove Direttive il comparto degli appalti pubblici sia stato profondamente rivisitato, semplificando le procedure e dando maggiore flessibilità all’intero impianto, è stata avvertita l’esigenza di fornire ai Paesi dell’UE indicazioni specifiche per l’elaborazione di una strategia volta a rendere

⁶⁸ In tal senso, cfr. C. SALTELLI, “Il codice degli appalti: un mondo da semplificare”, su “La nuova disciplina dei contratti pubblici fra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”, Varenna 17-19 settembre 2015.

⁶⁹ O. BANDIERA, A. PRAT, T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: evidence from a policy experiment*, American Economic Review, 2009.

⁷⁰ Lo studio evidenzia che il c.d. *passive waste* determina maggiori oneri nel caso degli acquisti di beni standardizzati.

⁷¹ Cfr. Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni: “Migliorare il mercato unico: maggiori opportunità per i cittadini e per le imprese”, COM(2015)550 del 28 ottobre 2015.

⁷² La Commissione segnalava che nove grandi progetti su dieci non rispettavano le previsioni iniziali con sfioramento dei costi per oltre il 50%. Il fenomeno risultava ricorrente, con ritardi presenti in tutte le fasi (dalla pianificazione all’esecuzione).

più efficiente l'intero comparto⁷³. Alle citate Direttive si sono pertanto andate ad affiancare diverse iniziative comunitarie che insistono su specifici ambiti ritenuti fondamentali per accrescere l'efficienza del settore degli appalti⁷⁴.

Tali iniziative sono state realizzate secondo modalità tipiche degli ordinamenti di *common law*, nel convincimento che l'attività di sensibilizzazione diffusa sia in grado di esplicare maggiori effetti rispetto all'introduzione diretta di regole di armonizzazione.

La strategia in materia di appalti pubblici, come disegnata dalle citate iniziative, vede tra i suoi pilastri portanti la professionalizzazione delle stazioni appaltanti⁷⁵. L'obiettivo perseguito è quello di formare personale qualificato, con competenze e strumenti adeguati, in grado di utilizzare soluzioni negoziali basate sulla discrezionalità, sulla flessibilità delle procedure, sulla conoscenza dei mercati, sull'utilizzo di strumenti e tecnologie innovative⁷⁶. La Raccomandazione del 3 ottobre 2017⁷⁷ fornisce specifiche indicazioni in tema di professionalizzazione delle risorse, sollecitando i Paesi a elaborare una propria *policy* in materia, basata su:

- la definizione di una strategia di lungo termine;
- il miglioramento nella formazione delle risorse umane e nella gestione delle carriere di coloro che operano nel settore degli appalti;
- la promozione e l'utilizzo delle innovazioni offerte dalla tecnologia.

Viene innanzitutto sottolineata l'importanza dell'attuazione di strategie a lungo termine per la professionalizzazione del settore, anche nell'ambito di programmi più ampi diretti alla modernizzazione della pubblica amministrazione, con l'obiettivo di "attrarre, sviluppare e mantenere le competenze". A tal fine

⁷³ Cfr. Comunicazione del 3.10.2017 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni "Appalti pubblici efficaci in Europa e per l'Europa". Considerato che per le autorità pubbliche gli appalti rappresentano un potente strumento per impiegare i fondi pubblici in maniera efficiente, sostenibile e strategica, la Comunicazione individua sei aree su cui intervenire per accrescere la qualità degli appalti: 1) garantire una più ampia diffusione degli appalti pubblici strategici; 2) professionalizzare le stazioni appaltanti; 3) migliorare l'accesso ai mercati degli appalti, anche per facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese; 4) aumentare la trasparenza, l'integrità e la qualità dei dati; 5) promuovere la trasformazione digitale; 6) promuovere la cooperazione attraverso l'aggregazione degli acquisiti pubblici e l'estensione di forme di collaborazione a livello sia europeo sia nazionale.

⁷⁴ Si fa riferimento, tra l'altro, alle Comunicazioni per le procedure di valutazione *ex ante*, COM/2017/573 e alla Raccomandazione relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici (COM/2017/6654).

⁷⁵ Anche l'OCSE nel 2009 aveva incluso tra i principi guida per la prevenzione della corruzione nel settore degli appalti pubblici quello del buon andamento, che richiede un alto tasso di specializzazione dei dipendenti pubblici impiegati nelle procedure di affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture.

⁷⁶ La necessità di costituire un personale responsabile degli appalti pubblici in grado di garantire costantemente il miglior rapporto qualità/prezzo è sottolineata anche nella raccomandazione dell'OCSE del 2015 sugli appalti pubblici (<http://www.oecd.org/gov/ethics/OECD-Recommendation-on-Public-Procurement.pdf>).

⁷⁷ Trattasi della citata Raccomandazione relativa alla professionalizzazione degli appalti pubblici (COM/2017/6654), cit.

vengono auspiccate forme di cooperazione tra le amministrazioni, di collaborazione con istituti di formazione, centrali di committenza e organizzazioni professionali.

Nella Raccomandazione viene anche delineato un quadro comune di riferimento per facilitare gli Stati nella costruzione di soluzioni convergenti per la professionalizzazione del settore. Il quadro definito si articola in tre ambiti: la definizione delle politiche, l'adeguamento degli strumenti, la formazione del personale⁷⁸.

Tra le buone pratiche, la Commissione europea richiama l'esperienza italiana del Piano nazionale straordinario di formazione sulla nuova disciplina dei contratti pubblici promosso da ITACA (Istituto per l'Innovazione e Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale, organo tecnico della Conferenza delle Regioni e Province autonome) in collaborazione con il Dipartimento delle Politiche Europee, l'Agenzia per la Coesione Territoriale e la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA). Il Piano prevede moduli di attività formative per le stazioni appaltanti e le centrali di committenza organizzati con modalità e-learning.

È basato su criteri di professionalizzazione anche il citato sistema italiano di qualificazione delle stazioni appaltanti, che tiene conto di requisiti di programmazione e progettazione, di aggiudicazione, di verifica dell'esecuzione e controllo delle procedure.

Il sistema prevede un registro, tenuto dall'ANAC, di stazioni appaltanti giudicate positivamente, suddiviso per ambito di attività, per bacino territoriale, per tipologia e complessità del contratto e per fasce d'importo. Per la qualificazione sono previsti requisiti di base e requisiti premianti. Tra i primi rientrano la stabilità della struttura organizzativa, la presenza di dipendenti con specifiche competenze e soggetti a moduli di aggiornamento, parametri di professionalità dati dal numero di gare svolte negli ultimi tre anni, e di efficienza, come il rispetto dei tempi previsti per il pagamento delle imprese, gli scostamenti nei tempi di esecuzione o di collaudo. Tra i requisiti premianti, invece, rilevano la valutazione dell'ANAC sulle misure di prevenzione dei rischi di corruzione, la certificazione europea degli uffici e dei procedimenti di gara, l'uso di tecnologie telematiche, la presenza di sistemi di gestione della qualità, il ricorso ai criteri di sostenibilità ambientale e sociale negli affidamenti, i livelli di soccombenza nel contenzioso.

Il sistema di qualificazione è accompagnato altresì dal riconoscimento di premialità economiche ai funzionari preposti agli uffici gara mediante la retribuzione di risultato, al fine di incrementare l'efficienza e la competitività delle strutture pubbliche.

⁷⁸ La Raccomandazione è integrata da una raccolta di buone pratiche (*Toolbox of good practice*) selezionate tra le esperienze degli Stati membri, dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico, della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale, della Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo, della Banca mondiale, della Banca europea per gli investimenti, di Transparency International.

Alla professionalizzazione delle risorse concorre anche l'istituto delle "centrali di committenza"⁷⁹ che, unitamente al sistema di qualificazione, mira a concentrare le procedure di gara presso un limitato numero di stazioni appaltanti dotate di professionalità adeguate (cfr. par. 1).

La centralizzazione delle stazioni appaltanti è suscettibile di produrre benefici tanto in termini di efficienza degli affidamenti, che di lotta alla corruzione. Quanto al primo aspetto, la centralizzazione può ridurre l'asimmetria informativa a danno della Pubblica Amministrazione nei confronti dei privati e consentire alle pubbliche amministrazioni di aggiudicare contratti più efficienti grazie alle maggiori informazioni (specializzazione) di cui dispongono. Dall'altro lato, l'accorpamento delle centrali di committenza riduce il numero dei soggetti da controllare e monitorare, consentendo così un più efficace contrasto alla corruzione⁸⁰.

Il ruolo delle centrali di committenza nella standardizzazione delle procedure di appalto pubblico e la loro conoscenza del mercato rappresentano un elemento chiave per la professionalizzazione delle amministrazioni pubbliche. L'aggregazione di conoscenze e competenze genera infatti ricadute positive

⁷⁹ Cfr. art. 37 D.lgs. n. 50/2016 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze) "1. Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'articolo 38. 2. Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1 procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedure di cui al presente codice. 3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica. 4. Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità: a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati; b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziosandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento; c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della legge 7 aprile 2014, n. 56."

⁸⁰ Cfr. G. FIDONE, opera citata. Sulla base delle simulazioni condotte nel 2017 dall'ANAC e dal Ministero delle Infrastrutture sugli effetti della messa in funzione del sistema di qualificazione, il numero delle stazioni appaltanti nel settore dei lavori passerebbe da quello attuale, di poco meno di 12.000, a un numero di poco superiore a 3.000, mentre, per i servizi e le forniture, dalle attuali 25.000 a circa 5.000 stazioni appaltanti (cfr. Relazione annuale 2017 dell'Autorità nazionale Anticorruzione, presentata il 16 giugno 2018, pag. 237).

anche in termini di offerta di servizi di sostegno e consulenza da parte delle centrali di committenza ad altre amministrazioni aggiudicatrici.

L'obiettivo perseguito mediante il sistema di qualificazione e le centrali di committenza è quello di pervenire a stazioni appaltanti in possesso dell'elevata professionalità necessaria per assicurare una corretta gestione della fase di aggiudicazione. Si avrebbe inoltre come beneficio ulteriore la terzietà di giudizio, che non sempre ha caratterizzato alcune amministrazioni locali, inclini a favorire le imprese locali⁸¹.

Entrambi tali istituti sono rimasti sostanzialmente inattuati, probabilmente anche a causa delle resistenze delle amministrazioni minori, e i lavori legislativi sembrano andare nel senso di un ritorno alla generalizzazione delle competenze.

I nuovi strumenti andrebbero invece valorizzati, in quanto cruciali nel processo di professionalizzazione delle risorse. Il sistema di qualificazione, in particolare, andrebbe caratterizzato da meccanismi di riconoscimento di maggiore discrezionalità alle amministrazioni più affidabili.

È quindi auspicabile che vengano definiti quanto prima i requisiti tecnico organizzativi per l'iscrizione all'elenco delle stazioni appaltanti qualificate, anche attraverso lo strumento del regolamento previsto dalla legge n. 55 del 14 giugno 2019 (c.d. Sblocca cantieri).

La "concentrazione" delle gare in capo a poche amministrazioni richiede, per altro verso, una particolare attenzione alle competenze e all'integrità dei pubblici dipendenti delle amministrazioni "monopoliste" del mercato dei contratti, presso le quali potrebbero concentrarsi anche gli scambi corruttivi⁸². Assumono in tale ambito particolare rilievo i presidi di prevenzione della corruzione introdotti dal legislatore con la legge n. 190/2012, quali la formazione in tema di etica e legalità, il rafforzamento dell'obbligo di astensione del pubblico funzionario in presenza di una situazione di conflitto di interessi, anche solo potenziale – previsto sia dalla legge sul procedimento amministrativo che nel codice di contratti pubblici – e la rotazione del personale (cfr. par. 3)⁸³.

Nell'ottica della professionalizzazione delle risorse si iscrive anche la creazione dell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici di appalti pubblici e contratti di concessione, pure gestito dall'ANAC, la cui operatività, come detto, è stata peraltro rinviata a dicembre 2020 a seguito dell'approvazione dell'art. 1, comma 1, lett. c) della legge c.d. Sblocca cantieri.

⁸¹ Cfr. A. CANCRINI, *Corruzione e contrattualistica pubblica*, in *Combattere la corruzione – Analisi e proposte*, a cura di M. D'Alberti.

⁸² Cfr. R. CANTONE e E. CARLONI, opera citata. Secondo gli autori il minor numero di stazioni appaltanti, una maggiore professionalità, una migliore capacità di vigilanza su queste, anche da parte dell'ANAC, rappresentano gli snodi cruciali intorno ai quali ruotano molte delle previsioni del Codice dei contratti.

⁸³ Cfr. S. TORRICELLI, opera citata.

Le linee guida ANAC in materia⁸⁴ hanno stabilito specifici requisiti di competenza e professionalità, oltre che di moralità, ai fini dell'iscrizione⁸⁵.

Il sistema dell'albo è stato peraltro costruito in modo tale da impedire alle amministrazioni di utilizzare le risorse interne; ciò non sembra coerente con il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, che si basa, tra l'altro, proprio sulla presenza di personale in possesso di elevate competenze specialistiche. Per le amministrazioni più qualificate, l'obbligo di utilizzare commissari esterni andrebbe invece limitato.

L'accrescimento delle professionalità è previsto dal legislatore anche per i soggetti che ricoprono il ruolo di responsabile dei lavori, di direttore dei lavori e di collaudatore negli appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, mediante la creazione presso il Ministero delle Infrastrutture e trasporti di un albo nazionale obbligatorio. Anche in questo caso sono previsti requisiti di competenza e professionalità, da definirsi mediante un regolamento del Ministero⁸⁶.

Le politiche per la professionalizzazione implicano ovviamente la disponibilità di strumenti adeguati. Sul punto, la Commissione europea sollecita l'utilizzo di mezzi informatici e la digitalizzazione dell'intero ciclo di vita degli appalti e invita gli Stati membri a predisporre e fornire manuali, repertori delle buone pratiche e degli errori più frequenti, linee guida, vademecum, modelli standardizzati, nonché a organizzare seminari e workshop dedicati⁸⁷. Tra gli strumenti raccomandati vi sono anche quelli per salvaguardare "l'integrità a livello individuale e istituzionale", la legalità e la trasparenza, ad esempio codici etici, rating di legalità per prevenire fenomeni corruttivi e per incentivare l'autodisciplina, sistemi di *whistleblowing*.

La professionalizzazione delle risorse coinvolte nelle attività di *procurement* richiede altresì un ingente impegno in termini di formazione, tema che riveste un ruolo fondamentale anche nella nuova strategia delineata dalla Commissione europea.

In tale ambito, la Commissione enuclea tre aree di intervento e specifiche misure.

La prima riguarda la definizione di abilità e competenze per la formazione di professionisti degli appalti. Tali profili professionali dovrebbero essere ricondotti a un "quadro comune europeo" delle competenze per gli appalti

⁸⁴ Linee guida n. 5, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 16 novembre 2016, n. 1190 e aggiornate al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (cd. "Correttivo" al Codice dei contratti pubblici), con deliberazione del Consiglio n. 4 del 10 gennaio 2018.

⁸⁵ Cfr. art. 2.

⁸⁶ Lo schema di regolamento ha ricevuto un parere interlocutorio della Sezione consultiva per gli atti normativi del Consiglio di Stato, che ha invitato il Ministero a rivedere la scelta di riservare l'iscrizione all'albo ai soli dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, ordinariamente dipendenti pubblici, escludendo i professionisti esterni (parere 15 marzo 2019, n. 830).

⁸⁷ Cfr. citata Comunicazione del 3.10.2017.

pubblici (c.d. European Competence Framework for Public Procurement – ECF)⁸⁸, analogamente a quanto già avvenuto in altri settori (ad esempio nell’ambito linguistico e in quello delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione). La costruzione del quadro comune risulterebbe utile anche per lo sviluppo di capacità specifiche, per il mantenimento nel lungo periodo dei profili professionali e per la progettazione delle attività di formazione.

Definire *ex ante* un quadro di competenze e capacità necessario per garantire un buon funzionamento del settore degli appalti risulta fondamentale sia per sostenere processi di assunzione e di sviluppo delle carriere professionali sia per elaborare programmi di formazione appropriati. Sistemi di riconoscimento del merito in grado di premiare la professionalità costituiscono strumenti per attirare e trattenere il personale qualificato, snodo fondamentale per dare concretezza all’obiettivo di passaggio da un approccio puramente amministrativo della gestione degli appalti ad un approccio che considera i contratti pubblici variabile strategica per lo sviluppo economico.

La seconda area di intervento prevede la predisposizione di programmi di formazione “iniziale e permanente” da declinare a livello universitario e postuniversitario⁸⁹ nonché l’incentivazione di offerte formative “ampie, mirate e accessibili”, anche con soluzioni nuove e interattive (es. formazione online)⁹⁰. Considerato poi, che gli appalti pubblici sono un settore particolarmente esposto ai rischi di natura corruttiva, appare importante elaborare, a beneficio delle risorse impegnate nell’attività di *procurement*, programmi di formazione in materia di prevenzione della corruzione e di integrità, calibrando gli approcci in ragione delle esigenze dei contesti di riferimento⁹¹.

Vengono raccomandate, infine, forme di cooperazione e partenariati con il settore accademico e della ricerca “al fine di sviluppare una solida base teorica per le soluzioni in materia di appalti”.

La terza area di intervento riguarda la predisposizione di sistemi di gestione delle risorse, pianificazione delle carriere, soluzioni di certificazione delle competenze, con l’obiettivo di “attirare e trattenere personale qualificato”, “incoraggiare gli operatori a migliorare la qualità”, premiare il raggiungimento di

⁸⁸ Un quadro comune delle competenze definisce le conoscenze, le abilità e le caratteristiche che le persone all’interno di un’organizzazione o una professione specifica devono possedere. La Commissione rileva che gli Stati membri hanno valutato positivamente la definizione di un ECF nel settore degli appalti.

⁸⁹ Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e la concentrazione delle procedure di gara presso un numero limitato amministrazioni consentirebbero di conciliare la formazione di lungo periodo in materia di appalti prefigurata dalla Commissione con la misura della rotazione prevista dalla normativa italiana in tema di prevenzione della corruzione, difficilmente realizzabile nelle amministrazioni di minori dimensioni (in tal senso cfr. M COZZIO, La nuova strategia europea in materia di appalti pubblici, in *Giornale di diritto amministrativo* 1/2019) .

⁹⁰ La Commissione sottolinea l’importanza della formazione permanente per l’aggiornamento dei professionisti, necessaria in quanto il contesto degli appalti è continuamente oggetto, anche a livello europeo, di modifiche legislative, mutamenti giurisprudenziali, innovazioni tecniche e procedurali.

⁹¹ Cfr. FORMEZ, opera citata, Cap. 7.

obiettivi strategici (quali quelli relativi agli appalti innovativi, verdi e socialmente responsabili) e l'attuazione di buone pratiche in tema di legalità, trasparenza e contrasto della corruzione.

D'altronde tutti gli interventi di cambiamento della pubblica amministrazione più rilevanti richiedono una solida preparazione professionale da parte dei suoi dipendenti, *in primis* della dirigenza. Risulta quindi particolarmente importante la ridefinizione della figura del dirigente, "in modo da esaltarne le capacità decisionali, la responsabilità e l'autonomia operativa", con un'impronta solidamente aderente ai "valori di imparzialità, di merito e di responsabilità"⁹².

Occorre in buona sostanza che i comportamenti dei dirigenti, e più in generale di tutti i pubblici dipendenti, siano improntati ai principi di un'etica c.d. della responsabilità, che tenga cioè conto delle conseguenze dell'agire amministrativo e degli effetti delle decisioni assunte, anche in termini di efficienza nell'uso delle risorse e di buon andamento della struttura amministrativa.

5 Etica e compliance. Oltre le norme, verso una cultura della legalità

La prevenzione della corruzione, intesa come contrasto alla *maladministration*, è un'attività complessa che richiede un'azione integrata, basata su una molteplicità di strumenti anche perché assai diverse possono essere le cause all'origine dei fenomeni corruttivi⁹³. I pilastri sui quali si basa la strategia di prevenzione sono, come detto: l'adozione di 'piani' da parte delle amministrazioni volti a individuare gli ambiti a maggiore rischio e a definire le azioni di mitigazione; le misure normative e organizzativo-gestionali destinate a favorire l'integrità dei comportamenti e ad accrescere la professionalità dei funzionari pubblici; l'ampliamento della trasparenza delle amministrazioni finalizzata a consentire lo scrutinio da parte degli stakeholder.

L'obiettivo ultimo dell'attività di prevenzione della corruzione è la creazione di un *humus* avverso ai comportamenti devianti, idoneo a promuovere l'integrità delle pubbliche amministrazioni, ossia a preservare la qualità dell'agire a livello sia organizzativo sia individuale.

⁹² Sul punto, cfr. G. D'ALESSIO, *Accesso, formazione e assetto unitario della dirigenza*, in *L'amministrazione come professione. I dirigenti pubblici tra spoils system e servizio ai cittadini*, Quaderni di ASTRID, Bologna 2008, 93.

⁹³ Cfr. FORMEZ, opera citata, dove si parla di approccio "olistico" al problema. Vengono individuate cause: socio-culturali, quali il grado di diffusione di valori morali tra gli individui di un gruppo sociale e le tradizioni culturali; socio-politiche, quali le caratteristiche del sistema politico e amministrativo (ad es. "decentramento", stabilità politica, livello di fiducia dei cittadini nelle istituzioni); cause economiche, quali il livello e l'ampiezza del settore pubblico, le modalità di selezione del pubblico impiego e i salari, la distribuzione del reddito e la povertà; giuridiche, quali la legislazione contro la corruzione e la sua effettiva applicazione.

Prevenzione della corruzione, salvaguardia dell'integrità e comportamenti eticamente corretti sono temi tra loro intimamente connessi che si riflettono sul complessivo andamento dell'amministrazione.

In particolare, l'esigenza di garantire il buon funzionamento delle attività amministrative – incidendo su fenomeni che, pur non configurandosi come illeciti, intaccano, ad esempio, l'efficienza delle amministrazioni e l'interesse diretto del cittadino – richiede, da parte dei pubblici funzionari, la piena e convinta adesione alle regole e ai valori dell'etica pubblica; questi ultimi devono costantemente infatti ispirare la condotta di coloro che operano nell'interesse della collettività⁹⁴. Professionalità e competenza del personale sono fattori fondamentali ma non sufficienti a garantire il buon andamento dell'amministrazione se non vengono calati in una cultura aziendale pervasa da un sistema di valori quali il rispetto delle regole, la deontologia professionale, l'integrità e l'etica dei comportamenti.

Ne discende che le aree di intervento per contenere fenomeni di *maladministration* e conformare la condotta ai principi dell'etica pubblica vengono a sovrapporsi e a condividere un approccio sostanzialmente basato sulla progressiva ricerca di soluzioni idonee, da una parte, a rendere le organizzazioni impermeabili a fenomeni devianti e, dall'altra, a stimolare comportamenti virtuosi da parte dei funzionari.

Il problema della prevenzione della corruzione può inquadrarsi quindi nell'ambito del più ampio tema dell'etica pubblica, che va oltre la mera legittimità dell'azione delle pubbliche amministrazioni. “Una azione amministrativa in concreto può svolgersi legittimamente sul piano formale, ma ciò nondimeno senza un adeguato rispetto dei principi dell'etica pubblica. E così il ritardo nei tempi dell'azione, un cattivo e non leale rapporto con gli interlocutori e con gli utenti, una non sufficiente chiarezza nelle motivazioni, ... sono fattori che possono non tradursi in illegittimità dell'azione, ma, ciò nondimeno, violare i principi dell'etica pubblica”⁹⁵. Per la piena adesione a tali principi occorre che le attività esercitate e le scelte adottate in concreto siano finalizzate alla cura degli interessi demandati all'amministrazione, che essa è chiamata a valutare e mediare, secondo criteri predefiniti e resi pubblici al fine di consentirne il controllo dall'esterno.

Per favorire comportamenti conformi con i principi dell'etica pubblica si sono andati diffondendo codici etici e di condotta che esprimono valori portanti dell'amministrazione e regole cui devono essere ispirati i comportamenti da

⁹⁴ Cfr. V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica nella disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, in Astridonline.it, cit.: “L'etica pubblica ... si può correttamente definire proprio attraverso le formule usate dalla Costituzione ... l'agire, cioè, da parte di ogni pubblico agente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina ed onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone a servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima”.

⁹⁵ Cfr. V. CERULLI IRELLI, opera citata.

parte di chi vi opera (cfr. par. 3); la concreta utilità di questi codici risiede nello stimolo all'affermazione di un'effettiva cultura dell'integrità e dipende largamente dalla capacità delle singole amministrazioni di definire regole di comportamento "ritagliate" sulla base delle proprie specificità⁹⁶.

Diffondere valori etici mediante la predisposizione di codici e la formazione specifica in tema di comportamenti giuridicamente ed eticamente adeguati⁹⁷ rappresenta una modalità per sensibilizzare ed evolvere su più elevati livelli di piena e spontanea adesione alle regole. La creazione di una cultura dell'integrità richiede peraltro rilevanti investimenti di formazione non solo dei funzionari pubblici, ma anche della società civile, attraverso programmi di educazione finanziaria e alla legalità.

Sensibilizzare la cittadinanza sui principi che devono informare il comportamento dei dipendenti pubblici e sulle tutele che possono essere attivate in caso di violazione di tali principi può condurre, da una parte, a elevare il senso di responsabilità dei funzionari pubblici e, dall'altra, a creare una maggiore fiducia dei cittadini nelle istituzioni, senza la quale alcuni strumenti di prevenzione della corruzione (ad esempio i sistemi di *whistleblowing*⁹⁸) rischiano di restare inapplicati.

La prevenzione della corruzione e lo sviluppo di sistemi atti favorire la diffusione di comportamenti ispirati ai canoni etici determinano un'estensione del ruolo della *compliance* all'interno delle amministrazioni; affinché ciò si traduca in un effettivo beneficio nella pubblica amministrazione è necessaria un'adesione sostanziale agli obiettivi sottostanti agli interventi e un ritorno in termini di concreto rafforzamento dell'*humus* avverso a fenomeni devianti. Occorre creare all'interno delle amministrazioni un'infrastruttura che supporti le amministrazioni stesse sul piano tecnico e metodologico nella definizione

⁹⁶ Cfr. B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo* 2/2013.

⁹⁷ Nel campo della formazione, un ruolo importante può essere svolto dalla SNA e dalle Università, che potrebbero contribuire in modo considerevole anche alla diffusione della cultura della legalità presso gli studenti. Con riguardo alla formazione dei dipendenti pubblici, risulterebbe di particolare utilità, per aumentare il loro livello di consapevolezza dei rischi corruttivi insiti nelle attività svolte, l'adozione di strumenti di auto-valutazione, quale ad esempio il modello IntoSAINT, che prevede lo svolgimento di appositi seminari interni volti all'auto-valutazione delle aree potenzialmente esposte a fenomeni di corruzione (Intosai Self-assessment INTegrity: il modello riprende quello realizzato dalla Corte dei conti olandese in collaborazione con Ministero dell'Interno e l'Ufficio Integrità della Città di Amsterdam, consistente in un workshop della durata di un giorno nel corso del quale vengono analizzati i fattori che possono esporre al rischio di corruzione e individuate raccomandazioni per consentirne il contrasto).

⁹⁸ Il whistleblowing potrebbe dare ulteriore corpo a quella riforma nei rapporti fra PA e cittadino avviata con la legge 190/2012: il controllo diffuso del cittadino, anche nella veste di dipendente dell'amministrazione, sull'operato pubblico. Dalla prima applicazione dell'istituto si evince tuttavia che una sua piena affermazione in Italia richiederà un profondo cambiamento culturale – dei dipendenti pubblici e, più in generale, della società civile – che potrà realizzarsi solo nel tempo (cfr. PNA dell'ANAC del 2014).

delle misure di prevenzione e che faccia da collettore per la diffusione degli strumenti di prevenzione e di promozione dell'integrità⁹⁹.

⁹⁹ Cfr. F. PATRONI GRIFFI, in *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Formez, dove si osserva che “non si può effettivamente promuovere l'etica e l'integrità se non si risolvono due fondamentali categorie di problemi:

- come favorire l'effettiva sensibilizzazione dei dipendenti pubblici e degli *stakeholder* alle tematiche dell'etica, dell'integrità e della trasparenza nelle pubbliche amministrazioni;
- come far sì che le amministrazioni interiorizzino l'etica, l'integrità e la trasparenza nei processi decisionali e gestionali, attraverso quali strumenti e attraverso quale *modus operandi*”.

IL RUOLO DELLA FORMAZIONE NELLA POLITICA DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE

Stefano Battini e Valentina Lostorto

1. I confini mobili della formazione in tema di anticorruzione – 2. Il ruolo della formazione nelle strategie di prevenzione alla corruzione: il quadro normativo – 3. La formazione e la sua efficacia come strumento di prevenzione della corruzione: il ruolo dell'ANAC – 4. A che punto è arrivata la formazione: il ruolo della SNA

1. I confini mobili della formazione in tema di anticorruzione

“*Il n’y a pas aujourd’hui, dans le monde civilisé, un seul esprit qui ne soit profondément pénétré de cette idée que tous ceux qui détiennent le pouvoir à un titre quelconque, empereurs, rois, présidents de la république, ministres, parlements, le détiennent non pour leur profit, mais pour celui des gouvernés*”. Con queste parole, nel 1913, in un contributo fondativo della scienza giuspubblicistica francese, e quindi anche europea, *Léon Duguit* individuava la grande trasformazione del diritto pubblico moderno¹. A fondamento di esso non si trovava più la sovranità dello Stato persona, ma la nozione di “*service public*”, vale a dire l’obbligazione fondamentale dei governanti di usare il loro potere non per fini personali, o particolari, bensì per rendere un servizio, o se si vuole per svolgere una funzione, in favore dei governati.

Esattamente un secolo dopo, in Italia, la nozione di anticorruzione ha assunto una ampiezza paragonabile a quella del concetto che *Duguit* poneva a fondamento dell’intero diritto pubblico moderno. Essa, secondo il Piano Nazionale Anticorruzione adottato nel 2013, consiste nella prevenzione di tutte le “*varie situazioni in cui, nel corso dell’attività amministrativa, si riscontri l’abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati*”, ovvero “*le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite*”.

In questo ampio significato, l’anticorruzione si presenta come principio cardine dell’ordinamento amministrativo. All’Autorità nazionale anticorruzione spetterebbe il compito di far rispettare tale principio: prevenire ogni tipo di deviazione dell’esercizio del potere pubblico rispetto alle esigenze di *service public*, che sole giustificano l’attribuzione di quel potere; scongiurare il rischio del conflitto fra l’interesse dell’ufficio pubblico e quello del suo temporaneo titolare. E tuttavia, per assolvere ad un così vasto compito, l’ANAC può esercitare poteri specifici e determinati, per lo più indirizzati a dotare le stesse amministrazioni degli anticorpi necessari per evitare le violazioni del principio fondamentale indicato a suo tempo da *Duguit*.

Tale dialettica fra il carattere generale del fine, da un lato, e dall’altro lato, la natura specifica degli strumenti attraverso i quali esso deve essere perseguito, è alla radice di non poche ambiguità e, forse, anche di una parte delle divergenze di vedute fra i fautori e i detrattori della politica italiana di prevenzione della corruzione, quale è andata delineandosi in Italia nell’ultimo decennio. Chi infatti mette in luce la generalità del fine, vede il rischio che tutto il diritto amministrativo divenga anticorruzione o, comunque, venga letto in tale prospettiva; che tale nozione sostituisca e assorba quelle di *service public*, di funzionalizzazione dell’azione amministrativa; che ciò, anche in ragione di una confusione indotta dall’origine penalistica del termine, conduca ad una “*criminalizzazione*” del

¹ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Paris, Librairie Armand Colin, 1913.

diritto amministrativo e di coloro cui esso si applica; che tale dimensione, a sua volta, induca il corpo amministrativo a reazioni difensive, anche a fronte di una autorità – l’ANAC – che è priva del potere di condannare; che, comunque, l’espansione incontrollata di prescrizioni tese a scongiurare condotte devianti rispetto al fine pubblico finisca per compromettere precisamente la realizzazione di esso, dirottando le energie dell’amministrazione verso l’adempimento formale di quelle prescrizioni. Chi, al contrario, mette l’accento sugli specifici strumenti e istituti di cui si compone la politica di prevenzione della corruzione, svaluta il rischio che quest’ultima assorba l’intero diritto amministrativo; sottolinea la differenza fra la versione preventiva/amministrativa e quella repressiva/penalistica di anticorruzione, escludendo che i caratteri della seconda contaminino la prima; mette in luce la funzione di supporto e accompagnamento della politica di anticorruzione rispetto alle amministrazioni, che può ridurre, anziché accentuare, la percezione del rischio di sanzioni da parte dei funzionari amministrativi; ritiene, infine, che non già l’adempimento formale, ma il rispetto sostanziale della disciplina di prevenzione della corruzione aiuti le amministrazioni a programmare e razionalizzare la propria attività amministrativa, incrementandone non solo la legalità, ma anche l’efficienza e l’efficacia.

Non è questa la sede per esaminare i problemi appena indicati, né tantomeno per prendere posizione argomentata nel dibattito. Qui ci si deve limitare infatti al tema della formazione. Nondimeno, la premessa è utile, perché, anche in questo campo più limitato, la dialettica fra generalità del fine e specificità degli strumenti della politica di prevenzione della corruzione si riflette in una nozione ora più ampia e ora più circoscritta della formazione ad essa correlata. Se infatti si guarda al fine dell’anticorruzione, la formazione su tale tema finisce quasi per coincidere con la formazione *tout court* dei funzionari e dirigenti pubblici. Se si guarda invece agli strumenti e agli istituti specifici della politica di prevenzione della corruzione, allora la formazione riferita ad essa soddisfa solo una piccola parte delle esigenze formative complessive delle amministrazioni pubbliche.

Questa dialettica, fra una formazione di livello generale, collegata al principio di fondo del *service public*, e una formazione specifica, collegata agli specifici meccanismi di prevenzione della corruzione introdotti in Italia e peraltro registrata ed accolta dalla disciplina contenuta nella legge n. 190 del 2012. Questa muove da una nozione più ristretta di formazione, che si collega, in realtà, ad una delle misure di prevenzione della corruzione, cioè al principio di rotazione dei dirigenti e funzionari amministrativi. Si prevede, difatti, che le pubbliche amministrazioni, in collaborazione con la Scuola Nazionale dell’Amministrazione, definiscano procedure di selezione e formazione per i dipendenti chiamati ad operare in “settori particolarmente esposti alla corruzione”, che sono anche i settori cui si applica il principio di rotazione. Si tratta dunque di una formazione settoriale, rivolta ai dipendenti “chiamati ad operare in settori esposti al rischio di corruzione”, e strumentale rispetto al principio di rotazione. Quest’ultimo presuppone la presenza all’interno di ciascuna amministrazione di un numero sufficiente di funzionari e dirigenti provvisti delle competenze necessarie per operare in settori esposti, come

ad esempio quello dei contratti pubblici, dato che, diversamente, i pochi funzionari competenti risulterebbero infungibili e non avvicendabili se non al prezzo di limitare irragionevolmente l'efficacia dell'azione amministrativa. La formazione permette dunque la rotazione e consente di evitare che le misure di tutela della legalità sacrificino l'efficienza. Già sotto questo profilo, tuttavia, emerge una *vis expansiva* della formazione in tema di anticorruzione. Questa non può identificarsi solo nella formazione avente ad oggetto la politica di prevenzione della corruzione e le misure e gli strumenti nei quali essa si articola. Certo, questa nozione ancor più circoscritta vi è ricompresa ed è anzi la parte fondamentale delle attività formative specificamente dedicate agli attori della politica di prevenzione della corruzione, quali i responsabili della trasparenza e prevenzione della corruzione. Ma la formazione settoriale prefigurata dalla legge n. 190 del 2012 ha un carattere più ampio. Riguarda tutti i dipendenti pubblici che possono essere "chiamati ad operare" in settori sensibili e ha ad oggetto le attività amministrative relative. Essa comprende ad esempio la formazione in tema di contratti pubblici, così come la formazione in tema di gestione delle procedure di reclutamento o di gestione del personale. Tale formazione non ha necessariamente, o comunque unicamente, lo scopo di insegnare come evitare episodi di corruzione o *maladministration*, ma assume soprattutto la finalità di diffondere nell'amministrazione le conoscenze e le competenze necessarie per svolgere in modo efficace ed efficiente le funzioni che presentano un rischio di corruzione, al fine di permettere il ricambio e la rotazione nello svolgimento delle stesse.

A questo livello settoriale, collegato al principio di rotazione, si affianca poi, nel disegno della legge n. 190 del 2012, un livello di formazione più generale. Si prevede, al riguardo, che la Scuola Nazionale dell'Amministrazione predisponga percorsi di formazione sui temi dell'etica e della legalità e che le pubbliche amministrazioni organizzino attività formative per la conoscenza e la corretta applicazione dei codici di comportamento dei dipendenti pubblici. L'ANAC ha precisato che, su questo piano, la formazione, destinata a tutti i dipendenti pubblici, deve assumere un approccio "contenutistico" e "valoriale". Ma quali devono essere questi contenuti e valori? Se è vero che la nozione di anticorruzione è ampia quanto il *service public* di *Duguit*, allora la *vis expansiva* della relativa formazione "valoriale" è ancor più marcata. Sicuramente essa comprende tutte le attività formative tese a rafforzare la conoscenza delle regole che presidiano l'esercizio della funzione pubblica e a diffondere l'etica pubblica. Ma l'etica pubblica non concerne solo il principio di legalità. L'ANAC ha chiarito, ad esempio, che la *maladministration* si riferisce anche agli "sprechi". E i codici di comportamento dei dipendenti pubblici certamente si riferiscono ai doveri di buon andamento, di efficienza e di efficacia dell'azione amministrativa. In questo quadro, allora, anche tutta la formazione manageriale rientra a pieno titolo sotto l'ombrello della formazione in tema di anticorruzione: saper gestire i collaboratori, saper istituire e far funzionare il controllo di gestione e il sistema di valutazione della performance; saper utilizzare i dati per definire e impostare politiche pubbliche. Se tutto diventa anticorruzione, tutta la formazione dei funzionari amministrativi contribuisce a prevenire la corruzione.

Questa conclusione, peraltro, non deve né stupire, né spaventare.

