

La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)

6.

di *Gabriella M. Racca*

SOMMARIO: 1. La trasparenza per la prevenzione della corruzione nella scelta del contraente privato e per la corretta esecuzione dei contratti pubblici. – 2. Gli effetti giuridici dei protocolli di legalità e dei patti d'integrità. – 3. I limiti all'arbitrato e la preventiva autorizzazione. – 4. La trasparenza della nomina degli arbitri e dei compensi. – 5. Gli strumenti tecnologici come garanzia di valutazione della qualità e dell'integrità nei contratti pubblici.

1. La trasparenza per la prevenzione della corruzione nella scelta del contraente privato e per la corretta esecuzione dei contratti pubblici

La trasparenza è principio fondamentale dell'attività amministrativa¹ ed in particolare dei contratti pubblici sia nella disciplina nazionale², sia europea³. La

¹ Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 1, comma 1, come modificato dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15. F. MERLONI-G. ARENA-G. CORSO-G. GARDINI-C. MARZUOLI (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2008; G. ARENA, *Trasparenza amministrativa*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 5945 ss.; F. MANGANARO, *L'evoluzione del principio di trasparenza amministrativa*, in <http://www.astrid-online.it>, 2009; L.R. PERFETTI, *Procedimento amministrativo e partecipazione*, 2011, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, in <http://www.ius-publicum.com>; R. CAVALLO PERIN, *I principi come disciplina giuridica del pubblico servizio tra ordinamento interno ed ordinamento europeo*, in *Dir. amm.*, 2000, pp. 41-51; A. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo e la trasparenza*, in S. CASSESE-C. FRANCHINI (a cura di), *L'amministrazione pubblica italiana*, Il Mulino, Bologna, 1994, p. 101 ss.; R. VILLATA, *La trasparenza dell'azione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1987, p. 528.

² D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 2, comma 1, ove la norma sui principi pareva ricondurre la trasparenza a principio della sola fase di selezione del contraente. Sulla necessità di assicurare il ri-

legge in commento estende l'applicazione del principio sia nell'ambito di applicazione, sia nelle modalità attuative rendendolo il cardine della prevenzione e del contrasto alla illegalità ed alla corruzione nel settore dei contratti pubblici⁴. Il corretto uso delle risorse pubbliche diviene obiettivo fondamentale per i cittadini, in particolare in tempi di crisi economica. Tale obiettivo può essere perseguito assicurando un complesso di misure di prevenzione sull'organizzazione, il personale pubblico e sulle attività relative ai contratti pubblici che vanno rese trasparenti, conoscibili e comparabili mediante i nuovi strumenti tecnologici i quali favoriscono una più agevole raccolta ed elaborazione di dati che assicurino l'effettiva qualità della contrattazione pubblica.

Come noto la trasparenza costituisce il presupposto dell'imparzialità e della non discriminazione favorendo innanzitutto la partecipazione degli operatori economici interessati alle procedure di selezione del contraente⁵. La trasparenza e la pubblicità della volontà di stipulare un contratto pubblico assicurano la concorrenza fra gli operatori economici interessati e la verifica della coerenza della scelta rispetto ai criteri di aggiudicazione predeterminati nell'interesse pubblico. In passato l'obbligo della trasparenza veniva assicurato nella fase di selezione del contraente, trascurando che solo una piena trasparenza anche della fase di esecuzione del contratto può garantire la correttezza e non contraddittorietà rispetto a quanto definito in sede di aggiudicazione. Il rispetto dell'esito della selezione

spetto dei principi della selezione in tutto il ciclo dell'appalto pubblico ed in particolare concorrenza e trasparenza: R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *Art. 2*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Editore, Milano, 2012; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 329.

³ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, considerando n. 2-46 e art. 2.

⁴ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 16, lett. b). Cfr. anche l'art. 1, comma 15, in cui si gli strumenti tecnologici sono individuati quali mezzi con cui si assicura l'accessibilità, la completezza e la semplicità di consultazione dei dati. La norma richiamata richiama altresì i criteri di «facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione» cui deve improntata la pubblicazione delle informazioni; cfr. anche: legge 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, comma 6.

⁵ Sull'art. 97 Cost. come fondamento del principio di trasparenza: Cons. Stato, Sez. VI, 30 gennaio 2007, n. 362, in *Foro amm.-CDS*, 2007, p. 226. C. giust. Ce, IV, 13 settembre 2007, C-260/04, *Commissione Ce v. Italia*, in *Foro amm.-CDS*, 2007, p. 2367, Corte giust. CE, I, 18 novembre 1999, in C-275/98, *Unitron Scandinavia A/S v. Ministeriet for Fodevarer e Landbrug og Fiskeri*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 109; A. MASSERA-M. SIMONCINI, *Fondamenti dei contratti pubblici in Italia*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, in <http://www.ius-publicum.com/>, p. 5; A. ROMANO, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, p. 1 ss.; G. GRECO, *Gli affidamenti in house di servizi e forniture, Le concessioni di pubblico servizio e il principio della gara*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, p. 1461; S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, p. 322 ss.; F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 815 ss.

concorrenziale è assicurato solo se l'esecuzione risulta effettivamente conforme a quanto definito in sede di aggiudicazione, diversamente le modifiche sostanziali in sede di esecuzione possono determinare vantaggi discriminatori in favore dell'aggiudicatario che restano oscurati dalla mancanza di trasparenza⁶.

Tali comportamenti determinano una violazione del confronto concorrenziale realizzato in sede di selezione del contraente⁷. Una significativa innovazione della legge in commento è costituita dall'estensione dell'obbligo di trasparenza anche alla fase di esecuzione con la pubblicazione anche delle somme liquidate all'aggiudicatario⁸. L'estensione dell'obbligo di trasparenza e degli strumenti che la attuano costituiscono due elementi di significativo cambiamento nei contratti pubblici potendo tradursi in efficaci strumenti di prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore. Proprio l'accettazione di prestazioni contrattuali di minore valore e qualità in sede di esecuzione contrattuale costituiscono uno dei più evidenti rischi nella esecuzione dei contratti pubblici che ora può essere contrastato mediante la trasparenza dei pagamenti, la rotazione dei responsabili e mediante ogni misura che non lasci alla segretezza del rapporto tra aggiudicatario e responsabile del procedimento (o direttore dell'esecuzione) la verifica della conformità della prestazione a quanto offerto in sede di gara.

Correttamente la legge in esame pone in luce la fase più oscura, che rimane quella dell'esecuzione, quando esaurita la gara e l'eventuale, frequente contenzioso, il rapporto precontrattuale fra tutti i partecipanti e l'amministrazione aggiudicatrice si chiude con il recesso dalle trattative con i partecipanti non vincitori la stipula del contratto con l'aggiudicatario⁹. Proprio da questo momento vanno attivate tutte le forme organizzative di prevenzione per rendere trasparente anche questa fase e assicurare la qualità delle prestazioni con l'attuazione di ogni forma di monitoraggio e controllo anche esterno da parte degli operatori del settore e della società civile.

⁶ R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 329; Corte giust. Ce, Sez. III, 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, in <http://curia.europa.eu/>; Corte giust. Ce, Sez. III, 11 gennaio 2005, I, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in <http://curia.europa.eu/>.

⁷ G.M. RACCA-G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement: framework agreement as flexible competitive tools*, *The New Public Law in a Global (Dis)Order. A Perspective from Italy*, New York, 19 e 20 settembre 2010; cfr. G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN-G.L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public Contract Law Journal*, 2011, 41, pp. 89-108.

⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 32, che prevede anche la pubblicazione dei dati relativi: alla struttura proponente; all'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; ai tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura.

⁹ R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 329. Sulla fase di selezione come trattativa multipla: G.M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000, p. 42 ss.

La rilevanza europea e internazionale dei contratti pubblici¹⁰ con i differenti interessi primari e secondari riconnessi (*secondary considerations*)¹¹ richiedono una sempre maggiore trasparenza e nuovi strumenti per garantirla¹².

Il principio di trasparenza va dunque assicurato in tutte le differenti fasi del ciclo della contrattazione pubblica: dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione del contratto¹³. Lo sviamento della gara verso l'illegalità può riscontrarsi anche nella fase iniziale di individuazione e definizione dei fabbisogni. La scelta di introdurre nella contrattazione pubblica il perseguimento di obiettivi secondari sociali e ambientali rende ancora più necessaria la trasparenza in quanto la relativa valutazione può derogare rispetto al consueto principio di economicità.

La norma in commento afferma il dovere delle pubbliche amministrazioni di "assicurare" la trasparenza come livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili¹⁴ attraverso strumenti tecnologici che garantiscano accessibilità, completezza e semplicità di consultazione¹⁵. Tali previsioni tendono ad assi-

¹⁰ D. WALLACE JR, *The changing World of National Procurement systems: Global reformation*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, p. 57; S. ARROWSMITH-A. DAVIES (eds.), *Public Procurement: Global Revolution*, Editore², Londra-Boston, 1998; H. CAROLI CASAVOLA, *L'appalto pubblico e la globalizzazione*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, p. 65 ss.; F. LICHÈRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics*, in J.-B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, Editore², Bruxelles, 2007, p. 963. In generale circa l'influenza del diritto Ue sul diritto amministrativo nazionale cfr.: J.-B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Introduction générale*, in J.-B. AUBY-J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Droit Administratif Européen*, cit., p. 15.

¹¹ G.M. RACCA, *L'aggregazione dei contratti pubblici per la sostenibilità, la concorrenza e la qualità delle prestazioni*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, III, Editore, Napoli, 2011, p. 2259. R. CARANTA, *Transparence et concurrence*, in R. NOGUELLOU-U. STELKENS (eds.), *Comparative Law on Public Contracts*, Editore², Bruxelles, 2010, pp. 149 e 150. Sulla rilevanza dei contratti pubblici nell'UE: Commissione UE, *Annual Public Procurement Implementation Review*, 2012.

