

Corruzione e infiltrazioni criminali
negli appalti pubblici

Strumenti di prevenzione e contrasto

a cura di Laura Scomparin



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2016 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-0717-5

Il presente volume è stato sottoposto a referaggio da parte di un Comitato scientifico composto da: Francesco Caprioli, Sergio Foà, Marco Pelissero, Gabriella Racca, Laura Scomparin.

La ricerca su cui si basa questo libro non si sarebbe potuta realizzare senza il contributo dei ricercatori e delle istituzioni coinvolte nonché degli esperti, italiani e stranieri, che hanno dedicato tempo e competenze al progetto.



Il presente libro è stato realizzato con il supporto della Commissione europea, Direzione generale della Migrazione e degli Affari interni, nel quadro del programma Prevenzione e lotta al crimine (ISEC). Il contenuto del rapporto di ricerca non rispecchia l'opinione ufficiale della Commissione europea, dell'Università di Torino o di eventuali organizzazioni a cui gli autori sono affiliati. La responsabilità delle informazioni e dei punti di vista ivi contenuti ricade interamente sugli autori.

Composizione: Voxel Informatica s.a.s. - Chieri (TO)

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| <i>Premessa, di Laura Scomparin</i> | IX |
| Parte I | |
| PREVENZIONE E CONTRASTO ALLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E ALLE PRATICHE CORRUTTIVE: QUADRO NORMATIVO E STRUMENTI DI PREVENZIONE | |
| Capitolo 1 | |
| GLI APPALTI PUBBLICI TRA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA E CORRUZIONE: IL QUADRO NORMATIVO | |
| <i>di Valeria Ferraris e Laura Scomparin</i> | |
| 1. Premessa | 3 |
| 2. La nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e il diverso recepimento all'interno degli Stati membri | 4 |
| 2.1. Le nuove Direttive europee in materia di appalti pubblici | 4 |
| 2.2. Gli orientamenti degli Stati membri | 12 |
| 3. Crimine organizzato e appalti | 17 |
| 3.1. L'associazione criminale nel quadro europeo | 17 |
| 3.2. Il reato associativo come possibile strumento per contrastare il coinvolgimento delle organizzazioni criminali negli appalti pubblici | 19 |
| 4. Corruzione e appalti | 24 |
| 4.1. Gli strumenti normativi europei di contrasto alla corruzione | 24 |
| 4.2. Corruzione e traffico di influenze in relazione agli appalti pubblici | 30 |
| 5. I patti di integrità e i protocolli di legalità | 37 |
| 5.1. Il valore giuridico degli strumenti pattizi in Italia: tra riconoscimento legislativo e limiti giurisprudenziali | 41 |

Capitolo 2

GLI STRUMENTI DI PREVENZIONE DELLA ILLEGALITÀ
NEGLI APPALTI: *RED FLAGS* E SISTEMI DI *LISTING*di *Valeria Ferraris e Caterina Mazza*

- | | |
|--|----|
| 1. Premessa | 45 |
| 2. Gli indicatori di allerta o <i>red flags</i> : un tentativo di individuare le situazioni di rischio | 46 |
| 3. <i>White e black lists</i> : obiettivi e procedure | 51 |
| 4. La <i>black list</i> della Banca mondiale: caratteristiche e problematiche | 54 |
| 5. Costi e benefici delle liste di merito e di esclusione | 58 |

Parte II

LA VULNERABILITÀ DEGLI APPALTI PUBBLICI E
I SISTEMI PREVENTIVI E
DI CONTROLLO NEGLI STATI MEMBRI

- | | |
|--|----|
| 1. Premessa metodologica, di <i>Valeria Ferraris</i> | 63 |
|--|----|

Capitolo 1

LA VULNERABILITÀ DEGLI APPALTI PUBBLICI

di *Valeria Ferraris*

- | | |
|--|----|
| 1. Vulnerabilità complessiva e settori di attività | 65 |
| 2. Vulnerabilità del ciclo di vita dell'appalto pubblico | 73 |
| 2.1. Fase pre-gara | 73 |
| 2.2. Fase della procedura di appalto | 77 |
| 2.3. Fase post-aggiudicazione | 79 |

Capitolo 2

IL SISTEMA DI PREVENZIONE E
CONTROLLO NEGLI APPALTI PUBBLICIdi *Caterina Mazza*

- | | |
|--|-----|
| 1. Le autorità di controllo e prevenzione negli Stati membri: un quadro composito | 83 |
| 2. Il sistema preventivo italiano delle illegalità negli appalti: tra antimafia e anticorruzione | 88 |
| 3. <i>Red flags</i> e sistemi di <i>listing</i> negli Stati membri | 92 |
| 4. Misure di prevenzione e controllo nella fase di esecuzione del contratto | 101 |

Parte III

LA NORMATIVA ITALIANA SUGLI APPALTI E
LA RESPONSABILITÀ DELLE PERSONE GIURIDICHE

Capitolo 1

LA NUOVA DISCIPLINA SUI CONTRATTI PUBBLICI
E IL CONTRASTO ALLA CORRUZIONEdi *Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio*

- | | |
|---|-----|
| 1. Dalla vigilanza sui contratti pubblici all'anticorruzione | 109 |
| 2. La riorganizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti per la professionalità e l'integrità dei contratti pubblici | 119 |
| 3. Nuove strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nell'intero ciclo del contratto pubblico | 129 |
| 4. L'attività di monitoraggio e controllo dell'esatta esecuzione contrattuale | 137 |

Capitolo 2

LA RESPONSABILITÀ DEGLI ENTI PER CORRUZIONI E
INFILTRAZIONI CRIMINALI NEGLI APPALTI IN ITALIAdi *Silvia Renzetti*

| | |
|---|-----|
| Premessa | 145 |
| 1. L'introduzione della responsabilità da reato degli enti <i>ex d.lgs. n. 231/2001</i> quale strumento di contrasto alla criminalità d'impresa | 146 |
| 2. I modelli organizzativi: baluardo del sistema di responsabilità degli enti e veicolo di diffusione della logica preventiva mediante organizzazione | 150 |
| 3. Responsabilità degli enti <i>ex d.lgs. n. 231/2001</i> e sistema anticorruzione a confronto | 155 |
| 4. La legislazione successiva alla l. n. 190/2012 fino alle misure introdotte dal nuovo "codice appalti" | 159 |
| 5. Uno sguardo alle "imprese criminali" | 163 |
| 6. Un tentativo di sintesi, navigando tra le criticità del sistema | 165 |
| Nota dell'Autore | 172 |
| | |
| <i>Allegato 1. Questionario</i> | 173 |

Capitolo 1

LA NUOVA DISCIPLINA SUI CONTRATTI PUBBLICI E IL CONTRASTO ALLA CORRUZIONE¹

di Gabriella M. Racca e Silvia Ponzio

SOMMARIO: 1. Dalla vigilanza sui contratti pubblici all'anticorruzione. – 2. La riorganizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti per la professionalità e l'integrità dei contratti pubblici. – 3. Nuove strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nell'intero ciclo del contratto pubblico. – 4. L'attività di monitoraggio e controllo dell'esatta esecuzione contrattuale.