Non deve stupire, perché si tratta di una conclusione perfino ovvia. Un'amministrazione composta da personale professionalmente preparato e competente, più capace di individuare e realizzare l'interesse pubblico, è meno esposta al rischio di condotte o decisioni devianti rispetto a quell'interesse. La formazione dei funzionari amministrativi è, di per sé, un efficace antidoto alla corruzione e alla *maladministration*.

Ma la *vis expansiva* della formazione in tema di anticorruzione non deve nemmeno spaventare, perché si è rivelata utile. La legge n. 190 del 2012 è infatti uno dei pochi e virtuosi esempi di interventi legislativi che, nel prefigurare una politica pubblica, si preoccupano della relativa attuazione. E si tratta anche di uno dei pochi e virtuosi esempi di interventi legislativi che collegano strettamente il successo della *implementation* di una politica pubblica alle attività formative rivolte ai funzionari che ne devono curare l'attuazione. La formazione ha dunque un posto centrale nella disciplina italiana in tema di prevenzione della corruzione ed è regolata quale elemento integrante del quadro istituzionale definito da tale disciplina. La legge n. 190 del 2012 disciplina l'attività formativa; ne prescrive l'obbligatorietà per le amministrazioni; fornisce indicazioni metodologiche per la relativa erogazione; dota l'Autorità di prevenzione della corruzione di compiti di indirizzo e verifica che concernono anche la formazione. In questo quadro, ricondurre numerose attività formative alla finalità di prevenzione della corruzione significa inserirle in un contesto disciplinare e in un sistema organizzativo che le valorizza. La *vis expansiva* della formazione in tema di anticorruzione è un'opportunità, che consente di valorizzare negli stessi termini tutta l'attività formativa svolta in favore dei dipendenti pubblici.

Difatti, la legge n. 190 del 2012 definisce un sistema formativo imperniato su tre principi fondamentali, ai quali la Scuola Nazionale dell'Amministrazione impronta l'intera propria attività di formazione. I tre principi sono quelli della programmazione, della responsabilizzazione e della valutazione.

Sotto il primo profilo, la legge n. 190 del 2012 inserisce la formazione fra i contenuti necessari dei piani di prevenzione della corruzione. Opportunamente l'ANAC, nel PNA 2013, prescrive forme di raccordo e di confluenza fra la programmazione delle attività formative anticorruzione e la programmazione generale della formazione. In effetti, gli sforzi della Scuola Nazionale dell'Amministrazione vanno nella direzione di programmare tutta la propria offerta formativa a partire da piani formativi triennali elaborati dalle singole amministrazioni sotto la guida della Scuola stessa. Negli ultimi anni, il programma annuale delle attività formative della Scuola è stato approvato entro il mese di novembre dell'anno precedente, all'esito di un ciclo di programmazione che prende le mosse dai piani formativi delle amministrazioni.

Sotto il secondo profilo, cioè quello della responsabilizzazione, la legge n. 190 del 2012 prevede che spetti a ciascuna amministrazione, e

in particolare al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il compito di individuare il personale da inserire nei vari programmi di formazione. Analogamente, la SNA, sempre in riferimento all'intera offerta formativa, ha di recente introdotto soluzioni organizzative per fare in modo che l'individuazione del personale da formare, e dei corsi cui esso deve partecipare, spetti alle amministrazioni e, segnatamente, ad un referente per la formazione in ciascuna amministrazione. In questo modo, si evita di rimettere ai funzionari stessi la scelta, magari orientata da mera curiosità culturale, delle attività formative. La formazione professionale deve essere guidata dalle amministrazioni datrici di lavoro, perché è uno strumento di gestione dello sviluppo professionale del personale dipendente. La Scuola ha poi creato un *network* dei referenti per la formazione (*Club* dei formatori) che si riunisce periodicamente e discute dei metodi di individuazione e soddisfazione delle comuni esigenze formative.

Infine, sotto il terzo profilo, che è quello della valutazione, la legge n. 190 del 2012 attribuisce al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza compiti di verifica dell'efficacia dei piani formativi e l'ANAC precisa che "le amministrazioni dovranno monitorare e verificare il livello di attuazione dei processi di formazione e la loro efficacia ... attraverso questionari destinati ai soggetti destinatari della formazione [le cui] domande riguarderanno le priorità di formazione e il grado di soddisfazione dei percorsi già avviati. Anche in questo caso, la SNA ha migliorato e affinato le attività di monitoraggio e verifica dell'efficacia della propria attività formativa complessivamente intesa, non solo distribuendo appositi questionari di valutazione, ma dotandosi di strumenti di elaborazione informatica delle informazioni in esse contenute, in modo da misurare in tempo reale la qualità percepita delle proprie attività formative.

In definitiva, l'ampiezza del concetto di anticorruzione attribuisce alle relative attività formative una notevole *vis expansiva*, che ne estende i confini fin quasi ad abbracciare l'intera formazione dei dipendenti pubblici. Ciò ha un effetto benefico, perché contribuisce a valorizzare il ruolo della formazione *tout court* e ad imporre modelli avanzati di organizzazione delle attività formative, imperniati sui principi della programmazione, responsabilizzazione e valutazione. Nelle pagine che seguono, le attività formative in tema di anticorruzione saranno più dettagliatamente esaminate, con riferimento a tre profili principali.

In primo luogo, sarà illustrato il quadro normativo, tenendo conto anche dell'influenza della disciplina internazionale che, come è noto, molto contribuisce a conformarlo. In secondo luogo, sarà esaminato il ruolo dell'ANAC, che ha precisato e indirizzato le amministrazioni anche in riferimento alla formazione, intesa come componente fondamentale della politica di prevenzione della corruzione. Infine, sarà preso in considerazione il ruolo della Scuola Nazionale dell'Amministrazione nella definizione dei percorsi formativi più direttamente collegati alle tematiche dell'anticorruzione.

2. Il ruolo della formazione nelle strategie di prevenzione alla corruzione: il quadro normativo

Con l'introduzione nel nostro ordinamento del sistema di prevenzione della corruzione previsto dalla legge 190 del 2012, come anticipato, la formazione viene espressamente prevista come una misura generale e obbligatoria di prevenzione e mitigazione del rischio corruzione.

Già nella Convenzione Onu del 2003² vi è un forte richiamo agli Stati sull'importanza dell'aspetto culturale ed educativo come leva per una valorizzazione dell'etica pubblica e conseguente contenimento del rischio corruttivo. Tra gli obblighi imposti agli Stati per l'adozione di efficaci politiche di prevenzione della corruzione (cui è dedicato l'intero titolo II, che prevede diverse misure miranti al tempo stesso a coinvolgere il settore pubblico e il settore privato), l'art.7, dedicato al "settore pubblico", sottolinea l'importanza della previsione di procedure appropriate per selezionare e formare le persone chiamate ad occuparsi di posti pubblici ritenuti essere particolarmente esposti alla corruzione, nonché di una formazione che sensibilizzi maggiormente i dipendenti pubblici ai rischi di corruzione inerenti alle funzioni svolte. Il successivo art. 60 ("Formazione e assistenza tecnica") affronta in modo puntuale il tema della formazione, onerando gli Stati contraenti a formulare, sviluppare e perfezionare programmi di formazione specifici per il proprio personale responsabile della prevenzione, descrivendone i principali ambiti³.

Alla luce di tali cogenti prescrizioni di carattere internazionale è stata emanata la legge n. 190 del 2012 che afferma la centralità della formazione. L'art. 1, comma 5 lett.b), obbliga le pubbliche amministrazioni centrali a definire "procedure appropriate per selezionare e formare, in collaborazione con la Scuola superiore della pubblica amministrazione, i dipendenti chiamati ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione, prevedendo, negli stessi settori, la rotazione di dirigenti e funzionari"; il successivo comma 9, nell'individuare la funzione e i contenuti obbligatori dei piani triennali di prevenzione della corruzione⁴, cita

² Il quadro internazionale che ha condotto l'Italia all'emanazione della legge n.90/2012 può essere così riassunto: Convenzione contro la corruzione, adottata dall'Assemblea generale dell'O.N.U. il 31.10.2003 con la risoluzione numero 58/4; Decisione 2008/801/CE del Consiglio che autorizza l'Unione Europea a firmare la convenzione ONU contro la corruzione; Convenzione ONU contro la corruzione sottoscritta dallo Stato italiano il 9.12.2003 e ratificata il 3.8.2009 con legge n.116/2009. In estrema sintesi i principali obblighi posti agli Stati parte, prevedono specifici meccanismi istituzionali, quali la creazione di uno specifico organo anticorruzione, codici di condotta e politiche favorevoli al buon governo, allo stato di diritto, alla trasparenza e alla responsabilità.

³ Tra i vari profili, per lo più inerenti ad attività istruttorie e di indagine penale, è ricompreso l'"accrescimento della capacità di sviluppo e pianificazione di una politica strategica contro la corruzione".

⁴ All'esito della modifica di cui al d.lgs. n.97/2016 (revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza), gli strumenti di programmazione in tema di anticorruzione e trasparenza sono stati unificati nei c.d. PTPCT (piani triennali di prevenzione della corruzione e della trasparenza) che, insieme al piano nazionale (PNA), costituiscono i due livelli (nazionale e decentrato presso le singole amministrazioni) per l'articolazione del processo di formulazione e attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione.

testualmente tra i contenuti obbligatori “meccanismi di formazione, attuazione e controllo delle decisioni idonei a prevenire il rischio di corruzione”; infine il comma 11 che stabilisce che la “*Scuola superiore della pubblica amministrazione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e utilizzando le risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, predispone percorsi, anche specifici e settoriali, di formazione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni statali sui temi dell’etica e della legalità. Con cadenza periodica e d’intesa con le amministrazioni, provvede alla formazione dei dipendenti pubblici chiamati ad operare nei settori in cui è più elevato, sulla base dei piani adottati dalle singole amministrazioni, il rischio che siano commessi reati di corruzione*”.

Coerentemente, nello strumento di programmazione a livello nazionale (PNA), la centralità della formazione come misura necessaria e obbligatoria di prevenzione viene costantemente ribadita e specificata. Il primo PNA⁵ (adottato nel 2013) elenca tra i principali strumenti di prevenzione, oltre all’elaborazione del PNA e all’adozione dei PTPC, la “*formazione in materia di etica, integrità ed altre tematiche attinenti alla prevenzione della corruzione*”. Lo stesso tema viene affrontato laddove vengono successivamente specificate le necessarie strategie di prevenzione a livello decentrato. In particolare, il PNA 2013 impone che la formazione in materia di anticorruzione venga programmata nei piani triennali in modo puntuale, dettagliato e specifico (individuazione dei soggetti destinatari ed erogatori della formazione; indicazione dei contenuti, dei canali e degli strumenti della formazione; quantificazione delle ore/giornate dedicate alla formazione). Con riferimento ai destinatari della formazione, il PNA specifica che per garantire adeguati livelli di formazione la programmazione deve avere una doppia articolazione: un primo livello, “*generale*”, che riguarda tutti i dipendenti, con un approccio contenutistico (aggiornamento delle competenze) e valoriale (sulle tematiche dell’etica e della legalità); un secondo livello, “*specifico*”, rivolto agli attori del sistema (RPC, referenti, componenti organismi di controllo) e ai dirigenti e funzionari addetti alle aree di rischio, che riguarda le politiche, i programmi e i vari strumenti utilizzati per la prevenzione e tematiche settoriali, in relazione al ruolo funzionale svolto da ciascun soggetto dell’amministrazione.

Alla concreta previsione ed attuazione di tale misura è preposto il Responsabile per la Prevenzione della Corruzione⁶ (oggi RPCT), e cioè la figura che, nell’architettura organizzativa del sistema anticorruzione della legge n.190 del 2012, accentra le principali competenze all’interno delle singole amministrazioni. In particolare, è il RPCT che, oltre ad avere il compito di

⁵ Predisposto dal Dipartimento della Funzione Pubblica e approvato dalla CIVIT – Commissione Indipendente per la Valutazione, la Trasparenza e l’Integrità delle Amministrazioni pubbliche, con delibera 11 settembre 2013 n. 72, secondo lo schema originariamente previsto dalla legge n. 190/2012. All’esito degli interventi normativi di cui al d.l. n. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014, tutte le competenze, tra cui l’adozione del PNA e i relativi aggiornamenti, in materia di prevenzione della corruzione e sulla trasparenza, sono state trasferite all’ANAC – Autorità Nazionale Anticorruzione – che ha pure assunto le funzioni e le competenze della soppressa Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).

⁶ All’esito della modifica di cui al d.lgs. n.97/2016 di cui supra, oggi denominato RPCT.

inserire nel PTPCT tutte le misure di prevenzione più adatte al contesto interno ed esterno di riferimento, deve individuare il personale da inserire nei programmi di formazione anticorruzione (art.1, comma 8 ultima parte e comma 10, lettera c), con pesanti sanzioni in caso di inottemperanza a tali obblighi, operanti sui diversi fronti della responsabilità disciplinare, dirigenziale e per danno erariale (art.1, commi 12, 13 e 14).

Va peraltro chiarito e sottolineato come la “responsabilità del Responsabile” non esaurisce i vari possibili livelli di coinvolgimento. Il RPCT risponde direttamente delle eventuali carenze dei piani e del mancato rispetto degli stessi, anche per quanto riguarda l’aspetto della formazione. Ma va anche ricordato che tutti i dipendenti pubblici sono in più occasioni coinvolti anche a livello di responsabilità disciplinare nella realizzazione del sistema anticorruzione. La violazione delle misure di prevenzione previste dal piano (ivi compresa l’attuazione dei piani formativi) costituisce illecito disciplinare⁷ e tale previsione viene rafforzata dal Codice di comportamento⁸, che afferma a chiare lettere che il dipendente deve rispettare le misure necessarie alla prevenzione degli illeciti nell’amministrazione e, in particolare, le prescrizioni contenute nel piano per la prevenzione della corruzione, nonché collaborare con il responsabile della prevenzione della corruzione.

Dal quadro di riferimento normativo e dal contesto internazionale delineato⁹ emerge che il ruolo strategico attribuito alla formazione ne configura il carattere necessario e obbligatorio, con ricadute di grande impatto operativo-gestionale e di programmazione della relativa spesa. Proprio in considerazione di ciò la Corte dei Conti è opportunamente intervenuta per sottrarre la formazione c.d. obbligatoria in materia di anticorruzione alla sfera della *spending review* di cui all’art.6, comma 13, del D.L.n.78/2010¹⁰. Secondo la Corte, data l’assenza di discrezionalità circa l’autorizzazione della spesa relativa, le amministrazioni possono derogare al previsto tetto di spesa per le attività formative, limitatamente alle spese necessarie per corrispondere a precisi obblighi normativi che non possono essere disattesi o differiti e con l’ulteriore avvertenza che le iniziative

⁷ Art.1 comma 14 legge n. 190/2012.

⁸ Decreto del Presidente della Repubblica del 16 aprile 2013 n. 62, che costituisce il livello generale delle prescrizioni minime valide per tutte le pubbliche amministrazioni, da integrarsi e specificarsi con i codici di comportamento di cui le singole amministrazioni si devono dotare ai sensi dell’art. 54, come 5, d.lgs. n.165/2001.

⁹ Nell’ambito della cooperazione intergovernativa che si attua a livello internazionale entro le Nazioni Unite si segnalano la partecipazione e i risultati del Report adottato dallo United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC –, attualmente in fase di peer review by the United States of America and Sierra Leone (of the implementation by Italy of Chapter II – articles 5-14 – and Chapter V – articles 51-59 – of the United Nations Convention against Corruption for the review cycle 2016-2021).

¹⁰ Che, nell’ottica di contenimento della spesa pubblica, a decorrere dall’anno 2011 ha introdotto un significativo tetto per le spese sostenute per le attività di formazione dalle amministrazioni pubbliche inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, pari al 50% della spesa sostenuta nell’anno 2009.

formative debbano tenere conto anche del possibile contributo degli operatori interni all'amministrazione¹¹.

Ma le amministrazioni, sebbene "liberate" dai vincoli legati ai costi della formazione (intesa come centro di spesa), sono (e sono state) in grado di utilizzare tale strumento come vero e proprio investimento per quel complesso cambiamento culturale e organizzativo che viene richiesto dal modello introdotto dalla legge n.190/2012?

Per rispondere a tale interrogativo, una volta assodata la centralità della formazione nel sistema anticorruzione, diventa cruciale individuare quali requisiti dovrebbe avere una formazione efficace per il raggiungimento dell'obiettivo primario di riduzione e mitigazione del rischio corruttivo nelle amministrazioni pubbliche.

3. *La formazione e la sua efficacia come strumento di prevenzione della corruzione: il ruolo dell'ANAC*

Molteplici sotto vari profili sono gli effetti concreti che dovrebbe ottenere un intervento formativo che possa essere considerato efficace in termini di prevenzione e gestione del rischio di *maladministration*. A titolo meramente esemplificativo, basti qui ricordare alcuni di questi, quali: ridurre il rischio che gli illeciti siano commessi inconsapevolmente o che siano frutto di sciattezza e negligenza; creare una omogenea base di conoscenze quale presupposto indispensabile per favorire una coerente programmazione di allocazione delle risorse strumentali e di personale; implementare specifiche competenze nelle aree a più alto rischio corruttivo; scardinare ogni pregiudizio e dare il giusto significato al processo di mappatura dei rischi, che deve essere esclusivamente basato su una analisi oggettiva delle attività e non certo sulla propensione soggettiva delle persone in essa incardinate; diffondere le buone pratiche amministrative e gli orientamenti giurisprudenziali su vari aspetti dell'esercizio della funzione amministrativa; creare le basi culturali per la concreta attuazione e utilizzazione di misure di prevenzione culturalmente "ostiche" nel nostro ordinamento, come la segnalazione di illeciti (*whistleblowing*), e, da un punto di vista gestionale, la rotazione del personale.

Peraltro, contrariamente a quanto avviene nel precedente normativo forse più rilevante di formazione obbligatoria *ex lege*, costituito dalla formazione in materia di sicurezza sul lavoro, le Amministrazioni non possono fare riferimento a percorsi formativi predeterminati in tutti i loro aspetti organizzativi (enti formatori, durata, modalità di erogazione, aula, *blended*, *e-learning*) e contenutistici, rispetto ai

¹¹ Cfr. per tutte Corte dei Conti, Sez. reg. di Controllo dell'Emilia Romagna, deliberazioni n.276/2013 e n.18/2011). Più in generale in tema di attività formativa prevista *ex lege* (nella specie, in tema di sicurezza sul lavoro), Corte dei Conti. Sez. reg. di controllo Lombardia n.116/2011 e Sez. reg. di controllo Friuli Venezia Giulia n.106/2012.

quali gli adempimenti richiesti attengono alla mera individuazione dei fabbisogni rispetto alle figure professionali da formare come predefinite dalla legge e alla partecipazione e superamento dei moduli formativi¹².

In tema di anticorruzione, come si è visto, la formazione è sì “obbligatoria” (nel senso di attività che deve essere oggetto di specifica analisi, programmazione e verifica da parte del RPCT, con conseguenze sanzionatorie in caso di inadempimento), ma è al tempo stesso svincolata da quelle rigidità normative che, in un settore così ampio e dai confini indefiniti come quello della lotta alla corruzione¹³, potrebbero favorire un approccio meramente formalistico, che ne determinerebbe il totale fallimento.

L’ANAC, già in occasione del primo aggiornamento al PNA nel 2015¹⁴, ha rilevato la sostanziale inadeguatezza delle attività formative (e non solo) sino ad allora programmate dalla maggior parte delle Amministrazioni oggetto di esame, a causa sia delle scarse risorse a disposizione, sia di un approccio di tipo generalista al tema della corruzione.

L’ANAC, in tale sede, non si limita a ribadire la necessità di una formazione che sia incisiva e quindi in grado di fungere da snodo e da supporto per il perseguimento dell’obiettivo di una migliore qualità delle misure di prevenzione, ma si addentra in aspetti più operativi e contenutistici, dando indicazioni su come adeguare la formazione alle singole realtà operative e indicando come sia necessario che i contenuti debbano riguardare tutte le diverse fasi: dall’analisi del contesto (esterno ed interno) alla mappatura dei processi; dall’individuazione e valutazione del rischio all’identificazione delle varie misure, ivi compresi controlli, semplificazioni procedurali, riorganizzazione degli uffici, trasparenza.

Ancor più bisognose di un intervento mirato risultano quelle aree di attività che, in ragione della natura e delle peculiarità dell’attività stessa, sono potenzialmente esposte a rischi corruttivi più di altre. Con riferimento al settore

¹² La formazione in materia di Sicurezza sul Lavoro è disciplinata dal d. lgs. 81/08 e ss.mm., dall’Accordo Stato Regioni del 21/12/2011 e dall’Accordo Stato-Regioni del 7 luglio 2016, che impongono i requisiti della formazione e gli specifici percorsi formativi, ivi comprese le scadenze per l’aggiornamento. Il mancato rispetto delle scadenze formative di legge è sanzionato come previsto dal d. lgs. 81/08.

¹³ Sin dal primo PNA 2013, poi più volte ripreso dall’ANAC in vari provvedimenti (tra gli altri si cita la deliberazione n.6/2015) è stata affermata la portata estremamente ampia del significato di corruzione nel previsto sistema di prevenzione, significato che travalica l’accezione strettamente penalistica del termine (che intercetterebbe principalmente la sola corruzione emersa), ricomprendendo in senso lato ogni tipo di malfunzionamento dell’amministrazione a causa dell’uso a fini privati delle funzioni attribuite, ivi compreso l’inquinamento dell’attività amministrativa *ab externo* (andando ad intercettare l’area, ben più ampia, della corruzione percepita, oggetto di attenzione a livello internazionale e di misurazione annuale grazie alle classifiche contenute nei rapporti annuali di *Transparency International*). A titolo esemplificativo si pensi ai casi di sprechi, nepotismo, ripetuto mancato rispetto dei tempi procedurali, irregolarità contabili, attività gestionale non trasparente, false dichiarazioni, omissioni e mancati controlli, a prescindere dalla rilevanza penale di tali fattispecie.

¹⁴ Determinazione n.12 del 28 ottobre 2015. In tale sede l’ANAC compie una prima rilevantissima analisi dello stato di attuazione della legge n. 190/2012 condotta sui PTPC di un campione di 1911 amministrazioni.

della contrattualistica pubblica¹⁵, sempre in sede di aggiornamento al PNA 2015, l'ANAC fornisce indicazioni operative a tutte le amministrazioni nella loro veste di *buyers* pubblici, dopo aver rilevato una serie di criticità ricorrenti quali: l'assenza di un'adeguata analisi di contesto interno ed esterno con riferimento all'area specifica (mancata rilevazione dei possibili conflitti di interesse, del numero di contenziosi, mancata individuazione delle *lobbies* e dei portatori di interessi privati che possono incidere sul procedimento di approvvigionamento); assenza di un'appropriata descrizione del processo, mediante puntuale articolazione delle fasi e dei relativi processi, rilevanti ai fini dell'esatta individuazione del rischio e delle connesse misure di prevenzione; assenza di una visione strategica complessiva del processo di approvvigionamento.

Nel PNA del 2016¹⁶ il tema della verifica e controllo del grado di adeguamento dei PTCPT alle strategie anticorruzione della legge n. 190 del 2012 viene ampiamente ripreso. In particolare, con riferimento all'area di rischio dei contratti pubblici, emerge con evidenza la perdurante difficoltà delle amministrazioni che, in tutti i PTPC analizzati, hanno manifestato proprio in questo settore le maggiori criticità. Gravi lacune sono state riscontrate, per la gran parte delle amministrazioni, nella fase di autoanalisi organizzativa suggerita dall'ANAC. Riguardo all'analisi dei processi organizzativi, solo in una bassa percentuale di amministrazioni (oscillante tra il 25,8% per la progettazione della gara e il 18,3% per la rendicontazione) sono state considerate le diverse fasi della gara. Anche la presenza di misure specifiche per le menzionate fasi è risultata oscillare tra il 18,3% (progettazione della gara) e l'11,8% (rendicontazione).

Peraltro, dal 2017¹⁷ va registrato un progressivo miglioramento del livello di qualità dei Piani e delle misure di prevenzione, tra cui la formazione, in essi contenute. Risulta sensibilmente aumentata la percentuale (superiore al 40% per quasi tutte le fasi – programmazione, progettazione della gara, selezione del contraente ed esecuzione – e di poco inferiore per le fasi dell'aggiudicazione e stipula del contratto e per la fase finale di rendicontazione) di amministrazioni che, per l'area di rischio “contratti pubblici”, hanno proceduto ad una mappatura dei processi per le diverse fasi, come si è visto indefettibile presupposto per dominare il processo di gestione del rischio corruttivo nel suo complesso.

Ma la strada da percorrere è ancora lunga e l'ANAC, anche nell'aggiornamento del 2018, sottolinea la necessità di una permanente e continua attenzione ai principali fattori incidenti sulla capacità di risposta delle

¹⁵ Rientrando tra le aree che già il legislatore, a prescindere da ogni necessità di analisi e mappatura da parte delle Amministrazioni, individua come ad alto livello di probabilità di eventi rischiosi (art.1 c. 16 legge n. 190/2012). A tali aree, c.d. obbligatorie, a partire dall'aggiornamento al PNA del 2015, sono state aggiunte altre aree, c.d. “generali” che necessitano di attenzioni e misure particolari (gestione delle entrate, delle spese e del patrimonio; controlli, verifiche, ispezioni e sanzioni; incarichi e nomine; affari legali e contenziosi).

¹⁶ Approvato dall'ANAC con delibera n.831/2016.

¹⁷ Ci si riferisce agli esiti della valutazione condotta dall'ANAC in sede di aggiornamento 2017 al PNA – approvato dall'ANAC con delibera n.1208/2017 – e di aggiornamento 2018 al PNA – approvato dall'ANAC con delibera n.1074/2018.

amministrazioni, quali un forte *commitment* da parte dell'organo di indirizzo, la partecipazione di tutta la struttura organizzativa e degli *stakeholder* esterni, la riduzione dell'autoreferenzialità delle amministrazioni e, ponendo ancora una volta l'accento sul ruolo strategico della formazione, l'acquisizione e la sperimentazione di competenze specifiche. In particolare l'ANAC, come ribadito da ultimo nel PNA 2019-2021¹⁸, auspica un cambiamento della programmazione e attuazione della formazione, affinché sia sempre più orientata all'esame di casi concreti calati nel contesto delle diverse amministrazioni, in modo da costruire capacità tecniche e comportamentali nei dipendenti pubblici.

Permane dunque, ed è più attuale che mai, l'esigenza di delineare soggetti, percorsi e metodologie dell'azione formativa, nonché gli strumenti che possano favorire la diretta incidenza della stessa sulla capacità organizzativa delle amministrazioni e sulla mitigazione del rischio, quali, fra tutti, il coordinamento con gli atti di programmazione della performance¹⁹ e il monitoraggio e la valutazione dello stato di attuazione e dell'efficacia della formazione.

4. A che punto è arrivata la formazione: il ruolo della SNA

Sui contenuti della formazione anticorruzione (destinatari, percorsi, obiettivi, metodi, docenti) molto è stato detto²⁰ e, come dimostrato dal sensibile e costante miglioramento del grado di adeguamento alle strategie anticorruzione registrato dall'ANAC, molto è stato fatto.

Si possono in estrema sintesi individuare almeno tre tipologie di percorsi formativi che devono necessariamente concorrere per l'attuazione della formazione obbligatoria in chiave di misura anticorruzione²¹.

¹⁸ Secondo lo schema del PNA in fase di consultazione fino al 15 settembre 2019.

¹⁹ Sulla necessità di coordinamento tra gli strumenti di programmazione si veda il richiamo contenuto nell'aggiornamento 2017 al PNA. In dottrina, già in precedenza L.HINNA, (Il ruolo della formazione nel processo di riforma in atto, 13° Rapporto sulla formazione nella Pubblica Amministrazione, 2009) aveva segnalato la necessità che anche la formazione debba essere legata agli obiettivi organizzativi affinché non abbia una valenza solo culturale, sovrapponendosi in tal caso alle conoscenze già acquisite e/o assimilate dai dipendenti e perdendo ogni valenza organizzativa.

²⁰ Per una compiuta disamina delle questioni di fondo da risolvere in tema di formazione dei dipendenti pubblici si veda A. MARI, *Formazione dei dipendenti pubblici e prevenzione della corruzione negli appalti: per non parlare ai muri*, in Giustamm.it – Rivista di Diritto Pubblico, n.6/2014. Sui possibili contenuti di una formazione “su misura” per prevenire efficacemente il rischio corruttivo, si veda A. MARASCIA, *La formazione come misura di prevenzione della corruzione*, in http://associazioneitalianaformatori.it/download/articoliln/2017/LN1017_Marascia.pdf.

²¹ Il nuovo PNA 2019-2021 insiste particolarmente sulla necessità di differenziare due livelli di formazione: a) uno generale, rivolto a tutti i dipendenti, mirato alle tematiche dell'etica e della legalità; b) uno specifico rivolto al RPCT, ai referenti, ai componenti degli organismi di controllo, ai dirigenti e funzionari addetti alle aree di rischio.

Innanzitutto, occorre una formazione di carattere generale e rivolta a tutto il personale per la diffusione della cultura della legalità e dell'integrità della pubblica amministrazione, che informi, sensibilizzi e formi i discenti sulle strategie anticorruzione della legge n. 190/2012 e sulle modalità di attuazione da parte delle amministrazioni, rendendoli anche consapevoli del quadro regolatorio di riferimento (codici disciplinari e codici di comportamento) e delle relative responsabilità. Questo tipo di formazione, dunque, dovrebbe coinvolgere tutti i dipendenti pubblici, ivi compresi i dipendenti con qualifica dirigenziale, nonché prevedere livelli di diffusione più capillari all'interno delle singole amministrazioni, sia come formazione "esterna" (ove possibile) sia ad opera degli stessi RPCT o comunque dagli stessi organizzata *in house*. Solo una formazione che tenga conto delle attività in concreto svolte e dell'organizzazione del singolo ente/amministrazione potrà infatti effettivamente illustrare le specifiche previsioni e misure del PTCT, informare sui contenuti del Codice di comportamento adottato, sensibilizzare i soggetti che operano a vario titolo per l'ente/amministrazione comunque tenuti al rispetto di una serie di obblighi di condotta anche al di là del tradizionale confine pubblicistico²².

Un secondo tipo di formazione obbligatoria (incentrata sul *risk management*) deve necessariamente essere di tipo più selettivo, dovendo riguardare profili specialistici di gestione del rischio corruttivo, con l'obiettivo di creare e sviluppare le capacità tecniche e le competenze professionali dei soggetti istituzionali che operano per la progettazione, l'analisi e il trattamento del rischio corruzione. I soggetti coinvolti devono necessariamente rivestire uno specifico compito nella costruzione, nell'attuazione e nell'aggiornamento del PTCT e più in generale del sistema anticorruzione, anche se con approcci differenziati a seconda del ruolo (RPCT, referenti, componenti degli organismi di controllo, UPD). Trattasi dunque di una formazione mirata e di tipo trasversale rispetto alle competenze professionali tradizionalmente legate ai vari settori di operatività dell'organizzazione aziendale nelle amministrazioni pubbliche.

²² Ci si riferisce all'estensione dell'ambito di applicazione degli obblighi del codice di Comportamento previsto, in via generale, dal comma 3 del DPR n.62/2013 (Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165) "Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del d. lgs. n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice".

Il terzo tipo di formazione (di tipo specialistico ma sempre rientrante nel perimetro della formazione obbligatoria) deve riguardare il personale che opera nei settori in cui è più elevato il rischio corruttivo (*risk owner*), anche con riferimento alle diverse fasi del processo di gestione del rischio stesso. È quindi una formazione volta non tanto (e comunque non solo) ad arricchire il bagaglio di conoscenze sulle normative e procedure di settore, ma soprattutto a condurre i discenti alla puntuale analisi del ciclo operativo e organizzativo dell'area di rischio interessata ed all'individuazione degli strumenti necessari per l'approntamento di misure di trattamento del rischio corruzione, oltre che di analisi della loro ponderazione relativa.

A questi tre percorsi formativi, come si è detto di natura obbligatoria, si possono inoltre aggiungere ulteriori interventi formativi, laddove le misure di prevenzione previste nei Piani e le loro modalità di attuazione prevedano una componente formativa.

Un esempio tipico è quello della rotazione ordinaria del personale, laddove la formazione riveste un ruolo fondamentale per l'attuazione di tale misura in modo che non impatti – in termini negativi – sull'efficienza e buon andamento dell'attività amministrativa. Solo garantendo la qualità e trasversalità delle competenze professionali necessarie a coloro che sono coinvolti in processi di rotazione ed ampliando la platea dei destinatari, infatti, potranno ridursi al minimo i costi organizzativi ed economici che potrebbero derivare da una dispersione e vanificazione delle capacità acquisite dal personale incardinato nell'area di attività interessata dalla rotazione stessa.

Altri esempi sono la formazione in materia di contratti pubblici (per la rilevanza, criticità e centralità delle varie fasi di attività) e in materia di accesso e trasparenza (per il ruolo di primo piano nell'attuazione dei principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, nonché, in ottica anticorruzione, di integrità e lealtà nel servizio alla nazione). Questo tipo di formazione si incentra su conoscenze e competenze di settore e dunque, a stretto rigore, esula da un punto di vista contenutistico dal perimetro della formazione in tema di anticorruzione, pur essendone fondamentale strumento di attuazione.

Infine, non può non essere menzionata la formazione che deve sostenere l'attuazione delle misure di prevenzione in quei soggetti che, sebbene fuori dal perimetro prettamente pubblicistico (società pubbliche, partecipate ecc.), sono comunque tenute a mettere in campo la strumentazione prevista dalla legge n. 190/2012.

Quanto alla concreta attuazione della formazione obbligatoria in tema di anticorruzione, come si è visto la SNA (Scuola Nazionale dell'Amministrazione) è oggi il principale soggetto deputato alla formazione pubblica statale dei dipendenti civili dello Stato, come stabilito dall'art. 21 d. l. n. 90/2014 convertito in legge n. 114/2014, con cui sono state soppresse le scuole dei Ministeri dell'Interno, Difesa, Affari esteri ed Economia e Finanze e le relative funzioni trasferite alla SNA.

I percorsi formativi svolti dalla SNA²³ in materia di anticorruzione e integrità dei pubblici dipendenti si suddividono in due gruppi: 1) formazione continua in materia di anticorruzione, *risk management*, etica, codici di comportamento e *Whistleblowing*. Tale formazione può essere sia rivolta alla generalità delle amministrazioni (corsi a catalogo) sia dedicata a specifiche amministrazioni, ove normativamente previsto ovvero per accordi convenzionali; 2) moduli di etica e anticorruzione inseriti nei corsi lunghi di formazione iniziale e obbligatoria (carriera dirigenziale, carriera prefettizia, carriera diplomatica, etc.).

Il primo gruppo è a sua volta articolato a seconda del livello (generale o specialistico) della formazione e della natura dei destinatari. Riprendendo le tre tipologie di formazione obbligatoria sopra sinteticamente descritte, l'offerta formativa a catalogo della SNA può essere così sintetizzata:

- (a) Formazione generale (in cui rientrano i corsi base in tema di prevenzione della corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni tra cui il corso su etica, codici di comportamento e procedimenti disciplinari ed il corso sul *whistleblowing*).
- (b) Formazione specialistica per *risk manager* (in cui rientrano i corsi sulle tecniche di redazione del piano di prevenzione della corruzione e i corsi – livello base e livello avanzato – per i responsabili e referenti anticorruzione).
- (c) Formazione specialistica per *risk owner*, mirata sulle aree di rischio o sull'attuazione di specifiche misure (in cui rientrano i seminari di approfondimento rispetto al corso base di prevenzione della corruzione rivolti al personale impegnato in determinate attività tra cui, a titolo puramente esemplificativo, contratti pubblici; acquisizione e gestione del personale; affari legali e contenzioso; controlli, verifiche, ispezioni e sanzioni; incarichi e nomine; provvedimenti ampliativi; concorsi; fiscalità e contributo unificato).

²³ Nel proseguo si riportano i dati aggiornati alla data del 30.9.2019. Si elencano i principali corsi del 2019 per ciascuna categoria formativa come sopra descritta.

FORMAZIONE GENERALE: Prevenzione della corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni; Etica, codici di comportamento e procedimenti disciplinari nel pubblico impiego privatizzato; Il Whistleblowing – In collaborazione con ANAC.

FORMAZIONE SPECIALISTICA PER RISK MANAGER: La funzione dei Responsabili e Referenti dell'Anticorruzione – Corso base e Corso avanzato; Redigere il Piano di prevenzione della corruzione.

FORMAZIONE SPECIALISTICA PER RISK OWNER: Prevenzione della corruzione nelle Pubbliche Amministrazioni – Seminari integrativi: "Affari legali e contenzioso"; "Contratti pubblici"; "Provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari"; "Controlli, verifiche, ispezioni e sanzioni"; "Rotazione del personale"; "Incarichi e nomine".

CONTRATTI PUBBLICI: Diploma di esperto in appalti pubblici; Il Codice dei contratti pubblici.

TRASPARENZA E F.O.I.A., In collaborazione con il Dipartimento della Funzione Pubblica: L'accesso civico generalizzato (FOIA): fini e mezzi del processo di attuazione; Il Registro degli accessi e il FOIA: profili tecnici e applicativi; Il FOIA italiano e la trasparenza amministrativa: gli strumenti di base per una corretta applicazione.

Per ogni approfondimento si rimanda al sito istituzionale della SNA <http://paf.sna.gov.it/index.html>.

Si aggiungono poi i percorsi formativi sulle discipline di settore in materia di contratti pubblici e trasparenza che, per le ragioni sopra esposte, pur non rientrando a rigore nel perimetro della formazione anticorruzione, costituiscono un fondamentale strumento di garanzia anche per l'etica e l'integrità del servizio svolto.

Con riferimento al settore specifico dei contratti pubblici, basti qui segnalare la rilevanza, nell'ambito dei vari percorsi formativi proposti, di argomenti strettamente connessi all'applicazione ed alle finalità del sistema anticorruzione quali, tra gli altri, il conflitto di interessi, le linee guida dell'ANAC, il commissariamento delle imprese. In particolare la SNA, proprio per il ruolo strategico rivestito dall'azione amministrativa in materia di contratti pubblici nei processi di sviluppo del Paese, non solo a livello economico ma anche in termini di legalità e efficienza, a decorrere dal 2013 (e dal 2015 in collaborazione con ANAC) ha implementato la propria offerta formativa in materia di contratti pubblici, realizzando un percorso formativo di "Diploma di esperto in appalti pubblici" volto alla creazione di elevate professionalità con competenze multidisciplinari di rilievo e con l'obiettivo di fornire ai partecipanti gli strumenti per essere in grado di effettuare acquisti in maniera efficiente nonché di prevenire e gestire il rischio della corruzione²⁴.