¹² G.M. RACCA, *The role of IT solutions in the award and execution of public procurement below threshold and list B services: overcoming e-barriers*, in D. DRAGOS-R. CARANTA, *Outside the Directive – inside the Treaty*, Editore², Copenhagen, 2012, p. 373.

¹³ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *OECD Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, p. 21 ss.; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Integrity in Public Procurement. Good Practice From A To Z*, 2007, p. 23 s.; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Bribery in Public Procurement Methods, Actors And Counter-Measures*, 2007, p. 23 ss. In dottrina cfr. anche B.G. MATTARELLA, *Recenti tendenze legislative in materia di prevenzione della corruzione*, in <http://www.masterprocurement.it/ckfinder/userfiles/files/Mattarella.pdf>, 2012, p. 10.

¹⁴ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 16, lett. b). Legge 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, comma 6. Cfr. Costituzione italiana, art. 117, comma 2, lett. m), ove è attribuita allo Stato la competenza legislativa esclusiva nella «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale».

¹⁵ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15, in cui si individuano altresì i criteri di «facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione» cui deve improntata la pubblicazione delle

curare una effettiva trasparenza che consenta i necessari controlli interni ed esterni sull'attività contrattuale come strumento di prevenzione dell'illegalità e della corruzione nel settore. La pubblicazione di "tabelle riassuntive liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici" assicura un significativo strumento di conoscenza per l'individuazione ed il contrasto dell'illegalità, ma anche per il superamento di sprechi ed incapacità con possibile orientamento delle scelte pubbliche verso l'innovazione del processo di acquisto¹⁶.

Come ricordato, le disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione richiedono l'estensione della trasparenza anche alla fase di esecuzione del contratto pubblico¹⁷, per assicurare il necessario confronto e *benchmarking*¹⁸. Le previsioni in esame vanno coordinate, sia con le norme del codice dei contratti pubblici¹⁹, sia con quelle contenute all'interno della normativa antimafia²⁰ e nelle generali misure per la trasparenza della pubblica amministrazione²¹.

Il patto corruttivo può inficiare la selezione del contraente, ma anche condur-

informazioni; cfr. anche il comma 32, in cui si prevede la trasmissione dei dati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, la quale provvede alla pubblicazione nel proprio sito web «*in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini*». In caso di mancato adempimento all'obbligo di comunicazione è prevista la trasmissione alla Corte dei conti dell'elenco delle amministrazioni inadempienti.

¹⁶ G.M. RACCA, *The challenges of collaborative procurement in the healthcare sector*, in *World Hospitals and Health Services*, 2011, 47, p. 18; G.M. RACCA, *La professionalità nei contratti pubblici della sanità: centrali di committenza e accordi quadro*, in *Foro amm.-CDS*, 2010, p. 1727 ss.

¹⁷ Cfr. la «*risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dell'attestazione di qualificazione*» (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 135), la legge in commento ha previsto casi in cui, sulla base delle nuove previsioni penali, il responsabile del procedimento può proporre alla stazione appaltante la risoluzione del contratto, cfr. legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 58.

¹⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15, in cui è prevista la pubblicazione, sul sito web di ogni amministrazione pubblica, del costo unitario di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

¹⁹ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 7, ove alle singole amministrazioni aggiudicatrici sono imposti obblighi di comunicazione delle informazioni relative ai contratti conclusi all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture e funzioni di monitoraggio e contratto in capo all'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. Cfr. anche: d.l. 7 maggio 2012, n. 52, «*recante disposizioni urgenti per la razionalizzazione della spesa pubblica*», art. 8, convertito in legge 6 luglio 2012, n. 94.

²⁰ Legge 13 agosto 2010, n. 136, «*Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia*», al cui interno è disciplinata la tracciabilità dei flussi finanziari e ove è prevista la delega al Governo per promuovere le modalità e l'istituzione delle autorità denominate "Stazione Unica Appaltante" (per l'attuazione alla delega cfr.: d.p.c.m. 30 giugno 2011). Cfr. Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, determina 7 luglio 2011, n. 4; M. PIGNATTI, *La Stazione Unica Appaltante. Il finanziamento delle centrali di committenza e gli strumenti a sostegno della trasparenza*, in *Foro Amm.-CDS*, 2011, p. 3623 ss.

²¹ D.l. 22 giugno 2012, n. 83, «*Misure urgenti per la crescita del Paese*», convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, art. 18 ss.

re all'accettazione di prestazioni di minore valore rispetto a quanto stabilito nel contratto ovvero sul estensione dell'oggetto del contratto e del relativo corrispettivo per questa ragione l'attenzione anche della Corte di giustizia europea si è concentrata sui limiti alle modificazioni sostanziali. Tali modificazioni oltre a risultare illegittime, possono costituire sintomi di illegalità²² e sono oggi sanzionate con la previsione europea della nullità in quanto costituirebbero aggiudicazione di un nuovo e diverso contratto senza pubblicazione di un bando di gara e dunque senza la necessaria trasparenza²³. Nella proposta di nuova direttiva europea in materia di appalti si quantifica la "modificazione sostanziale" nella variazione superiore al 10% del valore iniziale del contratto per gli appalti pubblici di servizi e forniture e superiore al 15% per gli appalti pubblici di lavori²⁴.

Non sempre risulta agevole individuare tali modificazioni soprattutto quando il corrispettivo non muta, ma viene ricevuta una prestazione di minor valore qualitativo per incapacità, inadeguatezza organizzativa dei controlli ovvero per corruzione. Una maggiore trasparenza può contrastare la tolleranza di inadempimenti e favorire l'*accountability* dei funzionari coinvolti essenziale per garantire la correttezza in ogni fase della contrattazione pubblica.

2. Gli effetti giuridici dei protocolli di legalità e dei patti d'integrità

Di grande interesse risulta il riferimento in legge ai "protocolli di legalità", ai "patti d'integrità" e implicitamente ai documenti variamente definiti come codici di comportamento negli appalti pubblici.

I protocolli di legalità sono stati adottati dalle Prefetture su indicazione del Ministero dell'Interno²⁵ per rafforzare gli obblighi di cooperazione tra amministrazioni pubbliche (normalmente tra la Prefettura e le amministrazioni aggiudi-

²² SALV. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Giuffrè, Milano, 1979; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 329.

²³ Corte giust. Ce, Sez. III, 19 giugno 2008, causa C-454/06, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, cit., p.to 34, ove la Corte individua una violazione degli obblighi di trasparenza con riferimento all'introduzione di «caratteristiche sostanzialmente diverse rispetto a quelle dell'appalto iniziale» tali da «dimostrare la volontà delle parti di rinegoziare i termini essenziali di tale appalto». Corte giust. Ce, III, 29 aprile 2010, causa C-160/08, *EU Commission v. Fed. Republic of Germany*, 2010; Corte giust. Ce, 13 aprile 2010, causa C-91/08, *Wall AG v. Stadt Frankfurt am Main*, 2010. G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN-G.L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, cit., pp. 89 e 90.

²⁴ Council EU, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement, 30 novembre 2012, art. 72, par. 4.

²⁵ Ministero dell'Interno, circ. 23 giugno 2010, recante *Controlli antimafia preventivi nelle attività a rischio di infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali*.

catrici) ad esempio in ordine alla richiesta e trasmissione di informazioni antimafia anche ove non sussiste obbligo di legge, come ad esempio per contratti di valore inferiore alle soglie europee ovvero assegnati in forma diversa dal subappalto. In essi si definiscono modalità di cooperazione che trascendono gli obblighi normativi ed alcune clausole da inserire nei documenti di gara per vincolare anche i privati partecipanti alle gare pubbliche alla cooperazione per il contrasto della collusione e corruzione. In particolare viene introdotta la facoltà per le stazioni appaltanti di prevedere, come sanzione, all'interno dei documenti di gara (avvisi, bandi di gara e lettere d'invito) l'esclusione dalla gara per il "mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità"²⁶. Si tratta di una possibile deroga alla tassatività delle cause di esclusione recentemente introdotta nel codice dei contratti pubblici²⁷. Le esigenze tutelate dalla previsione di esclusione per violazione delle clausole previste dai protocolli di legalità non contrastano con la precedente norma che del pari è posta per favorire la partecipazione ed evitare esclusioni per violazioni meramente formali e limitare il contenzioso²⁸.

²⁶ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 17.

²⁷ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, in cui l'art. 46, comma 1-*bis*, introdotto con d.l. 13 maggio 2011, n. 70, art. 4, comma 2, lett. *d*), convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, nel circoscrivere l'area delle "esclusioni legittime", presenta, una duplice valenza, poiché opera sia in riferimento alla predisposizione della documentazione di gara – delineando regole tassative affinché la previsione esplicita di ipotesi di esclusione possa essere ritenuta legittima – sia con riguardo alla successiva valutazione del comportamento dei concorrenti, in quanto impone di verificare se tale comportamento, anche a prescindere da quanto previsto dalla *lex specialis* di gara, produca comunque le conseguenze di cui all'art. 46, comma 1-*bis* del codice (incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza della stessa, non integrità del plico o altre irregolarità relative alla chiusura tali da far ritenere violato il principio di segretezza delle offerte) e comporti, pertanto, l'esclusione del concorrente. La disposizione, inoltre, rafforza il dovere di leale collaborazione tra stazione appaltante e partecipanti alla procedura di gara, già codificato dal medesimo art. 46, comma 1, secondo il quale le stazioni appaltanti «*invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati*». L'art. 4, comma 1, lett. *n*) del Decreto Sviluppo è volto a sancire la «*tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione ed attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara*». Successivamente l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, determinazione n.4 del 2012, ha chiarito che: il "bando-tipo" costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto all'individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando.