1. Dalla vigilanza sui contratti pubblici all'anticorruzione²

La corruzione³ in senso ampio è stata definita come “abuso di un potere

¹ Il contributo sviluppa la Relazione presentata al 61° Convegno di Studi amministrativi su “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione” (Varenna, 17-18 e 19 settembre 2015) in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Atti del LXI Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione - Promosso da Provincia di Lecco e Consiglio di Stato, Giuffrè, Milano, 2016, 405 e ss. ed il successivo articolo: G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 345-387. Il contributo è frutto di riflessioni comuni, tuttavia i paragrafi 1 e 2 sono di Gabriella M. Racca e i paragrafi 3 e 4 sono di Silvia Ponzio.

² Cfr. il report: *Preventing and combatting crime in public procurement* realizzato nell'ambito del progetto *Warning on crime*, accessibile in <http://www.warningoncrime.eu/wp-content/uploads/2016/05/WocFinalReport.pdf>; cfr. anche G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di) *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, in *Droit Administratif/Administrative Law Collection* (Directed by J. B. Auby), Bruylant, Bruxelles, 2014.

³ Oltre alla nozione codicistica di diritto penale di cui agli artt. 318 c.p. (corruzione per l'esercizio della funzione), 319 c.p. (corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio), 319

per il perseguimento d'interessi privati"⁴ e include ogni deviazione dal comportamento corretto che comporti *maladministration*⁵ con definizione che trascende le ipotesi di reato contro la pubblica amministrazione. La corru-

ter (corruzione in atti giudiziari) su cui cfr. C.F. GROSSO, *Novità, omissioni e timidezze della legge anticorruzione in tema di modifiche al codice penale*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, si è affermata una nozione c.d. "amministrativistica" di corruzione a seguito della l. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*. Cfr.: M. CLARICH-B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 61. ove si afferma che «alla luce (...) della legge n. 190/2012, si afferma una nozione amministrativistica di corruzione, diversa da quella penalistica. È una nozione certamente più ampia, che rinvia non solo a condotte penalmente rilevanti, ma anche a condotte che sono fonte di responsabilità di altro tipo o non espongono ad alcuna sanzione, ma possono generare situazioni di illegittimità e sono comunque sgradite all'ordinamento giuridico». Si veda anche B.G. MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 61; G.M. RACCA, *Corruption in Public Procurement systems as a betrayal of the solidarity principle*. Il Paper è stato presentato in occasione dell'International Society of Public Law: ICON Society Inaugural Conference, "Rethinking the Boundaries of Public Law and Public Space", Firenze, 26-28 giugno 2014 (Session III – Panel "Corruption of Rules and Corruption of People", Moderatore: Giuliano Amato. Discussants: Jean-Bernard Auby; Marco D'Alberti; Bernardo Giorgio Mattarella, Gabriella Margherita Racca; Alfredo Moliterni; Fabiana Ciavarella).

⁴ La Convenzione di diritto civile sulla corruzione del Consiglio d'Europa (Strasburgo 4 novembre 1999, *European Treaty Series n. 174*) considera "corruzione" il «sollecitare, offrire, dare o accettare, direttamente o indirettamente, una somma di danaro o altro vantaggio indebito o la promessa di tale vantaggio indebito, che distorce il corretto adempimento di una funzione/compito o comportamento richiesto dal beneficiario dell'illecito pagamento, del vantaggio non dovuto o della promessa di un tale vantaggio». COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Lotta alla corruzione nell'UE: rispondere alle preoccupazioni delle imprese e della società civile*, pubblicato in G.U.U.E. 15 gennaio 2016, C 13/63.

⁵ Cfr. ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, ove «si conferma la definizione del fenomeno contenuta nel PNA, non solo più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, ma coincidente con la "maladministration", intesa come assunzione di decisioni (di assetto di interessi a conclusione di procedimenti, di determinazioni di fasi interne a singoli procedimenti, di gestione di risorse pubbliche) devianti dalla cura dell'interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre, cioè, avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con la necessaria cura dell'interesse pubblico e pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni e dei soggetti che svolgono attività di pubblico interesse». Cfr. S. CASSESE, *Maladministration e rimedi*, in *Foro it.*, 1992, V, c. 243; S.A. FREGO LUPPI, *L'obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 671.

zione assume nell'ordinamento giuridico italiano i caratteri di "fenomeno politico-amministrativo sistemico"⁶ e compromette l'imparzialità e il buon andamento delle amministrazioni pubbliche e la loro stessa legittimazione⁷.

Si parla comunemente di corruzione delle persone e delle organizzazioni, ma il fenomeno corruttivo può essere favorito anche dalla c.d. "corruzione delle regole"⁸ poiché una eccessiva o incoerente disciplina può favorire comportamenti corrotti o scorretti con l'abuso o lo sviamento rispetto al perseguimento dell'interesse generale⁹.

La corruzione è stata favorita in Italia dall'incertezza di una disciplina, soggetta a numerose modifiche¹⁰ e a numerosi interventi del giudice ammi-

⁶ Così nel noto discorso di apertura dell'anno giudiziario 2013, Corte dei conti, 5 febbraio 2013, ove si richiese una risposta "articolata ed anch'essa sistemica". PCM, Dipartimento della funzione pubblica, *Piano Nazionale Anticorruzione*, 11 settembre 2013. A. VON BOGDANDY-M. IOANNIDIS, *Systemic deficiency in the rule of law: what it is, what has been done, what can be done*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 59-96 e A. VON BOGDANDY-M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pub.*, p. 593 ss.; A. ROMANO, introduzione al convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università degli Studi di Torino, 18 maggio 2015; B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, *passim*.