Anche la metodologia didattica utilizzata rispecchia l'articolazione dell'offerta formativa e la diversità degli obiettivi formativi²⁵. Nella formazione generale, per garantire la maggiore diffusione possibile anche sul territorio, accanto al modello tradizionale di lezione frontale vengono sempre di più utilizzate tecnologie *e-learning* in grado di garantire la partecipazione attiva dei discenti (percorsi di apprendimento articolati e lezioni in *webinar* sincrone), privilegiando invece formule di tipo laboratoriale (integrate anche con forme di partecipazioni *on line* con *webinar* interattivi ed esercitazioni su piattaforma) per la formazione mirata e specialistica.

²⁴ Con riferimento agli anni 2013/2019 la SNA ha realizzato 16 edizioni del corso di Diploma in esperto di appalti pubblici, formando complessivamente 678 dipendenti di cui 526 funzionari e 152 dirigenti.

²⁵ Anche su questo tema il PNA 2019 ha da ultimo ribadito la necessità di orientare la formazione all'esame di casi concreti che possano contribuire alla costruzione di capacità tecniche e comportamentali nei dipendenti pubblici.

LINEE GENERALI DELLA SEMPLIFICAZIONE AMMINISTRATIVA

Alessandro Natalini

1. Le decisioni pubbliche complicate – 2. La soluzione alessandrina – 3. Per una semplificazione paziente – 4. La semplificazione di sistema – 5. La semplificazione come cambiamento organizzativo

1. *Le decisioni pubbliche complicate*

La complicazione burocratica italiana ha radici profonde. In parte ha cause fisiologiche legate alla complessità delle decisioni amministrative che richiedono una delicata ponderazione di una molteplicità di interessi pubblici e privati. Comportano la valutazione di soluzioni alternative in situazioni spesso caratterizzate da carenza di informazioni nei tempi stretti imposti dalla accelerata dinamica dei processi economici. Richiedono la disponibilità di competenze tecniche specifiche e non solo di generiche conoscenze giuridiche. Incide fortemente sui tempi dei procedimenti amministrativi anche la necessità di evitare arbitri e disparità di trattamento. Pertanto, non è facile decidere ad esempio sulla localizzazione di impianti produttivi complessi che possono avere un potenziale impatto sull'ambiente o sulla realizzazione di grandi infrastrutture pubbliche. E comunque richiede tempo e la disponibilità di organizzazioni sufficientemente attrezzate a svolgere questi complessi compiti.

Il problema è che questa fisiologica complessità non è stata governata. Non ha trovato un bilanciamento in interventi di semplificazione volti a minimizzare i tempi dei procedimenti. Spesso le decisioni assunte non trovano attuazione o le amministrazioni restano a lungo inerti per l'intervento di provvedimenti giudiziari. Questo incide pesantemente sulla competitività dell'Italia, sulla sua capacità di attrarre investimenti produttivi. La classe politica è stata a lungo disattenta rispetto a questo problema. Ha visto nelle amministrazioni pubbliche essenzialmente uno strumento per lenire i problemi occupazionali del mezzogiorno e per garantire un consenso accumulato attraverso una rete di relazioni con le molte microcorporazioni che compongono il pubblico impiego.

Questa disattenzione ha generato una burocrazia che decide male e con tempi troppo lunghi. I rimedi tradizionalmente adottati sono di due tipi. Il primo è l'ampio ricorso alle amministrazioni parallele nella forma di società a partecipazione pubblica ed enti pubblici. Il secondo la progressiva riduzione della discrezionalità amministrativa che è stata vincolata da leggi e svuotata dall'intervento diretto dei politici e degli uffici di gabinetto nella adozione di ogni decisione amministrativa anche per la propensione della politica ad interloquire direttamente con gli interessi privati in gioco.

Il risultato è stato che nel tempo le amministrazioni pubbliche non hanno costruito al proprio interno una adeguata capacità di decidere. L'arretratezza delle tecniche gestionali si è legata ad una disciplina dei procedimenti fortemente vincolistica caratterizzata da un eccesso di norme, dalla iper-frammentazione delle competenze, dal crescente ruolo degli intermediari (geometri, periti, agenzie di varia natura) che hanno trovato nei ritardi amministrativi una occasione di profitto, dalla pregnanza degli interventi dei giudici amministrativi, contabili e non di rado anche penali, nonché dalla assenza di forme di *accountability* sui risultati delle decisioni assunte e di incentivi significativi in merito al rispetto dell'obbligo di provvedere.

Le politiche di semplificazione hanno trovato posto nelle agende dei governi italiani solo a partire dagli anni '90 nel momento in cui la crisi finanziaria, unita al crescere dell'insoddisfazione dei cittadini per i servizi ricevuti dalle istituzioni pubbliche e all'emergere degli scandali corruttivi, ha aperto la strada alla crisi della politica. La necessità di rendere più competitivo il paese ha generato periodiche ondate di interventi volti a ridurre i tempi e i costi dei procedimenti amministrativi. Da un lato, sono stati introdotti istituti generali come la conferenza dei servizi, il silenzio assenso, la liberalizzazione di alcune attività di impresa, gli sportelli unici per le attività produttive, il disboscamento dei controlli preventivi e l'autocertificazione¹. Dall'altro lato, sono stati realizzati interventi di semplificazione mirati su specifici procedimenti che, a partire dal 2006, sono stati focalizzati sull'abbattimento degli oneri burocratici per le imprese².

Nei fatti però questi sforzi non sono stati sufficienti a colmare il divario tra i tempi e i costi determinati degli adempimenti amministrativi imposti ancora oggi dalle pubbliche amministrazioni italiane e quelli degli altri paesi avanzati che nel frattempo avevano a loro volta lanciato ambiziosi programmi di semplificazione. Questo anche perché gli interventi di semplificazione introdotti per via normativa non hanno trovato concreta attuazione se non in alcune amministrazioni pubbliche maggiormente attrezzate.

La complicazione burocratica è rimasta eccessiva anche perché gli effetti delle politiche di *better regulation* sono stati in parte vanificati dall'influenza negativa degli interventi che nel frattempo sono stati introdotti per limitare la corruzione e per ridurre la spesa pubblica. Sul fronte della prevenzione della corruzione si è assistito ad una contrapposizione tra coloro che la vedevano legata alla modernizzazione degli apparati pubblici, nella convinzione che l'arbitrio proliferi nell'ambito di procedimenti farraginosi, e chi invece propendeva per la introduzione di ulteriori vincoli normativi e l'approntamento di nuovi apparati volti a garantire "dall'esterno" che le amministrazioni pubbliche agiscano in modo imparziale. Questo ha portato solo nel 2012, venti anni dopo l'avvio dell'inchiesta Mani Pulite, ad adottare una prima legge di prevenzione della corruzione e alla istituzione dell'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC. Questa autorità con il tempo ha assorbito le competenze dell'Autorità di vigilanza dei contratti pubblici – AVCP ed è diventata regolatore, specie a seguito della riforma degli appalti pubblici, assumendo però anche una funzione di vigilanza preventiva e para-giudiziale nei confronti di un novero di amministrazioni pubbliche assolutamente sproporzionato rispetto alla sua capacità di intervento³. Gli effetti rispetto alla speditezza dei procedimenti amministrativi sono stati negativi sotto due profili: da un lato, i tempi richiesti dalla revisione delle norme sugli appalti sulla base

¹ A. NATALINI, *Le semplificazioni amministrative*, Il Mulino, Bologna, 2002.

² A. NATALINI e F. SARPI, *La riduzione degli oneri amministrativi e la semplificazione dell'azione amministrativa*, in R. PEREZ (a cura di), *Il Piano Brunetta e la riforma della pubblica amministrazione*, Maggioli, Rimini, 2010, p. 75 e ss.

³ F. DI MASCO, M. MAGGETTI, A. NATALINI, *Exploring the Dynamics of Delegation Over Time: Insights from Italian Anti-Corruption Agencies (2003–2016)*, in *Policy Studies Journal*, pubblicato on line, il 5 febbraio 2018.

delle nuove direttive europee e la difficoltà (almeno iniziale) delle amministrazioni ad attuarle hanno penalizzato (in una prima fase) i tempi di realizzazione degli investimenti pubblici in infrastrutture; dall'altro lato, le amministrazioni pubbliche hanno dovuto confrontarsi con nuovi vincoli normativi e in molti casi hanno ritenuto preferibile spogliarsi della loro già ridotta discrezionalità amministrativa sottoponendo le proprie scelte al sindacato dell'ANAC al fine di evitare l'insorgere di possibili forme di responsabilità contabile e penale.

Le politiche di austerità sono state introdotte all'inizio degli anni '90 e si sono progressivamente consolidate negli anni seguenti per poi essere ulteriormente rafforzate a seguito della crisi economica globale del 2008⁴. Queste politiche si sono basate su tagli trasversali al budget e agli organici praticati attraverso il blocco degli stipendi e del *turn over*. Questa scelta, forzata dalla manifesta incapacità delle amministrazioni pubbliche di realizzare in tempi brevi processi mirati di innovazione volti ad aumentare la produttività del lavoro pubblico, hanno portato grossi benefici sul fronte del contenimento della spesa. Questi benefici si sono però coniugati ad effetti deleteri sulla qualità delle amministrazioni pubbliche in quanto le misure per l'austerità hanno determinato un indiscriminato depauperamento degli organici e un progressivo innalzamento dell'età media del personale pubblico con ricadute immediate sulla qualità dei servizi forniti dalle amministrazioni pubbliche a cittadini e imprese e quindi sulla loro capacità di adottare in tempi brevi buone decisioni che siano anche in grado di passare il vaglio dei giudici.

2. *La soluzione alessandrina*

La situazione che si è determinata è che, da un lato, le scelte delle amministrazioni pubbliche sono gravate da troppi vincoli di legge per cui esse, anche a causa della loro inadeguata capacità amministrativa, non decidono o decidono in modo illegittimo o addirittura illecito e comunque con tempi eccessivamente lunghi che penalizzano l'economia; dall'altro lato, la progressiva delegittimazione delle amministrazioni pubbliche, spesso fomentata dall'insorgere di sempre nuovi scandali corruttivi, induce la politica ad introdurre sempre maggiori limitazioni alla loro discrezionalità o, anche per fronteggiare la perenne crisi fiscale, ad operare tagli alle loro risorse inficiando ulteriormente la loro già bassa capacità amministrativa.

Per interrompere questo circolo vizioso i governi, anche per mostrarsi risoluti di fronte all'opinione pubblica, cedono alla tentazione della soluzione alessandrina: tagliare con la spada della legge il nodo gordiano che avvolge le scelte delle pubbliche amministrazioni. A questa soluzione si è fatto più volte ricorso in materia di procedimenti autorizzatori introducendo norme che avrebbero

⁴ F. DI MASCIO, D. GALLI, A. NATALINI, E. ONGARO e F. STOLFI, *Learning-Shaping Crises: A Longitudinal Comparison of Public Personnel Reforms in Italy, 1992-2014*, in *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, pubblicato on line il 7 aprile 2016.

dovuto eliminare in un sol colpo tutti i vincoli normativi all'esercizio dell'attività di impresa non espressamente previsti da disposizioni legislative ma che hanno prodotto risultati più simbolici che effettivi. Con una azione più capillare sui singoli procedimenti con il tempo è stato molto ristretto il perimetro delle autorizzazioni amministrative che devono essere oggetto di provvedimenti espressi in favore di forme di silenzio assenso o di semplice comunicazione. Tuttavia questa soluzione non lascia del tutto soddisfatti i privati che in molti casi hanno dovuto sopportare oneri burocratici maggiori per produrre perizie e attestazioni e che si trovano a disporre di titoli autorizzatori basati su autodichiarazioni e non su provvedimenti espressi e che quindi un domani potrebbero essere posti in discussione da parte delle autorità pubbliche in sede di controllo. Ancora, un tentativo di rendere più celeri in modo rapido i tempi di tutti i procedimenti amministrativi è stato operato ridefinendo *ope legis* i termini procedurali previsti dall'art. 2 della legge n. 241/1990. Anche l'attuazione di queste disposizioni ha avuto esiti parziali e limitati nel tempo⁵.

Alla soluzione alessandrina si è fatto ricorso anche per la semplificazione normativa introducendo procedure semiautomatiche avrebbero dovuto abrogare tutte le disposizioni di legge ormai inutili o eccessivamente gravose che le amministrazioni non avessero dimostrato in un termine di tempo prefissato essere ancora indispensabili. Ma anche qui i risultati conseguiti sono stati limitati⁶.

Lo strumento principe per tagliare il nodo gordiano dei tempi nel settore della realizzazione di opere pubbliche è stato quello dei commissari straordinari a cui le specifiche norme istitutive hanno assegnato più o meno ampi poteri per accelerare l'attuazione delle procedure o derogare alla normativa vigente anche in materia ambientale e paesaggistica⁷. Il commissario però spesso non è stato dotato delle competenze e delle risorse per risolvere i problemi di progettualità delle opere. Nei fatti il frequente ricorso a questo rimedio (che per sua natura avrebbe dovuto essere straordinario) ha contribuito a non concentrare gli sforzi sull'incremento dell'efficienza dell'amministrazione ordinaria ad esempio aumentando i poteri dei RUP.

La soluzione alessandrina è tornata recentemente in auge nel settore degli appalti con l'adozione del D.L. n. 32/2019 (c.d. sblocca cantieri) che al fine di accelerare i procedimenti per la realizzazione di interventi infrastrutturali ha introdotto una serie di misure derogatorie alla disciplina prevista dal d.lgs. n. 50/2016 in materia di appalti sotto-soglia, subappalto, progettazione, nonché di qualificazione delle imprese e delle stazioni appaltanti. È prematuro ogni giudizio sugli effetti di questo provvedimento normativo di recente adozione, ma si rileva

⁵ B. CAROTTI, *La riduzione dei termini procedurali*, in A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*. Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 269 e ss.

⁶ N. LUPO e B.G. MATTARELLA, *La codificazione e il taglia-leggi a livello statale*, in A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*, cit., p. 391 e ss.

⁷ A. FIORITTO, *L'amministrazione dell'emergenza tra autorità e garanzie*, Il Mulino, Bologna, 2008.

che ha due controindicazioni: la prima è che coloro che sono responsabili di svolgere le procedure di gara a fronte di un ampliamento della propria discrezionalità sono indotti dalla scarsa capacità delle amministrazioni che guidano ad evitare di decidere per timore di incorrere nella sempre incombente responsabilità contabile e penale; la seconda è che l'adozione di misure derogatorie ingeneri il rischio che in presenza di successivi scandali corruttivi si assista (com'è accaduto nel passato) ad una rincorsa della politica, bisognosa di rassicurare l'opinione pubblica, alla adozione di norme sull'agire delle pubbliche amministrazioni ancor più vincolistiche di quelle del passato.

3. *Per una semplificazione paziente*

La prevenzione della corruzione non si ottiene solo gravando le amministrazioni di nuovi vincoli o introducendo nuovi pareri o organi di controllo e la semplificazione non si ottiene semplicemente eliminando questi vincoli. Il continuo succedersi di cicli di interventi legislativi che, secondo la legge del pendolo, alternano (o in alcuni casi addirittura sovrappongono) interventi di semplificazione e di complicazione finisce inevitabilmente per determinare il blocco dell'azione amministrativa. Il perenne mutamento del quadro normativo di riferimento induce le amministrazioni, nell'attesa che vedano la luce i molteplici provvedimenti necessari per dare attuazione alle norme primarie, a restare ferme in attesa della successiva riforma. La continua destabilizzazione della disciplina legislativa fornisce un alibi oggettivo alle burocrazie che anche solo per incapacità o per timore delle responsabilità penali e contabili evitano di decidere.

Per conseguire risultati non effimeri occorre invece approntare ed attuare un consistente progetto di medio termine per costruire nelle pubbliche amministrazioni la capacità di esercitare la loro ineliminabile discrezionalità amministrativa. La diffidenza nei confronti della discrezionalità amministrativa ha radici profonde e ha portato progressivamente a mettere in crisi la stessa capacità di operare delle amministrazioni pubbliche⁸: occorre rimuovere questo preconcetto e ammettere che solo le amministrazioni pubbliche sono in grado di ponderare da caso a caso e in tempi celeri i diversi interessi in gioco nelle scelte pubbliche concrete. Queste decisioni per loro natura non possono essere il frutto di scelte auto-applicative delle leggi o demandate ad autorità indipendenti come l'ANAC o al potere giudiziario⁹. E se è deleterio sottrarre alle pubbliche amministrazioni questo potere discrezionale occorre metterle in condizione di esercitarlo in modo efficace e con tempi celeri.

Il problema a monte è che per avviare un progetto credibile di costruzione della capacità amministrativa in un contesto frammentato e resistente al cambiamento

⁸ S. CASSESE, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2019, p. 1 e ss.

⁹ L. TORCHIA, *Il giudice amministrativo e l'amministrazione: controllo, guida e interferenza*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico*, n. 1, 2019, p. 189 e ss.

come quello italiano occorre disporre di una *leadership* politica che metta nella propria agenda di governo una iniziativa che può produrre risultati solo nel medio-lungo periodo. La strada per avere una amministrazione pubblica di qualità richiede tempo e gradualità oltre che investimenti sulla costruzione di sistemi informativi e informatici che supportino i processi decisionali e consentano di misurare nel tempo i risultati conseguiti. Ma la scelta di percorrerla è oggettivamente rafforzata dalla constatazione che i rimedi universali che avrebbero dovuto produrre miglioramenti miracolosi nel breve termine alla prova dei fatti si sono dimostrati del tutto inefficaci. A seguito dei fallimenti conseguiti la soluzione alessandrina non è più credibile per cui è ormai inutilizzabile anche al fine di rassicurare l'opinione pubblica, di far credere (anche per un breve lasso di tempo) alle imprese e ai cittadini che si sta seriamente risolvendo il problema della complicazione burocratica.

Intraprendere una semplificazione paziente significa nel campo dei procedimenti autorizzatori evitare di continuare a modificare incessantemente la disciplina della conferenza dei servizi o tornare a contrarre *ope legis* i termini procedurali. Si traduce invece nel cercare, ad esempio, di superare il problema della frammentazione amministrativa e della scarsa capacità delle amministrazioni locali di ridotte dimensioni nel valutare e autorizzare la realizzazione di impianti produttivi di notevole entità puntando non su soluzioni derogatorie, ma sulla istituzione e il rafforzamento di "centri di competenza" (già introdotti da alcune Regioni, Province e Città Metropolitane) che forniscano una forma di sostegno organizzativo agli Sportelli Unici per le Attività Produttive – Suap.

In materia di appalti la tendenza a restringere sempre più la discrezionalità amministrativa privilegiando meccanismi di scelta automatici è stata al centro delle politiche di riforma a partire dalla legge Merloni. Di recente è emersa la inversa tendenza, in linea con le indicazioni che vengono dalle direttive europee, a prevedere una disciplina maggiormente flessibile¹⁰. In questa prospettiva, adottare una politica di semplificazione paziente non si traduce solo nel perseguire la stabilità normativa, ma anche nell'evitare di massimizzare il principio della concorrenza costringendo tutte le amministrazioni pubbliche a ricorrere in modo indifferenziato a procedure aperte che per gli acquisti di minore entità produrrebbe uno sproporzionato aumento dei costi e dei tempi di aggiudicazione¹¹. Ma la strategia di aumentare la discrezionalità delle amministrazioni comporta la necessità di mettere le amministrazioni in grado di esercitarla in modo corretto scegliendo da caso a caso la procedura di gara più opportuna. Significa puntare decisamente sulla progressiva qualificazione delle imprese appaltanti e delle stazioni appaltanti¹² e far crescere progressivamente la capacità effettiva delle

¹⁰ G. PIPERATA, *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative*, in *Federalismi.it*, n. 16, 2015, p. 17 e ss.

¹¹ L. TORCHIA, *Le misure per la qualità e l'innovazione nel Codice dei contratti pubblici*, in Banca d'Italia, *Qualità ed efficienza del nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Quaderni di Ricerca Giuridica, n. 83, aprile 2018, p. 14.

¹² B.G. MATTERELLA, *Burocrazia e riforme*, Il Mulino, Bologna, 2017, p. 214 e s.

amministrazioni di valutare in modo trasparente e partecipato i costi e i benefici, anche in termini di sostenibilità ambientale, delle opere da realizzare.

4. *La semplificazione di sistema*

I procedimenti amministrativi vedono il coinvolgimento di molteplici amministrazioni pubbliche spesso appartenenti a diversi livelli di governo. Per questa ragione le politiche di semplificazione si devono basare su una corretta ripartizione delle competenze tra di esse. Da un lato, è necessario utilizzare in modo intelligente il principio di sussidiarietà concentrando le competenze sui livelli di governo (e all'interno di essi sulle amministrazioni) che dispongono di più adeguata capacità amministrativa al fine di far convergere su di esse gli sforzi per incrementarla nel tempo. Si tratta, sotto questo profilo, di dare seguito alle disposizioni già adottate in materia di appalti sulla centralizzazione delle stazioni appaltanti¹³, ma anche, in un ambito diverso, di procedere sulla strada della unificazione dei concorsi pubblici.

Nell'intento di razionalizzare la distribuzione delle competenze amministrative tra i livelli di governo è necessario che la semplificazione amministrativa diventi uno degli obiettivi da perseguire attraverso l'attuazione del regionalismo differenziato. Il processo di decentramento¹⁴ può rappresentare un'occasione per rilanciare anche la riforma amministrativa, per riorganizzare gli apparati centrali e periferici dello Stato e il sistema delle autonomie, il quale, dopo la legge Del Rio e il fallimento del referendum costituzionale, attende di trovare un nuovo ordine specie con riguardo alle amministrazioni di area vasta. Peraltro, un trasferimento delle funzioni che non faccia perno su un progetto di modernizzazione delle organizzazioni pubbliche *evidence based* rischia di incrementare i conflitti tra i livelli di governo, la sovrapposizione di competenze, l'innalzamento degli oneri burocratici e l'attribuzione di compiti ad amministrazioni regionali e locali che non avrebbero le risorse per espletarli in modo adeguato. L'attuazione del art. 116, co. 4 Cost. può favorire un superamento del modello ministeriale lasciando spazio, secondo gli insegnamenti di Daniel J. Elazar¹⁵, ad uno reticolare che sia in grado di coniugare le differenze dei territori con il mantenimento della unitarietà dello Stato. Può quindi rappresentare un momento di innovazione istituzionale importante e meritevole. Deve però essere accompagnato da una ambizione all'altezza di queste aspettative, sfuggendo alla idea di realizzarlo in modo affrettato in nome della immediata visibilità del cambiamento.

Dall'altro lato, per utilizzare al meglio le opportunità offerte dalle tecnologie informatiche si devono superare i recinti che separano le amministrazioni

¹³ L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici. Le centrali di committenza e la qualificazione dei contratti pubblici*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016, p. 445 e ss.

¹⁴ L. VANDELLI, *La semplificazione amministrativa e il decentramento*, in G. VESPERINI (a cura di), *Che fine ha fatto la semplificazione amministrativa?*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 69 e ss.

¹⁵ D.J. ELAZAR, *Idee e forme del federalismo*, Mondadori, Milano, 1998.

e costruire sistemi informativi basati sul principio della interoperabilità in un contesto che al momento sembra refrattario a recepirli. Al fine di perseguire questo intento si può contare sulla pressione costante degli organismi di rappresentanza delle imprese, ma occorre nel contempo far crescere e rendere visibile quella esercitata dai cittadini attraverso interventi di comunicazione, trasparenza e partecipazione delle politiche di semplificazione che sono già stati sperimentati nell'ultimo decennio ma che negli anni più recenti sono stati trascurati. Al contrario, queste iniziative dovrebbero essere riprese e valorizzate¹⁶.

Un problema che permane resta quello di individuare all'interno del sistema amministrativo un centro di responsabilità coeso delle politiche di *better regulation*. Nell'ambito della Presidenza del consiglio dei ministri il ruolo di perno delle iniziative di semplificazione amministrativa, da tempo svolto al Dipartimento per la funzione pubblica dovrebbe essere maggiormente coordinato con quello attribuito in materia di analisi di impatto della regolazione al Dipartimento affari giuridici e legislativi¹⁷. A ciò si aggiunge che le iniziative in materia di digitalizzazione, per loro natura strettamente connesse a quelle di semplificazione, restano affidate a soggetti diversi come l'AGID e, fino ad oggi, al Team per la trasformazione digitale guidato da un apposito Commissario. In prospettiva i problemi di coordinamento tra le politiche di semplificazione e quelle di digitalizzazione potrebbero addirittura aumentare a causa della recente scelta di introdurre nell'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri un nuovo Dipartimento per la Trasformazione digitale staccato da quello della Funzione pubblica e dall'AGID. Questa separazione tra la guida della modernizzazione burocratica amministrativa e normativa e quella digitale sembra infatti essere una riedizione di una soluzione organizzativa che è già stata sperimentata circa quindici anni fa e che già allora aveva mostrato tutti i suoi limiti. Inoltre, alcuni ambiti essenziali come quello del fisco e della realizzazione delle opere pubbliche restano di dominio delle amministrazioni di settore invece di essere parte delle più complessive politiche di semplificazione che dovrebbero essere coordinate dalla Presidenza del consiglio dei ministri in collaborazione con gli altri livelli di governo.

È un dato positivo, peraltro, che i livelli di governo abbiano manifestato nell'ultimo decennio una maggiore disponibilità a cooperare tra loro. Ne sono riprova i numerosi accordi che sono stati adottati dalla Conferenza Unificata nel corso degli ultimi anni (rispettivamente il 4 maggio e il 6 luglio 2017, il 22 febbraio 2018 e il 17 aprile 2019) per realizzare la standardizzazione e semplificazione della modulistica. In particolare presso la Conferenza ha ben funzionato il Tavolo tecnico costituitosi per dare attuazione all'Agenda per la semplificazione e che

¹⁶ C. RAIOLA, *La consultazione telematica per la semplificazione*, in A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*, cit., p. 247 e ss.

¹⁷ A. NATALINI, *La qualità della regolazione in Italia: una visione di insieme*, in A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*, cit., p. 17 e ss.

nel tempo ha rappresentato un importante luogo di concertazione multilivello delle politiche di semplificazione.

Altra positiva indicazione della disponibilità delle amministrazioni pubbliche a cooperare tra loro è costituita dall'adozione del Patto per la semplificazione, recentemente approvato in Conferenza unificata il 25 luglio 2019, il quale si propone di rimuovere le paratie stagne che separano l'esercizio delle competenze proprie di ciascuna amministrazione pubblica per realizzare la interoperabilità tra le banche dati pubbliche come presupposto necessario per l'affermazione del principio "una sola istanza, un solo controllo". L'attuazione del Patto dovrebbe poggiare su una complessa *governance* ripartita su due livelli: uno *strategico*, che poggia su una Cabina di Regia, la quale dovrebbe definire la strategia di convergenza necessaria affinché ogni amministrazione statale, regionale e locale contribuisca effettivamente al processo di semplificazione; l'altro *operativo*, affidato ad appositi Gruppi di lavoro operativi di cui dovranno far parte i rappresentanti tecnici delle amministrazioni coinvolte nei singoli interventi.

Le politiche di semplificazione potrebbero trovare impulso o almeno essere rafforzate dalla pressione imposta da Bruxelles. Le amministrazioni pubbliche italiane si trovano infatti di fronte alla necessità di attuare il regolamento (UE) 2018/1724 del 2 ottobre 2018, che istituisce uno sportello digitale unico per l'accesso a informazioni, procedure e servizi di assistenza e di risoluzione dei problemi, prevedendo l'obbligo di pubblicare on-line, rispettivamente sul portale "La tua Europa" e sulle pagine web nazionali, una serie di informazioni collegate alla vita di cittadini e imprese. L'attuazione di questa disposizione del livello europeo costituisce un'occasione per rimettere a sistema il flusso delle informazioni gestite attualmente a livello domestico in maniera molto differenziata e in assenza di una regia complessiva. Inoltre, la pressione del livello europeo si avverte anche nella lettera di costituzione in mora della Commissione europea del 6 giugno 2019 (infrazione n. 2018/2374) in merito alla attuazione delle disposizioni della Direttiva servizi e in particolare alla disponibilità e qualità delle informazioni rese accessibili tramite i SUAP. Anche in questo caso la necessità di dare risposta a questa istanza potrebbe essere l'occasione per migliorare il funzionamento di questi sportelli.

5. *La semplificazione come cambiamento organizzativo*

Per costruire la capacità amministrativa di svolgere procedure in tempi più rapidi e conseguendo migliori risultati occorre modificare anche l'organizzazione interna delle singole amministrazioni. Per far questo non è sufficiente imporre un obbligo normativo di introdurre uffici o di modificare le procedure decisionali. Una legge può però rappresentare una sponda utile su cui, per vincere le resistenze interne, possono poggiare gli attori che nelle singole realtà burocratiche intendono porsi alla guida dei progetti di semplificazione. In materia di appalti la prescrizione per legge della certificazione della qualità delle stazioni appaltanti, l'introduzione del *rating* di legalità e l'adozione dei protocolli della legalità sono

iniziative che si pongono obiettivi condivisibili. Tuttavia in assenza di una azione di accompagnamento volta a favorire una reale trasformazione del modo di funzionare delle amministrazioni e ad un utilizzo consapevole di questi strumenti è ragionevole la preoccupazione delle imprese che queste iniziative finiscano per rappresentare solo un accrescimento di oneri burocratici lasciando comunque spazio ai comportamenti opportunistici invece di incoraggiare quelli virtuosi¹⁸.

Il problema è che ogni organizzazione pubblica, specie in una realtà settorialmente e territorialmente molto variegata come quella italiana, opera in peculiari condizioni di contesto, dispone di diverse risorse, di un grado maggiore o minore di digitalizzazione, nonché di differenti modalità di relazione con le altre amministrazioni. Gli attori politici e amministrativi perseguono in ciascuna di queste realtà strategie non uniformi. Quindi ogni istituzione deve avere un proprio piano di semplificazione anche se collegato con le strategie perseguite a livello nazionale. Alcune amministrazioni, particolarmente predisposte, già producono innovazione in modo spontaneo e questo determina il notevole differenziale di impatto delle riforme nazionali nei singoli contesti. Spiega perché le stesse norme in materia di procedure autorizzatorie abbiano esiti molto difforni a seconda dei soggetti che le pongono in essere. L'obiettivo che devono perseguire le politiche di semplificazione deve essere quello di diffondere le buone pratiche anche nelle amministrazioni che sono meno attrezzate a migliorare nel tempo le proprie procedure in ragione del mutare delle tecnologie e delle esigenze dei cittadini e delle imprese. Per far questo occorre puntare essenzialmente sullo sviluppo di forme di apprendimento e sulla costruzione di sistemi di incentivo che inducano un novero via via più esteso di soggetti pubblici a dotarsi di metodi gestionali volti a migliorare nel tempo le proprie *performance* procedimentali.

Per quanto riguarda l'apprendimento il primo passo è quello di orientare i concorsi pubblici a reclutare persone che abbiano le necessarie competenze di base per operare una corretta ponderazione degli interessi nell'ambito dei processi decisionali pubblici utilizzando anche tecniche di analisi dei costi e dei benefici e svolgendo procedure informatizzate. Su questo aspetto si apre in questo frangente una grande finestra di opportunità determinata (paradossalmente) dall'indiscriminato depauperamento degli organici delle pubbliche amministrazioni prodotto dal prolungato blocco del turn over che impone oggi la necessità di reclutare nuovo personale. È, inoltre, necessario avviare, anche utilizzando i fondi europei a disposizione, un progetto nazionale di formazione continua rivolto ai funzionari e i dirigenti che nelle singole amministrazioni sono coinvolti nei processi di semplificazione. Questo progetto potrebbe trovare il suo fulcro nella Scuola Nazionale di Amministrazione. In questa prospettiva sarebbe utile costruire una (in parte già esistente) comunità di semplificatori approntando dei laboratori in cui gli operatori di diverse amministrazioni siano messi in condizione di analizzare insieme le migliori esperienze di semplificazione per

¹⁸ L. SPERATI, *I sistemi di qualità delle stazioni appaltanti*, in L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, Quaderni di ricerca, Banca d'Italia, febbraio 2016, p. 100.

apprendere gli uni dagli altri. Sarebbe anche da considerare la possibilità di avviare esperienze di *mentoring* che facciano perno su coloro che nelle proprie amministrazioni abbiano accumulato specifiche capacità di gestire progetti di miglioramento della qualità dei processi (ad esempio abbiano realizzato la certificazione di qualità di una stazione appaltante) chiedendogli di svolgere temporaneamente la funzione di *policy advisors* dei propri colleghi che in contesti diversi intendono porsi il medesimo obiettivo.

Gli incentivi alla semplificazione possono essere di tipo reputazionale. In questo senso l'Italia nel suo insieme si trova annualmente di fronte alla pagella redatta dalla Banca Mondiale con il rapporto *Doing Business* che, anche se utilizzando criteri e metodi discutibili, ci colloca in posizioni arretrate rispetto agli altri paesi avanzati. Inoltre, le singole amministrazioni si trovano esposte al giudizio del pubblico nella misura in cui ottemperano alle norme sulla trasparenza le quali prevedono che i dati sui tempi dei propri procedimenti e pagamenti siano pubblicati sui rispettivi siti. Un incentivo maggiore potrebbe venire dalla costruzione e dalla alimentazione continua di una banca dati nazionale costruita sul principio della interoperabilità volta a mettere in luce alcuni indicatori procedurali (in relazione ai tempi medi e massimi oltre che a quelli medi, agli oneri burocratici, ai costi per le amministrazioni, agli arretrati pendenti e soprattutto dai risultati conseguiti con le decisioni assunte) per ciascuna amministrazione. Questa banca dati potrebbe consentire di effettuare comparazioni tra organizzazioni pubbliche che svolgono funzioni simili (ad esempio i comuni o le università) o anche tra le singole unità organizzative di una stessa amministrazione (ad esempio gli uffici periferici di uno stesso ministero). Questo esercizio di *benchmarking* indirizzato su un novero ristretto di procedimenti amministrativi maggiormente salienti, aumenterebbe la *accountability* delle singole amministrazioni innescando un processo di emulazione.

Forme di incentivo alla semplificazione di tipo economico sono state previste in forma di condizionalità nel processo di programmazione dei fondi europei. In particolare, avrebbero dovuto essere un punto saliente dei Piani di Rafforzamento Amministrativo – PRA che avrebbero dovuto contenere dei capitoli appositi volti a migliorare la qualità non solo dei procedimenti amministrativi più strettamente legati alla erogazione dei fondi europei, ma anche di quelli necessari alla realizzazione dei connessi interventi pubblici. Tuttavia, questi PRA con riguardo alla semplificazione solo in pochi casi hanno individuato obiettivi sufficientemente specifici e coerenti con le iniziative di semplificazione avviate a livello nazionale. Il risultato è stato che l'esercizio di queste condizionalità economiche, il quale sulla carta avrebbero potuto dare impulso ad un processo di riqualificazione dei procedimenti in ciascuna amministrazione, ha rappresentato un'occasione mancata. Resta da considerare la possibilità di rilanciare in modo più convinto il ricorso ad incentivi di questo tipo nell'ambito del ciclo di programmazione dei fondi europei di coesione che si sta avviando in questo periodo.

Gli incentivi economici per la semplificazione possono essere rivolti non solo alle amministrazioni nel loro complesso, ma anche ai singoli responsabili

delle unità organizzative nell'ambito del sistema di valutazione della performance previsto dal d.lgs. n. 150/2009. In particolare, sarebbe utile dare sostanza alla previsione contenuta dall'art. 5 di questa disposizione, il quale prevede che siano considerati nel sistema di valutazione delle singole amministrazioni anche obiettivi generali collegati al livello e alla qualità dei servizi da garantire ai cittadini. Tra questi obiettivi generali, che per quanto riguarda gli enti territoriali dovrebbero essere adottati previa intesa in Conferenza unificata, potrebbero essere indicati quelli in materia di semplificazione al fine di indurre le singole amministrazioni ad ancorare la valutazione della propria performance organizzativa e individuale anche alla effettiva realizzazione di processi di miglioramento della qualità dei propri procedimenti amministrativi.

LA CERTIFICAZIONE DI QUALITÀ NELLA P.A. COME FULCRO PER IL BUON FUNZIONAMENTO DEI PROCESSI OPERATIVI

Maria Assunta Carrino

1. La semplificazione organizzativa per un buon funzionamento dei processi operativi – 1.1. Complessità del contesto normativo e istanze di semplificazione 1.2. – Semplificazione organizzativa e cultura della qualità – 2. I modelli normativi di riferimento per la certificazione di qualità – 2.1. La normazione tecnica – 2.2. I sistemi di gestione per la qualità – 2.3. I sistemi di gestione per la qualità nelle pubbliche amministrazioni – 3. Gestione della qualità e miglioramento dell'efficienza – 3.1. Obiettivi della gestione per la qualità – 3.2. La semplificazione degli iter operativi – 3.3. La valorizzazione del ruolo della leadership e delle risorse – 3.4. L'accountability e la valutazione dell'operato delle amministrazioni in termini di risultati – 3.5. Una visione dinamica e non statica della propria azione: tensione al miglioramento continuo – 4. Self regulation e qualità come strumenti di semplificazione e presidio della legalità – 4.1. Self regulation: qualità e legalità – 4.2. Self regulation e semplificazione – 5. Conclusioni

1. *La semplificazione organizzativa per un buon funzionamento dei processi operativi*

1.1. *Complessità del contesto normativo e istanze di semplificazione*

Il buon funzionamento dei processi operativi delle amministrazioni che operano nel mondo degli appalti pubblici (le più varie per tipologia e dimensioni)¹ è un obiettivo di grande rilievo, non solo quale percorso per il recupero di efficienza e per la riduzione della burocrazia, ma anche per contribuire, più in generale, al rilancio economico del Paese e a riconquistare la fiducia dei cittadini.

La maggiore efficienza della committenza pubblica ha infatti effetti positivi esponenziali su molteplici ambiti. Accrescendo l'efficienza del sistema di selezione degli operatori economici che operano per le amministrazioni pubbliche si promuove una maggiore qualità dei servizi e si favorisce lo sviluppo di un mercato composto dai migliori operatori economici e un'economia più efficiente e competitiva, dunque meno permeabile alla corruzione. Un'amministrazione più trasparente ed efficiente riafferma la propria funzione a servizio della comunità e contribuisce a riavvicinare i cittadini alle istituzioni.