²⁸ Le eventuali prescrizioni imposte a pena di esclusione nei bandi, diverse da quelle derivanti dal codice e dal Regolamento o da altre disposizioni di legge vigenti ovvero che non siano riconducibili alle ulteriori ipotesi prospettate dall'art. 46, comma 1-*bis*, sono nulle per espressa previsione del medesimo articolo. La sanzione della nullità comporta che le clausole di bandi e lettere di invito, laddove prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale. C.E. GALLO, *Le prescrizioni a pena di esclusione alla luce dell'Art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici*, in

La legge non specifica il contenuto di tali documenti che, mediante successive ridefinizioni e integrazioni, potrebbero costituire una significativa innovazione per l'attuazione della prevenzione e del contrasto dell'illegalità e della corruzione nel settore, attraverso la previsione di clausole contrattuali che i partecipanti alle gare pubbliche sono tenuti a sottoscrivere. È evidente anche il rischio che tali impegni risultino formali ed ineffettivi, con effetto contrario all'obbiettivo.

Già il d.lgs. n. 113/2007, art. 3, comma 1, lett. *l*), prevedeva al fine di rafforzare le attività di prevenzione e repressione della criminalità attribuito al Servizio per l'Alta Sorveglianza delle grandi opere (istituito con d.m. del Ministero delle Infrastrutture 14 aprile 2002) l'integrazione nel codice dei contratti pubblici della previsione di cui all'art. 176, comma 3, lett. *e*) relativa all'affidamento a contraente generale, disponendo che il contenuto gli accordi stipulati dal Servizio per l'Alta Sorveglianza prevedano l'adozione di *protocolli di legalità* contenenti clausole che impongano agli operatori economici risultati aggiudicatari a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento ai fini dell'ammissione alle successive procedure ristrette della medesima stazione appaltante²⁹. In precedenza talune amministrazioni avevano adottato codici di comportamento per rafforzare il contrasto all'illegalità ed alla collusione (es.: Regione Lombardia, Provincia di Lecce, Provincia di Livorno, Comune di Torino, Comune di Trapani, Comune di Gangi, Comune di Gemonio). Ove le previsioni in essi contenute non siano trasposte nei protocolli di legalità non potrebbero introdurre nuove cause di esclusione dalla gara.

Come noto l'art. 54 (comma 2) della Costituzione impone ai soggetti cui sono affidate funzioni pubbliche il dovere di adempierle con disciplina ed onore, oltre alla generale fedeltà alla Repubblica richiesta ad ogni cittadino. Al funzionario pubblico è richiesta un'attività imparziale ed efficiente al servizio della Nazione intesa come collettività. La connotazione "morale" o "etica" di alcune previsioni trova la propria *ratio* nella necessità di evidenziare la contrarietà di determinati comportamenti rispetto a quanto richiesto a chi svolge funzioni pubbliche (sia a titolo onorario, sia professionale)³⁰.

Le previsioni dei protocolli di legalità esplicitano tali obblighi e richiedono anche agli operatori economici privati che intendano divenire parti di contratti

Foro amm.-CDS, 2011, p. 3733; A. MASSERA, *Il "decreto sviluppo"*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, p. 1049; S. PONZIO, *I limiti all'esclusione dalle gare pubbliche e la regolarizzazione documentale*, in *Foro amm.-CDS*, 2011, p. 2464 ss.

²⁹ C.E. GALLO, *Il contraente generale*, in M.A. SANDULLI-R. DE NICTOLIS-R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, IV, Giuffrè, Milano, 2008, p. 2806.

³⁰ G.M. RACCA, *Disciplina e onore nell'attuazione costituzionale dei codici di comportamento*, in F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, cit., p. 254 ss.; B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 64 ove la necessità di prevedere codici di comportamento viene individuata «nell'incertezza sui comportamenti accettabili»; S. CASSESE, *L'etica pubblica*, in *Giorn. dir. amm.*, 2003, p. 1097; ID., *I codici di condotta*, in *Doc. giust.*, 1994, p. 1371.

pubblici di aderire in via contrattuale ed accettare *standard* più elevati di legalità e correttezza³¹ che possono precedere e superare quelli che il solo aggiudicatario assume con la stipulazione contratto pubblico³².

Per i privati operatori economici si tratta di un vincolo assunto con l'accettazione delle clausole integrate nei documenti di gara che impongono vincoli precontrattuali di correttezza nelle trattative e che possono estendersi anche alla fase di esecuzione del contratto per tutti i soggetti che ne risultino coinvolti. Possono configurarsi come un'integrazione della buona fede precontrattuale specificamente richiesta ai partecipanti alle gare pubbliche e specificandone i comportamenti dovuti prevedere anche le connesse e specifiche sanzioni. In base ai protocolli di legalità attualmente esistenti tali obblighi contrattualmente assunti possono riguardare la comunicazione dell'elenco delle imprese coinvolte nel piano di affidamento e sub-affidamento di parte dell'esecuzione del contratto, obblighi di tempestiva denuncia in caso di illecita richiesta di denaro, obbligo di pagamento di penali ove il contratto sia stato stipulato nelle more dell'acquisizione di una informativa interdittiva.

Si prevedono anche clausole che impongano non solo di astenersi, ma di denunciare tempestivamente comportamenti collusivi e corruttivi. Si dispone anche l'accettazione della clausola risolutiva espressa in caso di violazioni relative alle modalità di pagamento che assicurino la tracciabilità. L'amministrazione aggiudicatrice deve inserire a pena di «nullità assoluta un'apposita clausola con la quale si assumono gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari»³³. Come previsto «l'appaltatore, il subappaltatore o il subcontraente che ha notizia dell'inadempimento della propria controparte agli obblighi di tracciabilità finanziaria è tenuto a darne immediata comunicazione alla stazione appaltante e alla prefettura-ufficio territoriale del Governo della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente»³⁴.

³¹ OECD, *code of conduct for procurement practitioners*, in <http://www.oecd.org/governance/procurement/toolbox/codeofconductforprocurementpractitioners.htm>. Con riferimento al principio di correttezza cfr.: G.M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, II, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1529 ss.

³² A titolo esemplificativo cfr.: Protocollo di legalità sugli appalti Caserta; Protocollo d'intesa per la prevenzione dei tentativi d'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti e concessioni di lavori pubblici, Ferrara; Protocollo di legalità tra la Prefettura U.T.G. di Milano ed Expo 2015 S.p.A.; Protocollo di legalità tra l'Amministrazione Provinciale di Vibo Valentia e la Prefettura di Vibo Valentia; Protocollo di legalità ai fini della prevenzione dei tentativi d'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore dei contratti pubblici tra le Prefetture della Regione Veneto, la Regione Veneto, l'Anci Veneto e l'Unione delle Province del Veneto. Cfr. anche l'elenco in <http://ssai.interno.it/itaindex.php?IdSot=77#AntimafiaProtocolli>.

³³ Legge 13 agosto 2010, n. 136, «Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia», art. 3, comma 8.

³⁴ Legge 13 agosto 2010, n. 136, art. 3, comma 8, comma così sostituito dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187, art. 7, comma 1, lett. a), convertito in legge 17 dicembre 2010, n. 217.

Le clausole in esame possono rafforzare e sanzionare ulteriormente la violazione di tali obblighi. La sottoscrizione per accettazione di tali clausole da parte degli operatori economici estende infatti tali obblighi a tutti i soggetti coinvolti nella selezione e nell'esecuzione del contratto pubblico integrando gli obblighi di legge³⁵. Tali protocolli, patti o codici di comportamento potrebbero introdurre anche ulteriori vincoli alla trasparenza e monitoraggio in fase di esecuzione ammettendo anche una collaborazione degli altri partecipanti alla gara oltre ai testimoni sociali (*social witness*)³⁶ e ad associazioni di cittadini interessati.

Il *Piano straordinario contro le mafie* (legge 13 agosto 2010, n. 136) con analoghe finalità, individua nella tracciabilità dei flussi finanziari e nell'utilizzo di conti correnti dedicati ai rapporti con le pubbliche amministrazioni due strumenti di prevenzione delle infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici. La norma, considerazione partendo dalla nozione di filiera delle imprese, trova espressamente applicazione con riferimento a «*gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici*» (art. 3, comma 1). L'obiettivo pare quello di anticipare la prevenzione attraverso meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nei contratti pubblici, attraverso una rete di monitoraggio che coinvolga e responsabilizzi i soggetti coinvolti, evidenziando indicatori di anomalie e di distorsioni della libera concorrenza e del mercato, in relazione ai quali avviare mirate attività di contrasto (Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, determina 7 luglio 2011, n. 4).

Al fine di rafforzare il contrasto e la prevenzione delle infiltrazioni mafiose nelle attività economiche maggiormente esposte a tale rischio³⁷ la legge in esame prevede l'istituzione presso ogni prefettura di un elenco degli operatori economici non soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa. La cosiddetta *white list*³⁸ degli operatori "corretti" potrebbe essere utilmente centralizzata in una unica banca

³⁵ Ministero dell'Interno, 23 giugno 2010, circolare in tema di *Controlli antimafia preventivi nelle attività "a rischio" d'infiltrazione da parte delle organizzazioni criminali*. Si veda inoltre http://www.interno.gov.it/mininterno/export/sites/default/it/sezioni/ministero/ccasgo/protocolli_legalita.

³⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *CleanGovBiz Integrity in practice. Fighting corruption in public procurement*, febbraio 2012, p. 25 ss.; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Integrity in Public Procurement. Good Practice From A To Z*, cit., p. 117 ss.

³⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 53.

³⁸ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 52. L'istituzione di liste detenute dalla Prefettura, è stata utilizzata per la ricostruzione post terremoto in Abruzzo (d.l. 28 aprile 2009, n. 39, convertito in legge 24 giugno 2009, n. 77), per i lavori relativi all'Expo 2015 (d.l. 25 settembre 2009, n. 135, convertito in legge 20 novembre 2009, n. 166), per il Piano Straordinario Carceri (d.l. 30 dicembre 2009, n. 195, convertito in legge 26 febbraio 2010, n. 26) e più recentemente per la ricostruzione successiva al terremoto in Emilia (d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito in legge 1° agosto 2012, n. 122). Cfr. anche la previsione di cui al d.l. 13 maggio 2011, n. 70, art 4, comma 13, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106.

dati ove tutte le prefetture riversino i dati come utile strumento di trasparenza e di deterrenza.