⁷ G.M. RACCA, *Il diritto amministrativo della prevenzione e del contrasto alla corruzione nei contratti pubblici*, in G. CAIA (a cura di), *Trasformazione e razionalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in corso di pubblicazione; G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 23 ss.

⁸ G. M. RACCA, *Corruption in Public Procurement systems as a betrayal of the solidarity principle*, cit.

⁹ S. ROSE-ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, in *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, p. 449; M. BARBERIS, *Gli infortuni della virtù. Corruzione, democrazia, diritti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, n. 1/2016, p. 170; S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *federalismi.it*, 16/2016, pp. 3 e 4; G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 1/2014, www.ius-publicum.com e in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 23-48. Cfr.: INTERNATIONAL COUNCIL ON HUMAN RIGHTS POLICY, *Corruption and Human Rights: Making the connection*, 2009, p. 3 s. Cfr. da ultimo: EUJ EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, *European judicial cooperation and fundamental rights: some practical guidelines*, Firenze, 2014.

¹⁰ G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, pp. 498-500.

nistrativo¹¹, nonché dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti: la selezione e l'esecuzione, l'una disciplinata sulla base di fonti europee, l'altra di fonti nazionali¹². Separazione che nel nostro ordinamento è evidenziata anche nelle differenti giurisdizioni, amministrativa ed ordinaria, che non paiono aver assicurato la legalità del sistema.

I comportamenti corruttivi determinano gravi pregiudizi alle attività economiche, sia nel settore privato sia nel settore pubblico, ma, come noto, la mancanza di integrità delle organizzazioni pubbliche compromette i diritti fondamentali dell'individuo poiché viola la coesione sociale.

La corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*¹³, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione. La correlazione tra fenomeni corruttivi e inefficienza nell'esercizio delle pubbliche funzioni è stata evidenziata anche da studi internazionali che rivelano come lo spreco nel settore appalti sia stato ricollegato per l'80% all'incapacità e solo per il 20% alla corruzione¹⁴ da cui discende la necessità

¹¹ M.P. CIUTI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giornale Dir. amm.*, 2016, p. 436, ove, a titolo esemplificativo, a seguito dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, sono enumerate 42 sentenze della sola Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

¹² G. MONTEODORO, *Relazione al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato – Roma, 14 maggio 2014, pp. 26-31; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPARTI (a cura di), *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, *passim*; G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN, *Material changes in contract management as symptoms of corruption: a comparison between EU and U.S. procurement systems*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., 2014, pp. 271-272.

¹³ 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, pro fili 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. Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione. Allegato sull'Italia*, 3 febbraio 2014; Commissione UE, *La lotta contro la corruzione nell'UE*, 6 giugno 2011, COM(2011) 308 final, 12 e 13; PricewaterhouseCoopers, *Report per la Commissione EU Identifying and reducing corruption in Public Procurement in the EU*, 30 giugno 2013.

¹⁴ O. BANDIERA-A. PRAT-T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, pp. 1278-1308, ove, nell'analisi degli acquisti di beni standardizzati da parte di amministrazioni italiane, si evidenziano le differenze nei prezzi di merci equivalenti ed i superiori costi risultano correlati ad insufficienti capacità professionali (83%) più che alla sussistenza di fenomeni corruttivi.

di formare i funzionari e costituire strutture organizzative complesse capaci di svolgere adeguatamente tale funzione, per contrastare la cattiva qualità della contrattazione pubblica superando la scarsa trasparenza, l'inadeguatezza delle clausole dei capitolati di appalto e l'inefficacia degli strumenti di contrasto agli inadempimenti in corso di esecuzione (su cui si veda *infra*, § 4). Le nuove direttive europee sui contratti pubblici¹⁵ perseguono l'obiettivo di semplificazione delle regole e introducono una disciplina anche riferita ad alcuni profili della fase dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali, ove, come già rilevato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)¹⁶, maggiori appaiono i rischi di inefficienza e corruzione¹⁷.

Il recepimento delle Direttive europee in materia di contratti pubblici nell'ordinamento italiano si propone anche di innovare il sistema degli appalti pubblici, intesi, nella prospettiva europea, come strumenti di politica

¹⁵ Direttiva 2014/24/UE, *sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*, artt. 70-73; Direttiva 2014/25/UE, *sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*, artt. 87-90; Direttiva 2014/23/UE *sull'aggiudicazione dei contratti di concessione*, artt. 42-45. S. ARROWSMITH, *The law of public and utilities procurement. Regulation in the EU and UK*, Sweet & Maxwell, London, 2014, pp. 597-604; S. TREUMER, *Contract Changes and the Duty to retender under the New EU Public Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, p. 148; ID., *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, p. 153; S.T. POULSEN, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*, in *Public Procurement Law Review*, 2012, p. 167; G. FIDONE, *I contratti pubblici complessi*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, cit., p. 55 ss.; G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in C.E. GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle Direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 109 ss.; G. GIOVANNINI, *La disciplina degli appalti tra vecchio e nuovo*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., p. 21 ss.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, *ivi*, p. 29 ss.

¹⁶ ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, p. 113, ove l'ANAC ha evidenziato, sulla base di analisi condotte su dati in suo possesso, che in numerosi casi l'impresa aggiudicataria recupera in sede di esecuzione, esattamente il ribasso proposto in gara; ANAC, *Relazione annuale 2014*, cit., pp. 37 e 38; R. CANTONE-F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit.; ANAC, *Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015*, ove si evidenzia che l'utilizzo improprio delle proroghe e dei rinnovi nei contratti pubblici.

¹⁷ G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, cit., pp. 345-387; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 329, pp. 325-354; ID., *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, pp. 286-288.

industriale per contribuire alla crescita¹⁸, assicurando la legalità.

La nuova disciplina nazionale di recepimento introduce un nuovo modello di regolazione del sistema dei contratti pubblici affidato all'Autorità Nazionale Anticorruzione necessario anche rispetto alla ridefinizione della domanda pubblica che si tende ad aggregare e riqualificare con gli effetti conseguenti sull'offerta privata¹⁹.

Per favorire la semplificazione, il nuovo codice affida l'attuazione non ad un regolamento attuativo, ma a decreti ministeriali e a linee guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, che parrebbero meglio adattabili all'evoluzione del sistema. L'obiettivo è di rafforzare i poteri di vigilanza e sanzionatori dell'ANAC (su cui si veda *infra*) ma ancor più di favorire la "qualità della regolazione intesa in senso formale e sostanziale" per assicurare "semplificazione, chiarezza, coerenza e certezza delle regole" garantendo "corretta amministrazione e prevenzione del contenzioso"²⁰ e in un'ottica di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nei contratti pubblici²¹. Gli interventi di tipo

¹⁸ G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in S. TORRICELLI-C. MARZUOLI (a cura di), in corso di pubblicazione.