Occorre consentire alle amministrazioni di assumere le "giuste" decisioni in un ambito presidiato di concessione di discrezionalità, attraverso un'organizzazione amministrativa strutturata in processi di lavoro che assicurino non solo la *compliance* e la legalità dell'agire, ma anche l'efficienza e la snellezza operativa. Il bilanciamento tra legalità e efficienza, tra regole e discrezionalità, è senz'altro la principale sfida per chi si accinga a valutare le possibilità di intervento nel sistema degli appalti pubblici.

L'obiettivo da conseguire è sempre quello della semplificazione, non solo del contesto normativo di riferimento, ma anche dell'organizzazione dell'agire amministrativo, obiettivo ancor più arduo da raggiungere in questa materia. La complessità è infatti un dato intrinseco della disciplina dei contratti pubblici, così come più in generale degli ordinamenti giuridici dei nostri tempi; è la naturale conseguenza della complessità e varietà degli interessi da tutelare, accresciutisi parallelamente allo sviluppo economico, sociale e culturale e destinati a svilupparsi ancora. Tutto ciò ha portato alla definizione di un contesto normativo estremamente articolato e strutturato in molteplici fonti, di diverso grado, promananti da differenziate autorità di regolazione e con diversi livelli di presidi per verificarne la loro applicazione².

¹ La complessità e l'eterogeneità dell'ambito soggettivo del sistema degli appalti emerge sin dalla prima lettura del codice dei contratti pubblici, che già nell'art. 3, elenca la molteplicità di soggetti che a diverso titolo ne fanno parte.

² F. BASSANINI, *Prefazione*, a A. NATALINI e G. TIBERI (a cura di), *La tela di Penelope*, Primo Rapporto Astrid sulla semplificazione legislativa e burocratica, Il Mulino, Bologna 2010, p. 9; G. NAPOLITANO, *La qualità delle regole*, in Ricerca Formez-Giannini *Innovazione amministrativa e crescita*, Arti Grafiche, Napoli 2008, vol. I. 1, p.339.

Se dunque complessità del contesto normativo di riferimento e istanze di semplificazione sono elementi imprescindibili del nostro ordinamento – destinati a persistere nel tempo, a modificarsi e a essere riempiti di contenuto sempre diverso in linea con lo sviluppo di istanze di tutela sempre maggiori – anche in materia di appalti gli interessi da tutelare sono molteplici³ e non sempre suscettibili di tutela con modalità univoche, anzi in molti casi confliggenti tra loro. La complessità dell’attuazione delle modifiche normative è in questo ambito influenzata anche dalle caratteristiche del quadro normativo esistente, che mantiene un approccio formalistico e dirigitico – non sempre nel rispetto del divieto di *gold plating* – condizionato dalla necessità di assicurare adeguate forme di lotta alla corruzione; in tal modo è stata di fatto ampliata la tipologia degli interessi da tutelare rispetto a quelli sanciti dalla normativa europea e anche la tutela di tali interessi è stata graduata diversamente e con interventi sempre più restrittivi degli ambiti di discrezionalità concessi alle amministrazioni.

La semplificazione dell’azione amministrativa nel percorso avviato ormai da diversi decenni è stata caratterizzata nel tempo da strutturali interventi di riforma che hanno avuto ad oggetto soprattutto strutture e processi, per poi muovere verso una crescente attenzione alle politiche di *better regulation*, con il fine di rendere le norme più chiare, elaborate con il coinvolgimento di tutti gli *stakeholder* e con il minor impatto possibile in termini di onerosità per i destinatari. Anche in materia di appalti la via maestra per la semplificazione resta senz’altro l’attuazione di politiche di *better regulation*, orientate al risultato, al contenimento degli oneri burocratici e degli adempimenti gravanti sugli operatori nonché al recupero di spazi di autonomia e discrezionalità per quelle stazioni appaltanti che dispongano di adeguate professionalità. In tale direzione si sono mosse le recenti riforme intervenute in materia, a cominciare da quelle per il perseguimento della riduzione e della qualificazione delle stazioni appaltanti.

La disciplina della committenza pubblica è un ambito in cui occorre però muoversi con cautela per presidiare il rischio – connotato ad ogni riforma ma di maggior rilievo in questo ambito – di generare nuova complessità, *in primis* per la necessità e la difficoltà per le amministrazioni di affrontare gli impatti delle modifiche normative sulla propria organizzazione. I tempi necessari non sono mai brevi e ciò non dipende tanto da una presunta resistenza delle amministrazioni alle innovazioni quanto dalla effettiva complessità di ogni intervento in materia, che importa la necessità, oltre che di controllarne gli effetti, di continuare ad applicare nel tempo regimi normativi diversi. È quanto appunto successo con l’adozione

³ *L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.* Codice dei contratti pubblici, Art. 30, comma 1.

delle modifiche normative avvicendatesi negli ultimi anni, che hanno di fatto creato una stasi dell'attività, con importanti effetti negativi sull'economia del Paese.

La risposta alle istanze di semplificazione non è comunque la deregolamentazione *tout court*, che accrescerebbe il *vulnus* degli interessi da tutelare, oltre a non risolvere il problema dell'immobilismo delle amministrazioni; infatti creerebbe spazi aggiuntivi a quella paura di assumere responsabilità già tanto diffusa nelle amministrazioni impegnate nella spesa pubblica.

1.2. *Semplificazione organizzativa e cultura della qualità*

Occorre invece promuovere una più incisiva semplificazione organizzativa che, partendo dal basso⁴, utilizzi quale primaria leva le risorse umane, accrescendone la professionalità e la consapevolezza della propria azione oltre che migliorandone l'orientamento al risultato.

La valorizzazione in senso lato delle risorse delle amministrazioni è il primo passo necessario, ancor più in considerazione della situazione di criticità in cui queste ultime si trovano ad operare, sempre più depauperate di risorse in un contesto di crescente attenzione al contenimento della spesa pubblica, che certamente non favorisce la qualità dei servizi resi.

Un passo fondamentale da porre in essere, assolutamente coerente con l'impostazione del Codice dei contratti pubblici, è quello finalizzato a costruire e diffondere la cultura della qualità all'interno delle amministrazioni⁵.

La consapevolezza del valore strategico della qualità, quale strumento fondamentale nel processo di efficientamento dell'azione amministrativa, è sempre maggiore all'interno delle amministrazioni ma ancora lontana dal divenire parte integrante dei processi decisionali; ciò, anche a causa dei meccanismi burocratici

⁴ “Nel complesso il modello dominante di processo di attuazione delle riforme amministrative nel corso dell'ultimo decennio sembra essere stato quello a cascata, dall'alto verso il basso. Si è visto però che in questo modo l'attuazione delle riforme è lenta e macchinosa. (...) I tentativi di accelerarla attraverso l'emanazione di direttive e circolari o il continuo rimaneggiamento delle disposizioni di legge hanno perpetuato l'idea di un'amministrazione pubblica concentrata sulla interpretazione delle norme, lasciando in ombra gli aspetti organizzativi e funzionali essenziali per l'efficacia dell'azione di riforma.” A. NATALINI, *Il tempo delle riforme amministrative*, il Mulino, Bologna 2006, p. 282.

⁵ “(...) la qualità costituisce il filo conduttore del nuovo Codice dei contratti che, sotto la spinta del legislatore europeo, è intervenuto con l'obiettivo primario di garantire la competitività e l'efficienza del sistema degli appalti, la riduzione degli oneri a carico della finanza pubblica, la prevenzione dei fenomeni corruttivi e l'ordinato svolgimento delle procedure. In tale prospettiva il Codice, ricorrendo ad una tecnica normativa innovativa, incide in misura significativa sui profili organizzativi delle pubbliche amministrazioni, introducendo disposizioni in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, di aggregazione della domanda e delle centrali di committenza; allo stesso tempo, la nuova normativa integra la disciplina della qualificazione degli operatori economici, prevedendo l'istituzione del sistema del *rating* d'impresa.” L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, Quaderno di Ricerca Giuridica della Consulenza legale, Banca d'Italia, Roma 2018, p. 51.

che ne governano il funzionamento e della tradizionale rigidità organizzativa che non agevolano la diffusione di processi innovativi. Inoltre, il percorso verso la qualità non può essere assicurato (anche se certamente sostenuto e accelerato) dal solo intervento normativo, ma è il risultato di un più ampio processo di cambiamento che permea l'organizzazione in tutte le sue componenti in un arco temporale di medio termine e che deve maturare al suo interno⁶.

Molteplici sono le metodologie seguite dalle amministrazioni nel miglioramento della qualità, alcune sviluppate internamente, sulla base delle specificità organizzative e gestionali e dell'esperienza (attività di elevazione della *customer satisfaction*, indicatori, carta dei servizi), altre mutuata dall'ambito privato. Tra queste ultime di matrice privatistica, un ruolo essenziale hanno i sistemi di certificazione della qualità, strumenti esistenti e elaborati a supporto dell'imprenditoria privata che possono senz'altro agevolare e sostenere le amministrazioni in questo percorso complesso e non immediato. Il confronto con il mondo privato non può che essere foriero di effetti positivi in termini di semplificazione.

È possibile infatti ricorrere a sistemi cd. normativi, i sistemi per la gestione per la qualità, definiti nell'ambito della normazione tecnica e che, garantiti dall'intervento di un soggetto terzo certificatore, da un lato, forniscono strumenti aggiuntivi per governare la complessità e assicurare il presidio della legalità e, dall'altro, consentono di perseguire l'innovazione e tendere al miglioramento continuo della propria azione.

La certificazione dei processi aziendali permette di pervenire alla definizione di una dimensione organizzativa altamente professionale e costantemente verificata in ogni momento del processo. Potrebbe essere di grande ausilio anche nella semplificazione dei sistemi di controllo in essere e portare in alcuni ambiti al superamento della logica del puntuale controllo (tradizionalmente descritta nello sviluppo: norme stringenti, controlli, sanzioni) per pervenire, all'interno di un processo consolidato sul piano organizzativo in termini di professionalità e di garanzie procedurali, al riconoscimento di maggiori spazi di discrezionalità; inoltre, potrebbe portare ad una valorizzazione dell'intervento del soggetto terzo certificatore tale da assimilarlo e sostituire il controllo interno.

⁶ C. CATTANEO, *Introduzione*, in C. CATTANEO (a cura di), *Le politiche per la qualità dei servizi pubblici. Analisi e strumenti per l'innovazione*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2008, p. 15. "(...) la qualità (...) è divenuta strumento fondamentale dell'azione politica, economica e sociale dell'amministrazione pubblica. L'adozione dei principi che ispirano l'approccio alla qualità, la condivisione degli stessi da parte di tutti i soggetti ai diversi livelli coinvolti e la loro partecipazione attiva alle iniziative in tema di qualità sono sempre più passaggio obbligato per gli operatori del servizio pubblico. Eppure, a fronte dell'evidenza ormai da più parti riconosciuta dell'importanza che riveste oggi il perseguire obiettivi di miglioramento continuo della qualità nell'erogazione di servizi pubblici, risulta ancora difficile delineare quale sia attualmente lo stato dell'arte, il quadro di riferimento generale in ordine all'adozione di metodologie che si rifanno ai principi dell'approccio alla qualità. (...) Si rende sempre più necessaria la definizione di una politica per la qualità atta a stimolare, in una prospettiva di medio lungo termine, tutte quelle iniziative che consentano di aumentare la diffusione di scelte e di pratiche innovative, a sostegno del miglioramento qualitativo dei servizi, un'azione programmata e coordinata che dal centro si diffonde verso la periferia." A. NADDEO, *Presentazione*, *Ibidem*, p. 8.

Lo stesso legislatore ha riconosciuto che contributo importante alla diffusione della cultura della qualità, quale mezzo per generare semplificazione, può essere portato dall'apertura del mondo della pubblica amministrazione a quello della normazione tecnica esistente in materia di sistemi di gestione per la qualità. Ne ha così promosso lo sviluppo, con la previsione di un sistema premiante a favore dei soggetti della committenza pubblica che dispongano di tale certificazione, analogamente a quanto fatto in ambito privatistico, nei più disparati settori, con il riconoscimento di benefici di diversa natura per i soggetti in possesso delle diverse certificazioni ISO.

Tale direzione è appunto coerente con l'obiettivo dichiarato nella legge delega per l'adozione del nuovo codice dei contratti pubblici (L.11/2016, art.1, comma 1, lettera bb) di "*razionalizzazione delle procedure di spesa attraverso l'applicazione di criteri di qualità, efficienza, professionalizzazione delle stazioni appaltanti, prevedendo la riorganizzazione delle funzioni delle stazioni appaltanti, con particolare riferimento alle fasi di programmazione e controllo, nonché prevedendo l'introduzione di un apposito sistema gestito dall'ANAC, di qualificazione delle medesime stazioni appaltanti, teso a valutarne l'effettiva capacità tecnica e organizzativa, sulla base di parametri obiettivi*". E il conseguente art. 38 del codice dei contratti pubblici, nel costruire il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti fa infatti riferimento a requisiti necessari sia in termini di professionalità, competenza e formazione del personale, sia di carattere organizzativo e relativi ai risultati raggiunti. Esso considera poi elementi premianti proprio quegli aspetti significativi finalizzati al miglioramento della qualità delle stazioni appaltanti, quali, tra gli altri, l'adozione di presidi contro il rischio di corruzione e di promozione della legalità, l'adozione di sistemi certificati di gestione per la qualità, la disponibilità di infrastrutture telematiche⁷.

L'obiettivo di sistema è dunque quello di assicurare che le procedure di selezione degli operatori economici vengano svolte da strutture funzionalmente dedicate e dotate di assetti organizzativi adeguati all'entità dei rischi e alla complessità delle procedure, che si avvalgano di personale professionalmente specializzato le cui competenze siano costantemente aggiornate. Indispensabile è il ricorso a mezzi telematici per lo svolgimento delle procedure di spesa, in modo da garantire trasparenza, accessibilità e tracciabilità delle informazioni⁸.

⁷ Un aspetto che, peraltro, non viene adeguatamente affrontato rimane quello del disallineamento che si verrà a creare tra la stazione appaltante e l'amministrazione che beneficerà del contratto e ne dovrà assicurare la corretta esecuzione, ma che non avrà ottenuto la qualifica di stazione appaltante. Tali amministrazioni necessitano al pari di un adeguato livello di qualità e di professionalità e presentano pari rischi di corruzione nella fase di esecuzione dei contratti anche in considerazione della contiguità con gli operatori privati che rende più elevato il rischio di comportamenti distortivi. Vedi anche P. CHIRULLI, *Qualificazione delle stazioni appaltanti e centralizzazione delle committenze*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, cit., p. 21.

⁸ V. SANNUCCI, *Introduzione*, in *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, cit.

2. I modelli normativi di riferimento per la certificazione di qualità

2.1. La normazione tecnica

Un ausilio alla diffusione della cultura della qualità all'interno delle amministrazioni viene dunque dalle norme tecniche elaborate a supporto dell'imprenditoria privata per migliorare la qualità, la sicurezza e il valore dei prodotti e dei servizi resi. Attraverso la standardizzazione (tecnica e qualitativa) di prodotti, di servizi attuali o futuri e di processi di produzione, in tutti i settori (industriali, commerciali e terziario) si promuove anche lo sviluppo di mercati sempre più integrati e globalizzati. La cd. normazione tecnica⁹ si pone infatti l'obiettivo di sviluppare la competitività delle imprese, promuovendo la libera circolazione dei beni e dei servizi, l'interoperabilità delle reti, lo sviluppo tecnologico e dei mezzi di comunicazione, l'innovazione in senso lato in quanto foriera di benefici a favore dell'intera economia e dei consumatori.

L'ambito di riferimento di questa tipologia di norme si è nel tempo esteso dai prodotti ai servizi, dai requisiti dei prodotti ai metodi, ai controlli di processo fino alla conduzione aziendale, intervenendo nei sistemi per conseguire la qualità, la gestione ambientale, la prevenzione della corruzione, il controllo dei rischi. Si sono messe a punto norme non più strettamente tecniche, ma più propriamente organizzative, caratterizzate da universalità, generalità e univocità, idonee per ogni tipo di organizzazione, pubblica o privata. Sono norme con rilievo a livello globale proprio in quanto elaborate ed attuate partendo dalla definizione di un linguaggio condiviso in coordinamento tra gli organismi di normazione internazionali¹⁰. Si fondano sui principi riconosciuti dall'Organizzazione mondiale del commercio (coerenza, trasparenza, apertura, consenso, applicazione volontaria, indipendenza

⁹ Cfr. *Le regole del gioco*, UNI Ente nazionale italiano di unificazione 2013, http://www.uni.com/index.php?option=com_content&view=article&id=1572%3Ale-norme-e-il-ruolo-dei-consumatori-57779&Itemid=227.

¹⁰ L'acronimo UNI EN ISO sta appunto per norma internazionale elaborata dall'ISO (dal greco ἴσος, uguale), International Organization for Standardization, organizzazione mondiale per la definizione e l'armonizzazione di norme tecniche, adottata a livello europeo con il coinvolgimento del CEN, Comitato Europeo per la Normazione, e recepita a livello nazionale attraverso l'UNI, Ente Nazionale Italiano di Unificazione. È la garanzia dell'adozione della norma all'interno di un processo strutturato di elaborazione normativa che si caratterizza anche per il coinvolgimento di tutti gli *stakeholders* interessati, assicurando la partecipazione dal basso di tutte le parti, un ampio spettro di soggetti, pubblici e privati, a vario titolo coinvolti e di diversa natura. L'ISO (preceduto dal 1906 dall'IEC, International Electrotechnical Commission) è stata costituita nel 1947 ed è un organismo internazionale non governativo, formato dagli organismi nazionali di normazione di oltre 150 Paesi (quelli italiani sono l'UNI e il CEI) con la *mission* di promuovere nel mondo lo sviluppo degli standard per facilitare lo scambio di merci e servizi a livello internazionale e sviluppare la cooperazione nelle sfere scientifiche, intellettuali, tecnologiche ed economiche. Il CEN è stato fondato nel 1961 e, assicurando la coerenza con le politiche dell'Unione europea e dell'EFTA (Associazione europea di libero scambio), è il comitato europeo responsabile della normalizzazione in quasi tutti i settori (eccetto quello elettronico a cura del CENELEC e quello delle telecomunicazioni dell'ETSI). L'UNI fu costituito nel 1921 con la sigla "UNIM", per l'industria meccanica di allora, ma già nel 1928 fu esteso a tutti i settori industriali, commerciali e del terziario (ad esclusione di quello elettrotecnico ed elettronico di competenza del CEI).

da interessi particolari ed efficienza) e assicurano che tutte le parti interessate (autorità pubbliche e imprese) siano adeguatamente coinvolte nel processo¹¹.

Caratteristica di questo tipo di norme è l'applicazione volontaria. La volontarietà trova il proprio fondamento nella convinzione, degli operatori economici e del mercato, dell'utilità e del valore aggiunto dato da queste norme in termini di possibilità di miglioramento dei prodotti e dei servizi resi, di riduzione dei costi e di miglioramento della competitività. Inoltre, la volontarietà risponde al proposito di orientare le scelte degli operatori più virtuosi verso un diverso approccio culturale, caratterizzato dalla spontanea tensione al miglioramento. L'applicazione obbligatoria di tali norme svilirebbe la loro ratio e ne snaturerebbe la missione di favorire il processo di miglioramento della qualità¹².

L'infrastruttura creata per assicurare la qualità dei prodotti e degli operatori economici presenti sul mercato europeo si completa con la previsione di un sistema di verifica che prevede il coinvolgimento di specifici organismi certificatori¹³, deputati alla valutazione; questi assicurano, con la massima indipendenza e

¹¹ A livello europeo viene promossa la cooperazione tra le organizzazioni europee di normazione e gli organismi di normazione internazionali e nazionali. Il Consiglio e il Parlamento Europeo hanno effettuato una revisione del sistema europeo di normazione con il Regolamento sulla normazione europea n. 1025/2012 del 25 ottobre 2012 che ha rivisto il quadro giuridico semplificandolo e adeguandolo agli sviluppi e alle sfide della normazione europea e definendo le modalità per la cooperazione tra gli organismi di normazione oltre che per assicurare la partecipazione dei soggetti interessati. L'art. 5 del Regolamento stabilisce: *“Le organizzazioni europee di normazione incoraggiano e facilitano un'adeguata rappresentanza e un'effettiva partecipazione di tutti i soggetti interessati, incluse le PMI, le organizzazioni ambientaliste e dei consumatori e le parti sociali alle proprie attività di normazione. In particolare esse incoraggiano e facilitano tale adeguata rappresentanza e effettiva partecipazione attraverso le organizzazioni europee dei soggetti interessati che ricevono il finanziamento dell'Unione in conformità con il presente regolamento, a livello di elaborazione delle politiche e nelle fasi seguenti dell'elaborazione di norme europee o di prodotti della normazione europea.”*

¹² *La certificazione come strumento di semplificazione amministrativa*, Osservatorio Accredia, 1/2015, <https://www.accredia.it/publicazione/osservatorio-accredia-la-certificazione-come-strumento-di-semplificazione-amministrativa/> anche per una analisi delle istanze di semplificazione dal punto di vista delle imprese e nei confronti delle amministrazioni.

¹³ Si descrive come “sistema di certificazione di parte terza” quello che vede appunto il coinvolgimento degli organismi di certificazione. Questi sono sottoposti, sin dalla fine degli anni '80, alla verifica della competenza costituita dal cd. accreditamento che si è affermato prima come scelta volontaria e poi come percorso obbligato in Europa a seguito della pubblicazione del Regolamento EC 768/2008. L. THIONE, *Le pubbliche amministrazioni e la qualità*, in *Magazine qualità*, settembre 2016. <https://www.magazinequalita.it/le-pubbliche-amministrazioni-la-qualita/>. Vengono distinte tre diverse tipologie di valutazioni della qualità in relazione a tre diverse macrocategorie di operatori: 1. “Valutazione di prima parte” da chi produce la qualità (imprese ed organizzazioni che producono beni e servizi): è l'impresa produttrice o il fornitore del servizio ad attestare che il bene prodotto o il servizio erogato è conforme alle regole tecniche e alle norme, in sostanza una autocertificazione; 2. “Valutazione di secondo livello” da chi richiede la qualità (consumatori e utenti in senso lato): è il cliente o l'utilizzatore che si assume la responsabilità di attestare la conformità del prodotto/servizio del proprio fornitore rispetto ai requisiti stabiliti nel contratto (settore volontario limitato a beni e servizi strumentali); 3. “Valutazione di terza parte” da chi assicura la qualità (gli organismi che svolgono il compito di valutazione della conformità alle norme): la certificazione vera e propria con l'intervento di organismi specializzati indipendenti dalle parti (fornitore e cliente) che in virtù di specifiche competenze e ruoli svolgono funzioni di verifica di attestazione della conformità sia nel settore volontario che in quello cogente, in *Le regole del gioco*, UNI Ente nazionale italiano di unificazione 2013, cit., p. 92.

imparzialità, la conformità delle procedure e dei prodotti nei più diversi ambiti. Tali organismi sono a loro volta assoggettati a vigilanza e controllo. La conformità di prodotti, beni e servizi ai requisiti stabiliti dalle norme tecniche consente infatti l'ottenimento della certificazione di conformità rilasciata appunto da organismi certificatori accreditati da un apposito ente nazionale per l'accreditamento (Accredia per l'Italia)¹⁴.

La diffusione di tale sistema viene favorita anche dalla sempre più ricorrente previsione all'interno degli ordinamenti nazionali di sistemi premianti di vario genere a favore delle imprese e delle organizzazioni che conseguono tali certificazioni.

2.2. I sistemi di gestione per la qualità

Le più importanti norme ai nostri fini sono le UNI EN ISO 9000: *sistemi di gestione per la qualità, fondamenti e vocabolario* e UNI EN ISO 9001: *sistemi di gestione per la qualità, requisiti*¹⁵, che definiscono i requisiti per la realizzazione all'interno di un'organizzazione di un sistema di gestione per la qualità¹⁶,

¹⁴ A vantaggio della competitività delle imprese, a garanzia della pubblica amministrazione e a tutela dei consumatori, l'Unione Europea con il Regolamento CE 765/2008 ha voluto che in ogni Stato membro vi fosse un solo ente per l'accreditamento degli organismi di certificazione. In Italia è Accredia che garantisce la certificazione in conformità alle norme UNI e valuta la competenza tecnica e l'idoneità professionale dei certificatori per assicurare valore e credibilità alle certificazioni, *Le regole del gioco*, UNI Ente nazionale italiano di unificazione 2013, cit.

¹⁵ Con la prima norma 9000 viene innanzitutto definito un linguaggio comune e condiviso tra tutte le parti coinvolte, individuando i concetti fondamentali e i principi a cui far riferimento. Con la 9001 (che risale al 1994, poi revisionata nel 2000, nel 2008 e nel settembre 2015) si definiscono i requisiti che un'organizzazione – di qualsiasi tipo, dimensione attività – può seguire per dimostrare la propria capacità, accrescere la soddisfazione degli interessati, assicurando la *compliance* del proprio agire e più in generale migliorare la propria prestazione.

¹⁶ La necessità di acclarare la qualità delle organizzazioni trova origine dalle esigenze iniziali di assicurare la qualità dei prodotti, poi estesasi, in una più ampia accezione stessa di qualità, alla necessità di controllare non solo il prodotto ma tutta l'organizzazione preposta alla realizzazione del prodotto. Riflessioni su tale necessità furono avviate sin dagli anni '60; nel 1979 l'organismo di normazione inglese, il BSI British Standard Institute, ha pubblicato la norma di assicurazione della qualità BS5750 e ha promosso la creazione di un comitato tecnico per elaborare una norma con i criteri di assicurazione della qualità oltre che per effettuare un'azione di sistematizzazione delle diverse accezioni di qualità diffusasi anche sotto il profilo prettamente terminologico, delle certificazioni, dell'accreditamento degli organismi di certificazione. Nel 1979 l'ISO ha costituito il Comitato tecnico 176 "quality assurance" con il compito di emettere norme in tale campo ed è stato così elaborata la Norma ISO 9000, emessa dal comitato nel 1987 e poi periodicamente revisionata. (cfr. S. D'ESTE, *La certificazione del sistema di gestione della qualità*, in *Ambiente n. 7/2005*, p. 621). L'evoluzione delle norme della serie ISO 9000, che come detto aveva già superato l'approccio alla qualità cd. "diretto correttivo di controllo della qualità", nelle diverse revisioni intervenute nel tempo ne ha poi seguito l'evoluzione da un "approccio indiretto sistemico preventivo di assicurazione della qualità" basato su un modello rigido di sistema ispirato ai tradizionali meccanismi di produzione industriale (1994) e con una "gestione statica" volta a consentire di gestire le risorse e i relativi processi produttivi e di servizio secondo un modello di sistema, ad un "approccio sistemico proattivo di gestione per la qualità", flessibile e applicabile a qualsiasi attività socio economica, strutturato per processi e non per elementi di sistema e fondato sulla ricerca dell'efficacia e del miglioramento continuo (edizioni 2000, 2008 e 2015). Cfr. L. THIONE, *Le pubbliche amministrazioni e la qualità*, cit.

elaborate a supporto dell'imprenditoria privata, ma che hanno come potenziali destinatari qualsiasi tipo di organizzazione.

Le definizioni introduttive rendono evidente l'ambizioso obiettivo che queste norme intendono promuovere. Viene infatti proposto un quadro di riferimento per la realizzazione di tali sistemi *“al fine di aiutare le organizzazioni a realizzare i loro obiettivi... indipendentemente dalla loro dimensione, complessità o modello di business. Il suo intento consiste nell'accrescere la consapevolezza di un'organizzazione circa i suoi doveri e il suo impegno nel soddisfare le esigenze e le aspettative dei propri clienti e parti interessate e nel conseguire la soddisfazione rispetto ai suoi prodotti e servizi”*. L'insieme dei concetti e dei principi di gestione per la qualità *“conferiscono all'organizzazione la capacità di affrontare le sfide presentate da un contesto ... in cui opera caratterizzato da rapidi cambiamenti, globalizzazione dei mercati e dall'emergere della conoscenza quale risorsa essenziale”*. La qualità viene intesa quale promozione di *“una cultura che ha per risultato comportamenti, attitudini, attività e processi tali da apportare valore con il soddisfacimento delle esigenze e delle aspettative dei clienti e delle altre parti interessate”*. L'obiettivo generale di questa tipologia di sistemi può essere individuato nel conferire alle organizzazioni la capacità di guidare i processi aziendali verso il miglioramento dell'efficacia e dell'efficienza nel raggiungimento dei propri obiettivi.

Il sistema di gestione per la qualità prevede attività mediante le quali vengono identificati gli obiettivi e definiti i processi e le risorse necessarie per conseguire i risultati, vengono gestiti i processi e presidiate le criticità, favorendo l'ottimale utilizzo delle risorse. È un percorso che, da un lato, a valle di un'analisi strutturata, permette di identificare i rischi e le opportunità, dall'altro, pone a disposizione una guida verso il miglioramento. Il tutto in un'accezione dinamica di evoluzione e miglioramento nel tempo mediante un processo continuo, supportato da indicatori per assicurare il monitoraggio della propria attività e inoltre soggetto a verifiche di efficacia mediante audit (interno ed esterno all'organizzazione stessa).

La realizzazione di un sistema di qualità muove dalla comprensione del contesto di riferimento in termini di fattori esterni e interni all'organizzazione, rilevanti per il conseguimento dei risultati, e dalla consapevolezza delle esigenze e delle aspettative da soddisfare. Presuppone una puntuale analisi dei processi, delle risorse necessarie e una chiara definizione dei ruoli e delle responsabilità. Le risorse umane hanno un ruolo centrale, sia quale *leadership* consapevole e proattiva, sia quali soggetti impegnati nell'attuazione del sistema di qualità, consapevoli del proprio contributo, e destinatari delle necessarie conoscenze e competenze.

È un sistema che si sviluppa nel tempo e che consente ad un'organizzazione di essere conforme, in un contesto dinamico e complesso, mediante interventi volti al miglioramento e alla correzione. I principi fondamentali sono: focalizzazione sul cliente, leadership, partecipazione delle persone coinvolte, approccio per processi, miglioramento, processo decisionale basato sulle evidenze, gestione

delle relazioni¹⁷. Si caratterizza per l'attenzione al cliente e si completa con la realizzazione di un sistema per la rilevazione e il monitoraggio della soddisfazione degli utenti.

La struttura della norma si fonda sulle caratteristiche di trasversalità e flessibilità per adattarsi completamente a qualsiasi organizzazione che intenda applicarla. Il sistema, dunque, può essere utilizzato da qualsiasi organizzazione in quanto non presuppone l'uniformità delle strutture, né la loro armonizzazione, ma si fonda al contrario su un approccio per processi che consente alle organizzazioni di elaborare i propri autonomamente. In tal modo un'organizzazione può pianificare i propri processi, dotarli di risorse, verificare i risultati, individuare i margini di miglioramento e al contempo determinare i fattori che potrebbero comprometterli mettendo in atto i necessari controlli preventivi.

2.3. I sistemi di gestione per la qualità nelle pubbliche amministrazioni

Sono proprio queste caratteristiche che consentono pienamente anche alle amministrazioni pubbliche di applicare al proprio interno le norme sui sistemi di gestione per la qualità. La cultura e la prassi della qualità¹⁸ non sono rimaste storicamente estranee al mondo delle amministrazioni pubbliche ma si sono affermate più in termini di "procedure" che di "risultati" mentre non si è ancora

¹⁷ 1. Focalizzazione sul cliente: soddisfare e, se possibile, anticipare e superare le esigenze e le aspettative del cliente è il primo obiettivo ed è fondamentale per il successo dell'organizzazione nel tempo. 2. Leadership: stabilire unità di intenti e di indirizzo, a tutti i livelli dell'organizzazione, è indispensabile per assicurare che tutti comprendano gli obiettivi aziendali. 3. Partecipazione attiva delle persone: è più facile creare valore per i clienti se il personale – a tutti i livelli – è coinvolto e responsabilizzato. 4. Approccio per processi: considerare le attività come processi interrelati che funzionano secondo una logica di sistema contribuisce a raggiungere con regolarità risultati coerenti con gli obiettivi. 5. Miglioramento: le organizzazioni di successo hanno una focalizzazione continua sul miglioramento, atteggiamento che diventa ancora più importante nei momenti in cui le condizioni di contesto mutano più velocemente. 6. Processo decisionale basato sull'evidenza: se le decisioni sono basate sull'analisi e la valutazione di dati e informazioni è più probabile che producano i risultati desiderati. 7. Gestione delle relazioni: identificare e gestire i principali rapporti con le parti interessate (fornitori, partner, clienti, portatori di interesse) sono elementi chiave per il successo nel tempo. *Cos'è la UNI EN ISO 9001?*, UNI http://www.uni.com/images/stories/uni/verbi/vivere/pdf/2015_cosa_e_la_iso_9001.pdf.

¹⁸ P. RUGGIERO, P. PATTON, F. FAILLONI, *La qualità nelle amministrazioni pubbliche: teoria e pratica manageriale*, in *Il controllo di gestione*, a cura di C. BUSCO, E. GIOVANNI, A. RICCOBONO, IPSOA, Assago 2014, p. 1185. L'obiettivo della qualità nell'ambito delle amministrazioni può essere riempito di molteplici contenuti. La parola "qualità" infatti può essere declinata in modalità diverse ed *in primis* è definita dalla percezione da parte dei destinatari dell'attività delle amministrazioni, attività di diversa natura e con le più ampie e varieghe tipologie di destinatari. Qualità che si consegue, non solo con la conformità del servizio alle caratteristiche richieste, ma anche e soprattutto con il soddisfacimento delle aspettative dei destinatari del servizio coinvolti, non solo nella valutazione finale del servizio reso ma a monte nella progettazione dello stesso, in modo da far sì che venga realizzato in modo adeguato allo scopo. La molteplicità dei destinatari delle attività delle amministrazioni e quindi dei soggetti che valutano e riempiono di contenuto il concetto di qualità dà altresì evidenza della complessità della sua definizione. Destinatari e valutatori sono infatti i cittadini, gli operatori economici ma anche le amministrazioni e, in un'accezione più lata, anche la stessa amministrazione che produce il servizio e i suoi dirigenti in qualità di soggetto che prioritariamente deve valutare il proprio operato. In dottrina si parla infatti di multidimensionalità e soggettività del concetto di qualità.

pienamente diffusa la cultura delle certificazioni di qualità di parte terza mediante il coinvolgimento degli organismi di certificazione.

Le amministrazioni hanno riconosciuto un ruolo importante alle certificazioni di qualità nel regolare le attività di produzione di beni e servizi e ne hanno promosso il loro utilizzo con sistemi premianti; in questo ambito, dunque, le amministrazioni hanno operato quali “regolatori di qualità” con la funzione politica di tutelare i bisogni di qualità dei cittadini. Non altrettanto è stato fatto dalle amministrazioni nella veste di “committenti ed erogatori di qualità” nel ricorrere alle certificazioni per verificare la qualità dei servizi di pubblica utilità forniti e delle opere pubbliche commissionate¹⁹.

Si sta assistendo però ad un’inversione di condotta. La certificazione dei sistemi di gestione per la qualità si sta estendendo dal mondo dell’imprenditoria privata a quello delle pubbliche amministrazioni che ne riconoscono l’importanza proprio in qualità di destinatari. È questo l’effetto di una sempre maggiore apertura delle amministrazioni più virtuose verso l’esterno, nella ricerca di margini di miglioramento della propria azione, che le porta a superare la tipica autoreferenzialità e diffidenza verso qualsiasi forma di interferenza esterna nella propria organizzazione, a favore di sempre più pressanti esigenze di efficienza, trasparenza e qualità della propria azione.

Molto importanti sono i benefici che derivano dall’adozione di tali sistemi per la gestione per la qualità del processo di *procurement*²⁰, tanto che lo stesso legislatore ne ha incoraggiato l’acquisizione con la previsione di sistemi premiali. In tale direzione vanno ad esempio le norme che riconoscono alle amministrazioni dotate di un sistema di controllo interno di qualità la possibilità di effettuare al

¹⁹ L. THIONE, *Le pubbliche amministrazioni e la qualità*, cit.

²⁰ In tale direzione, con l’obiettivo di promuovere la cultura della qualità e allo stesso tempo innalzare la capacità tecnica e organizzativa della propria stazione appaltante, si è mossa la Banca d’Italia. A conclusione di un progetto che tra il dicembre 2012 e novembre 2014 ha interessato il Servizio Immobili, il Servizio Appalti e la Divisione Segreteria del Dipartimento, ha conseguito nel 2014 la certificazione del sistema di Gestione per la qualità (SGQ) conforme allo standard UNI EN ISO 9001:2008 del macro-processo centralizzato “Acquisti”. L’ottenimento della Certificazione di Qualità secondo la norma UNI EN ISO 9001 ha consentito di accrescere la trasparenza e l’*accountability* dei comportamenti attuati dalla Banca nei processi in cui si snoda l’attività di *procurement* attraverso la sottoposizione dell’organizzazione all’audit di un soggetto terzo, l’ente certificatore, accreditato a livello europeo per assicurare la massima indipendenza e imparzialità di giudizio nello svolgimento degli accertamenti previsti. Successivamente, intervenuta la pubblicazione della versione 2015 della norma ISO 9001, si è deciso di allineare il Sistema di Gestione per la qualità al nuovo standard, cosicché il 2 gennaio 2017 l’ente certificatore ha rilasciato un nuovo certificato di qualità. La Banca d’Italia ha così ottenuto il primato di prima stazione appaltante nell’ambito delle PP.AA. ad ottenere tale riconoscimento. Per la Banca d’Italia il conseguimento di tale certificazione ha comportato, da un lato, l’effettuazione di una rigorosa attività di analisi dei processi interni attraverso procedure estremamente strutturate e articolate con la definizione di un complesso iter documentale di individuazione delle criticità e delle conseguenti azione correttive; dall’altro, ha portato a sviluppare procedure e processi qualificati, caratterizzati dalla diffusione delle *best practises*, dal consolidamento delle competenze e dall’orientamento costante al risultato e al suo miglioramento, realizzando un sistema per elevare la qualità dei prodotti e dei servizi forniti agli utenti, rilevare e il monitorare la soddisfazione degli utenti.

proprio interno, entro determinate soglie, l'attività di verifica preventiva della progettazione per l'affidamento di contratti di lavori.