Con d.p.c.m. vanno definite le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento di tale elenco³⁹, nonché per la verifica della correttezza delle informazioni trasmesse dai privati i quali sono tenuti a comunicare ogni variazione dell'assetto proprietario e degli organi sociali entro trenta giorni a pena di cancellazione dell'elenco⁴⁰. L'inserimento nella *white list* costituisce un importante riconoscimento reputazionale per l'impresa ove non si trasformi in mero adempimento burocratico. Non viene esplicitato l'effetto della cancellazione e di conseguenza la possibilità di considerare tale cancellazione come causa di esclusione da una gara che preveda fra i requisiti di partecipazioni l'inclusione nella suddetta lista.

L'art. 1, comma 53, individua come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa le seguenti attività: *a*) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; *b*) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; *c*) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; *d*) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; *e*) noli a freddo di macchinari; *f*) fornitura di ferro lavorato; *g*) noli a caldo; *h*) autotrasporti per conto di terzi; *i*) guardiania dei cantieri. Tale elencazione potrà essere aggiornata entro 31 dicembre di ogni anno «con apposito decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere. Qualora le Commissioni non si pronuncino entro il termine, il decreto può essere comunque adottato» (comma 54).

Le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento dell'elenco sono definite con «decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore (il 28 novembre 2012)» (comma 56). La disciplina in oggetto trova applicazione dal sessantesimo giorno successivo all'entrata in vigore decorrenti dal 28 novembre 2012 (comma 57).

La prevista Banca dati Nazionale dei contratti pubblici⁴¹ potrà semplificare e

³⁹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 56.

⁴⁰ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 55.

⁴¹ Prevista dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6-bis, introdotto dal d.l., 9 febbraio 2012, n. 5, conv. in legge 4 aprile 2012, n. 35 (in attuazione dell'art. 62-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) ove viene istituita, presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (presso cui già opera l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), la Banca dati Nazionale dei contratti pubblici che dal 1° gennaio 2013 acquisirà, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure di scelta del contraente. Cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, delibera 24 dicembre 2012, in tema di *Attuazione dell'art. 6-bis del d.lgs. 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012.*

velocizzare la vigilanza e il controllo sui possibili rischi di infiltrazione mediante l'utilizzo dei dati raccolti e la loro elaborazione elettronica. Tale attività, utilmente coordinata, può agevolare la compilazione e l'aggiornamento delle *white lists* di imprese «attrezzate ad assumersi e a gestire il rischio di inquinamento da parte di pratiche illegali, che abbiano investito, dunque, nella prevenzione attraverso l'adozione di protocolli di legalità»⁴² che la norma in commento ha istituito presso le Prefetture⁴³.

Sulla base dei protocolli di legalità vengono stipulati i patti d'integrità che costituiscono un accordo tra gli operatori economici e la stazione appaltante interessata, in forza del quale le parti firmatarie si impegnano a tenere un comportamento lecito ed eticamente corretto per rafforzare l'integrità nella contrattazione pubblica mediante il contrasto a corruzione e collusione⁴⁴. In particolare si tratta della adesione volontaria in sede di partecipazione ad una procedura selettiva delle clausole definite nei protocolli di legalità per rafforzare il vincolo di collaborazione alla legalità tra amministrazione aggiudicatrice e partecipanti privati.

La giurisprudenza ha già precisato che il patto d'integrità configura un sistema di condizioni o requisiti la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese ad una specifica gara e la relativa sottoscrizione comporta per l'impresa concorrente accetti le regole del bando le quali rafforzano⁴⁵ comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare a gare e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, ordinaria e comune a tutte le procedure concorsuali, dell'estromissione dalla gara stessa⁴⁶.

I patti di integrità sono uno strumento da tempo richiamato nei documenti di *Transparency International*⁴⁷, per contrastare collusione e corruzione nei contratti

⁴² Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012, p. 147.

⁴³ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 52. In cui si precisa che «l'iscrizione negli elenchi della prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività» e si prevede la possibilità per la prefettura di effettuare «verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco».

⁴⁴ Mediante i patti d'integrità operatori economici, che intendono partecipare ad una procedura per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, stazione appaltante e funzionari pubblici dichiarano di comprendere ed accettare gli obblighi che derivano loro in conseguenza dell'attività svolta. OECD, *Integrity in Public Procurement: good practice from A to Z*, 2007, p. 158.

⁴⁵ Cons. Stato, Sez. V, 8 febbraio 2005, n. 343, in *Foro amm.-CDS*, 2005, p. 432; Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2005, n. 1258, in *Foro amm.-CDS*, 2005, p. 824; TAR Lazio, Roma, III, 10 gennaio 2007, n. 81, in *Foro amm.-TAR*, 2007, p. 175.

⁴⁶ Cons. Stato, V, 20 febbraio-6 aprile 2009, n. 2142.

⁴⁷ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The integrity pact. The Concept, the Model and the Present*

pubblici. La parte pubblica si impegna alla trasparenza e correttezza per il contrasto alla corruzione, il privato s'impegna al rispetto di obblighi di comportamento lecito ed integro, improntato a lealtà e correttezza, sia nei confronti della parte pubblica che nei confronti degli altri operatori privati coinvolti nella selezione.

I patti d'integrità non si limitano infatti ad esplicitare e chiarire i principi e le disposizioni che disciplinano dei contratti pubblici⁴⁸, ma specificano obblighi ulteriori di correttezza. L'obiettivo di questo strumento è il coinvolgimento degli operatori economici per garantire l'integrità delle varie fasi di cui si compone il "ciclo" di attività di cui si compone la gestione di un contratto pubblico. I vincoli a cui si obbligano reciprocamente le parti hanno lo scopo di instaurare fiducia e trasparenza nei comportamenti⁴⁹. Tali reciproci obblighi tra i concorrenti e l'amministrazione rendono ogni soggetto responsabile nei confronti degli altri⁵⁰ per le violazioni che intercorrono in ogni fase del contratto⁵¹.

Il patto d'integrità e le relative sanzioni possono operare sino alla completa esecuzione del contratto: ogni operatore economico è infatti obbligato al rispetto delle condizioni, cui si è vincolato, sino al termine dell'esecuzione, anche ove non sia stato selezionato quale contraente. Tale possibilità integrata dalla previsione di una maggiore trasparenza rende tutti gli operatori del settore interessati alla corretta selezione ed esecuzione, in taluni casi anche potendo giovare del diritto allo scorrimento della graduatoria in caso di risoluzione del contratto per inadempimento⁵².

Nelle attuali formulazioni dei Patti di integrità si prevede l'accordo per la «reciproca e formale obbligazione» tra ente pubblico e «potenziali contraenti» a conformare i propri comportamenti a principi di lealtà, trasparenza e correttezza, nonché ad assumersi «l'espreso impegno anticorruzione consistente nel non of-

Applications: a Status Report, 31 dicembre 2002, ¶¶ 3 e 4. Cfr. anche TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Handbook for curbing corruption in public procurement*, 2006, p. 125 ss.

⁴⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2232; Cons. Stato, Sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066; Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2139; Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267; Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006, n. 1053.

⁴⁹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Integrity Pacts in the Water Sector*, 2010.

⁵⁰ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The integrity pact. The Concept, the Model and the Present Application. A Status Report*, 2002, p. 5. Cfr. Anche OECD, *Principles for Integrity in Public Procurement*, 2009, pp. 36-37, ove si afferma che differenti categorie d'individui s'impegnano reciprocamente conferendo ai patti d'integrità un meccanismo peculiare basato sulla cooperazione tra pubblica amministrazione e privati, collaborazione che deve essere incoraggiata proprio per rinforzare l'integrità delle procedure di approvvigionamento pubblico.

⁵¹ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2007, p. 82.

⁵² D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 136; cfr. anche le previsioni contenute nei patti d'integrità: del Comune di Palermo, art. 12; dalla Regione Puglia, art. 9; dalla Provincia di Lecco, art. 9; dal Comune di Monza, art. 9. In dottrina: R. CAVALLO PERIN-G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss.

frire, accettare o richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente [...] al fine dell'assegnazione del contratto» nonché al fine di «distorcerne la relativa corretta esecuzione o valutazione da parte della stazione appaltante». Ogni pubblico funzionario è tenuto a dichiarare che non accetterà nessuna utilità per scopi illeciti, come i privati si impegnano ad astenersi da simili tentativi. Le parti si impegnano a contrastare intese illecite tra privati e stazione appaltante e intese collusive tra privati per evitare la distorsione della concorrenza (così, Patti di integrità della Regione Puglia, del Comune di Palermo, del Comune di Canello ed Arnone). Ogni impresa che formula un'offerta dichiara di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento, sia esso sostanziale o formale, con altri concorrenti, cui, in caso di aggiudicazione del contratto, non subappalterà lavorazioni di alcun tipo. Inoltre i patti di integrità possono prevedere l'obbligo di ogni concorrente a fornire una "dichiarazione di salvaguardia della concorrenza", assicurando la serietà, integrità, indipendenza e segretezza dell'offerta presentata ed impegnandosi a non concludere accordi con altri partecipanti alla gara al fine di limitare od eludere in qualunque modo la concorrenza (Comune di Palermo).