¹⁹ M. CORRADINO, *Il Responsabile Unico del Procedimento*, Torino, 13 ottobre 2016, lezione al Master di II livello in Strategie per l'Efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici organizzato dal Dipartimento di Management dell'Università degli Studi di Torino in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Scuola Nazionale dell'Amministrazione: <http://www.masterseic.it/>; ID., *Appalti pubblici, flessibilità e semplificazione alla luce delle nuove Direttive europee*, in AA.VV., *La nuova disciplina sui contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit., p. 577 ss.; R. CANTONE, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e l'ANAC come autorità di regolazione*, *ivi*, 121 ss. Su tali questioni e in particolare sulle funzioni di regolazione delle autorità amministrative indipendenti si richiama già: S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 35 ss.

²⁰ Cons. Stato, comm. spec., Parere 1 aprile 2016, n. 855.

²¹ L. 28 gennaio 2016, n. 11 – Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture art. 1, lett. t) tali funzioni ricomprendono «anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa».

“consultivo e regolatorio”²² possono contribuire alla prevenzione di fenomeni corruttivi e distorsivi nell'allocazione delle risorse pubbliche e, nel sistema degli appalti pubblici, presuppongono cambiamenti organizzativi e funzionali significativi.

Anzitutto è stata attribuita all'ANAC la competenza relativa «all'adozione di atti di indirizzo, quali linee guida, bandi tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante»²³, che si estendono alla disciplina dei soggetti aggregatori²⁴, dei prezzi di riferimento e dei costi standard²⁵, in materia di anticorruzione²⁶, trasparenza²⁷, di analisi e

²² ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015. Cfr. ANAC, Piano di riordino, realizzato ai sensi dell'art. 19, comma 3, d.l. 24 giugno 2014, n. 90 conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114.

²³ L. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, comma 1, lett. t). Si tratta di funzioni propriamente riconducibili alla regolazione: Cfr. R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, Cedam, Padova, 2011, pp. 99-106; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 1994; ID., *Autorità indipendenti (dir. cost.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1997; M. D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1995; N. LONGOBARDI, *Autorità amministrative indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, Giappichelli, Torino, 2009; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Giappichelli, Torino, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, Bologna, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Dig. disc. pubbl.*, Utet, Torino, 2008, I, p. 54 ss.

²⁴ D.l. 24 aprile 2014, n. 66, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, art. 9, *Acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento*, convertito in l. 23 giugno 2014, n. 89.

²⁵ I prezzi di riferimento, elaborati dall'ANAC nelle more della determinazione dei costi standardizzati, sono stati introdotti inizialmente con finalità di razionalizzazione della spesa sanitaria (d.l. 6 luglio 2011, n. 98, *Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria*, art. 17, comma 1, lett. a), convertito in l. 15 luglio 2011, n. 111) e sono stati successivamente estesi a tutti i beni e servizi acquistati dalle amministrazioni pubbliche tra quelli di maggiore impatto in termini di costo a carico della PA (d.l. 24 aprile 2014, n. 66, *Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale*, art. 9, *Acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento*, convertito in l. 23 giugno 2014, n. 89).

²⁶ L. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1, comma 2, in relazione all'approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione. Cfr. anche d.l. 24 giugno 2014, n. 90, cit., art. 19, comma 15, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114, relativo al trasferimento all'ANAC delle funzioni originariamente attribuite al Dipartimento della Funzione Pubblica (ad es. la predisposizione del Piano Nazionale Anticorruzione).

²⁷ D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*, art. 48, adottato ai sensi della l. n. 190/2012, art. 1, commi 35-36; Cfr. ANAC, *Regolamento*

di elaborazione dei dati²⁸. Linee guida che, ancorché non vincolanti, si qualificano come strumenti utili ad orientare l'attività delle amministrazioni pubbliche e degli operatori economici²⁹, che vengono talora coinvolti con modalità trasparenti nella definizione degli strumenti di regolazione³⁰ favorendo so-

in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, 15 luglio 2015.

²⁸ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, art. 213.

²⁹ S.S. SCOCA, *L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture: attività e controlli*, in C. FRANCHINI, (a cura di), *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., II, p. 1341; S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. amm.*, 2004, p. 723; A. FLORI, *L'AIR e gli strumenti di programmazione delle attività nelle Autorità indipendenti*, maggio 2011, accessibile in http://www.osservatorioair.it/vsp-content/uploads/2011/05/Paper_Flori_Programmazione_AIR_maggio2011.pdf. Cfr. C. LACAVA, *Sui poteri di regolazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici*, in *Giornale Dir. amm.*, 2003, p. 29, nota a T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 10 luglio 2002, n. 6241, in cui «le determinazioni dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici contenenti direttive per la corretta applicazione della normativa da parte delle amministrazioni vengono fatte rientrare nella categoria delle circolari interpretative, in quanto destinate ad orientare la successiva attività delle amministrazioni vigilate, ma con effetti non necessariamente vincolanti su di esse, dato che le amministrazioni vigilate si possono discostare dalle determinazioni interpretative dell'Autorità nel caso in cui le reputino *contra legem*»; F.G. SCOCA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, cit., p. 437 ss.; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 12 dicembre 2009, n. 12839; F. FRANCONIERO, *Nuovo volto del potere regolativo dell'ANAC: commento all'art. 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 50/2016)*, in F. CARINGELLA-M. PROTTO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Dike Giuridica Editrice, Roma, 2016.