3. Gestione della qualità e miglioramento dell'efficienza

3.1. Obiettivi della gestione per la qualità

Nell'ambito della committenza pubblica il ricorso alla certificazione del sistema di gestione per la qualità è un utile ausilio per favorire la professionalizzazione delle stazioni appaltanti coerentemente con i propositi di razionalizzazione e riduzione delle stesse della normativa europea.

Occorre infatti promuovere una strategia di cambiamento organizzativo che muova dal basso e nasca spontaneamente all'interno delle amministrazioni. Si tratta nella sostanza di convogliare in un atteggiamento proattivo verso la qualità la diffusa esigenza di semplificazione presente all'interno delle strutture e tra le risorse che operano nel sistema degli appalti pubblici.

Anche se la situazione di partenza delle amministrazioni è senz'altro differenziata e fortemente condizionata dalla loro dimensioni, gli obiettivi principali che possono essere perseguiti sono comuni, riconducibili alle stesse problematiche di fondo, e molteplici. È come se si fosse di fronte a tante tessere di un mosaico, pezzi di un unico puzzle che si ricompongono. I principali sono la semplificazione degli *iter* operativi, la valorizzazione del ruolo della *leadership* e delle risorse, l'*accountability* e la valutazione dell'operato delle amministrazioni in termini di risultati, una visione dinamica e non statica della propria azione e la tensione al miglioramento continuo.

3.2. La semplificazione degli iter operativi

La semplificazione degli iter operativi dell'intero processo di acquisizione di beni, servizi e lavori, unitariamente inteso in tutte le sue fasi, dalla programmazione e progettazione, alla gestione e al controllo della fase di selezione del contraente, fino alla fase dell'esecuzione, è uno dei principali risultati conseguibili con l'adozione di un sistema di gestione per la qualità. Non si può non considerare tutte le attività come processi interrelati in una logica di sistema, rafforzando le integrazioni tra le strutture e puntando alla semplificazione delle procedure con l'eliminazione delle ridondanze.

Il percorso per il conseguimento di una certificazione per la qualità della propria organizzazione e dei processi del procurement muove, infatti, da una riflessione a tutto tondo sull'assetto organizzativo (risorse, strutture, processi) effettuata dalle risorse interne (coordinate dal soggetto esterno, il soggetto certificatore²¹, che guida l'amministrazione nell'intero processo) per una revisione

²¹ Si tratta come detto di soggetti accreditati dall'ente certificatore nazionale, ACCREDIA per l'Italia.

critica dei processi. Tale revisione è orientata a ridurre gli sprechi e migliorare l'efficienza interna, individuando gli snodi critici e le azioni correttive. Si tratta di un esercizio di *assessment* che, muovendo da una conoscenza approfondita dell'organizzazione, consente di definire le azioni migliorative necessarie, compresa la definizione dei ruoli e delle diverse responsabilità, dei rischi operativi, dei sistemi di controllo, di monitoraggio e di misurazione dei risultati.

3.3. *La valorizzazione del ruolo della leadership e delle risorse*

Elementi cruciali del processo di rafforzamento organizzativo sono senz'altro le risorse umane e, *in primis*, il *management*, che devono acquisire consapevolezza del loro ruolo nel perseguire la qualità. La *leadership* assume un ruolo fondamentale soprattutto nello stabilire unità di intenti e di indirizzo a tutti i livelli dell'organizzazione e per far sì che tutto il personale venga adeguatamente coinvolto e comprenda e condivide gli obiettivi aziendali. La *leadership* inoltre è direttamente coinvolta nelle attività di verifica e di riesame dell'organizzazione del sistema di gestione per la qualità per assicurare l'attuazione delle azioni di miglioramento e l'allineamento con gli indirizzi strategici.

Nell'ambito del percorso previsto dal sistema di gestione per la qualità sono proprio le risorse presenti nelle amministrazioni (con una buona conoscenza della propria organizzazione e degli elementi fondamentali del processo produttivo e guidate dal soggetto certificatore anche per evitare rischi di autoreferenzialità) che effettuano le attività di analisi e di sviluppo necessarie per individuare e superare i fattori di debolezza organizzativi, eliminando gli elementi non necessari che appesantiscono e rallentano il processo.

È richiesta un'elevata professionalità delle risorse impegnate nel *procurement* per garantire la *compliance* ad un contesto normativo di riferimento così complesso. In questa ambito è infatti imprescindibile anche che abbiano competenze adeguate, di elevata professionalità, necessarie per consentire loro di interfacciarsi adeguatamente con le omologhe professionalità presenti negli interlocutori privati. Occorre evitare che si possano verificare situazioni di debolezza, determinate proprio dalla carenza di adeguate competenze²².

Alla formazione nell'accezione tradizionale, si affiancano gli effetti del processo di semplificazione organizzativa risultante dalla adozione di un sistema di qualità. Infatti, nel definire in modo formalizzato e analitico le procedure che ogni operatore deve seguire, si perviene ad una formalizzazione del *know how* aziendale che si trasforma in un *driver* per la formazione. Inoltre, in tal modo il patrimonio conoscitivo aziendale diviene trasmissibile e utile non solo per il miglioramento delle condizioni in cui le risorse operano in termini di chiarezza

²² L. DONATO, *Qualità ed efficienza delle stazioni appaltanti e delle imprese nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit. p. 60.

del processo, ma anche per ridurre gli effetti del *turnover* del personale con riguardo alla perdita di competenze²³.

La chiara definizione di funzioni, ruoli e responsabilità, inoltre, consente una maggiore definizione degli elementi obiettivi che influiscono sulla valutazione delle risorse. Il sistema di gestione per la qualità offre infatti ulteriori parametri oggettivi per la valutazione del personale.

Ad una maggiore responsabilizzazione del personale si affianca il rafforzamento dello spirito di appartenenza all'ente nella maggiore consapevolezza del ruolo di ognuno all'interno di un processo così importante.

3.4. L'accountability e la valutazione dell'operato delle amministrazioni in termini di risultati

Viene agevolata la possibilità di misurare l'attività sulla base di processi definiti e quanto più standardizzati. Si costruisce un sistema di monitoraggio dell'azione con molteplici e differenziati indicatori che consente di valutare in un arco temporale definito la qualità del processo e del suo *output*, lato *sensu* inteso, attraverso la qualità dei prodotti e la soddisfazione degli utenti. Gli indicatori sono volti a misurare l'efficienza del processo di *procurement* in ognuna delle sue fasi attraverso alcuni elementi segnaletici, quali: il numero delle procedure indette e quelle aggiudicate, l'effettivo utilizzo del budget, gli scostamenti in termini di tempi e di importi stimati ed effettivi delle iniziative previste, la rilevazione delle anomalie, dei ricorsi, delle varianti. Tutto questo censendo e rendendo comparabili differenziati aspetti della gestione del *procurement* sino alla definizione dei livelli di qualità percepita dagli utenti.

Un sistema di indicatori consente di assicurare un processo decisionale basato sull'analisi e la valutazione di dati e informazioni, oltre che su una sistematica attività di autovalutazione. Inoltre, si favoriscono i confronti tra le diverse amministrazioni che adottano tali sistemi, superando le eterogeneità di misurazione utilizzate dai diversi soggetti. Si crea infatti un linguaggio comune con le altre Amministrazioni, che favorisce lo scambio di esperienze e la definizione di *benchmark* interni.

In un'ottica di attenzione alle aspettative dei diversi *stakeholder* e alla diffusione di informazioni trasparenti, viene poi assicurata la comunicazione degli obiettivi da perseguire con riferimento alla qualità e la formalizzazione di un processo strutturato rende trasparente il ruolo di ogni soggetto coinvolto nel processo. La comunicazione rappresenta il mezzo attraverso il quale fare conoscere gli strumenti e gli obiettivi della qualità e attraverso il quale si può concretamente manifestare attenzione nei confronti degli *stakeholder*.

²³ S. D'ESTE, *La certificazione del sistema di gestione della qualità*, cit.

3.5. Una visione dinamica e non statica della propria azione: tensione al miglioramento continuo

Viene così implementato un sistema che assicura il presidio costante dell'intero processo in un'ottica evolutiva di sempre maggiore consapevolezza della propria azione e di tensione al miglioramento della stessa. Ciò attraverso la autovalutazione dei risultati conseguiti, adeguatamente misurati, e la individuazione di interventi correttivi. Si tratta di un'attività in continuo che presidia l'idoneità del processo nel tempo con interventi di aggiornamento/integrazione, laddove intervengono modifiche o evoluzioni del contesto di riferimento. Il modello di gestione seguito è quello del "ciclo PDCA"²⁴ che si caratterizza proprio per la previsione della verifica dei risultati, dell'analisi delle cause degli scostamenti tra atteso e realizzato e dell'intervento correttivo migliorativo a valle.

La verifica nel tempo e l'individuazione delle azioni migliorative viene svolta attraverso *audit* mirati interni ed esterni all'amministrazione. Il meccanismo dell'*audit* consente la puntuale e periodica verifica del rispetto nel tempo dell'*iter* del processo onde assicurare, non solo la *compliance* con il contesto normativo esterno, ma anche la correttezza dell'*iter* procedimentale interno. L'*audit* esterno viene periodicamente svolto dal soggetto esterno certificatore che, con cadenze temporali stabilite e ravvicinate, verifica l'intera attività assoggettata a certificazione e in particolare la conformità al modello, le criticità e gli interventi correttivi. L'*audit* interno viene effettuato seguendo il criterio della terzietà e svolto quindi dal personale interno non coinvolto nel processo. Questo sistema consente di mettere a punto interventi correttivi in modo "chirurgico" per far fronte a esigenze rivenienti dal contesto esterno quali innovazioni normative ma anche da errori procedurali.

4. Self regulation e qualità come strumenti di semplificazione e presidio della legalità

4.1. Self regulation: qualità e legalità

L'attività di *procurement* in senso lato delle amministrazioni è poi particolarmente delicata sotto il profilo della *compliance* e in particolare del

²⁴ Il ciclo PDCA (o ciclo di Deming), utilizzato per il controllo e il miglioramento continuo dei processi, si sviluppa in quattro fasi sulla base della definizione della sequenza ottimale delle attività: Plan (pianificare gli obiettivi), Do (esecuzione delle attività), Check (verifica dei risultati), Act (adozione delle azioni correttive conseguenti e degli interventi di miglioramento). "Il ciclo viene definito "euristico" perché parte dal presupposto che il progresso non si raggiunge in un colpo solo ma attraverso approssimazioni successive". Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, http://qualitapa.gov.it/sitoarcheologico/fileadmin/mirror/i-miur2013/MIUR_2014/allegato4.pdf.

rischio corruttivo, specie se si tiene conto dell'accezione sempre più ampia che tende ad assumere la definizione stessa di corruzione che arriva a coincidere con la “*maladministration*”, intesa come attività condizionata da fini privati e in contrasto con il perseguimento dell'interesse pubblico²⁵.

L'obiettivo perseguito dall'assetto normativo in materia di anticorruzione è non tanto repressivo di comportamenti corruttivi, bensì preventivo con misure finalizzate ad assicurare l'integrità morale dei dipendenti pubblici, la trasparenza dell'azione e dell'organizzazione delle amministrazioni, in modo da raggiungere il fine ultimo di assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, sanciti dall'art. 97 della Costituzione e declinati dell'art. 1 della l.241/1990 “*L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza*”. “Secondo essi l'amministrazione deve agire in modo economico (procurandosi le risorse necessarie con il minimo dispendio); in modo efficace (conseguendo effettivamente gli obiettivi prefissati); in modo efficiente (impiegando per raggiungere gli obiettivi la minima quantità di risorse possibile). La semplificazione della pubblica amministrazione è al tempo stesso un obiettivo primario della riorganizzazione di quest'ultima ed un coefficiente essenziale del contrasto alla corruzione”²⁶.

Gli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture rientrano tra le aree di attività a rischio di corruzione per le quali è previsto l'obbligo di dotarsi di presidi anticorrittivi. E la stessa normativa in materia è, per molti profili, strutturata

²⁵ Il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA) del 2013 fa riferimento ad un concetto di corruzione “comprensivo delle varie situazioni in cui, nel corso dell'attività amministrativa, si riscontri l'abuso da parte di un soggetto del potere a lui affidato al fine di ottenere vantaggi privati. Le situazioni rilevanti sono più ampie della fattispecie penalistica ... e sono tali da comprendere non solo l'intera gamma dei delitti contro la pubblica amministrazione ..., ma anche le situazioni in cui – a prescindere dalla rilevanza penale – venga in evidenza un malfunzionamento dell'amministrazione a causa dell'uso a fini privati delle funzioni attribuite ovvero l'inquinamento dell'azione amministrativa ab externo, sia che tale azione abbia successo sia nel caso in cui rimanga a livello di tentativo”. Tale nozione di corruzione in senso ampio è stata ribadita poi nella determinazione dell'ANAC n. 12 del 28.10.2015 (Aggiornamento 2015 al PNA) in cui “Si conferma la definizione del fenomeno contenuta nel PNA, non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la “*maladministration*”, intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse”; fino ad arrivare a comprendere anche l'inerzia o il disinteresse verso gli obiettivi dell'Amministrazione. L'ANAC ribadisce questa definizione ampia del fenomeno corruttivo nel proprio Piano di Prevenzione della Corruzione per il triennio 2018-2020, laddove con specifico riguardo alla gestione dei contratti nel settore informatico cita il seguente evento di rischio: “Gestione dei rapporti con il fornitore non coerenti con gli obiettivi dell'Amministrazione al fine di perseguire un interesse personale mediante accordi collusivi con il fornitore o per inerzia o disinteresse verso gli obiettivi dell'Amministrazione”.

²⁶ G.M. FLICK, “*Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*” in Rivista AIC, Associazione italiana dei costituzionalisti 2/2015.

proprio allo scopo di apprestare presidi di carattere generale, in termini di processi, ruoli e responsabilità, al fine di scongiurare il rischio di corruzione.

Nell'ambito delle modalità di prevenzione della corruzione hanno inoltre assunto rilievo sempre maggiore alcune forme che potremmo definire di matrice "privatistica", sviluppatasi nel mondo degli operatori privati per rafforzare il proprio assetto contro i rischi di corruzione. Tra queste vi è senz'altro l'adozione, nell'ambito della propria autonomia organizzativa, di ulteriori cautele e buone pratiche definite attraverso la *self-regulation*²⁷.

Per *self-regulation*²⁸ si intende ordinariamente una sorta di autodisciplina, un codice di comportamento, adottato per definire *standard* condivisi di efficienza e buone prassi. Si fonda sul consenso dei destinatari della norma in ordine alla bontà della regolazione emanata, e quindi sull'adesione spontanea, facendo perno sull'accettazione da parte dei soggetti regolati, oltre che sulla sua duttilità che ne consente la verifica nel tempo. "La massima importanza viene assegnata al consenso: infatti soltanto se gli operatori sono consapevoli del fatto che la regolamentazione data risulta utile e funzionale al perseguimento dell'obiettivo (...), essi la applicheranno in modo da determinare un livello di effettività della stessa (...) tale da realizzare l'interesse perseguito"²⁹. Nell'autoregolazione rientrano indirizzi, linee guida, regole di comportamento, per individuare la linea di condotta migliore da tenere sulla base delle migliori *expertise*.

La *self-regulation* può senz'altro essere mutuata dal mondo privato a quello pubblico e uno dei vantaggi rivenienti dall'adozione di un sistema di gestione

²⁷ Ibidem. "L'inefficienza della giustizia penale nella repressione: sono tutti elementi che hanno indotto a spostare il focus dalla repressione alla prevenzione. Seguendo una serie di indicazioni ed esperienze sovranazionali e straniere, si è di fatto privatizzata la prevenzione delegandola alle imprese, che sono le potenziali beneficiarie della corruzione commessa dai loro dipendenti o vertici apicali. Si è utilizzato a tal fine il sistema del bastone (la punizione) e della carota (l'impunità) per le imprese che non adottino o al contrario pongano in essere un sistema adeguato di compliance, per impedire la attività corruttiva dei loro operatori. Una prevenzione non solo privatizzata, se pur sempre sotto il controllo dello Stato, ma affidata a una responsabilità imprenditoriale di organizzazione: nella valutazione e gestione del rischio di corruzione; nel monitoraggio delle aree ed attività a rischio; nella formazione dei dipendenti; nell'impegno dei vertici di impresa; nell'elaborazione di best practices e di codici etici; nella trasparenza; nel whistleblowing (l'incoraggiamento alla segnalazione di illeciti). Il ricorso alla via della prevenzione – ampiamente suggerito dalle indicazioni sovranazionali e certamente indispensabile – richiede un coinvolgimento pieno degli operatori economici privati, con una sorta di "privatizzazione" della prevenzione, rectius di stretta sinergia ed interazione fra l'etero-integrazione di stampo pubblicistico e la *self-regulation* di stampo privatistico. (...) Essa dovrebbe fondarsi in secondo luogo sulla adozione, da parte degli operatori e nell'ambito della propria autonomia organizzativa, di ulteriori cautele e buone pratiche nel contesto della *self-regulation*, con conseguenze di ordine premiale o, in caso contrario, di ordine sanzionatorio."

²⁸ "La *self-regulation* costituisce esercizio di autonomia privata e ricorre quando un gruppo di soggetti e/o una formazione sociale esponenziale di tale gruppo fissano autonomamente regole che li riguardano. Essa s'identifica prevalentemente nella elaborazione di standard da parte di soggetti privati che spontaneamente s'impegnano ad osservarli e che possono poi essere seguiti anche da terzi sempre in virtù di una scelta volontaria", M. RAMAJOLI, *Self-regulation, soft regulation e hard regulation nei mercati finanziari* in "Rivista della regolazione dei mercati", 2/2016.

²⁹ D. SICLARI, *Contributo allo studio della sussunzione legislativa di regole formate dai privati* in *Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, Jovene Editore, Napoli 2010, p. 275.

per la qualità è proprio la definizione di un sistema di autoregolazione interno delle attività di *procurement*, di un formalizzato assetto rappresentato dalla cd. “informazione documentata”, che fornisce le informazioni necessarie per la corretta ed efficace esecuzione del processo.

Attraverso la descrizione delle singole attività, delle loro interrelazioni, delle istruzioni operative, dei modelli e dei moduli necessari, la *self-regulation* definisce tutti gli aspetti fondamentali del processo: elementi di *input* e di *output*, vincoli normativi interni ed esterni, strumenti, responsabilità, modalità di monitoraggio e misurazione, trattamento delle cd. “non conformità”, documenti di riferimento e registrazioni essenziali per la tracciabilità delle attività più rilevanti. Tutti questi elementi vengono aggiornati costantemente al fine di assicurarne la *compliance* al contesto normativo pur in continua evoluzione. La *self-regulation* costituisce, dunque, anche un presidio anticorrottivo³⁰ e di legalità, ponendo le condizioni per superare le inefficienze, la scarsa trasparenza, e quell’area grigia terreno fertile per i comportamenti anomali e le devianze corruttive³¹.

4.2. *Self regulation e semplificazione*

Tale sistema va ad integrare il sistema regolamentare e documentale, interno alle organizzazioni, che a sua volta dovrebbe tendere verso la *self-regulation* più che la *hard regulation*. Può infatti svolgere un ruolo importante in quanto rappresenta sia uno strumento di controllo dei rischi che assicura la *compliance* aziendale, la conformità dell’agire interno, e l’imparzialità, sia una variabile più propriamente organizzativa per conseguire l’efficienza *delle procedure attraverso la standardizzazione dei comportamenti e l’uniformità dell’azione*.

Self-regulation che, anche in questo caso, quindi, non deve tradursi né in una mera duplicazione del contesto normativo esterno, né in una eccessiva formalizzazione che, regolando minuziosamente ogni situazione, produrrebbe effetti negativi in un ambito già caratterizzato da elevata prescrittività amplificando il rischio di rigidità, resistenza alle innovazioni e deresponsabilizzazione³². Al

³⁰ “Il lavoro di autoanalisi organizzativa per l’individuazione di misure di prevenzione della corruzione deve essere concepito non come adempimento a se stante ma come una politica di riorganizzazione da conciliare, in una logica di stretta integrazione, con ogni altra politica di miglioramento organizzativo. A questo fine il PTPC non è il complesso di misure che il PNA impone, ma il complesso delle misure che autonomamente ogni amministrazione o ente adotta, in rapporto non solo alle condizioni oggettive della propria organizzazione, ma anche dei progetti o programmi elaborati per il raggiungimento di altre finalità (maggiore efficienza complessiva, risparmio di risorse pubbliche, riqualificazione del personale, incremento delle capacità tecniche e conoscitive).” PNA 2015.

³¹ L. DONATO, *Le prospettive di riforma del mercato degli appalti pubblici. Semplificazione e ricerca della qualità*, intervento in RE Italy Convention Days 2019, 4-5 giugno 2019.

³² “L’esperienza mostra inoltre come un terreno fertile per la corruzione sia anche da rintracciarsi nella complicazione delle norme, nell’incertezza dell’individuazione a monte delle esigenze pubbliche e nella carenza delle progettazioni tecniche”. L. DONATO, *Introduzione*, in L. DONATO (a cura di), *La riforma delle stazioni appaltanti. La ricerca della qualità e disciplina europea*, “Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza Legale”, Banca d’Italia, febbraio 2016, p. 12.

contrario deve realizzare una semplificazione delle modalità di adempimento degli oneri imposti dalla legge anche mediante la ricerca di tutti gli spazi possibili di flessibilità residuati dal legislatore.

Gli atti regolamentari devono contenere regole di condotta elaborate sulla base dell'esperienza conseguita sul campo, tradurre in regole comportamenti virtuosi, diffondere *best practices*. In sostanza devono essere uno strumento operativo di supporto e prevedere margini di valutazione che ne consentano una applicazione graduata in considerazione della complessità delle attività da porre in essere e delle caratteristiche della struttura che opera³³.

Il processo di regolamentazione interna deve invece enfatizzare l'importanza degli aspetti di flessibilità intesa proprio come capacità di affrontare e sostenere il cambiamento. Deve porre l'accento sulla responsabilità decisionale in termini di poteri di scelta e autonomia nella definizione delle priorità, ma anche sulla chiarezza degli obiettivi e dei risultati da conseguire. Deve assicurare una adeguata responsabilizzazione delle strutture che operano, con una predefinita chiara degli obiettivi da perseguire e con il riconoscimento di un margine di autonomia nelle scelte da effettuare per attuare gli obiettivi assegnati. Deve essere guidato dai principi fondamentali della qualità della regolazione: necessità, proporzionalità, sussidiarietà, trasparenza, *accountability*, accessibilità e semplicità.

5. Conclusioni

La diffusione delle certificazioni di qualità, non solo del processo di *procurement* ma più in generale dei processi amministrativi tutti delle amministrazioni pubbliche, è sicuramente un obiettivo concreto cui tendere, o meglio continuare a tendere in un percorso ormai avviato.

Resta però tuttora necessario, da un lato, comprendere le ragioni del ricorso ancora episodico a tali sistemi da parte delle amministrazioni pubbliche e, dall'altro, valutare l'opportunità di promuoverli.

Le ragioni della mancata diffusione di tali sistemi non vanno rintracciate in una mancata sensibilità verso le tematiche della qualità ma vanno ricondotte prevalentemente a rigidità organizzative e criticità dimensionali che rendono più

³³ Nell'ambito delle attività connesse con l'attuazione del Piano Triennale di Prevenzione della corruzione per il 2017-2019 della Banca d'Italia, è stato effettuato un approfondimento sui rischi afferenti alla fase di esecuzione dei contratti e sulle necessarie misure di prevenzione che ha portato, tra l'altro, unitamente ad altre iniziative, anche alla definizione di un'ulteriore misura di mitigazione di carattere specifico con la adozione di "linee guida sulle attività nella fase di esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture". L'obiettivo è quello di standardizzare le modalità di gestione di tutti i contratti relativi a lavori, servizi e forniture posti in essere dalle diverse strutture della Banca, avendo a riferimento il sistema normativo interno ed esterno. Le linee guida sono uno strumento operativo di supporto nella gestione dell'attività esecutiva al fine di assicurare il corretto svolgimento dei contratti e la loro applicazione va graduata in considerazione della tipologia e della complessità dei singoli contratti, tenuto conto dell'organizzazione interna delle diverse strutture che operano in tale ambito.

oneroso ogni aggravio operativo riveniente da una nuova iniziativa, qualunque essa sia. Occorre dunque accrescere e diffondere maggiormente la consapevolezza degli effetti benefici che la qualità importa in termini di semplificazione dei processi, risparmio di risorse, riduzione dei costi così da favorirne la adozione.

Rimane opportuno promuovere valutazioni interne sulla qualità dei servizi resi, ma lasciare alle amministrazioni stesse la decisione e la scelta se introdurre o meno, e con quali strumenti, iniziative di miglioramento della qualità. Intervenire con elementi di precettività non sarebbe fruttuoso; come abbiamo visto la volontarietà è alla base di queste iniziative e è la precondizione per il successo di qualsiasi iniziativa in tale ambito.

**TRASFORMAZIONE DIGITALE DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE E RICERCA DELL'EFFICIENZA
ORGANIZZATIVA**

Lorenzo Sperati

1. La digitalizzazione della PA – 1.1. Il quadro normativo – 1.2. Profili organizzativi e governance – 1.3. L'Agenda digitale – 1.4. L'ecosistema della PA – 1.5. I fattori abilitanti della digitalizzazione – 1.6. Infrastrutture trasversali – 2. La semplificazione attraverso la digitalizzazione – 2.1. Principi e obiettivi – 2.2. Ambiti applicativi e tecnologie – 2.3. Primo bilancio e tecnologie emergenti – 2.4. Prospettive evolutive per l'eProcurement in ambito pubblico – 2.5. Conclusioni

1. *La digitalizzazione della PA*

Nella società dell'informazione la PA è chiamata a fronteggiare una serie di istanze poste dalla comunità civile che non possono essere più gestite con un approccio convenzionale e burocratico ma richiedono, *a contrario*, una trasformazione profonda e soluzioni innovative.

Gli obiettivi di trasparenza, efficacia, efficienza, economicità e tempestività dell'azione amministrativa rappresentano altrettante sfide, prima di tutto culturali ma anche strutturali e organizzative, tali da richiedere un salto di modello per poter essere affrontate e vinte.

La digitalizzazione costituisce, in questa prospettiva, un'opportunità storica, non solo come catalizzatore in grado di accelerare un processo di trasformazione ampio e complesso ma anche come garanzia che il cambiamento possa agire in profondità, avere effetti duraturi, migliorare la qualità dei servizi per i cittadini.

Il potenziale di semplificazione amministrativa che la digitalizzazione ha insito può trovare come ambito di applicazione elettivo la gestione degli appalti e dei contratti pubblici, fattori decisivi ai fini di una maggiore efficienza della PA.

Infatti, attraverso l'innovazione dei processi e degli strumenti utilizzati nel ciclo del *procurement* è possibile dare risposte concrete sia alla domanda di trasparenza dell'agire pubblico (anche sotto il profilo della prevenzione della corruzione) sia alla necessità di stimolare la crescita e rendere più competitivo l'intero sistema economico del Paese.

Il D.lgs. 50/2016, nel recepire le tre direttive europee 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha avviato un importante processo di semplificazione attraverso la digitalizzazione delle procedure di aggiudicazione e di gestione dei contratti pubblici, prevedendo delle disposizioni *ad hoc* con l'obiettivo di regolamentare e standardizzare i processi e le procedure in ambito del cd. *eProcurement (electronic procurement)*.

Le norme specifiche del codice dei contratti pubblici finalizzate all'innovazione digitale sono le seguenti:

- l'articolo 52, che introduce l'obbligo – nei settori ordinari e speciali – di eseguire tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni previsti dal Codice utilizzando mezzi di comunicazione elettronici;
- l'articolo 58, che disciplina le procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione. L'adozione di sistemi telematici rappresenta una novità assoluta rispetto alla disciplina previgente e sicuramente contribuisce allo snellimento e velocizzazione delle procedure di gara¹;

¹ La norma si inserisce nell'ambito del più ampio processo di informatizzazione delle amministrazioni pubbliche e dello sviluppo digitale del Paese, con particolare riferimento alle comunicazioni tra PA – centrale e locale – e cittadini.

- l'articolo 44, che stabilisce l'emanazione – entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice – di un decreto per la definizione delle modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici anche per quanto concerne l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. La disposizione prevede, altresì, che siano definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto²;
- l'articolo 40, che prevede, a partire dal 18 ottobre 2018, l'entrata in vigore dell'obbligo di utilizzo dei mezzi di comunicazione elettronici nelle gare d'appalto. Da tale data – salvo alcune eccezioni – tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni connessi con le attività di *procurement* svolte dalle stazioni appaltanti si svolgono in formato interamente elettronico³. Tuttavia, è importante sottolineare che questa norma deve essere letta in combinato disposto con l'art. 52 del d.lgs. 50/2016, che stabilisce delle deroghe circa l'obbligo per le stazioni appaltanti di richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta.

Sottolineata la centralità del sistema degli appalti e dei contratti pubblici nella strategia della progressiva digitalizzazione, per delineare il percorso che la PA deve compiere per realizzare tale trasformazione è essenziale comprendere l'ecosistema in cui la stessa agisce, i fabbisogni informativi connessi con la molteplicità di relazioni/interrelazioni gestite, i vincoli e le difficoltà che finora hanno frenato l'evoluzione della macchina amministrativa pubblica, i fattori su cui puntare per innescare e sostenere il cambiamento atteso, i valori da assumere come riferimento nella concreta applicazione del paradigma digitale.

Partendo dalla constatazione ovvia ma importante che il processo di trasformazione digitale presuppone un apparato di norme articolato e coerente, è opportuno, in via preliminare, effettuare una ricognizione delle linee evolutive lungo le quali si sono dispiegati i provvedimenti legislativi più rilevanti in tema di informatizzazione della PA.

² Il decreto ministeriale previsto dall'art. 44 del Codice non risulta ancora adottato; pertanto, non sono ancora disponibili indicazioni dettagliate sulle modalità della digitalizzazione.

³ Tale obbligo deriva dal recepimento dell'art. 22 della direttiva comunitaria n. 24 del 2014: “*gli Stati membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*” (art. 22, co. 1); in tali casi, le amministrazioni aggiudicatrici “*garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute*” (art. 22, co. 3).

1.1. Il quadro normativo

Anche se solo negli ultimi dieci anni si è assistito a una più decisa azione di riforma della PA nella direzione della digitalizzazione, gli interventi in materia sono ancora più risalenti⁴: “... *Tappe fondamentali del processo di informatizzazione sono state il d.lgs. 3.2.1993, n. 29 (che, nell’occuparsi della riforma del pubblico impiego, ha affrontato il nodo dell’informatizzazione degli uffici pubblici, prevalentemente in chiave interna), le cd. leggi Bassanini (l. 15.3.1997, n. 59 ss., che hanno in particolare disciplinato la comunicazione tra p.a. e cittadini e interpretato l’informatizzazione come strumento di semplificazione), il CAD (che ha regolato ad ampio spettro i possibili impieghi pubblici dell’informatizzazione, raccogliendo la precedente normativa anche in materia di documentazione), le riforme che hanno collegato efficientamento dell’amministrazione e informatizzazione (le cd. Riforme Brunetta del 2009-2010), la – ancora in corso – disordinata selva di interventi degli anni 2011-2014, nella quale però si stagliano, per l’importanza del ruolo dell’informatizzazione, il d.lgs. 14.3.2013, n. 33 sulla Trasparenza e le misure per l’attuazione della cd. Agenda digitale.*” [[http://www.treccani.it/enciclopedia/informatizzazione-della-p-a_\(Diritto-on-line\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/informatizzazione-della-p-a_(Diritto-on-line)/)]

Se analizziamo la relazione tra cittadini e amministrazione pubblica, possiamo identificare tre fasi distinte: le prime esperienze di amministrazione digitale risalgono agli anni Novanta, in particolare con le reti civiche, ideate per mettere in rapporto i soggetti del territorio (dagli enti locali fino alle associazioni e sindacati), il cui coordinamento è stato poi affidato all’Ufficio Relazioni con il Pubblico (URP) dall’art. 8 della l. 7.6.2000, n. 150; in una seconda fase il processo è proseguito, a livello nazionale, con il cd. *e-government*⁵; nell’attuale terza fase le politiche di intervento sono denominate *Open Government*, con l’obiettivo di favorire un potenziale accesso aperto alle informazioni e una maggiore interazione tra amministrazione e cittadini.

Vi è una percezione diffusa nell’opinione pubblica – ma anche a livello politico – che i risultati finora conseguiti con il processo di informatizzazione siano modesti. Questo spiega anche perché nell’azione legislativa si sia passati da un approccio promozionale a uno impositivo-sanzionatorio: militano nel primo senso l’art. 3 bis nella Legge 241/1990, secondo il quale le amministrazioni incentivano la comunicazione telematica interna e con i cittadini, avente valenza unicamente programmatica, e il continuo riferimento nel CAD alla promozione

⁴ A riprova della consolidata consapevolezza dell’importanza dell’informatizzazione della PA viene tradizionalmente citato Massimo Severo Giannini, il quale nel 1979, allora Ministro per la funzione pubblica, in un noto rapporto riportava che informatizzazione e sviluppo dell’amministrazione fossero strettamente connessi e rilevava, al di là della scarsità di competenze specialistiche, la mancanza di un’analisi dell’uso efficiente degli elaboratori (M.S. GIANNINI, *Rapporto sui principali problemi dell’Amministrazione dello Stato*, in *Rivista trimestrale. diritto pubblico*, 1982, 722).

⁵ Si pensi al Piano nazionale d’azione del 2000 del governo Amato e ai diversi progetti che, a legislazione invariata, hanno fatto affidamento su dei comuni capofila per la sperimentazione di fornitura di servizi online.

(20 volte); sono caratteristici del secondo le norme più recenti, che pongono responsabilità in carico ai dirigenti⁶ e stabiliscono sanzioni o automatismi per imporre l'informatizzazione⁷.

Delicato il profilo impositivo nei confronti dei cittadini: l'obbligo di esclusiva comunicazione tramite strumenti ICT (*Information and Communication Technology*) vale infatti per imprese e professionisti, e si pensi a come anche le piccole imprese – ex art. 5 bis CAD – siano forzate a dotarsi di strumenti e ad affrontare costi, sotto la minaccia di rimanere fuori dal rapporto con le istituzioni e il mercato.

Ma quali sono i nodi normativi sotto il profilo della coerenza e del coordinamento applicativo tra le disposizioni emanate dalle varie fonti?

In ordine a tale problematica, il quadro costituzionale si limita a citare, alla lett. r) dell'art. 117, co. 2, Cost. (non oggetto di proposte di riforma) che il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale è di competenza legislativa esclusiva statale.

In virtù di questa collocazione, la legislazione più rilevante in materia è statale, come il CAD, che non solo disciplina il coordinamento dei dati, ma ne detta anche le regole tecniche: non è imposta allo Stato una forma di coinvolgimento delle Regioni (C. cost., 23.7.2009, n. 232) e gli obblighi costituenti espressione del mero coordinamento «gravanti sulle Regioni non sono di per sé idonei a ledere sfere di autonomia costituzionalmente garantite» (C. cost., n. 232/2009 e 18.12.2003, n. 376).

Tuttavia, le difficoltà generali dell'attuale panorama delle fonti interessano anche il settore della digitalizzazione: vi sono indicazioni comunitarie che sono tradotte in ritardo e spesso in modo non adeguato nell'ordinamento nazionale⁸; vi sono legislazioni nazionali e regionali che confliggono⁹; vi sono fonti secondarie necessarie che non vengono adottate¹⁰ o che vengono adottate ma non attuate, così da diventare obsolete ancora prima di essere applicate¹¹; vi è una sovrabbondanza di norme, *standard*, provvedimenti del Garante *Privacy* o dell'Agenzia per l'Italia digitale che determinano difficoltà e incertezze nelle prassi applicative.

Anche per quanto riguarda specificamente il settore dei contratti pubblici la situazione attuale si presenta alquanto problematica. A tre anni appena dalla riforma complessiva della materia è stato riavviato il processo di riscrittura

⁶ Art. 12, co. 1-ter D.lgs 231/01.

⁷ Si veda, ad esempio, il D.P.C.M. 22.7.2011 che ha imposto che le PA non potranno più accettare o effettuare comunicazioni in forma cartacea nei rapporti con le imprese.

⁸ Si veda lo stato di attuazione dell'Agenda digitale europea <https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/scoreboard/italy>.

⁹ Si veda, in particolare, la giurisprudenza della Corte costituzionale relativamente al coordinamento informatico, dalla sentenza 16.1.2004, n. 17 alla 13.2.2014, n. 23.

¹⁰ Si veda in proposito il *Monitoraggio dell'Attuazione dell'Agenda digitale italiana*, a cura della Camera dei deputati, 5.3.2014, <https://documenti.camera.it/leg17/dossier/Testi/TR0146.htm>.

¹¹ Si veda il susseguirsi di norme sulla sottoscrizione digitale, a partire dal D.P.R. 10.11.1997, n. 513.

integrale del codice (con il Disegno di legge S. 1162¹²) e si è assistito, con il c.d. “sblocca cantieri”, allo smantellamento di alcune delle novità più significative che avevano caratterizzato il D.lgs. 50/2016.

In questa evoluzione della normativa di settore vi sono sicuramente alcuni interventi prioritari per conseguire l’obiettivo di ridare slancio agli appalti pubblici, attraverso l’eliminazione delle incertezze interpretative, la semplificazione degli adempimenti e l’accelerazione delle procedure di affidamento.

Tali interventi prioritari si ricollegano: a) all’emanazione del Regolamento di attuazione previsto dallo Sblocca cantieri in sostituzione della “*soft regulation*” su cui aveva puntato il Codice del 2016; b) all’attuazione del sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, sicuramente uno dei pilastri del D.lgs. 50/2016¹³, che rappresenta un passaggio fondamentale per la competenza, specializzazione ed efficienza della PA; c) a una maggiore e rinnovata spinta verso l’innovazione e la digitalizzazione dell’intero processo del procurement pubblico (non solo delle fasi relative alla procedura di gara e alla fatturazione ma anche in quelle della progettazione e della realizzazione delle iniziative).

1.2. Profili organizzativi e governance

Nel tempo il legislatore ha effettuato una serie di interventi volti alla creazione di organismi e strutture organizzative aventi il compito di promuovere e coordinare le iniziative finalizzate alla trasformazione digitale della PA. Ciò nonostante, ad oggi il governo del settore non ha trovato ancora un assetto stabile, tanto che vi è stato un continuo mutamento di denominazione e funzioni dell’autorità di riferimento.