Talune clausole contrattuali richiedono concorrente s'impegna al "rigoroso rispetto delle disposizioni vigenti in materia di obblighi sociali e di sicurezza del lavoro" (Comune di Palermo, comune di Canello ed Arnone) oppure ove si stabilisce che "le ditte accondiscendenti a richieste estorsive ovvero a richieste di tangenti, sotto qualsiasi forma, non possono partecipare a bandi di gara o intrattenere rapporti economici di qualsiasi natura con il Comune" (Comune di Gangi). L'amministrazione si obbliga a collaborare con gli operatori economici ed a garantire la piena trasparenza della propria azione, rendendo pertanto pubblici "l'elenco dei concorrenti ed i relativi prezzi quotati, l'elenco delle offerte respinte con la motivazione dell'esclusione e le ragioni specifiche per l'assegnazione del contratto al vincitore, con relativa attestazione del rispetto dei criteri di valutazione indicati nel capitolato di gara o nel bando"; l'amministrazione pubblica deve inoltre astenersi dal sanzionare in qualunque modo le imprese che abbiano segnalato, corredando di prove documentali, comportamenti scorretti di pubblici funzionari. I funzionari pubblici dovrebbero impegnarsi a contribuire all'integrità della procedura assicurando la massima trasparenza sul proprio operato rendendo pubblici gli interessi propri e delle persone ad essi legate a qualunque titolo coinvolti nel contratto in questione. Trasparenza ed *accountability* sono essenziali per assicurare che i funzionari pubblici evitino e segnalino ogni irregolarità di cui vengano a conoscenza.

Le linee guida dei patti d'integrità⁵³ prevedono l'obbligo per i privati di adottare un codice di condotta interno, ispirato alla cd. *corporate social responsibility* che garantisca una condotta improntata ai valori dell'integrità, della correttezza e

⁵³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *The Integrity Pact. The Concept, the Model and the Present Application. A Status Report*, 2002, p. 7.

della legalità: un'assicurazione sugli standard etici di tutti coloro che contrattano con l'amministrazione pubblica.

L'inosservanza delle obbligazioni cui le parti si vincolano costituisce un inadempimento contrattuale che può essere sanzionato mediante specifiche previsioni contrattuali che integrano il dettato normativo.

In particolare oltre alla esclusione dalla selezione si prevedono clausole penali d'immediata esecuzione⁵⁴, sanzioni di natura economica (la possibilità dell'amministrazione di ritenere la cauzione – provvisoria e definitiva – prestata dal concorrente ed il risarcimento del danno arrecato alla stazione appaltante) come pure la risoluzione del contratto ove già stipulato⁵⁵.

Poiché l'obbligazione risarcitoria dipende dalla semplice violazione degli obblighi assunti (e.g. astenersi dall'offrire, accettare o richiedere somme di danaro al fine dell'assegnazione del contratto), il risarcimento previsto nel patto d'integrità prescinde dalla prova del danno (la semplice offerta di danaro, ancorché rifiutata, costituisce inadempimento) rendendo quest'obbligazione simile ad una penale.

La violazione delle regole d'integrità può essere sanzionata non solo con l'esclusione dalla singola gara, ma anche da quelle future per determinati periodi⁵⁶.

Minori specificazioni si rinvencono sulle modalità di sanzione delle violazioni da parte dei funzionari pubblici e dei soggetti ad ogni titolo coinvolti nella gara pubblica. Essi sono chiamati a dichiarare di «essere consapevoli del Patto d'Integrità, cui spirito condividono pienamente, nonché delle sanzioni previste a loro in caso di mancato rispetto di detto Patto», ma l'assetto sanzionatorio resta quello del relativo ordinamento, al quale occorre garantire effettività.

Recentemente l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, dando attuazione al disposto normativo⁵⁷, ha disciplinato le modalità per l'attribuzione del *rating* di legalità⁵⁸. La domanda deve contenere una dichiarazione concernente

⁵⁴ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2007, p. 82, ove vengono individuati contenuti di patti d'integrità e codici di condotta, nonché la possibilità di devolvere le controversie ad arbitri.

⁵⁵ Se l'accettazione del patto d'integrità era condizione sospensiva d'accesso alla gara, il rispetto degli obblighi con esso accettati diviene condizione risolutiva delle trattative instaurate o del contratto concluso. Le sanzioni producono i loro effetti anche in relazione ai possibili contratti di subappalto e subcontratto.

⁵⁶ Cfr. i patti d'integrità stipulati dal Comune di Palermo in cui si prevede anche il divieto di partecipazione per un anno alle gare bandite in ambito regionale. Cfr. anche Regione Puglia, art. 9, comma 2, pt. 5, Comune di Milano, Comune di Monza.

⁵⁷ D.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 5-ter, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27.

⁵⁸ Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera 14 novembre 2012, *Regolamento di attuazione dell'articolo 5-ter del decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-quinquies, del decreto-legge 24 marzo 2012, n. 29, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 maggio 2012, n. 62.*

sia l'assenza di sentenze penali o misure sanzionatorie (anche irrogate dalla stessa Agcm) adottate nei confronti dei soggetti che compongono gli organi apicali dell'impresa, sia il rispetto sulla disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari. La valutazione dei requisiti delle imprese prevede la possibilità di migliorare il proprio *rating* in caso l'impresa adotti comportamenti virtuosi non previsti quali obblighi di legge⁵⁹. Il rilascio del *rating* da parte dell'Agcm è previsto nel termine di sessanta giorni dalla domanda⁶⁰, ed ha una durata di due anni rinnovabili su richiesta della parte interessata. Il *rating* può essere ridotto, revocato⁶¹ o sospeso⁶² da parte dell'Agcm mediante un procedimento che prevede il contraddittorio con l'impresa destinataria della decisione dell'Autorità.

La trasparenza di tale attività è garantita tramite la pubblicazione sul sito dell'Agcm in modalità accessibili anche ai cittadini, dell'elenco non solo delle imprese a cui è stato attribuito un *rating* di legalità, ma anche quelle cui è stato sospeso o revocato.

I "protocolli di legalità" e di "patti d'integrità". il "rating di legalità" estendono regole di etica pubblica anche agli operatori economici, con l'obiettivo di assicurarne una piena effettività. La trasparenza, la segnalazione dei comportamenti scorretti, la pubblicità delle condotte illecite, l'avvertimento della loro pericolosità possono costituire un efficace deterrente e rafforzare le professionalità dei soggetti coinvolti, disincentivando i comportamenti lesivi dell'interesse pubblico.

3. I limiti all'arbitrato e la preventiva autorizzazione

Come noto il codice dei contratti pubblici prevede alcuni istituti finalizzati alla risoluzione delle controversie che insorgono in relazione alle procedure di selezione del contraente e di esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al fine di ridurre il contenzioso giurisdizionale⁶³.

⁵⁹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, delibera 14 novembre 2012, cit., art. 3 i comportamenti descritti attengono al rispetto del protocollo di legalità sottoscritti dal Ministero dell'Interno e da Confindustria, il rispetto della disciplina della tracciabilità dei flussi finanziari anche nei casi in cui ciò non è richiesto dalla legge, nonché l'adozione di processi volti a garantire forme di *Corporate Social Responsibility*, l'inserimento in *white list* previste dalla legge o l'aver aderito a codici etici previsti da associazioni di categoria.

⁶⁰ Nel termine di sessanta giorni l'Autorità verifica la veridicità delle dichiarazioni contenute nella domanda.

⁶¹ In caso di perdita di uno dei requisiti richiesti nella domanda.

⁶² In caso di adozione di misure cautelari in capo ad uno dei componenti degli organi di vertice dell'impresa.

⁶³ Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, cit., pp. 150 e

Alcuni esempi sono costituiti dai giudizi non vincolanti resi dall'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁶⁴, nonché la transazione⁶⁵, l'accordo bonario⁶⁶, la compromissione in arbitri della controversie relative a situazioni giuridiche di diritto soggettivo derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁶⁷ e l'informativa circa l'intento di proporre ricorso giurisdizionale⁶⁸.

La disciplina in esame non interviene sulle modalità di correzione della procedura selettiva, ma unicamente sull'arbitrato relativo alle controversie insorte in fase di esecuzione del contratto. In particolare limita il ricorso a tale forma alternativa di risoluzione delle controversie prevedendo la necessità di una espressa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo della stazione appaltante per poter includere la clausola compromissoria nel bando o nell'avviso con cui è indetta la procedura selettiva ovvero nell'invito alla stessa⁶⁹. La motivazione del-

151. C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, II, Utet, Torino, 2007, p. 43 ss.

⁶⁴ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6, comma 7. S. AMOROSINO, *L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici: profili di diritto dell'economia*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, III, Editore?, Napoli, 2011, p. 1756.

⁶⁵ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 239.

⁶⁶ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 240. La disciplina, già prevista in materia di lavori pubblici (legge 11 febbraio 1994, n. 109, art. 31-*bis*, introdotto dal d.l. 3 aprile 1995, n. 101, art. 9, convertito in legge 2 giugno 1995, n. 216) è stata estesa ad opera del codice dei contratti pubblici anche al settore dei servizi e delle forniture. Per un'analisi delle modifiche apportate alla disciplina dell'accordo bonario ad opera del d.l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge 12 luglio 2011, n. 106, cfr. Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, 4 luglio 2012, pp. 237 e 238, ove si menziona l'introduzione del divieto di accordo bonario in caso di contratti affidati al contraente generale, la previsione di un tetto massimo di 65 mila euro per la commissione a titolo di soluzione della controversia.

⁶⁷ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, 242, 243. L'arbitrato in materia di appalti pubblici si rinviene in legge 20 marzo 1865, n. 2248, all. F, art. 349, ove si prevedeva che «nei capitoli di appalto potrà stabilirsi che le questioni tra l'Amministrazione e gli appaltatori siano decise da arbitri». Sull'evoluzione del ricorso all'arbitrato in materia di contratti pubblici da ultimo G.M. COGO, *Sulla nuova disciplina dell'accordo bonario e dell'arbitrato negli appalti pubblici*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, III, Editore?, Napoli, 2011, p. 1994 ss.; A. LINGUNTI, *Limiti di convenienza e giuridici all'arbitrabilità dei diritti e degli interessi affidati al giudice amministrativo dopo il codice del processo amministrativo*, agosto 2012, in www.giustizia-amministrativa.it. In tema di rapporto tra accordo bonario e arbitrato cfr. R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La genesi e la gestione del contenzioso tra appaltatore e stazione appaltante*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti di appalto pubblico*, Utet, Torino, 2010, p. 969 ss.; cfr. anche L. ACQUARONE-C. MIGNONE, voce *Arbitrato nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, Torino, 1987; F. BENVENUTI, *L'arbitrato tra Stato e società*, in *Foro amm.*, 1996, p. 2775.