³⁰ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., art. 213. Cons. Stato, Sez. VI, 27 dicembre 2006, n. 7972, in www.giustizia-amministrativa.it, ove il Collegio afferma che «l'esercizio di poteri regolatori da parte di Autorità, poste al di fuori della tradizionale tripartizione dei poteri e al di fuori del circuito di responsabilità delineato dall'art. 95 Cost., è giustificato anche in base all'esistenza di un procedimento partecipativo, inteso come strumento della partecipazione dei soggetti interessati sostitutivo della dialettica propria delle strutture rappresentative. In assenza, quindi, di responsabilità e di soggezione nei confronti del Governo, l'indipendenza e neutralità delle Autorità può trovare un fondamento dal basso, a condizione che siano assicurate le garanzie del giusto procedimento e che il controllo avvenga poi in sede giurisdizionale»; Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. Stato, Sez. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355. Sulla distinzione tra regolamentazione e regolazione si veda: S. FOÀ, *I regolamenti delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 42 e ss.; R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, cit., p. 4; M. CLARICI, *Garanzia del contraddittorio nel procedimento innanzi alle Autorità amministrative indipendenti*, relazione al convegno *Le Autorità amministrative indipendenti*, Roma 9 maggio 2003, accessibile in www.giustizia-amministrativa.it. M.

luzioni concrete alle esigenze attuative della disciplina evitandone una errata applicazione. Si riconosce alle amministrazioni pubbliche la possibilità di discostarsi dalle linee guida non vincolanti in ragione di peculiarità proprie delle organizzazioni di riferimento, come nel caso di bandi tipo predisposti dall'ANAC³¹ per agevolare l'attività delle stazioni appaltanti salva espressa motivazione in ordine alle deroghe nella delibera a contrarre³².

Contribuiscono ad assicurare l'integrità del sistema dei contratti pubblici più incisivi poteri di vigilanza di tipo ispettivo e collaborativo mediante controlli sulla qualità dei soggetti che operano nel settore dei contratti pubblici e, in particolare, riconoscendo una ampia fiducia alle amministrazioni aggiudicatrici che si fonda sulla definizione dell'adeguatezza delle stazioni appaltanti alle relative funzioni, che si affianca a quella degli operatori economici qualificati per lo svolgimento delle prestazioni richieste.

Rilevano inoltre le funzioni sanzionatorie in materia di anticorruzione e trasparenza per la mancata adozione dei piani triennali di prevenzione della corruzione dei programmi triennali per la trasparenza e l'integrità in essi contenuti e dei codici di comportamento. Sanzioni amministrative pecuniarie possono essere irrogate nei confronti di soggetti che senza giustificato motivo rifiutino od omettano di fornire informazioni o documenti richiesti dalla Autorità o forniscano informazioni e documenti non veritieri, salva in tal caso, l'eventuale sanzione penale, o ancora nei confronti di operatori economici che non abbiano comprovato il possesso di requisiti di partecipazione. Si prevedono inoltre sanzioni di annullamento o sospensione cautelare delle attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti definiti dalle disposizioni vigenti, perciò con estensione del potere sanzionatorio anche nei confronti degli organismi di attestazione³³. Il cambiamento del sistema si fonda anche sulla configurazione di sanzioni reputazionali connesse alla pubblicità dei

D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 607; sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato cfr.: S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. amm.*, 2013, 509; sull'Autorità per l'energia elettrica e il gas o dall'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni: M. RAMAJOLI-B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 53. Cfr. anche V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI-A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Il Mulino, Bologna, 2010, p. 75 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 679 ss.; M. RAMAJOLI, *Procedimento regolatorio e partecipazione*, in E. BRUTI LIBERATI-F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 189 ss.

³¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cit., art. 71.

³² Art. 71, d.lgs. n. 50/2016.

³³ Art. 213, d.lgs. n. 50/2016, cit.

dati relativi all'inottemperanza ai provvedimenti d'ordine dell'ANAC³⁴.

La rinnovata cooperazione tra istituzioni prevede anche la segnalazione al Parlamento ed al Governo di "fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore" (art. 213, comma 3, lett. c, d.lgs. n. 50/2016, cit.) ovvero in caso di irregolarità (incluse quelle di rilevanza penale), agli organi di controllo, alle competenti procure della Repubblica, nonché alla procura generale della Corte dei conti ove si configuri un danno erariale.

La corretta e tempestiva attuazione delle funzioni attribuite all'ANAC si rafforza altresì nei rapporti di collaborazione istituzionale con organismi internazionali tra cui l'*Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economici* per favorire l'adozione di *best practice*³⁵, che in particolare hanno evidenziato come solo un approccio olistico ai contratti pubblici che ri-consideri il ruolo di tutti i soggetti coinvolti può assicurare la qualità e l'integrità di un sistema di contratti pubblici³⁶.

La corretta attuazione della recente disciplina in materia di contratti pubblici con le più ampie funzioni attribuite all'ANAC³⁷ possono costi-

³⁴ Il potere d'ordine dell'ANAC si qualifica come potere atipico e privo di un contenuto sanzionatorio volto ad ottenere l'adozione di atti e comportamenti da parte di singole amministrazioni, al fine di garantire l'effettiva applicazione e l'efficacia delle misure adottate dalle pubbliche amministrazioni (l. n. 190/2012, art. 1, comma 2, lett. f). Cfr. ANAC, Delibera 18 novembre 2014, n. 146, in materia di esercizio del potere di ordine nel caso di mancata adozione di atti o provvedimenti richiesti dal piano nazionale anticorruzione e dal piano triennale di prevenzione della corruzione nonché dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa o nel caso di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati (art. 1, comma 3, l. 6 novembre 2012, n. 190, in *Anac.it*).

³⁵ Protocollo d'intesa per le attività di cooperazione relative a "EXPO Milano 2015" tra ANAC e OCSE, 3 ottobre 2014; ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, p. 132 ss. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, cit., p. 36.

³⁶ OECD, *Methodology for Assessing Procurement Systems (MAPS)*, 2016, accessibile in <http://www.oecd.org/governance/ethics/Methodology-Assessment-Procurement-System-Revised-Draft-July-2016.pdf>; cfr. N. PARISI-S. VITRANO, *Il contributo dell'ANAC alla diffusione della cultura della legalità. In particolare: la formazione dei dipendenti pubblici*, in R. CANTONE-F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., p. 123 ss. Cfr. P. MCKEEN, *The importance of a professionally educated public procurement workforce: lessons learned from the U.S. experience*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 319 ss. COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Lotta alla corruzione nell'UE: rispondere alle preoccupazioni delle imprese e della società civile, parere d'iniziativa*, cit., ove si richiede «una cooperazione transnazionale anticorruzione rafforzata e inclusiva» come "principio di base" della strategia.

³⁷ L. 28 gennaio 2016, n. 11, cit., art. 1, lett. t) tali funzioni ricomprendono «anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di

tuire una importante occasione per riqualificare la "funzione acquisti"³⁸.