La costituzione dell’attuale AgID – Agenzia per l’Italia digitale – risale al 2012, in precedenza nel 1993 era stata istituita l’AIPDA, nel 2003 il CNIPA e nel 2009 la DigitPA con una collocazione istituzionale che è oscillata tra la dimensione dell’autorità indipendente e quella di un’agenzia governativa;

¹² Delega al Governo per la semplificazione, la razionalizzazione, il riordino, il coordinamento e l’integrazione della normativa in materia di contratti pubblici.

¹³ Al riguardo è opportuno sottolineare che il tema della qualificazione non è ripreso dall’indice del regolamento attuativo introdotto dallo “sblocca cantieri” che comunque ha lasciato invariato l’art. 38 del Codice, fatta salva l’introduzione del comma 1-bis relativamente alla società Sport e Salute S.p.A. che, a decorrere dal 1° gennaio 2020 verrà qualificata di diritto come centrale di committenza per conto delle amministrazioni aggiudicatrici o degli enti aggiudicatari operanti nel settore dello sport e tenuti al rispetto del Codice Contratti. Quindi continua ad essere atteso il DPCM su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministro dell’economia e delle finanze, di concerto con il Ministro per la semplificazione della pubblica amministrazione, sentite l’ANAC e la Conferenza Unificata, che già entro 90 gg dall’entrata in vigore del Codice Contratti avrebbe dovuto definire i requisiti tecnico organizzativi per l’iscrizione delle stazioni appaltanti all’elenco di quelle qualificate, in applicazione dei criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione indicati dalla legge delega. [<https://www.agendadigitale.eu/procurement/procurement-pubblico-ecco-le-priorita-codice-contratti-stazioni-appaltanti-e-digitalizzazione/>]

all'AgID è riconosciuta esplicitamente la natura di agenzia governativa, ed è quindi sottoposta ai principi del D.lgs. 30.7.1999, n. 300.

I compiti attribuiti all'AgID sono finalizzati alla diffusione dei sistemi e delle soluzioni dell'*Information and Communication Technology* (ICT) nella PA, attraverso la definizione di standard, l'elaborazione di regole tecniche e il coordinamento informatico dei progetti inseriti nell'agenda digitale italiana.

Il ruolo dell'AgID sotto il profilo tecnico si può considerare sufficientemente definito e consolidato mentre, per quanto concerne la *governance* e gli indirizzi politici del processo di informatizzazione, la situazione è ancora molto incerta.

L'AgID è infatti sottoposta alla vigilanza del Presidente del Consiglio dei Ministri, del Ministro dell'economia e delle finanze, del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, del Ministro dello sviluppo economico e del Ministro dell'istruzione. Non bastasse questo, l'AgID deve anche seguire gli indirizzi fissati dalla Cabina di regia¹⁴ per l'agenda digitale, istituita per disciplinare un intreccio di interessi e di competenze estremamente complesso.

Se si considera che l'attuale ordinamento prevede compiti in materia di informatizzazione della PA anche in capo al Presidente del Consiglio dei ministri, agli uffici dirigenziali generali delle amministrazioni e alla Conferenza permanente per l'innovazione tecnologica (artt. 16-18), appare del tutto evidente che vi è la necessità di una decisa semplificazione dell'assetto organizzativo.

1.3. L'Agenda digitale

Per inquadrare in una prospettiva unitaria i numerosi ambiti di intervento su cui la trasformazione digitale deve agire, è opportuno riferirsi all'Agenda digitale per l'Europa¹⁵, in vigore dal 2010, che rappresenta una delle sette iniziative strategiche stabilite dalla Commissione UE nel programma denominato Europa 2020.

Tale agenda prevede la realizzazione di 101 azioni afferenti sette distinte aree: 1) istituzione di un mercato digitale unico; 2) sviluppo dell'interoperabilità e dell'uso di standard; 3) miglioramento della fiducia e della sicurezza della rete internet; 4) aumento della velocità di accesso alla rete; 5) potenziamento degli investimenti per la ricerca e lo sviluppo; 6) miglioramento dell'alfabetizzazione e dell'inclusione digitale; 7) sfruttamento dei vantaggi offerti dall'ICT per

¹⁴ La "Cabina di regia" è strutturata in 6 sottogruppi, coordinati dal Ministero dello Sviluppo economico, dal Dipartimento per l'Editoria della Presidenza del Consiglio dei ministri, dal Ministero dell'Istruzione, dal Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione e dal Ministro per il Sud e la coesione territoriale.

¹⁵ Lo scopo generale dell'Agenda digitale europea è ottenere vantaggi socioeconomici sostenibili grazie a un mercato unico basato su Internet veloce e superveloce e su applicazioni interoperabili. [(COM/2010/0245 f/2)]

affrontare le sfide poste alla società europea dai cambiamenti climatici e dall'invecchiamento della popolazione.

Naturalmente, spetta a ogni singolo stato il compito di definire una propria agenda per il processo di digitalizzazione e di allocare le risorse finanziarie, tecnologiche e umane necessarie alla realizzazione delle iniziative ritenute prioritarie.

Nel definire il programma della progressiva informatizzazione occorre considerare un tema fondamentale, quello del *digital divide*, al fine di evitare che si possano determinare delle discriminazioni o delle disparità nell'accesso ai servizi digitali, sia riguardo alle persone (si pensi agli anziani, ai disabili, agli indigenti) sia relativamente alle zone di territorio (più o meno remote rispetto alla presenza di infrastrutture per la connettività).

Per evitare il problema del *digital divide* sarà necessario da un lato, investire molte risorse sull'alfabetizzazione del personale addetto, dall'altro, rendere effettiva la comunicazione e cooperazione tra le amministrazioni della PA.

Per potersi concretizzare in modo efficace ed efficiente, la cooperazione tra le strutture centrali e periferiche della PA deve fare leva sullo sviluppo di un mercato digitale unico, sugli appalti, su un approccio che privilegi l'acquisizione di soluzioni innovative, anche attraverso nuove forme di interazione e collaborazione tra pubblico e privato.

Il Governo ha recentemente lanciato la piattaforma “appaltinnovativi.gov” e previsto lo stanziamento di fondi ad hoc per valorizzare gli appalti dell'innovazione. Con il lancio della citata piattaforma, l'AgID si pone l'obiettivo di “far conoscere un'amministrazione diversa, che sperimenta e sfida il meglio del mercato, della conoscenza e della capacità industriale, favorendo l'incontro tra domanda e offerta di servizi innovativi tra amministrazioni, operatori di mercato e centri di ricerca”.

Tuttavia, la direzione normativa intrapresa con la Legge delega per l'integrale revisione del Codice dei contratti pubblici appalti sembra ancora essere incentrata sul rispetto di regole e formalismi piuttosto che focalizzata sul risultato¹⁶.

1.4. L'ecosistema della PA

Il punto di partenza delle riflessioni finalizzate all'individuazione di un percorso virtuoso per la trasformazione digitale della PA deve, necessariamente, muovere dall'analisi dell'intero ecosistema in cui l'amministrazione pubblica, nelle sue varie articolazioni, agisce. Infatti, non è possibile concepire un disegno di informatizzazione “a macchia di leopardo” o tale da prevedere segmentazioni

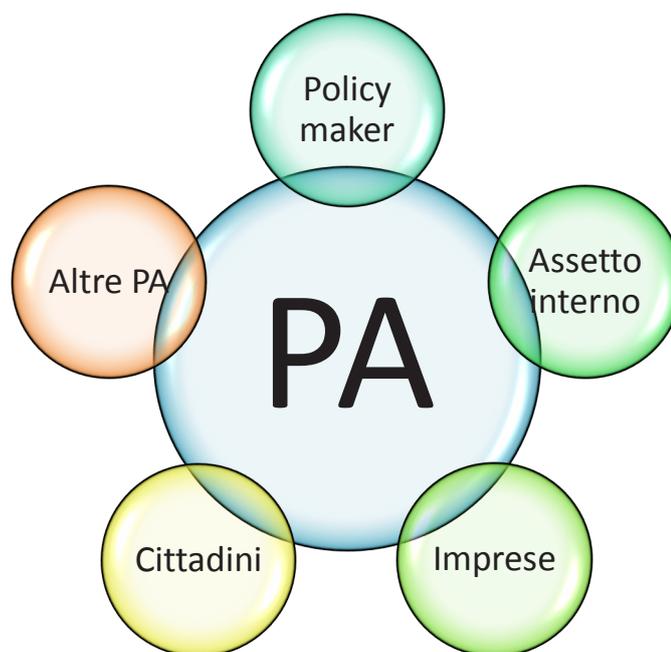
¹⁶ Niccolò Cusumano – SDA Bocconi. [<https://www.agendadigitale.eu/procurement/appalti-e-innovazione-troppo-attenzione-alle-regole-a-discapito-del-risultato/>]

e/o limitazioni dei servizi più innovativi a determinate categorie di soggetti: lo sforzo di trasformazione deve agire nella direzione della massima integrazione e inclusione delle istanze poste dalla società civile.

La Fig. 1 fornisce uno schema delle “componenti” principali dell’ecosistema della PA; ognuno dei “soggetti” indicati nei cerchi periferici rappresenta l’interlocutore di una relazione fondamentale per il ruolo e l’azione che la PA deve esprimere; soltanto l’assetto interno non individua un soggetto “altro” bensì si riferisce all’organizzazione e alle relazioni interne della singola struttura PA.

Il passo successivo è quello di esplicitare e schematizzare i processi attraverso i quali si sviluppa la relazione tra la PA e gli altri soggetti individuati nella Fig. 1 e, analizzando le caratteristiche e gli obiettivi degli stessi, determinare i relativi fabbisogni informativi, i vincoli da rispettare, i controlli da prevedere, i prodotti/ servizi da fornire e/o da acquisire.

Fig. 1



Senza avere la pretesa di esaurire in questa sede l’analisi di tutti gli aspetti operativi della PA, è opportuno tuttavia individuare, per ognuna delle relazioni sopra schematizzate, i principali macro-processi attraverso i quali deve necessariamente essere concepita e realizzata la trasformazione digitale:

- Assetto interno: i meccanismi di funzionamento interno delle strutture della PA costituiscono la base sui cui costruire qualunque progetto di cambiamento e di innovazione dei servizi erogati alla comunità *latu senso*. In tale ottica i macro-processi più rilevanti sono quelli relativi a: a) Rilevazione delle esigenze; b) Pianificazione delle iniziative e programmazione delle risorse; c) Gestione del personale; d) Gestione

contabile; e) Controllo di gestione; f) Gestione documentale e *info sharing*;

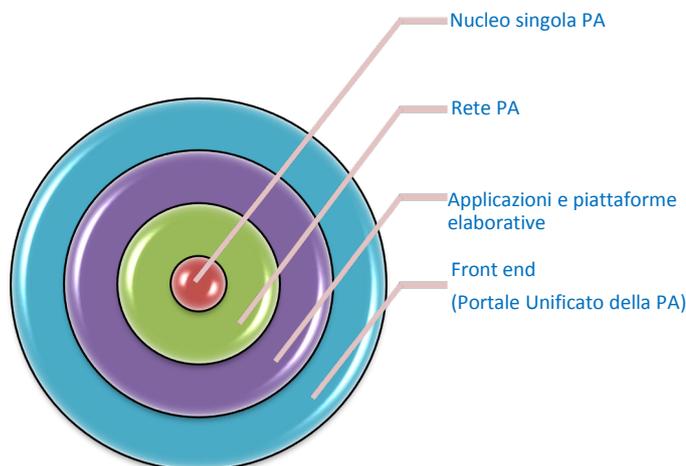
- Imprese: la relazione con il mercato degli operatori economici si esplica attraverso: a) Processo di *procurement* (acquisizione e valutazione delle offerte di beni e servizi, aggiudicazione dell'appalto e stipula del contratto); b) Gestione dei contratti; c) Verifica dei livelli di servizio e dei risultati attesi; d) Servizio di tesoreria;
- Cittadini: l'interazione con i cittadini poggia sui seguenti processi: a) Ufficio relazioni con il pubblico; b) Identificazione e autenticazione dei soggetti; c) Organizzazione dei servizi offerti; d) Assistenza e consulenza agli utenti; e) Servizio di tesoreria; f) Rendicontazione sui livelli di servizio assicurati;
- Altre PA: l'idea fondamentale su cui deve snodarsi la relazione e la collaborazione tra le diverse strutture della PA è rappresentata dai concetti di "rete" e di "interoperabilità". In tale prospettiva, i processi essenziali sono quelli riferibili a: a) Condivisione dei dati; b) Scambio dei documenti; c) Gestione univoca delle credenziali di accesso ai servizi (*single sign-on*);
- *Policy maker*: affinché vi sia la giusta attenzione alle politiche di sviluppo e alla verifica dei risultati in termini di efficacia e efficienza dell'azione amministrativa, è necessario che tra le strutture della PA e la sfera governativa/politica siano attivi processi in grado di fornire dati statistici, *feedback* sul livello di soddisfazione delle diverse categorie di utenti, proposte e suggerimenti per piani d'azione finalizzati al miglioramento dei servizi resi.

Una visione organica e sistematica dei macro-processi sopra delineati richiede l'utilizzo di uno schema concettuale di riferimento robusto, capace di evidenziare le interrelazioni esistenti, i requisiti funzionali, gli input e gli output delle diverse fasi operative, i meccanismi di controllo/governo per assicurare la qualità dei risultati, le misure di mitigazione dei rischi operativi. Tale schema generale di riferimento può essere fornito dal *framework* della certificazione di qualità ISO 9001:2015, le cui caratteristiche e vantaggi sono stati già trattati nel Capitolo "La certificazione di qualità nella PA come fulcro per il buon funzionamento dei processi operativi".

Stabilito un sistema coordinato di processi, l'obiettivo di una trasformazione digitale della PA integra la definizione di un'architettura informativa e informatica coerenti. Idealmente, questa dovrebbe essere strutturata su quattro livelli concentrici (cfr. Fig. 2): Front end: rappresenta il livello più esterno e di contatto con la popolazione degli utenti (cittadini e imprese) e il punto di accesso ai servizi (Portale Unificato della PA); Applicazioni e piattaforme elaborative: è il livello intermedio che raggruppa tutte le funzioni necessarie all'erogazione dello specifico servizio richiesto dall'utente; Rete PA: è il livello che realizza e gestisce l'interconnessione tra tutti i sistemi informatici delle diverse amministrazioni

pubbliche, essenziale per la condivisione dei dati e lo scambio dei documenti;
Nucleo singola PA: costituisce l'insieme delle risorse informatiche utilizzate per i processi operativi interni di ciascuna amministrazione pubblica.

Fig. 2



Affinché questa architettura complessa possa funzionare senza soluzione di continuità e con livelli di servizio adeguati rispetto alle legittime aspettative dei cittadini e delle imprese, è necessario che disponga di “carburante” in quantità sufficiente in ogni momento della sua attività ovvero che possa essere “rifornita” puntualmente e mantenuta in efficienza in tutte le sue componenti.

Queste condizioni possono essere assicurate nel tempo soltanto da un sistema di *procurement* pubblico moderno, che sappia aggregare la domanda di beni e servizi ma anche le competenze, in grado di implementare un processo di acquisto digitalizzato end-to-end.

1.5. I fattori abilitanti della digitalizzazione

La pressione relativa alla digitalizzazione dei processi di *business* ha raggiunto ormai un'intensità molto elevata, sia nel mondo delle imprese sia nell'ambito degli organismi pubblici. Ciò nonostante, le più recenti ricerche dimostrano che, almeno nel 45% dei casi, la trasformazione digitale non si traduce nei profitti che i committenti si attendono; soltanto nel 10% dei casi i vantaggi conseguiti superano le attese¹⁷.

In particolare, le citate ricerche hanno dimostrato anche che l'adesione a un set ben definito di *best practices* che gli *executives* scelgono di seguire,

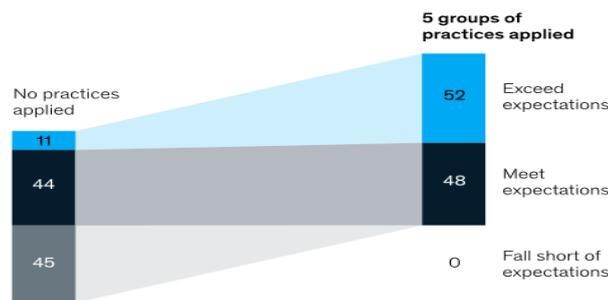
¹⁷ J. BUGHIN, J. DEAKIN, B. O'BEIRN (McKinsey Quartely, October 2019).

incrementa drasticamente la probabilità che la digitalizzazione porti a vantaggi superiori a quelli attesi (cfr. Fig. 3).

Fig. 3

Applying five groups of digital-transformation practices maximizes the likelihood of exceeding performance expectations.

Likelihood of 3 outcomes for digital transformation, %



McKinsey & Company

Dalle suddette analisi sono emersi, infatti, cinque fattori tematici in grado di spostare sensibilmente l’ago delle prestazioni; tali fattori possono essere così sintetizzati:

- (a) **Stabilire priorità chiare**
 Nell’economia della digitalizzazione, focalizzarsi su un numero ridotto di tematiche direttamente collegate a risultati misurabili delle attività di *business*, influenza favorevolmente le probabilità di successo dell’iniziativa, soprattutto nei casi in cui si individuano gli elementi del processo di trasformazione che comportano scelte “*hard to reverse*” per l’impresa e si definisce il modo in cui tali elementi devono essere approcciati.
- (b) **Investire nei talenti, soprattutto a livello di *leader***
 Le ricerche di settore evidenziano che la digitalizzazione tende a dare risultati migliori quando le organizzazioni (private o pubbliche) riescono ad attrarre e sviluppare talenti con grandi competenze digitali e analitiche. Allo stesso tempo, è stato dimostrato che il processo di trasformazione digitale richiede la disponibilità di leader specializzati, che possono dare un contributo decisivo alla costruzione di un sistema culturale innovativo più orientato al pieno sfruttamento delle tecnologie informatiche.
- (c) **Impegnare tempo e risorse economiche**
 Anche con la definizione di un set di priorità e la disponibilità di risorse con skills adeguate le organizzazioni possono incontrare difficoltà nel sostenere il loro focus sulla trasformazione digitale. Per evitare

queste difficoltà le imprese (gli enti) devono riservare fondi sufficienti e definire piani di sviluppo delle attività sostenibili.

(d) Scegliere assetti organizzativi agili

La velocità vertiginosa dell'economia digitale impone alle strutture di business di rivisitare e riallineare le proprie priorità molto più spesso di quanto non accadesse in passato. Le ricerche condotte dalla McKinsey sottolineano come siano, in larga prevalenza, le imprese connotate da assetti e processi operativi improntati all'agilità ad avere la capacità di generare nuove idee e assumere rischi appropriati, nel perseguire i propri obiettivi di business attraverso soluzioni digitali.

(e) Empowerment delle risorse umane

Sempre con riferimento ai risultati cui è pervenuta la ricerca condotta dalla McKinsey, sembra dimostrato che le performance della trasformazione digitale tendono a crescere quando si promuove il potenziamento delle competenze digitali degli addetti a tutti i livelli, non solo nelle posizioni più elevate e apicali. Inoltre, la digitalizzazione ha maggiori probabilità di ottenere risultati molto positivi quando vi sono, all'interno delle organizzazioni, responsabilità e ruoli ben definiti e quando è chiaramente incaricato un owner per ciascuna iniziativa di trasformazione; in questa prospettiva è indubbio che la disponibilità di un sistema certificato di gestione per la qualità rappresenta un vantaggio decisivo.

1.6. Infrastrutture trasversali

Per sostenere con decisione e in modo efficace una strategia di trasformazione digitale a livello nazionale occorre, in aggiunta a un approccio organizzativo in grado di enfatizzare i fattori abilitanti sopra descritti, disporre di infrastrutture trasversali su cui innestare un'offerta di servizi innovativi ed efficienti.

Si esprimono in tal senso sia il documento "Strategia per la crescita digitale 2014-2020" della Presidenza del Consiglio dei Ministri¹⁸ sia il più recente "Piano triennale per l'informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021", aventi l'obiettivo di promuovere nuove azioni per accelerare la transizione al digitale di amministrazioni e territori e far diventare i cittadini e le imprese protagonisti dell'innovazione¹⁹.

¹⁸ Pubblicato il 3 marzo 2015.

¹⁹ Il Piano contiene importanti elementi per strutturare la *governance*: sostiene il percorso inclusivo di crescita digitale delle PA centrali e locali puntando sulla figura del Responsabile per la transizione al digitale, rafforza gli interventi a supporto delle amministrazioni locali per colmare il divario tra i diversi territori del Paese. Il Piano è stato pubblicato dopo essere stato presentato alla Conferenza Stato Regioni e alla Commissione speciale Agenda Digitale, in modo da condividere il percorso attuativo, dando seguito al coinvolgimento delle Pubbliche amministrazioni locali e centrali durante la fase di stesura e raccordo. [<https://www.AgID.gov.it/it/agenzia/stampa-e-comunicazione/notizie/2019/03/11/piano-triennale-libera-strategia-2019-21>].

Cercando di concettualizzare al massimo il tema, possiamo affermare che le iniziative volte a realizzare le infrastrutture trasversali più importanti per la transizione al digitale sono le seguenti:

- (a) Sistema Pubblico di Connettività (SPC): rappresenta il *framework* italiano per garantire la connettività e l'interoperabilità delle pubbliche amministrazioni. L'architettura di tale sistema prevede l'utilizzo di reti a banda ultra larga (100 MB al secondo) in abbinamento a *hot spot* per l'accesso tramite Wi-Fi in tutti gli edifici pubblici e nei luoghi ad alta frequentazione;
- (b) Razionalizzazione del patrimonio ICT, consolidamento dei *data center* e *Cloud computing*: non vi può essere una trasformazione digitale "sostenibile" per la PA sotto il profilo degli investimenti necessari e dei costi di esercizio (*total cost of ownership*) se non attraverso un processo di razionalizzazione del patrimonio ICT esistente, razionalizzazione che deve avere il suo fulcro nello sfruttamento delle potenzialità innovative del *cloud computing*. Elementi essenziali di tale processo devono essere, come chiaramente indicato nella citata "Strategia per la crescita digitale 2014-2020": i) la centralizzazione degli interventi, della programmazione e della spesa; ii) il coordinamento tra PA centrale e Amministrazioni locali, per una drastica riduzione del numero dei data center pubblici; iii) la standardizzazione e l'ottimizzazione delle applicazioni in un'ottica di massima integrazione; iv) l'interoperabilità e l'apertura dei dati (*open data*)²⁰. È intuitivo che le iniziative finalizzate alla razionalizzazione del patrimonio ICT e al pieno sfruttamento delle tecnologie *cloud computing* costituiscono un prerequisito fondamentale per il raggiungimento sia dell'obiettivo di riduzione delle stazioni appaltanti sia di piena qualificazione delle stesse rispetto alle complessive esigenze dell'ecosistema della PA;
- (c) *Digital Security* per la PA: questo progetto nasce con l'obiettivo di accrescere il livello intrinseco di sicurezza delle informazioni e delle comunicazioni digitali, allo scopo di implementare nuovi servizi per le imprese e i cittadini, rispettando i requisiti di riservatezza (*privacy*), integrità e continuità di funzionamento. Si tratta, indubbiamente, di un'infrastruttura critica per la sussistenza di una relazione *trusted* tra la PA nelle sue varie articolazioni e i propri utenti (imprese e cittadini)²¹.
- (d) Servizio Pubblico d'Identità Digitale (SPID): l'iniziativa punta a garantire a tutti i cittadini e alle imprese un'identità digitale univoca (identificazione e autenticazione) per l'accesso "in sicurezza" ai

²⁰ L'articolo 68 del CAD definisce il formato dei dati di tipo aperto come "un formato di dati reso pubblico, documentato esaurientemente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi."

²¹ Rientra in questo progetto anche la realizzazione del CERT-PA (Computer Emergency Response Team per la PA).

servizi digitali della PA. Requisito fondamentale dello SPID è quello di un elevato grado di usabilità attraverso l'impiego di strumenti multiplatforma. In prospettiva si tratta di un'infrastruttura il cui utilizzo può estendersi anche ai soggetti privati che vi aderiranno;

- (e) pagoPA: è un sistema per i pagamenti elettronici realizzato per rendere più **semplice, sicuro e trasparente** qualsiasi pagamento debba essere effettuato dai cittadini verso la Pubblica Amministrazione. Esso rappresenta un'infrastruttura fondamentale per l'offerta e la diffusione dei servizi digitali da parte delle amministrazioni pubbliche²², il cui utilizzo comporta un risparmio economico per il Paese e produce vantaggi indiretti anche sotto il profilo della sostenibilità ambientale (riduzione degli spostamenti e conseguente riduzione del traffico). Il sistema pagoPA è stato realizzato dall'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) in attuazione dell'art. 5 del *Codice dell'Amministrazione Digitale* e del D.L. 179/2012, come convertito in legge. Con il D.L. 135/2018 la gestione di pagoPA è stata trasferita alla Presidenza del Consiglio, che si avvale del Commissario straordinario per l'attuazione dell'agenda digitale, ed è stata anche disposta la costituzione di una società per azioni partecipata dallo Stato che opererà sotto l'indirizzo del Presidente del Consiglio.

2. *La semplificazione attraverso la digitalizzazione*

2.1. *Principi e obiettivi*

La transizione digitale rappresenta un'opportunità storica per ammodernare e rendere più efficiente la PA, assicurando servizi di migliore qualità alla comunità e, allo stesso tempo, garantendo una sempre più elevata *accountability*.

Gli obiettivi sopra enunciati possono concretamente essere conseguiti solo se il processo di trasformazione digitale integra un parallelo, ineludibile processo di semplificazione degli assetti organizzativi, delle norme, delle procedure e degli strumenti.

Vale al riguardo citare quanto affermato dal Governo in occasione dell'approvazione del Piano triennale per l'informatica nella Pubblica

²² Il sistema pagoPA permette di pagare tributi, tasse, utenze, rette, quote associative, bolli e qualsiasi altro tipo di pagamento verso le Pubbliche Amministrazioni centrali e locali, ma anche verso altri soggetti, come le aziende a partecipazione pubblica, le scuole, le università, le ASL. Nello specifico, con pagoPA si possono fare pagamenti verso tutti gli Enti della Pubblica Amministrazione, tutte le società a controllo pubblico e verso società private che forniscono servizi al cittadino purché aderiscano all'iniziativa. A questo riguardo, le Pubbliche Amministrazioni e le società a controllo pubblico aderiscono al sistema pagoPA perché previsto dalla legge. I "Prestatori di Servizi di Pagamento" (PSP) aderiscono al sistema pagoPA su base volontaria per erogare servizi di pagamento ai propri clienti (cittadini e imprese) sia occasionali che abituali. Ogni PSP aderente decide quanti e quali servizi di pagamento rendere disponibili: carta di credito, addebito in conto, ecc. [<https://www.pagopa.gov.it/it/pagopa/>]

Amministrazione 2019-2021”: “Con il nuovo Piano Triennale si sono messe le basi per permettere alla PA di cominciare a correre; la transizione al digitale è un percorso appena avviato che richiede forte coesione tra soggetti istituzionali e mondo delle imprese, per superare difficoltà e ostacoli di carattere strutturale e culturale”. Particolarmente significativo, nel citato Piano, è il richiamo all’impegno e al ruolo che i Responsabili della Transizione Digitale (RTD) sono chiamati a svolgere nelle loro amministrazioni per trasformare la strategia in azioni concrete, anche attraverso la promozione di iniziative formative volte a sostenere gli sforzi progettuali.

Si tratta, in altri termini, di procedere nella direzione indicata dal Piano di azione europeo sull’*eGovernment*²³, che impegna gli Stati membri ad attuare politiche informate ai seguenti principi²⁴:

- *digital first e digital by default*: le pubbliche amministrazioni devono concepire e implementare servizi digitali come opzione predefinita;
- *once only*: le pubbliche amministrazioni devono evitare di chiedere a cittadini e imprese informazioni già fornite;
- *digital identity only*: devono essere adottati sistemi generalizzati di identità digitale (le PA italiane devono adottare lo SPID);
- *cloud first*: le pubbliche amministrazioni devono, in via prioritaria, valutare l’adozione del paradigma cloud nello sviluppo di nuovi servizi digitali, anche per prevenire il rischio di *lock-in*;
- inclusività e accessibilità dei servizi, anche sotto il profilo territoriale: la progettazione dei servizi digitali deve tenere conto delle diverse esigenze delle persone, ad esempio degli anziani e delle persone con disabilità, e anche delle esigenze poste dalle minoranze linguistiche presenti sul territorio nazionale;
- apertura e trasparenza dei dati e dei processi amministrativi: si tratta di garantire quanto stabilito dal Codice dell’Amministrazione Digitale (D. Lgs. n. 82/2005), che prevede il principio di “*disponibilità dei dati pubblici*” (enunciato all’art. 2, comma 1, e declinato dall’art. 50, comma 1) come possibilità, per soggetti pubblici e privati, “*di accedere ai dati senza restrizioni non riconducibili a esplicite norme di legge*”(art.1, lett. o) e riprende il concetto di formato aperto²⁵ e quello di dato di tipo aperto²⁶;

²³ Comunicazione “EU eGovernment Action Plan 2016-2020”, COM (2016) 179, 19.4.2016.

²⁴ Piano triennale per l’informatica nella Pubblica Amministrazione 2019-2021.

²⁵ Formato di dati reso pubblico, documentato esaustivamente e neutro rispetto agli strumenti tecnologici necessari per la fruizione dei dati stessi.

²⁶ Dati disponibili a chiunque (anche per finalità commerciali) sulla base di una licenza o di una previsione normativa e accessibili attraverso le tecnologie dell’informazione e della comunicazione, ivi comprese le reti telematiche pubbliche e private, in formati aperti.

- transfrontaliero per definizione: le pubbliche amministrazioni devono rendere disponibili i servizi pubblici digitali rilevanti a livello transfrontaliero;
- interoperabile per definizione: i servizi pubblici digitali devono essere progettati per funzionare in modo integrato in tutto il mercato unico;
- fiducia e sicurezza: in applicazione del principio di *security and privacy by design*, i profili relativi alla protezione dei dati personali, alla tutela della vita privata e alla sicurezza informatica devono essere considerati e recepiti fin dalla fase di progettazione dei servizi pubblici digitali.

Un ruolo importante nella realizzazione dell’infrastruttura di *eGovernment* a livello comunitario è svolto da PEPPOL²⁷, un vasto progetto europeo per gli appalti elettronici nato nell’ambito del Programma Europeo per l’Innovazione e la Competitività (CIP) e gestito da istituzioni e organismi pubblici di vari paesi dell’Unione europea, con l’obiettivo di offrire un’infrastruttura e servizi informatici standardizzati per organizzare e gestire appalti pubblici *online* a livello europeo²⁸.

PEPPOL offre una infrastruttura basata su standard aperti ed opera attraverso una rete di nodi (Access Point) a cui gli operatori pubblici e privati possono rivolgersi per comunicare tra loro e scambiare i documenti di gara in modo sicuro e affidabile in formati elettronici unificati; inoltre, esso fornisce i punti di interoperabilità necessari per collegare le piattaforme già esistenti negli Stati membri e mette a disposizione una serie di specifiche tecniche che possono essere adoperate nei servizi di *e-Procurement* esistenti per renderli interoperabili in tutta l’Europa.

2.2. *Ambiti applicativi e tecnologie*

In un contesto che vede la trasformazione digitale ancora come un processo in evoluzione e parzialmente pervasivo rispetto alla complessiva articolazione della PA, si possono individuare, tuttavia, alcuni ambiti applicativi per i quali i progressi nella direzione di una piena maturità digitale, pur non costituendo ancora un risultato definitivo, appaiono più consistenti.

Prima di effettuare una ricognizione di tali ambiti, è opportuno soffermarsi su due profili, già accennati, che rappresentano forse lo snodo cruciale per l’obiettivo

²⁷ PEPPOL è l’acronimo di “Pan-European Public Procurement On-line”.

²⁸ Il Sole 24 Ore – Dossier Appalti – E-public procurement – “Il ruolo delle ICT nell’innovazione del processo di approvvigionamento della PA”, a cura di Stefania Puggioni (giugno 2016).

della semplificazione; tali profili sono quelli della dematerializzazione²⁹ e della virtualizzazione dell'interfaccia tra il cittadino/l'impresa e le amministrazioni pubbliche.

Relativamente al primo dei due profili sopra citati, in modo analogo a quanto accade per un documento cartaceo (analogico), il documento elettronico viene sottoscritto con firma digitale, protocollato in archivio informatico e trasmesso con posta elettronica PEO (Posta Elettronica Ordinaria) o PEC (Posta Elettronica Certificata), a seconda che si voglia eseguire un invio *mail* di tipo ordinario o con ricevuta di ritorno³⁰.

La dematerializzazione gestita per mezzo delle tecnologie e degli strumenti sopra richiamati e la possibilità di accesso diffuso attraverso il proprio SPID ai sistemi informativi delle amministrazioni pubbliche, sono i meccanismi di base per reingegnerizzare i processi della PA – evitando il rischio della mera trasposizione dal mondo analogico a quello digitale delle prassi burocratiche – e quindi per addivenire a uno snellimento dei processi e a una decisa semplificazione delle modalità di interazione tra le amministrazioni pubbliche e i propri utenti.

È in questa prospettiva che si inserisce l'iniziativa intrapresa dal Team Digitale³¹ che renderà disponibile, entro la fine del corrente anno e a valle di un periodo di sperimentazione che ha interessato alcuni comuni, la nuova APP “IO”

²⁹ Con l'entrata in vigore (2006) del D.lgs. n.82 del 7 marzo 2005 n.82 (CAD, acronimo di “Codice dell'Amministrazione Digitale”) il termine *dematerializzazione* viene usato per i documenti e gli atti cartacei delle Pubbliche Amministrazioni per identificare la progressiva perdita di consistenza fisica degli archivi cartacei con la loro sostituzione in forma digitale. Tutti i documenti aventi rilevanza giuridica possono non essere più realizzati su supporto tradizionale analogico, ovvero il cartaceo, ma su supporti informatici. A tal proposito l'art. 42 del CAD avente per titolo “Dematerializzazione dei documenti delle Pubbliche Amministrazioni” recita che “*Le pubbliche amministrazioni valutano in termini di rapporto tra costi e benefici il recupero su supporto informatico dei documenti e degli atti cartacei dei quali sia obbligatoria o opportuna la conservazione e provvedono alla predisposizione dei conseguenti piani di sostituzione degli archivi cartacei con archivi informatici...*” nel rispetto delle regole tecniche impartite dall'AgID. Fino ad oggi il CAD è stato oggetto di ben 29 aggiornamenti e si possono evidenziare 5 importanti interventi correttivi effettuati attraverso l'emanazione dei seguenti decreti: i) Decreto Legislativo 4 aprile 2006, n.159; ii) Decreto Legislativo 30 dicembre 2010, n.235; iii) Decreto – Legge 18 ottobre 2012, n.179; iv) Decreto Legislativo 13 dicembre 2017, n. 217. [<https://www.ictsecuritymagazine.com/articoli/la-dematerializzazione-della-pubblica-amministrazione-la-trasposizione-dellanalogico-nel-digitale/>]

³⁰ Altri due elementi essenziali per la consistenza e l'equivalenza del documento dematerializzato sono il “domicilio digitale” (Art.1 lettera n-ter del CAD): “*un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato*” e “l'identità digitale” (art.1 lettera U-quater del CAD): “*la rappresentazione informatica della corrispondenza tra un utente e i suoi attributi identificativi, verificata attraverso l'insieme dei dati raccolti e registrati in forma digitale secondo le modalità fissate nel decreto attuativo dell'articolo 64.*”

³¹ Il Team per la Trasformazione Digitale nasce per avviare la costruzione del “sistema operativo” del Paese, una serie di componenti fondamentali sui quali costruire servizi più semplici ed efficaci per i cittadini, la Pubblica Amministrazione e le imprese, attraverso prodotti digitali innovativi. La struttura commissariale è stata istituita il 16 settembre 2016 con una prima scadenza fissata al 16 settembre 2018. La struttura ha operato in regime di prorogatio fino al 30 ottobre 2018. Il 25 ottobre 2018 è stato nominato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il nuovo Commissario Straordinario per l'attuazione dell'Agenda Digitale e la struttura è stata rinnovata. [<https://teamdigitale.governo.it/it/chi-siamo>]

(IO sta per “Italia Online”) sugli *store* Android e Apple. L’APP IO costituirà il cruscotto operativo di ogni cittadino, dove ciascuno potrà utilizzare i propri strumenti di cittadinanza digitale – l’identità, il domicilio, le firme digitali – trovando avvisi e comunicazioni a lui diretti da parte della PA, su scadenze o adempimenti e, in prospettiva, anche sull’accesso a tutti gli atti, documenti e procedimenti che lo riguardano³².

Le funzionalità di IO sono diverse e destinate a crescere nel tempo, con il progredire del processo di trasformazione digitale; inoltre, le stesse potranno essere configurate e gestite sulla base delle scelte di profilo che l’utente deciderà di adottare. In generale le funzionalità dell’APP possono essere raggruppate in:

- Ricezione di messaggi e notifiche;
- Gestione dei pagamenti verso la PA (e anche verso i privati che aderiranno);
- Consultazione documenti (anche richiesta di certificati anagrafici tramite ANPR³³).

Fig. 4 – Interfaccia dell’app IO



³² <https://www.agendadigitale.eu/cittadinanza-digitale/lapp-io-della-cittadinanza-digitale-ecco-che-devono-sapere-cittadini-e-amministrazioni/>.

³³ L’Anagrafe Nazionale della Popolazione Residente (ANPR), è la banca dati nazionale nella quale confluiranno progressivamente le anagrafi comunali. L’ANPR è un sistema integrato che consente ai Comuni di svolgere i servizi anagrafici e di consultare o estrarre dati, monitorare le attività, effettuare statistiche; essa costituisce un punto di riferimento unico per l’intera PA e per tutti coloro che sono interessati ai dati anagrafici, in particolare i gestori di pubblici servizi. Con le modifiche apportate all’art. 62 del CAD, si prevede che ANPR conterrà, oltre ai dati anagrafici, l’archivio nazionale informatizzato dei registri di Stato civile e i dati delle liste di leva. [<https://www.AgID.gov.it/piattaforme/anagrafe-nazionale-popolazione-residente>]

Di seguito si fornisce una breve descrizione dello stato dell'arte di alcune applicazioni innovative della PA basate sul paradigma digitale:

- (a) *eProcurement*: obiettivo dell'*eProcurement* è di realizzare la semplificazione, digitalizzazione e trasparenza delle procedure relative all'aggiudicazione e alla gestione dei contratti pubblici di beni, lavori e servizi³⁴. La digitalizzazione dei processi di *procurement* delle pubbliche amministrazioni è uno dei principali *driver* delle politiche della Commissione Europea.