⁶⁸ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 243-*bis*, introdotta dal d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, art. 6. In dottrina cfr. M. DELSIGNORE, *Le ADR nell'attuazione della direttiva 2007/66/CE*, in G. GRECO (a cura di), *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa. Atti del convegno 20 maggio 2011*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 131 ss.

⁶⁹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 19, che interviene sull'art. 241, comma 1, del

l'autorizzazione dovrà esplicitare le ragioni di opportunità che inducono l'organo di governo dell'amministrazione aggiudicatrice a prevedere tale modalità per la risoluzione delle eventuali controversie relative all'esecuzione della prestazione contrattuale. Ove tale onere motivazionale non fosse assolto si dispone la nullità delle eventuali clausole compromissorie inserite all'interno del contratto. Evidente pare la scelta di limitare il ricorso all'arbitrato e richiedere una maggiore trasparenza della relativa scelta che risulta soggetta ai richiamati obblighi di pubblicità e trasparenza.

La norma pare inoltre volta a responsabilizzare anche l'organo di governo dell'amministrazione e non unicamente il responsabile del procedimento della singola procedura di scelta del contraente, fin dal momento iniziale della procedura selettiva⁷⁰. Si supera in tal modo la prassi di introdurre direttamente nel contratto la clausola compromissoria. La scelta di limitare il ricorso all'arbitrato sembra riconducibile alla sua scarsa trasparenza e dubbia efficacia. Solo di recente⁷¹ è stato possibile acquisire dati circa gli esiti ed i costi di tali procedure⁷², di recente oggetto di numerosi interventi normativi⁷³.

codice dei contratti pubblici. Il d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, art. 5, in tema di arbitrato aveva introdotto nella disciplina dell'art. 241, il comma 1-*bis*, in cui si prevede che le stazioni appaltanti indichino fin dal bando o avviso di indizio della gara se il contratto conterrà o meno la clausola arbitrale, proibendo contestualmente il ricorso al negozio compromissorio successivamente alla stipula del contratto. Cfr. Cons. Stato, 1° febbraio 2010, n. 368, parere reso dalla Commissione speciale del 25 gennaio 2010 in tema di attuazione direttiva 2007/66/ce miglioramento efficacia procedure di ricorso in materi di aggiudicazione di appalti pubblici, in *www.giustizia-amministrativa.it*; G.M. COGO, *Sulla nuova disciplina dell'accordo bonario*, cit., 2007.

⁷⁰ Sulla nozione di organo di governo: C.E. GALLO, *Commento all'art. 36*, in R. CAVALLO PERIN-A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Cedam, Padova, 2006, pp. 207 e 208.

⁷¹ Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, cit., p. 238, ove si rileva che nel 2011 «il maggiore costo degli appalti per effetto del contenzioso arbitrale è stato pari al 27,52%», superando il valore riferito all'anno 2010, che era risultato pari al 22,6%.

⁷² Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, cit., pp. 238 e 239.

⁷³ Le modifiche normative intercorse nel 2000 (legge 21 luglio 2000, n. 205, art. 6, comma 2, dell'abrogato dal d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, all. 4, art. 4, comma 1, n. 23, a decorrere dal 16 settembre 2010, cfr. A. ROMANO TASSONE, *Lodo arbitrale ex art. 6, l. n. 205 del 2000 e giudice dell'impugnazione*, in *Foro amm.-CDS*, 2003, p. 2276 ss.; ID., *Giurisdizione amministrativa e arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 249 ss.; avevano reso possibile il ricorso all'arbitrato rituale nelle materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo sia con riferimento agli interessi legittimi, sia con riferimento ai diritti soggettivi (Cass., Sez. Un., 12 luglio 1995, n. 7643; Cons. Stato, Sez. IV, 13 febbraio 1996, n. 148, in *Foro amm.*, 1996, p. 442; F. SATTÀ, voce *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001, p. 571 ss.). La legge finanziaria per l'anno 2008 (legge 24 dicembre 2007, n. 244, art. 3, comma 19) aveva vietato di prevedere clausole compromissorie nei contratti pubblici disponendone la nullità. Tale divieto, la cui previsione è stata inizialmente prorogata al 1° luglio 2008 (d.l. 31 dicembre 2007, n. 248, *Proroga di termini previsti da disposizioni legislative e disposizioni urgenti in materia finanziaria*, art. 15, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1,

L'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha infatti di recente chiarito che «la percentuale di soccombenza della Pubblica Amministrazione (totale o parziale) nei giudizi arbitrali nell'anno di riferimento ha raggiunto il 97,46%. La soccombenza di entrambe le parti è risultata invece del 10,16%. La soccombenza totale della pubblica amministrazione è risultata pertanto del 87,30%»⁷⁴.

La previsione della legge in esame (comma 32) degli obblighi di trasparenza relativamente agli «importi delle somme liquidate» consente di assicurare trasparenza anche ai lodi arbitrali che nel risolvere la controversia dispongono compensazioni e pagamenti⁷⁵.

Potrebbe prevedersi la pubblicazione dei lodi arbitrali nel sito dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici che ne ha la disponibilità in quanto i lodi vanno depositati presso la camera arbitrale⁷⁶ istituita presso l'Autorità stessa⁷⁷.

L'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato rituale è individuato dalla norma nelle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici⁷⁸, concorsi di progettazione e di idee, nonché quelle conseguenti il mancato raggiungimento dell'accordo bonario.

La norma in commento ha esteso l'ambito di applicazione delle disposizioni relative al ricorso alla procedura arbitrale rituale⁷⁹ alle controversie in cui «sia

comma 1, legge 28 febbraio 2008, n. 31), è stato successivamente oggetto di ulteriori differimenti (d.l. 30 dicembre 2009, n. 194, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 26 febbraio 2010, n. 25. Tale norma ha disposto l'ultima proroga al 30 giugno 2010) fino alla sua abrogazione (d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, art. 15, comma V): A. TRAVI, *arbitrati negli appalti pubblici: nuovi divieti e incertezze persistenti*, in *Corr. giur.*, 2008, p. 449; S. SCOCA, *L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, p. 1160.

⁷⁴ Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, cit., pp. 238 e 239.

⁷⁵ Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, cit., p. 151, ove si rileva che «in tema di riserve, accordi bonari ed arbitrati si è poi segnalata l'opportunità che le relative decisioni siano pubblicate per esteso su un'apposita sezione del sito dell'Autorità, allo scopo di consentire un controllo pubblico».

⁷⁶ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 9.

⁷⁷ La camera arbitrale trova la propria disciplina nell'art. 241, commi 7 e 15, e dall'art. 242 del codice dei contratti. Cfr. Consiglio della Camera arbitrale, 21 luglio 2008, verbale n. 286, avente ad oggetto il *Manuale di procedura per i segretari dei collegi arbitrali*, p. 13 ss., ove si sottolinea come la camera arbitrale sia collocata «presso» l'Autorità e non «sotto» o alle «dipendenze» di essa. «L'art. 242, commi 3, 4 e 5 del codice, espressamente ne rimarca l'autonomia e l'indipendenza».

⁷⁸ Sul punto deve essere altresì menzionato l'espresso richiamo all'arbitrato contenuto all'interno del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 133, comma 1, in cui si prevede la devoluzione in arbitri per la risoluzione del contratto di appalto di lavori in caso di ritardato pagamento delle rate di acconto, superiori al 25% dell'importo netto contrattuale. In giurisprudenza: Cass., Sez. Un., 18 maggio 2000, n. 366, in *Foro it.*, 2001, I, c. 205.

⁷⁹ Prevista per gli appalti pubblici indetti da qualsiasi stazione appaltante, dai concessionari non specificatamente qualificabili come amministrazioni aggiudicatrici e dagli enti aggiudicatori che operano all'interno dei settori speciali.

parte una società pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica (...) o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici»⁸⁰. Tale previsione collega il rispetto degli oneri di trasparenza e monitoraggio introdotti dalla disposizione in commento ai finanziamenti pubblici.

La procedura applicabile corrisponde a quella contenuta all'interno del codice di procedura civile, fatte salve le limitate previsioni contenute all'interno del codice dei contratti pubblici ed a quelle introdotte nella legge in esame per la prevenzione e repressione dell'illegalità, che trovano applicazione negli arbitrati "conferiti o autorizzati" dopo la data di entrata in vigore della legge anticorruzione⁸¹, cioè dal 28 novembre 2012⁸².

Le previsioni normative dell'arbitrato del codice dei contratti pubblici sono integrate dal codice del processo amministrativo che limita il ricorso all'arbitrato unicamente per «le controversie concernenti diritti soggettivi»⁸³. A differenza di quanto avvenuto con riferimento agli strumenti di tutela a carattere giurisdizionale contenuti nel codice dei contratti pubblici, i mezzi alternativi alla soluzione giurisdizionale delle controversie, non sono stati trasfusi all'interno del recente codice del processo amministrativo nonostante lo stesso codice contenga al suo interno una espressa previsione in materia di arbitrato⁸⁴.

4. La trasparenza della nomina degli arbitri e dei compensi

La legge in esame oltre a limitare l'adozione dell'arbitrato per le controversie in materia di contratti pubblici ne stabilisce anche la trasparenza sia della nomina degli arbitri, sia dei compensi. Si dispone infatti che nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione, la nomina degli arbitri debba avvenire secondo i principi di pubblicità e rotazione⁸⁵.

La trasparenza su siti web istituzionali di tali nomine consente di realizzare

⁸⁰ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 20.

⁸¹ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 25. La legge n. 190/2012 è entrata in vigore il 28 novembre 2012.