2. La riorganizzazione e qualificazione delle stazioni appaltanti per la professionalità e l'integrità dei contratti pubblici

Le ingenti risorse economiche impiegate negli appalti pubblici espongono comunemente tale settore a rischi di corruzione e, come di recente rilevato, la corruzione aumenta il valore del contratto stipulato dal 20 al 25%, in taluni casi sino al 50%³⁹. L'emersione di dati, seppur approssimativi, ha reso ancora più urgente l'impegno per il contrasto alla corruzione e all'incapacità in ogni ambito e settore locale, nazionale e internazionale⁴⁰.

Il rispetto dei principi di concorrenza, trasparenza e integrità di amministrazioni, funzionari e imprese assurge a presupposto di un sistema di appalti efficiente⁴¹ che assicuri la qualità delle prestazioni e la legittimità e l'efficacia dell'azione amministrativa nel rispetto del principio di solidarietà so-

adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa». N. PARISI, *An International perspective on the main functions of the Italian national Anti-corruption Authority in the prevention of corruption in public procurement*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2015, p. 1053, fasc. 4; N. PARISI-M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'ANAC nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2015, p. 419.

³⁸ G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit.

³⁹ COMMISSIONE UE, *Report From The Commission To The Council And The European Parliament, EU Anti-Corruption Report*, Brussels, 3 febbraio 2014, COM(2014) 38 final, 21.

⁴⁰ G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN-G.L. ALBANO, *Public Contracts and International Public Policy Against Corruption*, in M. AUDIT-S.W. SCHILL (a cura di), *Transnational Law of Public Contracts*, Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 845 ss.

⁴¹ S.L. SCHOONER, *Desiderata: objectives for a system of government contract law*, in *PPLR*, 2002, p. 107, C.H. BOVIS, *EU Public Procurement Law*, 2007, p. 72 ss. In relazione al perseguimento di obiettivi secondary cfr.: S. ARROWSMITH-P. KUNZLIK, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. C.R. YUKINS, *Integrating Integrity and Procurement: The United Nations Convention Against Corruption and the UNCITRAL Model Procurement Law*, in *PCLJ*, 2007, p. 308; P. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 2004; ID., *Transparency and Accountability as Tools for Promoting Integrity and Preventing Corruption in Procurement: Possibilities and Limitations*, 2005, cit.

ciale⁴². I rischi di corruzione e lo sviamento della gara verso l'illegalità possono riscontrarsi nell'intero ciclo del contratto pubblico perciò richiedendo più ampie professionalità e una riqualificazione della funzione acquisti per assicurare, anche attraverso i piani di prevenzione, la corretta e dettagliata individuazione dei rischi⁴³ e la conseguente definizione delle strategie per la relativa gestione in relazione al mercato di riferimento ed alla qualificazione della stazione appaltante.

Da tempo è risultata evidente la necessità di superare la frammentazione domanda pubblica nell'Unione europea in 250.000 amministrazioni aggiudicatrici ed in Italia in oltre 37.000. Alla numerosità delle amministrazioni aggiudicatrici corrisponde una vasta frammentazione della domanda in gare pubbliche spesso di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea, con i conseguenti rischi per la qualità e trasparenza delle procedure selettive⁴⁴.

All'interno della nuova disciplina assumono un ruolo strategico le forme di aggregazione della domanda pubblica ed in particolare quelle attuate dalle centrali di committenza che si qualificano come organizzazioni professionali di acquisto, che svolgono tale attività per se e per altre amministrazioni pubbliche.

La funzione appalti si evolve e richiede così nuove professionalità per assicurare la corretta definizione delle strategie di gara nel perseguimento del *best value for money* nell'interesse dei cittadini e degli obiettivi secondari di sostenibilità e innovazione. Il coordinamento delle professionalità dei funzionari pubblici nell'ambito di strutture più complesse incide sui modelli organizzativi e richiede una riqualificazione del personale per una corretta aggregazione della domanda pubblica che si fondi su approfondite analisi di mercato e strategie di gara che assicurino lo sviluppo di una sana e attiva concorrenza – favorita dalla definizione di accordi quadro adeguatamente articolati in lotti e capace di contrastare cartelli e abusi di posizione domi-

⁴² OCSE, *Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*, 2005, p. 22 ss.; R. HODESS, *Civil Society and Nongovernmental Organisations as International Actors in Anti-Corruption Advocacy*, in R.S. ACKERMAN-P. CARRINGTON (a cura di), *Anti-Corruption Policy. Can International Actors Play a Constructive Role?*, cit., p. 75 ss.

⁴³ F. PEIRONE, *Risk-management as a compliance tool for addressing corruption in public contracts*, in V. CANTINO-P. DE VINCENZIIS-G.M. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, McGraw-Hill Education, London, 2016, pp. 849-946.

⁴⁴ G.M. RACCA-S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il «joint procurement» e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in P. VALCARCEL FERNANDEZ (dir.), *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público. Un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, 2016, p. 373 ss.; S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *Ius Publicum Network Review*, n. 2/2014.

nante⁴⁵ – evitando la “sommatoria di gare” che impedisce la semplificazione e comporta il rischio di “aggregazione delle tangenti”. Infatti la scarsa professionalità che spesso caratterizza le singole amministrazioni aggiudicatrici accresce il rischio che la relativa attività contrattuale possa essere influenzata negativamente da comportamenti corruttivi o pressioni protezionistiche⁴⁶ o di gruppi di interesse che possono invece essere fronteggiati in maniera più adeguata dalle organizzazioni professionali qualificate.

L'introduzione, nel nostro ordinamento, di un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti⁴⁷ gestito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione è volto a consentire di valutare l'“effettiva capacità tecnica e organizzativa” delle stesse sulla base di “parametri obiettivi”⁴⁸, unitamente alla previsione di una rete di soggetti aggregatori per la razionalizzazione e riqualificazione della spesa. L'obiettivo pare quello di riqualificare il sistema della contrattazione pubblica, sia in relazione alle strutture organizzative, sia alle competenze professionali dei funzionari pubblici a ciò deputati⁴⁹, utili ad assicurare efficienza e integrità.

Il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti trova fondamento nel principio di costituzionale di adeguatezza (art. 118 Cost.) riferito all'organizzazione e alla capacità degli enti della Repubblica di assicurare il corretto esercizio⁵⁰ delle funzioni affidate, capacità che nei contratti pubblici va rife-

⁴⁵ S. ARROWSMITH, *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Procurement Regulation for the 21st Century*, Eagan, 2009; J. CHARD-G. DUHS-J. HOULDEN, *Body beautiful or vile bodies? Central purchasing in the UK*, cit., NA26. Si veda anche: Commissione UE, *European code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*, SEC(2008) 2193, 25 giugno 2008.