In Italia, un passo molto importante in questa direzione è stato compiuto con l'emanazione, il 19 aprile 2016, del D.lgs. n. 50, che dà disposizioni specifiche in merito al recepimento delle direttive europee e introduce le azioni necessarie a regolamentare e standardizzare i processi e le procedure in ambito *e-procurement*. In particolare, il comma 10 dell'art. 58 del Decreto prescrive che: “L’Agenzia per l’Italia Digitale emana regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione.”

Tale disciplina è stata definita dall'AgID con la Circolare n.3 del 6 dicembre 2016 recante “Regole tecniche aggiuntive per garantire il colloquio e la condivisione dei dati tra i sistemi telematici di acquisto e di negoziazione”; l'obbligo di utilizzo del formato elettronico per le comunicazioni nelle procedure di gara, così come stabilito dal nuovo Codice dei contratti, è entrato in vigore dal 18 ottobre 2018³⁵.

Nonostante la disponibilità di regole tecniche e di piattaforme elaborative in grado di supportare l'esperimento di gare in modalità telematica, i dati dell'Osservatorio Agenda Digitale del Politecnico di Milano evidenziano che la continua stratificazione del *framework* normativo in materia di appalti impedisce al *procurement* di svolgere appieno la sua funzione di stimolo e trampolino per l'innovazione digitale in Italia³⁶.

Nel *workshop* organizzato a settembre 2019 dall'Osservatorio Agenda Digitale al Politecnico di Milano le aziende che lavorano con la PA hanno denunciato che i processi pubblici per l'acquisto di innovazione digitale risentono

³⁴ Nel *public procurement* si distinguono due processi: pre-aggiudicazione e post-aggiudicazione. Nel processo di pre-aggiudicazione si ha la dematerializzazione e la regolamentazione delle gare di appalto pubblico attraverso l'effettuazione di gare telematiche. In attuazione delle direttive europee l'espletamento delle gare telematiche prevede l'obbligo delle comunicazioni elettroniche e specificatamente l'utilizzo di:

- *e-notification*: pubblicazione elettronica dei bandi di gara;
- *e-access*: accesso elettronico ai documenti di gara;
- *e-submission*: presentazione elettronica delle offerte;
- ESPD: documento di gara unico europeo;
- e-Certis: il sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure d'appalto.

³⁵ Previsto dal comma 2 dell'art. 40 del D.lgs. 50/2016 e ss.mm.ii.

³⁶ <https://www.agendadigitale.eu/procurement/public-procurement-regole-troppo-incerte-frenano-la-digitalizzazione-ecco-cosa-fare/>.

di regole poco chiare e, di conseguenza, di funzionari insicuri circa le azioni da intraprendere³⁷.

Per modificare questa situazione occorre agire a due livelli:

- Prima di tutto è necessaria una “tregua normativa”, che eviti i continui stravolgimenti sul piano legale e amministrativo. Ma occorre anche sviluppare un nuovo *framework* di riferimento in grado di coniugare la dimensione legale e quella tecnologica, per sfruttare al meglio la transizione digitale e ridurre alcune rigidità del sistema fortemente penalizzanti sotto il profilo dell’efficienza della PA;
 - Velocizzare l’adozione del NSO – Nodo Smistamento Ordini – nella gestione digitale degli appalti, il cui obbligo è stato introdotto dalla Legge di bilancio 2018 per lo scambio di ordini d’acquisto tra privati e pubbliche amministrazioni. Inizialmente, l’obbligo riguarderà gli enti del Servizio Sanitario Nazionale, poi sarà esteso a tutte le altre amministrazioni. L’obiettivo è garantire maggiore trasparenza nelle spese pubbliche e nelle procedure d’acquisto, ma anche semplificare e digitalizzare i processi d’ordine. L’NSO si colloca nell’ambito del Sistema “Acquisti Pubblici in Rete” (APiR), che punta alla connessione tra le piattaforme e i servizi relativi al *procurement* e alla gestione documentale. I vantaggi del sistema APiR sono la garanzia di un’informazione centralizzata su tutto il processo d’acquisto, la tempestività e la trasparenza.
- (b) Fatturazione elettronica: il D. Lgs. 27 dicembre 2018, n. 148³⁸ ha introdotto l’obbligo per le Amministrazioni Centrali di ricevere ed elaborare le fatture elettroniche, conformi allo standard europeo EN 16931–1 sulla fatturazione elettronica negli appalti pubblici ed espresse in uno dei formati elencati nella specifica CEN/TS 16931–2. Per le amministrazioni sub-centrali l’obbligo è decorso dal 18 aprile 2020. Il medesimo Decreto ha previsto l’istituzione, presso l’Agenzia per l’Italia Digitale, di un tavolo tecnico permanente per la fatturazione elettronica con le seguenti finalità³⁹:
- aggiornamento delle regole tecniche e delle modalità applicative;

³⁷ Il Codice dei contratti pubblici è in continuo divenire e ci sono perfino procedure che stanno seguendo una normativa precedente, perché intrappolate tra la legge di conversione e il decreto Sblocca Cantieri. La legge di conversione ha introdotto norme sperimentali a tempo determinato, che si presume dureranno per due anni, fino al 31 dicembre 2020. Nel frattempo, sono previste anche modifiche al Codice, con l’emanazione di un regolamento d’attuazione, la cui approvazione è prevista entro il 16 dicembre del corrente anno, che, nelle intenzioni, dovrebbe sostituire i decreti ministeriali e linee guida.

³⁸ In attuazione della direttiva (UE) 2014/55.

³⁹ <https://www.AgID.gov.it/it/piattaforme/fatturazione-elettronica/>.

- monitoraggio della corretta applicazione delle stesse;
- valutazioni degli impatti per la pubblica amministrazione e di quelli riflessi per gli operatori economici;
- raccordo e coinvolgimento di tutte le iniziative legislative ed applicative in materia di fatturazione e appalti elettronici.

Con provvedimento del Direttore dell’Agenzia delle entrate del 18 aprile 2019 sono state definite le regole tecniche del processo di gestione da parte del Sistema di Interscambio delle fatture elettroniche conformi agli standard europei.

Secondo quanto riportato nel report “Italia digitale: la “macchina” è pronta a correre?” dell’Osservatorio Agenda Digitale⁴⁰ pubblicato a dicembre 2019, la fatturazione elettronica verso la PA (FatturaPA) rappresenta ormai un progetto consolidato, con oltre 140 milioni di fatture gestite in digitale dal sistema di interscambio. La FatturaPA ha avuto anche il merito di aver innescato il processo di fatturazione elettronica tra privati, divenuta obbligatoria a gennaio 2019⁴¹.

Il progetto di fatturazione elettronica è uno dei progetti strategici dell’agenda digitale italiana e il grande successo che ha avuto rappresenta sicuramente un passo avanti molto importante nel processo di transizione digitale, sia per il funzionamento interno della PA sia per quanto concerne l’interazione con il mondo delle imprese. L’impatto legato all’adozione della fatturazione elettronica a livello di Sistema Paese è molto rilevante:

- la dematerializzazione delle fatture determina un risparmio di circa 17 euro per documento, pari a un risparmio di 1 miliardo di euro l’anno per la PA e di una minore spesa per le imprese stimabile nel range 8-14 miliardi di euro⁴²;
- l’estensione della fatturazione elettronica ai privati rappresenta anche un efficace strumento di lotta all’evasione, in quanto consente di conoscere in tempo reali i flussi economici;
- la fatturazione elettronica costituisce un esempio virtuoso di “digitalizzazione dei processi di business” e quindi un volano per il recupero di competitività da parte del sistema economico del Paese.

(c) Building Information Modeling (BIM):

⁴⁰ L’Osservatorio Agenda Digitale è uno degli osservatori sulla *digital innovation* curati dal Politecnico di Milano.

⁴¹ Attualmente, le fatture scambiate esclusivamente su canali digitali sono più di un miliardo e mezzo. [report “Italia digitale: la “macchina” è pronta a correre?”, pag. 9]

⁴² Dati provenienti da una ricerca effettuata dal Politecnico di Milano (Osservatorio sulla dematerializzazione e la fatturazione elettronica).

Il D.M. n. 560/2017 del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti definisce tempi e modalità per l'adozione del Building Information Modeling (BIM), che rappresenta una tappa fondamentale per la digitalizzazione dei processi connessi con la domanda pubblica di beni, lavori e servizi.

In base a quanto previsto dal D.M. 560/2017, l'introduzione obbligatoria dei metodi e degli strumenti elettronici di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture da parte delle stazioni appaltanti riguarderà, con decorrenze differenziate in funzione della dimensione e della complessità dei progetti a base di gara⁴³, tutte le iniziative finalizzate all'esecuzione di lavori del comparto pubblico.

A questo riguardo, è importante fare riferimento alle indicazioni fornite a ottobre del 2018 dal MEF, con la pubblicazione della "Nota di aggiornamento al Documento di Economia e Finanza 2018".

La suddetta nota contiene una serie di linee guida in materia di rilancio degli investimenti pubblici e specifici orientamenti volti a sostenere il mantenimento e il potenziamento delle dotazioni infrastrutturali del Paese, snellire le procedure del Codice dei contratti pubblici e stimolare l'adozione di metodologie e strumenti di modellazione per razionalizzare, ottimizzare e rendere più efficiente l'esecuzione degli appalti pubblici.

In particolare, riguardo all'edilizia pubblica, il documento attribuisce esplicitamente un ruolo strategico al *Building Information Modeling* quale strumento per ottenere una più efficiente e innovativa pianificazione, realizzazione e gestione delle costruzioni, suscettibile di tradursi in significativi risparmi per la spesa pubblica. L'obiettivo dichiarato è di rendere operativo il BIM in tutta l'attività di progettazione e monitoraggio delle opere rientranti sotto la responsabilità del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT) e delle altre stazioni appaltanti.

Vi è la convinzione che l'applicazione dei metodi e degli strumenti digitali di modellazione nell'ambito del settore delle costruzioni, renda possibile promuovere una gestione sostenibile del suolo occupato, attraverso politiche finalizzate alla rigenerazione urbana e contro il consumo del suolo, all'incentivazione degli interventi per la messa in sicurezza degli edifici esistenti rispetto al rischio sismico e alla riduzione dei consumi energetici.

⁴³ L'obbligo dell'utilizzo del BIM decorre: per lavori con importo a base di gara superiore a 100 mln di euro dal 1° gennaio 2019; per lavori con importo a base di gara superiore a 50 mln di euro dal 1° gennaio 2020; per lavori con importo a base di gara superiore a 15 mln di euro dal 1° gennaio 2021; per lavori con importo a base di gara superiore a 5 mln di euro dal 1° gennaio 2022; per lavori con importo a base di gara superiore a 1 mln di euro dal 1° gennaio 2023; per lavori con importo a base di gara inferiore a 1 mln di euro dal 1° gennaio 2025.

Si tratta di obiettivi ambiziosi della PA, che spingono verso una convinta e pervasiva digitalizzazione del ciclo di vita delle costruzioni, per migliorare sicurezza, sostenibilità e qualità degli immobili.

Infatti, la digitalizzazione del processo edilizio può contribuire a contenere i costi di realizzazione e gestione, a ridurre i tempi di realizzazione delle opere e i rischi operativi, a valutare, fin dalla fase di progettazione, anche attraverso tecniche di simulazione, l'impatto ambientale dell'opera.

Al riguardo, è importante sottolineare come l'utilizzo della metodologia BIM durante tutto il ciclo di vita dell'immobile rende possibile gestire gli indici di sostenibilità previsti dallo standard LEED (*Leadership in Energy and Environmental Design*)⁴⁴, soprattutto per quanto riguarda l'ottimizzazione dei consumi energetici, la riduzione e il riciclo dei rifiuti.

Per dispiegare tutte le potenzialità del BIM occorre evitare che gli obblighi di legge in materia di digitalizzazione del comparto delle costruzioni non si risolvano, nell'ambito della PA, come adempimenti meramente formali delle stazioni appaltanti ma diventino invece l'opportunità per un radicale rinnovamento delle modalità di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti.

2.3. Primo bilancio e tecnologie emergenti

Negli ultimi 3-4 anni l'impulso alla transizione digitale generato dalle iniziative intraprese dall'AgID e dal Team Digitale ha permesso alla PA di compiere importanti passi in avanti e di conseguire risultati significativi, sul fronte dell'efficienza interna e del rapporto con i cittadini e le imprese.

In particolare, la collaborazione tra Team Digitale e AgID ha consentito di realizzare alcuni componenti fondamentali di quello che viene definito come il "sistema operativo" dell'infrastruttura digitale che il Paese dovrà continuare a sviluppare nei prossimi anni, allo scopo di progettare e assicurare servizi migliori – in termini di semplicità, accessibilità e sicurezza – ai cittadini e alle imprese.

Anche la nascita, per la prima volta, del Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione⁴⁵ con il governo Conte II rappresenta una scelta molto significativa, sotto il profilo della volontà politica di progredire sulla strada

⁴⁴ Si precisa che l'adesione allo standard LEED è su base volontaria.

⁴⁵ Il Ministero per l'innovazione tecnologica e la digitalizzazione è guidato da Paola Pisano, laureata in Economia con un dottorato in Economia Aziendale presso l'Università di Torino, con una tesi dal titolo "How to manage innovation within the company".

dell'ammmodernamento non solo della PA ma dell'intera struttura economica e sociale del Paese.

Recentemente, sempre con riferimento all'assetto istituzionale, è stata costituita la *newco* PagoPa SpA, che prenderà in gestione l'omonimo progetto, gestito dal Team Digitale presso la presidenza del Consiglio, per portarne le attività su un livello più industriale.

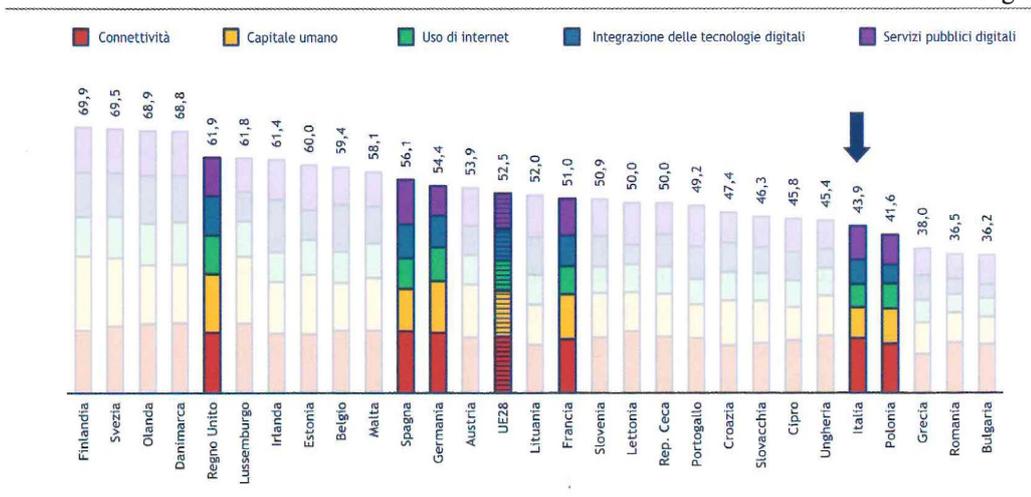
Questo passaggio – da progetto a una società per azioni creata dallo Stato – è stato giudicato necessario vista la crescita di PagoPA che, per fine anno, gestirà un volume di oltre 40 milioni di transazioni per un valore complessivo superiore ai 9 miliardi di euro.

Questi segnali positivi stanno a indicare che la strada intrapresa dalla “macchina” della PA è quella giusta, che la “macchina” negli ultimi anni ha “accelerato” ma, allo stesso tempo, non devono illudere circa la possibilità che si sia arrivati già al traguardo.

È utile, al riguardo, analizzare il posizionamento dell'Italia sul Digital Economy and Society Index (DESI), l'indice introdotto nel 2014 dalla Commissione Europea per misurare i progressi degli Stati membri in termini di digitalizzazione, focalizzare le priorità da darsi, ridurre i gap tra i vari paesi e realizzare la convergenza verso un unico mercato digitale.

Secondo i dati del DESI 2019, riferiti a metà del 2018, tratti dal Report “Italia digitale: la macchina è pronta a correre” del Politecnico di Milano, l'Italia è ferma alla quint'ultima posizione in Europa per attuazione della propria Agenda Digitale (cfr. Fig. 5):

Fig. 5



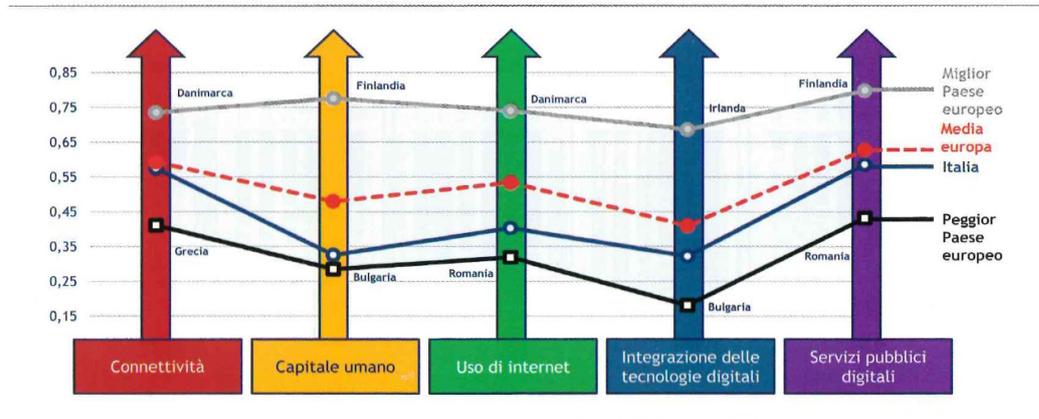
Punteggio dei paesi europei sul DESI 2019 (relativo a dati di metà 2018)²

I risultati completi della Ricerca sono consultabili su www.osservatori.net

Italia digitale: la “macchina” è pronta a correre?
Copyright © Politecnico di Milano | Dipartimento di Ingegneria Gestionale

Esaminando i dati della rilevazione in modo più approfondito è possibile comprendere che i maggiori gap registrati dall'Italia nei confronti della media europea sono relativi alle competenze digitali e all'uso di internet (cfr. Fig. 6):

Fig. 6



Punteggio dell'Italia e di altri paesi europei sulle aree del DESI (dati raccolti nel 2018)

I risultati completi della Ricerca sono consultabili su www.osservatori.net

Italia digitale: la "macchina" è pronta a correre?

Copyright © Politecnico di Milano | Dipartimento di Ingegneria Gestionale

Infatti, nonostante l'Italia sia il terzo paese al mondo per numero di *smartphone*, più di un quarto della popolazione non ha mai utilizzato Internet e solo il 24% accede ai servizi pubblici digitali⁴⁶.

L'Osservatorio Agenda Digitale del Politecnico di Milano ha anche elaborato i dati DESI a livello regionale: i risultati hanno evidenziato che le regioni del nord e del centro-nord sono più avanti delle regioni del sud nel processo di trasformazione digitale.

Quanto emerge dai dati DESI fornisce già una nitida prospettiva su quale debbano essere gli ambiti d'intervento per continuare a sviluppare il processo di trasformazione digitale: bisogna dedicare sforzi e investimenti alla crescita del capitale umano e, allo stesso tempo, lavorare per ridurre il *digital divide*. La costruzione di una solida cultura digitale passa attraverso la conoscenza delle tecnologie ma richiede anche un cambiamento di mentalità e la disponibilità a ripensare il nostro modo di lavorare e di essere cittadini; l'introduzione della figura del RTD all'interno delle organizzazioni può sicuramente agire da catalizzatore della trasformazione, in quanto punta al rafforzamento delle competenze manageriali e digitali all'interno delle pubbliche amministrazioni, con iniziative concrete di sensibilizzazione e formazione del personale addetto.

⁴⁶ Al confronto le medie OCSE indicano, rispettivamente, l'86% (uso di Internet) e il 56% (accesso ai servizi pubblici digitali) della popolazione.

Occorre però attivare altre leve e, come evidenziato da molti relatori nel recente convegno organizzato dall'Osservatorio Agenda Digitale del Politecnico di Milano⁴⁷, il *procurement* gioca un ruolo fondamentale.

I processi di *procurement* pubblico rappresentano ancora un freno e non un volano alla digitalizzazione del paese. Al riguardo, è necessario analizzare due diversi aspetti:

- (a) La spesa pubblica nel settore dell'ICT;
- (b) L'articolazione del processo di procurement e i tempi delle gare pubbliche.

Per quanto concerne il punto sub a), secondo i dati della ricerca condotta dal Politecnico di Milano⁴⁸ il mercato di soluzioni digitali per la PA è di modeste dimensioni – vale 5,8 miliardi pari a circa l'8% dell'intero mercato digitale italiano – e risulta concentrato nelle mani di un numero ristretto di operatori. È necessario aumentare gli investimenti, è opportuno ampliare il novero dei fornitori per cogliere tutte le potenzialità dell'innovazione tecnologica ma è anche indispensabile ripensare il processo di *procurement* per velocizzare lo svolgimento delle procedure di gara. Relativamente al punto sub b), possiamo affermare che le gare pubbliche di oltre 1 milione di euro richiedono, mediamente, più di 6 mesi per essere assegnate; la Fig. 7, tratta sempre dal citato report del Politecnico di Milano, riepiloga le fasi chiave del *procurement* pubblico:

Come è possibile comprendere dall'esame della Fig. 7, esistono margini di intervento per ridurre i tempi complessivi di svolgimento della gara, sia attraverso una revisione dei processi interni della PA (freccia gialla) sia per mezzo della digitalizzazione dell'interazione tra la PA appaltante e i soggetti esterni con cui accertare il possesso dei requisiti di partecipazione in capo ai partecipanti⁴⁹ (freccia rossa).

⁴⁷ Il convegno si è tenuto presso la sede del Politecnico di Milano in via Ettore Lambruschini, 4 lo scorso 12 dicembre.

⁴⁸ Report "Italia digitale: la macchina è pronta a correre?", pag. 81 (Politecnico di Milano – Osservatorio Agenda Digitale).

⁴⁹ Le verifiche amministrative potrebbero, in teoria, essere svolte avvalendosi della Banca Dati nazionale degli Operatori Economici (BDOE), non ancora operativa (per tale motivo si usa ancora l'AVCPass). Quando sarà resa disponibile la BDOE, nell'ipotesi dell'integrazione dei registri pubblici prevista dal Codice dei contratti pubblici, la fase delle verifiche amministrative potrebbe essere completata in poche settimane.

Fig. 7

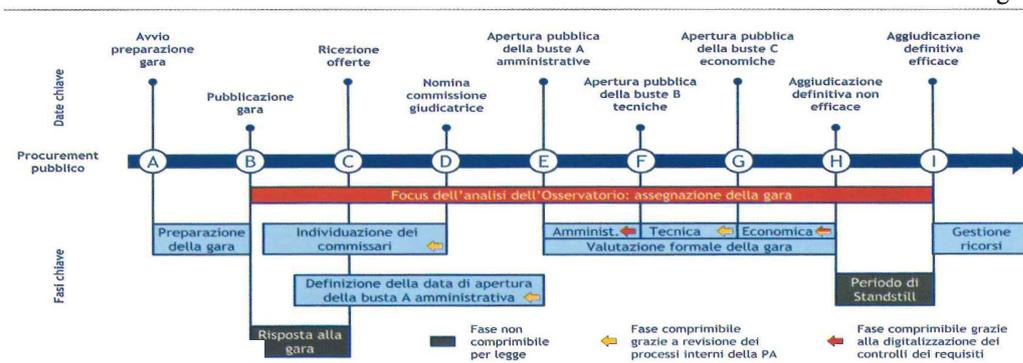
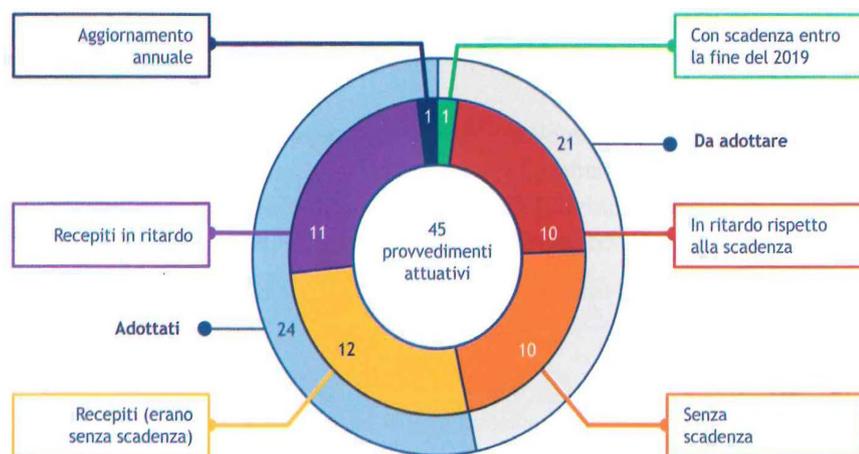


Figura 6.4. Date e fasi chiave di un processo di procurement pubblico

I risultati completi della Ricerca sono consultabili su www.osservatori.net
 Italia digitale: la "macchina" è pronta a correre?
 Copyright © Politecnico di Milano | Dipartimento di Ingegneria Gestionale

Nonostante l'Italia sia tra i paesi europei con la più ampia disponibilità di soluzioni digitali nei processi di procurement pubblico, ciò non si riflette in una uniforme applicazione a livello nazionale, anche per le criticità connesse con l'incompleta definizione del quadro normativo di riferimento cfr. Fig. 8):

Fig. 8



Status dei provvedimenti attuativi relativi al Codice dei contratti pubblici al 18 novembre 2019

Infine, una grande spinta all'affermazione del paradigma digitale può venire dall'ottimale sfruttamento delle tecnologie emergenti che già cominciano ad essere presenti nelle soluzioni ICT proposte dal mercato.

Di seguito si riepilogano brevemente le tecnologie ICT che costituiranno la "chiave" strategica delle soluzioni applicative e dei servizi digitali dei prossimi anni:

- Reti 5G:
la disponibilità di reti basate sul protocollo 5G, oltre ad ampliare enormemente la larghezza di banda disponibile a livello di singola persona, consentirà di sviluppare servizi di connettività sempre più integrati tra fisso e mobile e trasparenti rispetto alla tecnologia utilizzata e al luogo da dove si accede alla rete. Tali caratteristiche, unitamente a una significativa riduzione dei costi, contribuiranno, insieme alle altre tecnologie emergenti, all’abbattimento del digital divide in quanto permetteranno a ogni cittadino di accedere ai servizi digitali, al fine di esercitare i diritti, l’iniziativa economica e le libertà fondamentali.
- Intelligenza Artificiale (AI, *Artificial Intelligence*):
In Italia il mercato dell’Intelligenza Artificiale è ancora alle fasi primordiali, con una spesa di appena 85 milioni di euro nel 2018 e con soltanto il 12% delle imprese che ha portato a termine almeno un progetto di AI⁵⁰. Lo scorso mese di settembre si è conclusa la consultazione pubblica lanciata dal MISE sulla strategia nazionale per l’Intelligenza Artificiale, elaborata con il supporto di un gruppo di trenta esperti. Il documento ha una valenza strategica e dovrebbe orientare l’azione del governo per sostenere gli investimenti in questo settore. Le soluzioni basate sull’AI avranno un ruolo fondamentale nella reingegnerizzazione dei processi, attraverso l’automazione e la riduzione della *supply chain*, sia nella PA sia nelle imprese private, e nella progettazione di interfacce utente più efficaci. Ad esempio, l’APP “IO” potrà essere resa più performante sotto il profilo della capacità d’accesso a dati e documenti e per quanto concerne la facilità d’utilizzo. Inoltre, con la rapida diffusione dei dispositivi IoT (*Internet of Things*), vi sarà la possibilità di raccogliere una mole di dati ancora più estesa e capillare, per fornire servizi maggiormente personalizzati e tempestivi.
- Big Data & Analytics:
Il Piano Triennale di AgID dedica grande importanza all’apertura del mondo della Pubblica amministrazione ai benefici offerti dalle moderne piattaforme per la gestione e l’analisi dei big data. In particolare, per abilitare il nuovo Data Analytics Framework (DAF) sarà necessario promuovere, presso le amministrazioni italiane, l’utilizzo delle tecnologie big data che consentono sia di creare conoscenza per i decision maker, sia di offrire servizi di maggiore qualità a cittadini, imprese e altre PA⁵¹. Concettualizzando al

⁵⁰ Osservatorio Artificial Intelligence della School of Management del Politecnico di Milano.

⁵¹ <https://www.dati.gov.it/content/piano-triennale-pubblicato-piano-sviluppo-data-analytics-framework>.

massimo quelle che potranno essere le molteplici applicazioni dei big data in ambito PA, possiamo affermare che tale tecnologia contribuirà in modo decisivo all'*info sharing* e alla *knowledge sharing* attraverso la:

- implementazione dei cd. “dataset chiave”, per la raccolta, la normalizzazione e la fruizione di dati provenienti da molteplici fonti con modalità unificate;
- generazione e pubblicazione di open data;
- messa a disposizione di *tool* per *data exploration*, *querying*, *visualization* e per la costruzione di *dashboard*;
- disponibilità di strumenti per la verifica della qualità delle informazioni presenti nelle basi di dati della PA;
- creazione di strumenti utili al monitoraggio automatico di fenomeni che possono essere misurati intercettando eventi e/o recuperando informazioni sul Web e/o su sistemi informatici accessibili alla PA;
- aggregazione e erogazione di flussi di dati relativi ad eventi di interesse pubblico (utilizzando “Streaming API”, servizi RSS, invio di notifiche mediante piattaforme di *social network*, ecc.);
- valorizzazione del patrimonio informativo pubblico, con iniziative volte a sensibilizzare le PA sulle potenzialità delle proprie basi dati.

– Blockchain:

La Blockchain è costituita da un registro distribuito⁵² composto da catene di blocchi informativi su cui sono registrate, in modo immutabile e sicuro, non solo le transazioni, ma tutto ciò che ha valore, consentendo la tracciabilità delle trascrizioni. Negli ultimi tempi la blockchain si sta affermando come uno dei trend digitali più interessanti, anche per quanto riguarda il suo utilizzo nell’ambito dei processi della PA. Tale interesse si ricollega all’implementazione di due requisiti chiave, che devono essere soddisfatti per il corretto funzionamento dei servizi digitali della PA:

- La sicurezza dei dati e delle transazioni;
- L’autonomia gestionale e operativa dei singoli enti (*network* di nodi distribuiti che cooperano senza prevaricazioni).

⁵² La blockchain fa parte della più ampia famiglia dei registri distribuiti (*Distributed Ledger Technologies*, DLT), in cui tutti i nodi di una rete possiedono la medesima copia di un database.

Sia l'Unione Europea⁵³ che l'Italia⁵⁴ stanno lavorando per creare le condizioni affinché possano essere sviluppate applicazioni innovative basate sull'utilizzo della *blockchain*. I progetti della specie in ambito pubblico stanno rapidamente crescendo (+300% dal 2016 a oggi) ma solo il 5% risulta pienamente operativo. Le PA centrali sono i soggetti con il maggiore numero di sperimentazioni che, in gran parte, si riferiscono a progetti di notarizzazione o basati su *smart contract*⁵⁵.

2.4. Prospettive evolutive per l'eProcurement in ambito pubblico

L'*eProcurement* è inserito nel Piano triennale tra le piattaforme abilitanti la trasformazione digitale della PA e dell'intero Paese in quanto il suo potenziale, in termini di benefici per il governo della spesa pubblica, per la qualità dei servizi erogati alla comunità e per la correttezza dei processi d'acquisto, è sicuramente notevole.

Affinché possa essere superata l'attuale diffusione "a macchia di leopardo" della digitalizzazione dei processi di *procurement* è necessario promuovere l'adozione di standard comuni, investire sugli *open data*, incentivare l'utilizzo delle tecnologie emergenti cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo⁵⁶.

Sistematizzare l'enorme patrimonio informativo degli appalti e dei contratti pubblici in termini di *big data* per potervi applicare gli algoritmi di *machine learning*, consentirebbe non solo una maggiore simmetria informativa per le stazioni appaltanti e gli operatori economici nei vari settori di mercato ma anche un potente strumento d'indagine per l'individuazione di comportamenti anomali e diseconomie.

La digitalizzazione dell'intero ciclo di vita del *procurement* agirebbe anche da volano per il conseguimento dell'obiettivo di qualificazione delle stazioni appaltanti. Infatti, la disponibilità di portali evoluti, l'informatizzazione degli albi degli operatori economici, la pervasiva implementazione del principio *once only*,

⁵³ Ad aprile 2018 è stata fondata la *European Blockchain Partnership* (EBP) che con l'UE sta sviluppando la *European Blockchain Service Infrastructure* (EBSI) per consentire lo sviluppo di servizi pubblici transfrontalieri. I primi quattro progetti specifici riguardano: i) la notarizzazione; ii) i diplomi di istruzione e formazione; iii) la *europaean self-sovereign identity*; iv) la condivisione affidabile di dati. [Report "Italia digitale: la "macchina" è pronta a correre?" del Politecnico di Milano – Osservatorio Agenda Digitale]

⁵⁴ L'Italia è stata tra i primi paesi europei ad avere introdotto con il D.L. del 14 dicembre 2018, n. 135 (cd. "Decreto semplificazioni") una definizione normativa sia per i DLT sia per gli *smart contract*.

⁵⁵ Report "Italia digitale: la "macchina" è pronta a correre?" del Politecnico di Milano – Osservatorio Agenda Digitale.

⁵⁶ Tali sono anche le indicazioni contenute nell'*eGovernment action plan 2026-2020* dell'Unione Europea.

favorirebbe non solo la gestione di appalti congiunti ma anche l'aggregazione delle stazioni appaltanti⁵⁷.

2.5. Conclusioni

Il metaprogetto per la transizione digitale della PA è in corso e i primi risultati in termini di semplificazione e innalzamento dei livelli di efficienza operativa cominciano a intravedersi, anche se il grado di maturità digitale dei diversi enti pubblici si presenta molto diversificato.

Occorre intensificare gli sforzi e orientare gli investimenti per continuare a sviluppare la cultura digitale, sfruttare le tecnologie emergenti, innovare i sistemi di *procurement*, accrescere la flessibilità delle organizzazioni rispetto alle sollecitazioni poste dai rapidi cambiamenti della società moderna, ampliare le *skill* del personale, valorizzare la *leadership* dei Responsabili per la Transizione Digitale, porre al centro di ogni progetto i bisogni dei cittadini e delle imprese: in altre parole, sarà necessario pensare e agire con la convinzione che “*strategy, not technology, drives digital transformation*”⁵⁸.

Nell'ambito della strategia un ruolo assolutamente rilevante sarà svolto, nei prossimi anni, dalle scelte finalizzate alla protezione dalla minaccia *cyber* delle infrastrutture critiche del Paese.

Infatti, con il progredire della transizione digitale, aumenterà la dipendenza della PA e dell'intero sistema economico nazionale dalla continuità operativa e dalla resilienza delle infrastrutture ICT utilizzate dai *service provider*, dagli operatori economici e dagli enti della PA centrale e locale.

La recente emanazione della L. 133 del 18 novembre 2019 per la conversione, con modificazioni, del D.L. 21 settembre 2019, n. 105, recante “Disposizioni urgenti in materia di perimetro di sicurezza nazionale cibernetica”, si pone appunto l'obiettivo di definire, verificare e coordinare le misure di sicurezza da attuare per la mitigazione del rischio *cyber*.

Spetta ora alle singole amministrazioni (e alle imprese fornitrici di servizi essenziali per il Paese) agire per allineare il proprio dispositivo di protezione alle esigenze connesse con la digitalizzazione dei processi produttivi e amministrativi.

⁵⁷ Secondo la ricerca effettuata dall'Osservatorio Agenda Digitale del Politecnico di Milano (dicembre 2019), l'attività più critica e onerosa per i comuni italiani risulta essere la redazione dei capitolati (solo il 18% la gestisce con modalità digitali), seguita, sempre in termini di onerosità, dalla gestione della fase di gara (che risulta comunque essere la fase maggiormente digitalizzata, 30% dei comuni). In generale, il grado di digitalizzazione diminuisce all'allontanarsi dalla fase di gara e la gran parte dei comuni non considera realizzabile o sta ancora valutando l'adozione di procedure digitalizzate.

⁵⁸ Studio sul settore digitale del 2015 a cura della MIT *Sloan Management Review* e di Deloitte.

CONCLUSIONI.
DALL'EMERGENZA COVID-19
ALLA RIPARTENZA DEGLI APPALTI PUBBLICI

Luigi Donato

1. Anche per le conclusioni il punto di partenza non può che essere l'impostazione di fondo delle direttive europee del 2014, più volte richiamata nella ricerca, che richiede un'evoluzione strutturale del mercato degli appalti pubblici per fornire alla collettività infrastrutture e servizi di qualità attraverso amministrazioni affidabili, efficienti e proattive nei confronti dell'innovazione. La scelta è, in fondo, semplice e può sintetizzarsi nell'obiettivo intermedio di avere stazioni appaltanti dotate di crescenti capacità tecniche, giuridiche e organizzative, per confrontarsi alla pari con le imprese presenti sul mercato nello sforzo di far emergere i progetti e le offerte migliori, più innovativi, più convenienti. Come pure ampiamente indicato nel Quaderno, è, del resto, un'acquisizione largamente diffusa che sia l'inefficienza e sia la corruzione trovano terreno di coltura soprattutto in quelle amministrazioni pubbliche che sono, al contrario, di scarsa qualità, deboli, inadeguate rispetto al compito, permeabili alle pressioni esterne.

Sarebbe stato, del resto, impraticabile voler perseguire le ampie e innovative finalità del *procurement* europeo – che costituiscono quasi un mini programma di politica economica – attraverso una regolamentazione puntuale, costruita come sommatoria di molteplici normative settoriali. Anche per questo non si poteva che riconoscere alle stazioni appaltanti europee adeguati spazi di discrezionalità.