⁸² Circa la distinzione tra le differenti forme di arbitrato cfr. P. PISELLI, *Le riserve e il contenzioso contrattuale*, in C. FRANCHINI (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., p. 733.

⁸³ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 12. Alle norme in tema di arbitrato contenute nel codice dei contratti pubblici e nel codice del processo amministrativo si aggiunga anche il d.m. dei lavori pubblici 2 dicembre 2000, n. 398 avente ad oggetto il Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, ai sensi dell'art. 32, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni.

⁸⁴ G. MISSEMINI, *L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo*, in *Urb. e app.*, 2012, p. 394.

⁸⁵ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 21.

una efficace prevenzione di possibili conflitti di interesse e di ipotesi di incompatibilità⁸⁶, facilitando l'eventuale monitoraggio svolto da parte di organi di controllo sull'operato dell'amministrazione aggiudicatrice.

Il principio di rotazione non potrà prescindere dalla competenza e richiederà una valutazione della professionalità del soggetto, normalmente pubblico da nominare⁸⁷.

Si prevede che il Collegio arbitrale sia composto da tre membri⁸⁸, in attuazione della previsione generale del codice di procedura civile ove è disposto che il Collegio arbitrale possa essere formato da «uno o più membri, purché in numero dispari»⁸⁹. La nomina dell'arbitro di parte è effettuata all'interno della domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza allo stesso⁹⁰.

Nella procedura per la scelta degli arbitri si distingue tra l'arbitrato "ordinario" o "libero", in cui il Presidente del Collegio Arbitrale è nominato su accordo delle parti⁹¹, e l'arbitrato "amministrato" ove il Presidente, in mancanza di un accordo tra le parti, è nominato dalla camera arbitrale⁹². La prima tipologia è parsa più esposta al rischio di illegalità per la mancanza di un intervento esterno al rapporto tra le parti.

La norma in commento introduce l'obbligo di scegliere un dirigente pubblico come arbitro di parte se la controversia riguarda due amministrazioni pubbliche⁹³. Nel caso di controversia con un soggetto privato l'indicazione preferenziale è la medesima, ma con provvedimento motivato è possibile conferire l'incarico ad un soggetto privato⁹⁴. La previsione di un *favor* per la nomina di un proprio diri-

⁸⁶ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 6, in cui, ai casi di ricsuzione di cui all'art. 815 c.p.c., vengono aggiunti i casi in cui un soggetto abbia redatto il progetto, abbia dato parere su tale progetto o abbia «*diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, le forniture cui si riferiscono le controversie, né coloro che in qualsiasi modo abbiano espresso un giudizio o parere sull'oggetto delle controversie stesse, anche ai sensi dell'articolo 240*». Cfr. anche d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 242, comma 8 in cui è prevista la titolarità dei «*requisiti di onorabilità fissati in via generale dal consiglio della camera arbitrale*».

⁸⁷ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 4.

⁸⁸ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 3. Circa l'elencazione dei soggetti ammessi all'albo degli arbitri della camera arbitrale cfr. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 6.

⁸⁹ Codice di procedura civile, art. 809.

⁹⁰ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 6.

⁹¹ D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 5.

⁹² D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 241, comma 15. In questo caso per la nomina del terzo arbitro cfr.: Comunicato del Presidente della Camera arbitrale del 21 luglio 2008, n. 27, concernente il sistema finalizzato alla nomina del Terzo arbitro. Cfr. anche Comunicato del Presidente della Camera arbitrale del 23 maggio 2012, n. 34, Procedura informatica per la nomina del Terzo arbitro, che ha previsto una parziale revisione della disciplina precedentemente prevista.

⁹³ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 22.

⁹⁴ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 23.

gente quale arbitro di parte può essere ricondotta alla duplice finalità, da un lato, di ridurre, ove possibile, gli oneri derivanti dal compenso di soggetti esterni alla pubblica amministrazione e, dall'altro, di responsabilizzare maggiormente i soggetti chiamati a rivestire la figura di arbitro.

Una maggiore responsabilizzazione degli arbitri nominati dalla parte pubblica può consentire una maggiore attenzione, da parte degli organi di governo della pubblica amministrazione, nella scelta dell'arbitro di parte, nonché una maggiore attenzione della parte pubblica anche nella successiva scelta del terzo arbitro, con la riduzione dei c.d. casi di arbitrato "libero" e l'aumento dei casi di arbitrato "amministrato"⁹⁵.

La norma in esame introduce espressamente ipotesi di incompatibilità in capo ai «magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie» ai quali è fatto divieto di rivestire la qualità di arbitro, sia come componente del Collegio, sia quale arbitro unico⁹⁶.

La nomina dell'arbitro di parte della pubblica amministrazione impone altresì l'obbligo di pre-determinare, a pena di nullità, l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per tale attività. In caso di definizione in sede arbitrale di compensi superiori, si prevede l'acquisizione della differenza al bilancio della amministrazione interessata. Il principio di trasparenza previsto per «l'importo delle somme liquidate» andrebbe applicato anche a tali somme unitamente a quelle disposte nel lodo a favore della parte vincitrice⁹⁷.

La nullità della nomina dell'arbitro in caso di mancata previsione dell'importo massimo spettante all'arbitro preclude anche successive modificazioni di tale importo.

Essenziali risultano gli strumenti informatici che, assicurando l'interoperabilità con i sistemi di recente predisposti ad esempio per la tracciabilità dei flussi finanziari, potrebbero semplificare l'attività di controllo, garantendo anche l'effettività delle norme in esame⁹⁸.

⁹⁵ Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, cit., pp. 240-241, in cui viene evidenziata la prevalenza dei lodi liberi, rispetto quelli amministrati individuando in 30 il numero di lodi "amministrati" e 106 i lodi "liberi" depositati presso la Camera arbitrale istituita presso l'Autorità per la Vigilanza dei contratti pubblici, nel 2011.

⁹⁶ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 18.

⁹⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 24.

⁹⁸ Per un'analisi sulle prospettive future di impiego di strumenti IT nel settore: G.M. RACCA, *The role of IT solutions in the award*, cit., p. 393: «IT publication can ensure a broader control by a wider principal (not only unsuccessful tenderers, citizens, and public interest organizations) over the efficient and sound use of public resources by its agents (the procuring entities)».

5 Gli strumenti tecnologici come garanzia di valutazione della qualità e dell'integrità nei contratti pubblici

La prevenzione ed il contrasto dell'illegalità nei contratti pubblici unitamente alla riduzione degli sprechi delle sempre più scarse risorse pubbliche⁹⁹ richiede la trasparenza dell'attività delle pubbliche amministrazioni, attuata mediante i più avanzati strumenti tecnologici¹⁰⁰. Il settore dei contratti pubblici può assicurare risparmi significativi che possono evitare riduzioni della qualità e della consistenza nei servizi ai cittadini.

Il monitoraggio dell'intero ciclo del contratto pubblico richiede una più accurata predisposizione di clausole contrattuali utili a contrastare gli inadempimenti e le illegalità.

La garanzia della trasparenza, della concorrenza e dell'oggettività della selezione e della qualità delle prestazioni richiede l'evoluzione delle strutture e delle professionalità delle amministrazioni aggiudicatrici¹⁰¹.

Quando l'amministrazione pubblica tollera gravi inadempimenti senza l'applicazione delle sanzioni o della risoluzione del contratto si verifica una violazione del principio di concorrenza nei confronti degli altri offerenti partecipanti alla gara che, forse, avrebbero potuto garantire una effettiva migliore esecuzione della prestazione. Questi eventi possono verificarsi per corruzione¹⁰² (cioè qualora offrendo, lasciando, ricevendo o sollecitando, direttamente o indirettamente, qual-

⁹⁹ F. MERLONI, *L'etica dei funzionari pubblici*, in F. MERLONI-R. CAVALLO PERIN, *Al servizio della Nazione*, cit., pp. 32-33.

¹⁰⁰ Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3-bis, introdotto dall'art. 3, legge n. 15/2005; d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*, art. 54, in relazione ai siti delle pubbliche amministrazioni; legge 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, comma 7, in cui si afferma che «la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

¹⁰¹ R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss.; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA-G.L. ALBANO, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, cit.; A. SÁNCHEZ GRAELLS, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Editore?, Oxford, 2011; Commissione Ue, *A report on the functioning of public procurements markets in the EU: benefits from the application of EU Directives and challenges for the future*, 3 febbraio 2004, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public-procurement-final-report_en.pdf; Commissione Ue, *L'atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*, COM(2011)206 definitivo, 13 aprile 2011, in http://ec.europa.eu/internal_market/smact/index_it.htm.

¹⁰² R.H. GARCIA, *International public procurement*, cit. Si veda anche E. AURIOL, *Corruption in procurement and public purchase*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2006, pp. 867-885; TRANSPARENCY INTERNATIONAL – THE GLOBAL COALITION AGAINST CORRUPTION, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006.

siasi cosa di valore si influenzi l'azione di un funzionario pubblico coinvolto nella procedura di selezione o nell'esecuzione di un contratto), ma spesso sono la conseguenza dell'inefficacia degli strumenti definiti nel contratto che non consentono di limitare il tentativo dell'aggiudicatario di massimizzare il suo profitto. Il *malicious agreement*¹⁰³ fra chi aggiudica la gara e chi la vince con un'offerta aggressiva poiché sa in anticipo che non gli sarà richiesta una completa e corretta esecuzione non riguarda solo il nostro ordinamento, tuttavia spesso tutta l'attenzione è rivolta alla sola fase di selezione del contraente in relazione alla sua più specifica disciplina in ambito europeo e internazionale.

Un insufficiente monitoraggio dell'intera procedura del contratto pubblico ha nel tempo ridotto la partecipazione e diminuito la fiducia degli operatori privati e dei cittadini nella correttezza dei contratti pubblici.