⁴⁶ C. MCCRUDDEN, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 118; R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, Globe Law and Business, London, 2009.

⁴⁷ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, artt. 37 e ss.

⁴⁸ *Ibid.*, art. 1, lett. bb).

⁴⁹ A. LOPEZ MINO-P. VALCARCEL FERNANDEZ, *Contracting authorities' inability to fight bid rigging in public procurement: reasons and remedies*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 199 ss.; G.M. Racca, *Relazione al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., p. 11 ss. Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'unione sulla lotta alla corruzione*, 3 febbraio 2014, pp. 34 e 35. M. YSEULT, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in J.-B. AUBY-E. BREEN-T. PERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2014, pp. 85-112.

⁵⁰ R. Cavallo Perin, *Relazione al Convegno Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., p. 36

rita alle diverse tipologie di contratti che sono normalmente stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici⁵¹. La definizione delle prestazioni richieste consente di “tipizzare i contratti pubblici” e le conseguenti professionalità necessarie⁵² per la stipula e per il controllo sull’esatta esecuzione e, più in generale, determina la capacità di operare nei mercati di riferimento, con le conseguenti limitazioni alla possibilità di selezionare autonomamente i propri contraenti connesse alla qualificazione delle stazioni appaltanti⁵³.

Si tratta di garantire che la parte pubblica disponga delle capacità necessarie per svolgere una corretta selezione del miglior contraente nell’interesse pubblico, riprendendo le previsioni che da tempo richiedono una capacità tecnico-professionale, economico e finanziaria⁵⁴ delle imprese che intendano stipulare contratti pubblici, con un cambiamento organizzativo e struttu-

ss.; cfr. F. Merloni, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, pp. 973-974.

⁵¹ R. CAVALLO PERIN, *Tavola Rotonda – Convegno Copanello 2005*, in AA.VV., *Le disuguaglianze sostenibili nei sistemi autonomistici multilivello*, a cura di F. ASTONE, M. CALDARERA, F. MANGANARO, A. ROMANO TASSONE, F. SAIITA, Giappichelli, Torino, 2006, p. 128; P. FORTE, *Aggregazioni pubbliche locali. Forme associative nel governo e nell’amministrazione tra autonomia politica, territorialità e governance*, Franco Angeli, Milano, 2011, p. 18 ss. Per un’analisi unitamente al principio di sussidiarietà seppur incidentalmente cfr.: I. MASSA PINTO, *Il principio di sussidiarietà. Profili storici e costituzionali*, Jovene, Napoli, 2003, p. 78 ss.; R. BIN-P. CARETTI, *Profili costituzionali dell’Unione europea*, 2009, Il Mulino, Bologna, p. 111 ss.; S. BARTOLE-R. BIN-G. FALCON-R. TOSI, *Diritto regionale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 186; R. BIN, *La funzione amministrativa nel nuovo Titolo V della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, p. 367; G. FALCON, *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Regioni*, n. 2001, p. 1259 s.; ID., *Funzioni amministrative ed enti locali nei nuovi artt. 118 e 117 della Costituzione*, in *Regioni*, 2002, p. 383 ss.; A. D’ATENA, *Il principio di sussidiarietà nella costituzione italiana*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1997, p. 609.

⁵² G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, p. 498 ss.

⁵³ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 37. In precedenza cfr.: d.lgs. 12 aprile 2006, n. 16, art. 33, c. IIIbis. Ai sensi dell’art. 1, comma 169, l. n. 107/2015, la disposizione si applica alle gare bandite dal 1° novembre 2015. Cfr. ANAC, comunicato del Presidente del 10 novembre 2015, relativo all’entrata in vigore dell’art. 33, c. 3-bis del d.lgs. n. 163/2006 e il comunicato del Presidente del 2 dicembre 2015; ANAC, Determinazione, 23 settembre 2015, n. 11, *Ulteriori indirizzi interpretativi sugli adempimenti ex art. 33, comma 3-bis, decreto legislativo 12 aprile 2006 n.163 e ss.mm.ii.*; ANAC, Determinazione 25 febbraio 2015, n. 3, *Rapporto tra stazione unica appaltante e soggetto aggregatore (centrale unica di committenza) – Prime indicazioni interpretative sugli obblighi di cui all’art. 33, comma 3-bis, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e ss.mm.ii.*

⁵⁴ Per tutti D. DE PRETIS, *I requisiti di partecipazione alle gare e i limiti alla discrezionalità dell’amministrazione*, in *Appalti pubblici di servizi e concessioni di servizio pubblico*, a cura di F. Mastragostino, Padova, 1998, p. 129.

rale⁵⁵ che proprio l’Autorità Nazionale Anticorruzione è chiamata a promuovere. L’adeguata capacità richiesta ad entrambe le parti che si apprestano a instaurare un rapporto contrattuale d’appalto pubblico è volta ad evitare che l’ente pubblico resti in una posizione peggiore, con il rischio evidente di divenire oggetto di cattura ad opera della parte privata, per l’incapacità di gestire adeguatamente la fase di selezione del contraente e quelle ad esse prodromiche di programmazione delle gare (e di consultazione preliminare del mercato) e di verifica della successiva esatta esecuzione contrattuale⁵⁶.

La nuova disciplina sulla qualificazione delle stazioni appaltanti rende centrale il ruolo delle centrali di committenza chiamate a sviluppare adeguate professionalità (giuridiche, economiche e tecniche) e impiegare strumenti elettronici con sistemi informativi per la raccolta ed elaborazione dei dati, che sono di per sé mezzi idonei ad assicurare la trasparenza⁵⁷ del sistema

⁵⁵ L. 28 gennaio 2016, n. 11, cit., art. 1, lett. bb); d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, p. 37 ss.; Cfr. F. DI CRISTINA, *Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione – la nuova vita dell’ANAC e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale Dir. amm.*, 2014, pp. 11, 1019; G.M. RACCA, *Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, cit., pp. 345-387; L. FIORENTINO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale Dir. amm.*, 2016, p. 436 ss.

⁵⁶ A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 121; U. ALLEGRETTI, voce *Imparzialità e buon andamento della p.a.*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1993; A. ZITO, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., pp. 22-25; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell’esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 330 ss.