Nel recepimento in Italia della disciplina europea si è anche cercato, a dire il vero, di seguire per un po' la strada maestra di puntare sull'evoluzione degli attori del *procurement* (stazioni appaltanti e imprese), ma la tentazione di imboccare la scorciatoia di una regolamentazione, primaria e secondaria, pervasiva per combattere il malaffare ha determinato la costruzione di un sistema ibrido e, già solo per questo, contraddittorio e poco efficiente. È sintomatico del pendolo di opinioni che nel dibattito in corso sia stata avanzata di recente la richiesta di limitare, con una norma, la responsabilità dei funzionari pubblici per impedire il cosiddetto “sciopero delle firme”; al di là dei commenti sconfortanti che questa istanza può suscitare, la stessa è rappresentativa della percezione diffusa del ginepraio regolamentare formato da norme e, a volte, anche da interpretazioni non univoche.

Ha prevalso l'italica sfiducia per le amministrazioni pubbliche che, in una visione empirica, trova, di certo, una sua giustificazione. Ma in una prospettiva non di corto raggio con tale approccio, lungi dall'incentivare la macchina pubblica verso più elevati standard operativi, si finisce per confinare la PA, invece che al centro, ai margini di un sistema non efficiente in cui la tutela del corretto funzionamento del *procurement* è affidata alla rigidità dei processi, dei tempi e dei risultati nonché al costante controllo giudiziario. Insomma giusto il contrario di quello di cui, ora più che mai, il Paese ha bisogno.

Inevitabilmente le note conclusive del Quaderno non possono che indirizzarsi lungo due direttrici. La prima è quale strategia adottare per un salto di qualità del *procurement* pubblico, la seconda è quale sarà l'impatto dell'emergenza COVID-19.

2. Può essere utile, intanto, richiamare alcuni esempi, in larga misura già approfonditi nei diversi contributi, dai quali trarre una lezione su come procedere o non procedere. Si tratta, nell'ordine: dell'albo dei commissari di gara esterni, della qualificazione delle stazioni appaltanti, della disciplina del subappalto, delle semplificazioni, degli appalti congiunti.

Emblematica è la regola dei commissari esterni per le commissioni giudicatrici palesemente in contraddizione rispetto al sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti introdotto in contemporanea dallo stesso Codice. L'obbligo di utilizzare commissari esterni per gli appalti da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa di importo superiore a un milione per i lavori e a 221.000 euro per servizi e forniture (al di sotto di tali soglie dovrebbe essere comunque esterno il presidente) è sicuramente una previsione estrema, che estromette i funzionari delle stazioni appaltanti dallo snodo più significativo delle gare. La totalizzante scelta normativa si basa dunque su un presupposto aprioristico secondo cui gli esterni sarebbero sempre più affidabili (e almeno altrettanto competenti) mentre, per converso, gli interni non lo sarebbero comunque. E ciò anche qualora le amministrazioni abbiano adottato tutti presidi anti-corrruzione previsti dalla legislazione, e magari anche più stringenti. Un pessimo segnale per le amministrazioni e per i funzionari che ogni anno già gestiscono migliaia e migliaia di gare pubbliche.

Inoltre può ipotizzarsi che circa un quarto delle procedure dovrebbe ricadere sotto quest'obbligo. Una commissione di gara di tre membri potrebbe costare, quindi, fino a 91.500 euro per ciascuna procedura, oltre ai costi non prevedibili per il rimborso delle spese. In definitiva, sarebbe ragionevole attendersi anche un aumento della spesa pubblica per diverse centinaia di milioni di euro.

L'Albo nazionale dei commissari di gara ha dovuto registrare da subito un netto insuccesso e non è partito per carenza di iscritti. L'ANAC ha riconosciuto il problema e lo ha segnalato al Governo e al Parlamento. Infine il decreto "Salva cantieri" (n. 32 del 2019) ha sospeso l'applicazione della norma fino al 31 dicembre 2020, bloccando anche le iscrizioni all'Albo.

La spiegazione dell'insuccesso sembra da ricercare nel clima generale di sfiducia in questo istituto. Per le amministrazioni si tratta di un ulteriore rallentamento nell'iter del *procurement* lasciando comunque loro la responsabilità e rischi della legittimità della procedura, che dovrebbero comunque rivalutare passo passo.

L'individuazione degli esperti sarebbe poi del tutto casuale e in base a titoli formali; non vi è quindi alcuna garanzia che siano nominati soggetti idonei a decidere nel merito la gara. Il meccanismo appare poco affidabile e di per sé rischioso sia per i potenziali commissari esterni (e interni) sia, soprattutto, per le stazioni appaltanti.

In definitiva, il lungo rinvio sembra escludere un mero ripristino della disciplina inattuata; l'alternativa potrebbe essere tra abrogare la previsione (che pur sembrava essere l'arma finale nella lotta alla corruzione) ovvero

razionalizzarla in base al principio di proporzionalità (lasciando la scelta alle stazioni appaltanti, ovvero individuando le fattispecie a maggior rischio, ovvero escludendo le stazioni appaltanti qualificate).

3. Nel corso dei lavori preparatori del Codice, e ancora più dopo la sua emanazione, il tema che ha maggiormente tenuto banco è stato quello del numero eccessivo delle stazioni appaltanti. A fronte del susseguirsi di statistiche inquietanti sulla frammentazione della domanda pubblica si è puntato su due soluzioni convergenti (artt. 37 e 38 del Codice). La prima è quella delle centrali di committenza e delle aggregazioni (in particolare per i comuni non capoluogo di provincia), la seconda è quella della qualificazione delle stazioni appaltanti. Ma – ormai accantonato il dibattito sul numero eccessivo delle stazioni appaltanti – entrambe sono rimaste inattuato. La regola delle aggregazioni e della centralizzazione rientra tra quelle “sospese” dal decreto “Sblocca-cantieri”, mentre la qualificazione delle stazioni appaltanti non è realizzata in mancanza del necessario decreto governativo di attuazione.

La riforma del 2016 mirava ad introdurre un innovativo meccanismo di selezione naturale per l'evoluzione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, incidendo, in misura significativa, sui profili organizzativi delle pubbliche amministrazioni e introducendo un processo di miglioramento continuo per usufruire delle maggiori capacità operative attribuite in base al livello di qualificazione raggiunto; ciò anche con l'incentivo di poter maturare ulteriori requisiti premianti (pure previsti dall'art. 38 del Codice). L'elenco delle stazioni e delle centrali qualificate è affidato alla gestione dell'ANAC.

Di certo, attraverso la qualificazione delle stazioni appaltanti vi sarebbe la possibilità, a portata di mano, di attivare all'interno del complesso mondo delle stazioni appaltanti un circuito virtuoso che spinga le amministrazioni minori alle aggregazioni più ampie ed opportune e quelle più “strutturate” a raggiungere, con le necessarie iniziative, i requisiti di base e, soprattutto, quelli premiali. E, a ben vedere, l'attivazione del sistema di qualificazione potrebbe anche risolvere il problema dello sgradito “taglio lineare” per i comuni non capoluogo di provincia che, in alternativa ad un divieto assoluto, potrebbero operare ove, e nella misura in cui, abbiano davvero i requisiti per l'iscrizione all'Albo presso l'ANAC.

4. Il subappalto, o meglio la percentuale di subappalto che il Codice consente, è stato terreno di un recente dibattito, indicativo delle dinamiche che muovono spesso l'evoluzione del quadro normativo.

A fronte dei rilievi mossi dalla Commissione europea con la procedura di infrazione n. 2018/2273, il decreto legge “Sbocca cantieri”, ha semplificato gli oneri amministrativi connessi all'istituto del subappalto, recependo, ma solo in parte, le critiche europee. È, infatti, caduto l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori all'atto della presentazione dell'offerta; viene sancita

l'irrelevanza delle cause di esclusione dalle gare per i subappaltatori rispetto alla posizione del concorrente che partecipa alla procedura; il limite delle prestazioni subappaltabili è stato, infine, elevato dal 30 al 40% del contratto (si era provvisoriamente attestato al 50% nel periodo di vigenza del decreto legge).

Puntuale è arrivata la sentenza del 26 settembre 2018 con cui la Corte di Giustizia Europea ha dichiarato che l'art. 105, comma 2 del Codice è incompatibile con l'art. 71 della Direttiva del 2014, in quanto fissa, in via generale e astratta, un limite quantitativo per il ricorso al subappalto. Il passaggio più interessante è l'affermazione che la limitazione non trova giustificazione nell'esigenza di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici ed è, in ogni caso, comunque eccessivamente restrittiva anche rispetto a tale scopo, in quanto non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte della stazione appaltante.

Nel sistema degli appalti pubblici sono in realtà già presenti vari presidi per contrastare i rischi di inquinamento per il contagio di subappaltatori criminali, dalla possibilità di escludere il subappalto già nella predisposizione del bando, ovvero di limitarlo (ad esempio nel caso di una gestione troppo complessa dei cantieri). Nella fase esecutiva, il subappalto deve essere autorizzato dalla stazione appaltante ex art. 105 del Codice. In questa sede il subappaltatore deve dichiarare, come il concorrente, l'assenza di cause di esclusione ai sensi dell'art 80 del Codice e il possesso dei requisiti speciali richiesti dal bando o dalla lettera di invito. Se il subappalto è, poi, superiore a 150.000 euro va inoltrata l'informativa antimafia alla Prefettura (che per gli affidatari dei contratti è necessaria solo per i contratti sopra la soglia comunitaria).

Nel caso di subappalto non autorizzato a una impresa "fantasma" scattano le verifiche del direttore dei lavori rispetto degli obblighi dell'esecuzione del contratto. Con il decreto legge "Sicurezza" (convertito nella legge n. 132 del 2018, art. 26) il reato di "subappalto illecito" è stato notevolmente rafforzato con la trasformazione in delitto (reclusione da 1 a 5 anni) con la possibilità di utilizzare nelle indagini anche le più recenti modalità di intercettazioni.

Cosa manca in questo quadro apparentemente ben congegnato?

A dire il vero quello che sembra mancare è un sufficiente livello di fiducia nella capacità delle stazioni appaltanti e dei meccanismi di controllo pubblico di intercettare e respingere i rischi di infiltrazioni. Certo, come già rilevato per altri aspetti, la cronaca non tranquillizza. Ma, nella prospettiva della lotta alla corruzione e alla criminalità fissare una percentuale più o meno alta di subappalto non risolve certo di per sé il problema, al limite lo riduce. Senza dimenticare che a presidio del rischio di infiltrazione della criminalità operano prioritariamente gli strumenti preventivi e repressivi penali dell'antimafia, dell'antiriciclaggio, dell'anticorruzione; e sono questi a dover funzionare in modo efficace.

Indubbiamente si tratta di un nodo problematico che richiederebbe di ripensare integralmente questo istituto, bilanciando i contrapposti interessi e abbandonando l'approccio formale per porre le stazioni appaltanti nelle

condizioni di operare con comportamenti proporzionati e correlati alle specifiche esigenze delle varie commesse.

5. Ulteriore punto di attenzione riguarda la semplificazione delle procedure degli appalti che, con qualche incertezza e cautela, è comunque partita, in particolare con il decreto “Sblocca cantieri”. Sono state rideterminate le soglie di affidamento e le procedure esperibili al di sotto del valore di rilevanza comunitaria. In particolare si segnalano l’ampliamento del ricorso alle procedure negoziate per i lavori fino ad un milione di euro e, sempre per gli appalti sotto-soglia, la rimessione alla discrezionalità delle stazioni appaltanti della scelta in ordine al criterio di aggiudicazione.

È stata confermata la possibilità per le stazioni appaltanti di esaminare le offerte prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. La possibilità è particolarmente utile per snellire la fase di affidamento. Fino alla fine del 2020 è sospeso il divieto dell’appalto integrato, consentendo con un’unica gara sia la progettazione esecutiva, sia l’esecuzione dell’opera; ove tale facoltà operativa venisse confermata, potrebbero essere introdotte delle garanzie procedurali per evitare le situazioni patologiche registratesi nel passato.

Altro aspetto sul quale è difficile dare una valutazione definitiva è la nuova previsione di un regolamento unico, destinato a sostituire le linee guida ANAC (sebbene non tutte) e gli altri strumenti attuativi del Codice. In realtà, essendo stata utilizzata la tecnica di indicare espressamente gli atti normativi abrogati, il risultato finale sarà un coacervo di norme (regolamento unico, decreti ministeriali, linee guida dell’ANAC) forse ancor più complesso. Ovviamente, a prescindere dal contenitore il punto essenziale è la qualità delle diverse disposizioni e la loro capacità di coordinarsi rispettando l’obiettivo legislativo che, va ricordato, puntava certamente in questo caso verso un obiettivo di semplificazione.

Nell’alveo delle semplificazioni rientra uno strumento funzionale all’aggregazione della domanda: si tratta dell’appalto congiunto tra diverse amministrazioni, utilizzando la norma generale prevista per le amministrazioni pubbliche dall’art. 15, comma 1, della legge 7 agosto 1990 n. 241. L’aspettativa è che, attraverso queste forme di aggregazione “spontanee”, si venga a creare anche una sorta di “mercato” delle stazioni appaltanti più qualificate che consenta anche ai soggetti meno attrezzati di avvalersi di altre amministrazioni per soddisfare le proprie esigenze di spesa. Ma in ogni caso il coordinamento volontario delle stazioni appaltanti determina indubbi vantaggi e semplificazioni in termini di contenimento dei costi delle procedure, di progettazione e di svolgimento delle gare.

Dopo l’analisi, dopo le critiche, l’attenzione si sposta ora sul che fare.

Per guardare alle prospettive va ricordato che gli operatori, sia di parte pubblica che di parte privata, hanno costantemente segnalato come il sistema

degli appalti, dopo vari anni di *stop and go*, ha necessità di stabilità normativa; i cambiamenti in corso d'opera hanno sicuramente un effetto di disorientamento, inducono a rinviare le iniziative, spesso costringono a far ripartire da capo quelle in corso. La ricetta del rimedio normativo va maneggiata con cura verificando, in primo luogo, ogni possibilità di procedere con interventi chirurgici per introdurre progressive semplificazioni (normative e burocratiche), mirando non solo ad una diminuzione quantitativa di regole ma soprattutto ad un miglioramento qualitativo e a una razionalizzazione.

Alcune soluzioni pragmatiche sono, da subito, a portata di mano: la prima, per i regolatori, è attuare le innovazioni più promettenti del Codice rimaste in *stand by*, risolvendo anche il problema delle norme “sospese”. In particolare, oltre, ovviamente all'attuazione del sistema della qualificazione delle stazioni appaltanti, risultano sicuramente positive le misure legate all'inversione procedimentale e alla possibilità di procedere con lo schema dell'appalto integrato; al contrario sarebbe da abrogare o da ridefinire completamente la disciplina sui commissari esterni di gara, così come la disciplina derogatoria prevista per i comuni. Tra le misure di semplificazione grande assente è l'avvio della Banca dati nazionale degli operatori economici (pur prevista dal Codice) che, come ricordato, risolverebbe alla radice il problema della acquisizione e valutazione della documentazione sui requisiti di carattere generale e speciale degli operatori. Evidente la grande efficacia di questo strumento nel garantire la correttezza e la rapidità di una fase essenziale delle gare, contribuendo a rendere il versante degli operatori nel complesso più robusto ed affidabile.

6. Il sistema degli appalti pubblici è, da ultimo, al centro dell'emergenza Covid-19 per l'assoluta urgenza di approvvigionare, in dimensioni finora impensabili, le strutture pubbliche dei materiali e dei servizi sanitari necessari. Ma sarà anche al centro della ripresa della vita economica e sociale del Paese perché sulla spesa pubblica si dovrà puntare per far ripartire senza ritardi la macchina, specie nel settore dei lavori, viste le pesanti stime al ribasso sulla crescita dell'economia.

Nell'emergenza le regole ordinarie sono state in larga misura *bypassate* dagli acquisti in via d'urgenza e dall'apertura di nuovi canali di produzione e commercializzazione diretta, dalla spesa per casa alle grandi commesse di materiale sanitario. I contratti in corso, di forniture, servizi e lavori, hanno risentito fortemente della situazione generale e delle restrizioni disposte dal Governo, con la sola eccezione di quelli con prestazioni a distanza o di servizi essenziali.

Il pericolo maggiore viene dal blocco delle gare in corso e di quelle in preparazione. Come confermato da una nota del 23 marzo del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti tutte le procedure di appalto e di concessione sono incappate, a partire dal 23 febbraio, nella sospensione generale dei termini relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, secondo l'articolo 103 del decreto legge n. 18 del 2020; la sospensione dovrebbe comprendere tutti i termini stabiliti dalla *lex specialis* (ad esempio: per la

presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte; previsti dai bandi per l'effettuazione di sopralluoghi; per il "soccorso istruttorio") e anche a quelli che le commissioni di gara si sono assegnati. Fermo restando il tenore letterale dell'art. 103 del decreto legge n. 18 del 2020, in concreto l'interruzione dell'attività di *procurement* delle amministrazioni presenta profili di incoerenza con due previsioni di più ampia portata. La prima è nello stesso decreto legge, all'articolo art. 87, laddove si prevede che nella fase dell'emergenza la modalità ordinaria di svolgimento della prestazione lavorativa presso le pubbliche amministrazioni, sia lo *smart working*, che può essere svolto da casa, anche attraverso strumenti informatici del dipendente. La seconda è la disposizione generale del Codice dei contratti pubblici (artt. 40 e 52), che prevede la digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici; in sintesi le gare devono essere necessariamente svolte utilizzando portali telematici (propri o messi a disposizione da *provider*, da centrali di committenza, come la CONSIP, o da altre stazioni appaltanti) che non richiedono la presenza fisica né dei funzionari delle stazioni appaltanti presso gli uffici, né dei concorrenti, che devono consultare tutta la documentazione di gara e inviare la documentazione amministrativa e le offerte appunto in via telematica tramite il portale. E nelle procedure di gara telematiche la piattaforma elettronica assicura l'intangibilità del contenuto delle offerte (indipendentemente dalla presenza del pubblico) in quanto ogni operazione è tracciata e le buste elettroniche contenenti le offerte sono inviolabili.

In sintesi, lo svolgimento delle gare a distanza e l'attività delle amministrazioni attraverso operatori "delocalizzati" possono consentire al sistema degli appalti di funzionare senza la presenza fisica dei funzionari, dei commissari, degli operatori partecipanti sia in una situazione di emergenza e sia in una fase auspicabile di accelerazione delle gare.

7. Nel frattempo è intervenuta la Commissione Europea con la Comunicazione pubblicata in data 1° aprile (108 I/01) che indica le opzioni e i margini di manovra per gli acquisti pubblici nell'attuale situazione di crisi, ricercando gli spazi di compatibilità con la regolamentazione UE in materia di appalti. Le opzioni sono tre:

- data l'urgenza si possono ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette;
- più rapido è l'utilizzo di una procedura negoziata senza previa pubblicazione;
- ancora più immediata è l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, "purché quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza".

La Commissione sembra mostrare una preferenza per la procedura negoziata senza previa pubblicazione; infatti sottolinea che (ex art. 32 della direttiva 2014/24/UE) questa procedura non prevede obblighi di pubblicazione,

termini, numero minimo di candidati da consultare; nessuna fase è disciplinata a livello dell'UE.

Viene poi delineata una strategia articolata in più fasi:

- (a) per le esigenze immediate e a breve termine, avvalersi pienamente della flessibilità offerta dalla disciplina europea;
- (b) come strumento complementare, procedere ad appalti congiunti e utilizzare le iniziative di aggiudicazione congiunta della Commissione;
- (c) nel medio termine utilizzare le procedure ordinarie, ma con termini ridotti, che restano più affidabili per un migliore rapporto qualità-prezzo e un più ampio accesso alle opportunità commerciali e alle forniture disponibili.

Dalla Comunicazione della Commissione si legge in controluce una certa preoccupazione che l'emergenza bruci la disciplina europea e traspare anche la consapevolezza che la regolamentazione e il mercato degli appalti pubblici dopo la crisi Covid-19 non saranno comunque più gli stessi.

Un rapido confronto con le iniziative sul piano nazionale. Da un lato con decreto-legge 9 marzo 2020, n. 14 sono state introdotte misure di semplificazione per l'acquisto e incentivi per la produzione di dispositivi medici necessari, facendo perno, in particolare per gli impianti di ventilazione assistita, sulla CONSIP. Dall'altro l'introduzione generalizzata della sospensione dei termini ha ostacolato l'utilizzo delle soluzioni prospettate dalla Commissione anche con riguardo alle gare relative ai prodotti sanitari indispensabili per l'emergenza, lasciando la sola possibilità di utilizzare strade e procedure del tutto alternative in base alla massima urgenza.

In questo terreno accidentato, l'ANAC, con una Delibera del 1° aprile 2020, è riuscita a conquistarsi un positivo spazio interpretativo.

L'ANAC fornisce indicazioni per garantire, nella fase di COVID-19, l'adozione di comportamenti omogenei nelle procedure di gara e nella fase di esecuzione ma non si limita a illustrare semplicemente come attuare la sospensione; fornisce invece un contributo costruttivo per il buon funzionamento del *procurement* nella difficile fase dell'emergenza. In estrema sintesi, non si esclude la pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte ove sussista un'effettiva urgenza. L'altra possibilità, delineata per le procedure ristrette o negoziate (nelle quali sono noti i partecipanti), conduce direttamente alla disapplicazione della sospensione di termini di gara previsti a favore dei concorrenti, previo ovviamente il loro consenso. Seguono poi numerose indicazioni sul piano operativo.

Evidente è lo sforzo di evitare, per quanto possibile, una completa paralisi del flusso delle procedure di gara. Per questo obiettivo si fa leva sulle possibilità offerte dalla tecnologia e non si indugia più di tanto sulle eventuali difficoltà organizzative delle stazioni appaltanti che sono chiamate, al contrario, ad

attivarsi fattivamente per scegliere le possibili soluzioni concrete per far proseguire la marcia, anche se inevitabilmente a rilento, della macchina degli appalti pubblici.

La lezione dell'emergenza induce, come anticipato, anche a ripensare per il futuro al funzionamento del mercato degli appalti e alle sue congenite difficoltà. Vi saranno effetti duraturi sulle abitudini di vita, su un'organizzazione meno tradizionale del lavoro, sull'utilizzo completo di tecnologie e tecniche di comunicazione a distanza. Lo stimolo sui meccanismi degli appalti, che già ora dovrebbero essere impostati sui portali telematici, sarà fortissimo. Per le gare da bandire la lezione dell'emergenza in corso suggerisce di prevedere sempre la partecipazione alle sedute di gara attraverso video conferenza come facoltà ordinaria per i concorrenti nonché di limitare allo stretto necessario le ipotesi di sopralluogo. Anche alla ripresa dei movimenti e delle attività – che sarà verosimilmente progressiva – è molto probabile che per molto tempo vi sarà una comprensibile tendenza ad evitare viaggi di lavoro e riunioni in presenza.

Nello scenario della ripresa delle attività economiche, è verosimile che si debba optare ancora per interventi straordinari sulla disciplina degli appalti, cercando di velocizzare i processi attraverso la sospensione delle norme più onerose. Ma questi interventi dovrebbero essere, in ogni caso, per quanto possibile, mirati e non “a pioggia” e avere un tempo di vigenza limitato, evitando di creare l'aspettativa che l'assetto normativo di fondo che deriva dalle direttive comunitarie sia di fatto accantonato o rinviato *sine die*. Ma soprattutto sembra essenziale che l'intervento straordinario si accompagni da subito, in modo esplicito, all'avvio di un processo di “modernizzazione” del settore (troppo a lungo rinviato) con l'obiettivo chiaro di puntare all'efficienza e al buon funzionamento dei meccanismi, in modo tale da innalzare anche il livello di prevenzione rispetto alla *maladministration* (e di fronteggiare, quindi, le possibili critiche di lassismo). Questa, del resto, è l'indicazione stilizzata che si ricava, in sintesi, dalla ricerca e che risulta ancor più cruciale ora per evitare che l'emergenza e l'instabilità nel settore degli appalti diventino endemiche.

Un'ipotesi probabile è ora che si punti su un maggiore utilizzo di commissari straordinari. In tempi di emergenza (e di post emergenza), strumenti di emergenza. Il successo della formula dei commissari è legato alla possibilità di superare le lungaggini delle autorizzazioni, oltre che delle gare aperte. Al di là delle opere di rilevanza nazionale, esistono numerosi interventi di valenza “strategica” a livello territoriale, a partire ora dalle strutture sanitarie, per i quali un commissario ad acta potrebbe disporre di poteri di intervento sostitutivo per la parte autorizzativa, lasciando ad una stazione appaltante (qualificata) la procedura di *procurement*, con significative semplificazioni.

8. Quest'ultima ipotesi porta di nuovo l'attenzione sui soggetti pubblici. Alle stazioni qualificate al massimo livello andrebbero consentite in futuro stabilmente semplificazioni e risparmi di tempo utilizzando il meccanismo dei requisiti premianti previsto dal Codice, coniugando così efficienza e legalità.

Molto, moltissimo del sostegno che gli appalti pubblici dovranno dare alla ripresa dell'economia e per fronteggiare l'emergenza sociale, e non solo sanitaria, dipenderà non tanto dai mezzi finanziari quanto piuttosto dall'attività delle amministrazioni pubbliche. Sta a loro puntare rapidamente sull'organizzazione interna, sulla digitalizzazione completa delle procedure, sulla professionalizzazione del personale, sugli appalti congiunti, per una nuova stagione del *procurement* pubblico. E questo va fatto da subito, facendo tesoro dell'esperienza della crisi e della straordinaria prova che sta dando la gran parte delle strutture pubbliche, facendo giustizia di tanti banali luoghi comuni.

Ecco, *last but not least*, il fattore più importante per far partire davvero una nuova stagione per il mercato degli appalti: occorre modificare l'approccio di diffidenza nei confronti delle stazioni appaltanti e di costante preoccupazione che il mondo degli appalti sia da gestire, in ogni caso, con un estremo rigore attraverso meccanismi esogeni.

In fondo il sistema degli appalti pubblici è deputato semplicemente a funzionare bene per mettere a disposizione delle amministrazioni pubbliche lavori, beni e servizi di qualità, necessari per operare in modo ottimale a favore dei cittadini, senza sprechi di nessun tipo.

QUADERNI PUBBLICATI

- n. 1 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Evoluzione tecnica e disciplina giuridica dell'intermediazione finanziaria*, ottobre 1985 (esaurito).
- n. 2 – FRANCESCO CARBONETTI, *Moneta*, dicembre 1985.
- n. 3 – PIETRO DE VECCHIS, *L'istituto di emissione*, febbraio 1986 (esaurito).
- n. 4 – GIUSEPPE CARRIERO, *Governo del credito e Regioni a statuto speciale: il quadro istituzionale*, aprile 1986.
- n. 5 – GIORGIO OPPO, *Una svolta dei titoli di massa (il progetto Monte Titoli)*, aprile 1986.
- n. 6 – LUIGI DESIDERIO, *Le norme di recepimento della Direttiva comunitaria n. 780/77 in materia creditizia*, maggio 1986 (esaurito).
- n. 7 – GIORGIO SANGIORGIO – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La legge bancaria: evoluzione normativa e orientamenti esegetici*, giugno 1986.
- n. 8 – VINCENZO MEZZACAPO, *L'attività bancaria nell'ambito dei movimenti di capitali nella CEE*, giugno 1986 (esaurito).
- n. 9 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le gestioni bancarie di patrimoni mobiliari*, luglio 1986.
- n. 10 – FRANCESCO CARBONETTI, *I cinquant'anni della legge bancaria*, settembre 1986.
- n. 11 – *La legge bancaria*, ottobre 1986.
- n. 12 – CARMINE LAMANDA, *L'evoluzione della disciplina del controllo sul sistema creditizio dalla legge bancaria ad oggi*, dicembre 1986 (esaurito).
- n. 13 – GIOVANNI IMPERATRICE, *L'accertamento dell'illecito amministrativo nel diritto valutario e nel diritto tributario*, marzo 1987.
- n. 14 – GIORGIO SANGIORGIO, *Profilo istituzionale della disciplina pubblicistica del credito*, maggio 1987.
- n. 15 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, (a cura di) *La disciplina comunitaria del credito al consumo*, luglio 1987.
- n. 16 – CARLO TAGLIENTI, *Il credito documentario: nozione, fondamento, problematica*, settembre 1987.
- n. 17 – PIETRO DE VECCHIS, *Aspetti legali delle crisi bancarie in Italia*, gennaio 1988.
- n. 18 – VINCENZO MEZZACAPO, *Il mercato secondario organizzato dei titoli emessi o garantiti dallo Stato*, agosto 1988.
- n. 19 – FRANCESCO CARBONETTI, *Il controllo della Banca d'Italia sulle emissioni di titoli atipici*, ottobre 1988.
- n. 20 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Le polizze di credito commerciale*, dicembre 1988.
- n. 21 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *La responsabilità penale del banchiere: evoluzione giurisprudenziale e prospettive di riforma*, dicembre 1989 (esaurito).
- n. 22 – MARCELLO CONDEMI, *Le sanzioni amministrative bancarie e la giurisprudenza della Corte d'Appello di Roma*, aprile 1991.
- n. 23 – MARCO MANCINI – MARINO PERASSI, *I trasferimenti elettronici di fondi*, maggio 1991.
- n. 24 – ENRICO GALANTI, *La crisi degli enti creditizi nella giurisprudenza: la liquidazione coatta amministrativa*, giugno 1991.

- n. 25 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Note introduttive alla disciplina delle s.i.m. e dell'organizzazione dei mercati finanziari*, giugno 1991.
- n. 26 – AA.VV., *La ristrutturazione della banca pubblica e la disciplina del gruppo creditizio*, gennaio 1992.
- n. 27 – GIORGIO SANGIORGIO, *Le Autorità creditizie e i loro poteri*, marzo 1992.
- n. 28 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Il recepimento della seconda direttiva Cee in materia bancaria. Prime riflessioni*, febbraio 1993.
- n. 29 – *Il Sistema dei pagamenti. Atti del Convegno giuridico* (Perugia S.A.Di.Ba., 23-24 ottobre 1992), settembre 1993.
- n. 30 – OLINA CAPOLINO, *L'amministrazione straordinaria delle banche nella giurisprudenza*, ottobre 1993.
- n. 31 – P. FERRO-LUZZI – P. G. MARCHETTI, *Riflessioni sul gruppo creditizio*, dicembre 1993 (esaurito).
- n. 32 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, marzo 1994.
- n. 33 – *Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. The 1993 Banking Law*, marzo 1994.
- n. 34 – GIUSEPPE CARRIERO, *Struttura ed obiettivi della legge sui fondi immobiliari chiusi*, novembre 1994.
- n. 35 – LUCIO CERENZA, *Profilo giuridico del sistema dei pagamenti in Italia*, febbraio 1995.
- n. 36 – GIOVANNI CASTALDI, *Il riassetto della disciplina bancaria: principali aspetti innovativi*, marzo 1995.
- n. 37 – VINCENZO PONTOLILLO, *L'evoluzione della disciplina dell'attività di emissione di valori mobiliari*, giugno 1995.
- n. 38 – O. CAPOLINO – G. CARRIERO – P. DE VECCHIS – M. PERASSI, *Contributi allo studio del Testo Unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, dicembre 1995.
- n. 39 – FRANCESCO CAPRIGLIONE, *Cooperazione di credito e Testo Unico bancario*, dicembre 1995 (esaurito).
- n. 40 – MARINO PERASSI, *L'attività delle banche in "securities" e la disciplina dei contratti-derivati in Giappone*, aprile 1996.
- n. 41 – ENRICO GALANTI, *Norme delle autorità indipendenti e regolamento del mercato: alcune riflessioni*, novembre 1996.
- n. 42 – M. PERASSI – R. D'AMBROSIO – G. CARRIERO – O. CAPOLINO – M. CONDEMI, *Studi in materia bancaria e finanziaria*, novembre 1996.
- n. 43 – *Convegno Per un diritto della concorrenza* (Perugia, giugno 1996), dicembre 1996.
- n. 44 – *Crisi d'impresa, procedure concorsuali e ruolo delle banche*, marzo 1997.
- n. 45 – DONATELLA LA LICATA, *La cessione di rapporti giuridici "individuabili in blocco" nell'art. 58 del T.U. bancario*, aprile 1997.
- n. 46 – PAOLO CIOCCA – ANTONELLA MAGLIOCCO – MATILDE CARLA PANZERI, *Il trattamento fiscale dei rischi sui crediti*, aprile 1997.
- n. 47 – P. DE VECCHIS – G.L. CARRIERO – O. CAPOLINO, M. MANCINI, R. D'AMBROSIO, *Studi in materia bancaria e finanziaria 1996*, settembre 1997.
- n. 48 – GIUSEPPE CARRIERO, *Il credito al consumo*, ottobre 1998 (esaurito).
- n. 49 – *Fondamento, implicazioni e limiti dell'intervento regolamentare nei rapporti tra intermediari finanziari e clientela*, marzo 1999.

- n. 50 – A. MAGLIOCCO – D. PITARO – G. RICOTTI – A. SANELLI, *Tassazione del risparmio gestito e integrazione finanziaria europea*, settembre 1999.
- n. 51 – ENRICO GALANTI, *Garanzia non possessoria e controllo della crisi di impresa: la floating charge e l'administrative receivership*, gennaio 2000.
- n. 52 – *Bankruptcy Legislation in Belgium, Italy and the Netherlands* (Brussels, 7 July 2000), giugno 2001.
- n. 53 – VINCENZO TROIANO, *Gli Istituti di moneta elettronica*, luglio 2001.
- n. 54 – STEFANO CAPIELLO, *Prospettive di riforma del diritto di recesso dalle società di capitali: fondamento e limiti dell'autonomia statutaria*, luglio 2001.
- n. 55 – BRUNA SZEGO, *Il venture capital come strumento per lo sviluppo delle piccole e medie imprese: un'analisi di adeguatezza dell'ordinamento italiano*, giugno 2002.
- n. 56 – AA.VV., *Diritto Societario e Competitività in Italia e in Germania*, luglio 2003.
- n. 57 – GIANMARIA MARANO, *I patrimoni destinati in una prospettiva di analisi giuseconomica*, giugno 2004.
- n. 58 – ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, *La disciplina italiana dei Covered Bond*, giugno 2007.
- n. 59 – MARCO MANCINI, VINCENZA PROFETA E NICOLA DE GIORGI, *La Centrale d'Allarme Interbancaria nella disciplina sanzionatoria dell'assegno*, settembre 2007 (esaurito).
- n. 60 – MARCELLO CONDEMI E FRANCESCO DE PASQUALE, *Lineamenti della disciplina internazionale di prevenzione e contrasto del riciclaggio e del finanziamento del terrorismo*, febbraio 2008.
- n. 61 – BRUNA SZEGO, *Le impugnazioni in Italia: perché le riforme non hanno funzionato?*, luglio 2008.
- n. 62 – RENZO COSTI E FRANCESCO VELLA, *Banche, governo societario e funzione di vigilanza*, settembre 2008.
- n. 63 – MARCO MANCINI E MARINO PERASSI, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, dicembre 2008.
- n. 64 – ENRICO GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale*, giugno 2009.
- n. 65 – DAVID PITARO, *Le disposizioni italiane di contrasto all'elusione fiscale internazionale*, luglio 2009.
- n. 66 – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Le riforme del processo civile italiano tra adversarial system e case management*, settembre 2009.
- n.66en – CRISTINA GIORGIANTONIO, *Civil procedure reforms in Italy: concentration principle, adversarial system or case management?*, September 2009.
- n. 67 – OLINA CAPOLINO E RAFFAELE D'AMBROSIO, *La tutela penale dell'attività di Vigilanza*, ottobre 2009.
- n. 68 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nel settore bancario e finanziario: un'analisi comparata*, settembre 2010.
- n. 69 – AA.VV., *Insolvency and Cross-border Groups. UNCITRAL Recommendations for a European Perspective?*, febbraio 2011.
- n. 70 – BRUNO DE CAROLIS, *L'Arbitro bancario finanziario come strumento di tutela della trasparenza*, giugno 2011.

- n. 71 – GIUSEPPE BOCCUZZI, *Towards a new framework for banking crisis management. The international debate and the italian model*, ottobre 2011 (esaurito).
- n. 72 – *Legislazione bancaria, finanziaria e assicurativa: la storia, il presente, il futuro*. Atti della conferenza tenutasi a Roma il 14 ottobre 2011, ottobre 2012.
- n.72app – ENRICO GALANTI, *Cronologia della crisi 2007-2012*, maggio 2013.
- n. 73 – MARCO MANCINI, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, settembre 2013.
- n. 74 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Due process and safeguards of the persons subject to SSM supervisory and sanctioning proceedings*, dicembre 2013.
- n. 75 – *Dal Testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazione di poteri*. Atti del convegno tenutosi a Roma il 16 settembre 2013, marzo 2014.
- n. 76 – GIUSEPPE NAPOLETANO, *Legal aspects of macroprudential policy in the United States and in the European Union*, giugno 2014.
- n. 77 – NICOLA DE GIORGI e MARIA IRIDE VANGELISTI, *La funzione di sorveglianza sul sistema dei pagamenti in Italia – Il provvedimento della Banca d'Italia del 18.9.2012 sui sistemi di pagamento al dettaglio*, settembre 2014.
- n. 78 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *The ECB and NCA liability within the Single Supervisory Mechanism*, gennaio 2015.
- n. 79 – MARCO LAMANDINI – DAVID RAMOS MUÑOZ – JAVIER SOLANA ÁLVAREZ, *Depicting the limits to the SSM's supervisory powers: The Role of Constitutional Mandates and of Fundamental Rights' Protection*, novembre 2015.
- n. 80 – LUIGI DONATO, *La riforma delle stazioni appaltanti. Ricerca della qualità e disciplina europea*, febbraio 2016.
- n. 81 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Scritti sull'Unione Bancaria*, luglio 2016.
- n. 82 – *Gustavo Bonelli, Un giurista in Banca d'Italia*, dicembre 2017.
- n. 83 – *Qualità ed efficienza nel nuovo codice dei contratti pubblici. Prospettive e questioni aperte*, aprile 2018.
- n. 84 – *Judicial review in the Banking Union and in the EU financial architecture. Conference jointly organized by Banca d'Italia and the European Banking Institute*, giugno 2018.
- n. 85 – *The role of the CJEU in shaping the Banking Union: notes on Tercas (T-98/16) and Fininvest (C-219/17)*, maggio 2019.
- n. 86 – *A 20 anni dal TUF (1998-2018): verso la disciplina della Capital Market Union?*, agosto 2019.
- n. 87 – FABRIZIO MAIMERI e MARCO MANCINI, *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, settembre 2019.
- n. 88 – RAFFAELE D'AMBROSIO, *Law and Practice of the Banking Union and of its governing Institutions (Cases and Materials)*, Aprile 2020.