Se il vincitore ha la possibilità di non eseguire correttamente ciò che aveva promesso nella sua offerta si rafforza l'idea che le gare pubbliche siano *"compromised"*¹⁰⁴ per corruzione dei funzionari pubblici ovvero che non vi sia libertà di ingresso perché cartelli fra imprese si spartiscono il relativo mercato. Gli operatori economici che partecipano ad una gara pubblica dispongono di una profonda conoscenza dell'oggetto del contratto, e potrebbero essere coinvolti nel controllo non solo della procedura selettiva, ma anche dell'esatto adempimento¹⁰⁵ in collaborazione con l'amministrazione aggiudicatrice.

In tale prospettiva la legge in esame si ricollega a precedenti interventi normativi¹⁰⁶ che individuano negli strumenti informatici i mezzi maggiormente idonei a prevenire e contrastare l'illegalità e migliorare la qualità e l'integrità nelle pubbliche amministrazioni¹⁰⁷.

¹⁰³ G.M. RACCA, *The safeguard of competition in the execution phase of public procurement*, Intervento al seminario *The New Public Law in a Global (Dis)Order A Perspective from Italy*, New York University School of Law, 19-20 settembre 2010, ove si è richiamata la prassi del *malicious agreement* come esempio di *"perfect crime"*, per l'assenza di controlli esterni successivi alla stipulazione.

¹⁰⁴ R.H. GARCIA, *International public procurement*, cit.

¹⁰⁵ Il *Virtual Company Dossier* previsto dal progetto Peppol fornirà delle soluzioni interoperabili per gli operatori economici in ogni Stato Membro che consentirà l'utilizzo dei dati in precedenza inseriti in relativi a certificati e attestazioni richieste agli operatori economici, http://www.peppol.eu/work_in_progress/wp2-virtual-company-dossier/vision.

¹⁰⁶ Legge 7 agosto 1990, n. 241, art. 3-bis, introdotto dall'art. 3, legge n. 15/2005; d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'amministrazione digitale*, art. 54, in relazione al contenuto dei siti delle pubbliche amministrazioni; legge 4 marzo 2009, n. 15, art. 4, comma 7, in cui si afferma che «la trasparenza è intesa come accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti internet delle pubbliche amministrazioni, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta in proposito dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

¹⁰⁷ Legge 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 15, in cui si individuano altresì i criteri di "fa-

L'utilizzo degli strumenti tecnologici, banche dati interoperabili, siti web istituzionali nel settore dei contratti pubblici sembra assumere un ruolo strategico al fine di rendere effettiva l'applicazione dei principi di trasparenza e non discriminazione¹⁰⁸. Tale prospettiva è presente anche nelle proposte di modifica alla direttiva UE in materia di contratti pubblici, ove gli strumenti informatici sono individuati quale mezzo per favorire l'apertura del mercato unico nel settore dei contratti pubblici¹⁰⁹ e il loro utilizzo è posto in stretta connessione all'attività contrattuale di strutture complesse (quali le centrali di committenza)¹¹⁰ che dispongono delle risorse per implementare sistemi IT interoperabili che consentano l'informatizzazione dell'intero ciclo del contratto pubblico, fino alla conclusione dell'esecuzione¹¹¹.

L'utilizzo degli strumenti IT consente la raccolta di dati¹¹² sulle imprese operanti nei differenti mercati di riferimento¹¹³ per semplificare la valutazione dei re-

cile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione" cui deve improntata la pubblicazione delle informazioni; cfr. anche il comma 32. In giurisprudenza in relazione al valore di pubblicità notizia delle informazioni cfr. Cons. Stato, Sez. V, 13 ottobre 2010, n. 7471, in *Foro amm.-CDS*, 2010, p. 2131, ove il Collegio ritiene la pubblicazione sul sito internet della stazione appaltante dei chiarimenti da fornire ai concorrenti uno strumento di comunicazione considerato sia in generale (artt. 50 e 54, c. amm. dig. approvato con d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82), sia nello specifico (artt. 70 e 71, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) idoneo ad informare gli interessati.

¹⁰⁸ Commissione Ue, *A strategy for e-procurement*, 20 aprile 2012, COM(2012) 179 final. D. SORACE-A. TORRICELLI, *Monitoring and Guidance in the Administration of Public Contracts*, in R. NOGUELLOU-U. STELKENS *Droit compare des contrats publics*, cit., [compl.: mai cit.] p. 199 ss.; R. BICKERSTAFF, *E-communication Regulation in Public Procurement: the EC and UK perspective*, in S. ARROWSMITH (a cura di), *Reform of the UNCITRAL model law on procurement*, Thomas Reuters/West, Danvers, 2009, p. 287 ss.; G.M. RACCA, *The role of IT solutions in the award*, cit., pp. 373-374.

¹⁰⁹ Council Eu, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement*, 30 novembre 2012, considerando n. 19, «Electronic means of information and communication can greatly simplify the publication of contracts and increase the efficiency and transparency of procurement processes. They should become the standard means of communication and information exchange in procurement procedures, as they greatly enhance the possibilities of economic operators to participate in procurement procedures across the Internal Market». Cfr anche Commissione Ue, *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation – Part 1*, SEC(2011) 853 final, 27 giugno 2011, in http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/er853_1_en.pdf.

¹¹⁰ Council Ee, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public Procurement*, 30 novembre 2012, artt. 31-38.

¹¹¹ G.M. RACCA, *The role of IT solutions in the award*, cit., p. 373.

¹¹² G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, B. Mondadori, Milano, 2005, p. 233 ss, ove lo Stato e tutte le pubbliche amministrazioni sono individuate come apparati che «detengono, diffondono e, in generale, trattano dati ed informazioni di ogni genere» e la nozione di informazione viene distinta da quella di comunicazione.

¹¹³ Cfr. d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6 bis, introdotto dal d.l., 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge 4 aprile 2012, n. 35 (in attuazione dell'art. 62-bis del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82) ove viene istituita, presso l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici (presso cui già opera l'Osser-

lativi requisiti di qualificazione evidenziando i dati relativi alle aggiudicazioni per valore, per territorio e per tipologia contrattuale e di amministrazione aggiudicatrice. Tali dati consentono di svolgere un significativo monitoraggio utile al contrasto della collusione e dell'illegalità¹¹⁴.

In particolare i dati raccolti costituiscono un utile elemento di valutazione circa l'affidabilità degli operatori economici e la qualità delle relative *performance* per la definizione di *white lists* integrate anche da requisiti reputazionali. Elementi che possono influire per l'affidamento di successivi contratti¹¹⁵.

La trasparenza di tali informazioni¹¹⁶ assicura la possibilità di valutare la qualità della contrattazione pubblica e la capacità ed integrità dei soggetti coinvolti¹¹⁷ e di compiere scelte consapevoli volte alla migliore strategia contrattuale nell'interesse pubblico.

Risulta evidente l'importanza di ampliare e rafforzare la professionalità dei funzionari pubblici coinvolti, coordinandone l'attività in strutture complesse che assumano le funzioni di rilevazione e razionalizzazione dei fabbisogni, di analisi del mercato, di corretta selezione dei contraenti, ma anche di monitoraggio della qualità delle prestazioni e di contrasto agli inadempimenti, con la collaborazione degli uffici delle amministrazioni direttamente destinatarie delle prestazioni. Le reti fra centrali d'acquisto, anche non unicamente nazionali, l'utilizzo di strumenti IT e le sinergie con le amministrazioni destinatarie delle prestazioni possono promuovere e diffondere *best practices* definire *benchmark*, per assicurare il rag-

vatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture), la Banca dati Nazionale dei contratti pubblici che dal 1° gennaio 2013 acquisirà, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario.

¹¹⁴ D.l. 7 maggio 2012, n. 52, art. 8, comma 1, conv. con mod. in legge 6 luglio 2012, n. 94, ove vengono disposte previsioni volte a garantire la trasparenza degli appalti pubblici ai fini dell'attività di monitoraggio, analisi e valutazione della spesa pubblica attraverso la pubblicazione, da parte dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, sul proprio portale dei dati comunicati dalle stazioni appaltanti e la trasmissione dei medesimi dati al Ministero dell'economia e delle finanze e alle regioni. L'articolo inoltre prevede ad estendere gli obblighi di comunicazione delle stazioni appaltanti all'Osservatorio. In attuazione di tale previsione e per semplificare l'attività di monitoraggio è istituito il "portale trasparenza" all'interno del sito dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici <http://portaletrasparenza.avcp.it>.

¹¹⁵ UNITED KINGDOM CABINET OFFICE PROCUREMENT POLICY NOTE, *Taking account of bidders' past performance*, 8 novembre 2012.

¹¹⁶ G. GARDINI, *Le regole dell'informazione*, cit., p. 236, ove viene individuato un «dovere informativo pubblico» sulla base di regole che ne assicurino la qualità.

¹¹⁷ Cfr. la possibilità di valutare l'integrità delle imprese: d.l. 24 gennaio 2012, n. 1, art. 5-ter, convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012, n. 27, ove all'Autorità garante della concorrenza e del mercato è attribuito il compito di indicare al Parlamento le modifiche normative necessarie «al fine di promuovere l'introduzione di principi etici nei comportamenti aziendali (...) in rapporto alla tutela dei consumatori, nonché di procedere, in raccordo con i Ministeri della giustizia e dell'interno, alla elaborazione di un rating di legalità per le imprese operanti nel territorio nazionale; del rating attribuito si tiene conto in sede di concessione di finanziamenti pubblici da parte delle pubbliche amministrazioni, nonché in sede di accesso al credito bancario».

giungimento del miglior rapporto qualità/prezzo e la migliore allocazione della spesa pubblica. Solo il superamento dell'attuale modello frammentato composto da migliaia di micro amministrazioni aggiudicatrici può consentire l'acquisizione delle professionalità adeguate al cambiamento che possano assicurare insieme all'integrità anche l'innovazione e la sostenibilità per un miglioramento effettivo della qualità della vita dei cittadini «*the true stakeholders in any procurement system*»¹¹⁸.

¹¹⁸ R.H. GARCIA, *International public procurement*, cit., 2009.