⁵⁷ ANAC, *Relazione Annuale 2014*, 2 luglio 2015, 9, ove si invita a considerare come onere «civico» e di *accountability*, teso a rendere conto ai cittadini della propria attività» quello di trasparenza a pubblicità. M. PIGNATTI, *The use of e-procurement and contractual terms and conditions for the risk assessment and risk management in the public procurement cycle*, in V. CANTINO-P. DE VINCENTIIS-G.M. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, cit., p. 927 s. Cfr. A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 749; 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 (a cura di) *Outside the EU Procurement Directives - Inside the Treaty?*, Djøf Publishing, Copenhagen 2012, 373-395; G.M. RACCA, *The Electronic Award and Execution of Public Procurement*, in *Ius Publicum Network Review*, cit., p. 16 ss.; *United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC, Guidebook on anti-corruption in Public Procurement and the management of public finances. Good practices in ensuring compliance with article 9 of the United Nations Convention against Corruption*, cit., p. 27; G. GARDINI, *Le regole dell’informazione. Principi giuridici, strumenti, casi*, Milano, 2005, p. 233 e ss.; ID., *Le regole dell’informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, 2014, in part. p. 236, ove viene individuato un “dovere informativo pubblico” sulla base di regole che ne assicurino la qualità.

dell'*accountability* dei funzionari pubblici⁵⁸, ma soprattutto funzionali alla riqualificazione della domanda pubblica strutturata in proposte contrattuali complesse rivolte al mercato (accordi quadro con pluralità di lotti di valore e qualità differenti). Le organizzazioni professionali di acquisto, come già avviene nelle più avanzate esperienze europee⁵⁹, possono operare nel mercato europeo come "intermediari" o "grossisti", creando sinergie tra centrali anche di diversi Stati membri per una più ampia conoscenza dei mercati utile alla definizione di migliori strategie per la riqualificazione della spesa e l'innovazione⁶⁰, evitando i rischi di duplicazione delle gare e promuovendo invece un "sistema di reti di committenza" capace di favorire la cooperazione fra differenti livelli di aggregazione della domanda pubblica⁶¹ e di offrire beni e servizi "già garati"⁶² (nella forma del catalogo) ad amministrazioni di

⁵⁸ Cfr. negli Stati Uniti: <https://www.usaspending.gov/> e www.data.gov/. In Italia cfr. i dati accessibili tramite il sistema informativo SIOPE – <https://www.siope.it/Siope2Web/>. F. MERLONI-L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Passigli, Firenze, 2010, p. 11. E. DEMICHELIS, *I processi di risk-assessment e risk-management e la responsabilità delle stazioni appaltanti*, in V. CANTINO-P. DE VINCENZIIS-G.M. RACCA (a cura di), *Risk management: perspectives and open issues. A multi-disciplinary approach*, cit., p. 849 s.

⁵⁹ G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN, *Organizzazioni sanitarie e contratti pubblici in Europa: modelli organizzativi per la qualità in un sistema di concorrenza*, in A. PIOGGIA-S. CIVITARESE MATTEUCCI-G.M. RACCA-M. DUGATO, *I servizi sanitari: organizzazione, riforme e sostenibilità. Una prospettiva comparata*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2011, pp. 198-213.

⁶⁰ Direttiva CE 2004/18, art. 1, par. 10 e Direttiva UE 2014/24, art. 2, par. 14. OCSE, *Centralised Purchasing Systems in the European Union*, 2011, accessibile in http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkqgv703xw-en; C. COTTARELLI, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, Consiglio di Stato – Roma, 14 maggio 2014, cit., pp. 18-21.

⁶¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 41, l. 28 gennaio 2016, n. 11, art. 1, cc) in cui si prevede «un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico, al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese». L'originaria previsione (contenuta all'art. 1, lett. v), prevedeva invece che «per gli affidamenti di importo superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, un livello di aggregazione almeno regionale o di provincia autonoma e, per gli affidamenti di importo superiore a 100.000 euro e inferiore alle medesime soglie di rilevanza comunitaria» livelli di aggregazione subprovinciali, senza indicare al legislatore delegato forme di aggregazione per i contratti di importo inferiore a 100.000 euro. Cfr. la scheda di lettura del d.d.l. della Camera dei Deputati 2 luglio 2015, n. 319.

⁶² R. CAVALLO PERIN in *Atti del Convegno – Consiglio di Stato – 14 maggio 2014 – "Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive"*; G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Auto-rità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, cit.

piccole dimensioni, senza perciò sacrificarne l'autonomia nell'individuazione dell'oggetto della prestazione di lavori, servizi o forniture e nella scelta tra le varie centrali di committenza di quella che abbia ottenuto il miglior esito della gara, superando i vincoli territoriali in tal modo estendendo il possibile confronto concorrenziale al lato della domanda pubblica.

La professionalità delle centrali d'acquisto può assicurare una migliore formulazione dei capitolati d'appalto e delle strategie di gara⁶³, con la definizione di lotti funzionali (territoriali o merceologici) definiti per sostenere la crescita e l'innovazione della piccola impresa, anche con la previsione di un limite al numero di lotti che ciascuna impresa può aggiudicarsi, evitando di intendere l'aggregazione degli appalti come *favor* per oligopoli o monopoli⁶⁴.

In tale contesto rilevano le innovazioni introdotte dalle nuove direttive sui contratti pubblici con la previsione di forme di collaborazione amministrativa tra centrali di committenza europee per stipulare congiuntamente accordi quadro, ma anche per mettere a disposizione di altre amministrazioni europee i propri accordi quadro, aprendo alle imprese aggiudicatarie nuovi mercati, assicurando economie di scala e condivisione del rischio alle amministrazioni aggiudicatrici in particolare nei contratti aventi ad oggetto prestazioni innovative⁶⁵.

⁶³ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 51; G.M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide – Rapporto 2015*, cit., pp. 494-495; D. CASALINO, *Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: Consip e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica*, in *Quaderni Consip*, 2015, pp. 12-14. In giurisprudenza cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II, 30 agosto 2016, n. 9441, secondo cui «l'ambito territoriale ottimale, in definitiva, dovrebbe consentire il funzionamento di un mercato in cui la facoltà di presentare offerte in forma singola sia concessa non solo ai player dello stesso, ma anche, per quanto possibile, alle imprese di medie e piccole dimensioni al fine di incentivare una concorrenza piena, con possibilità per ogni impresa di incrementare le proprie qualificazioni e la propria professionalità, e di trarre i potenziali benefici in termini di qualità di servizi resi e di prezzi corrisposti».

⁶⁴ L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit.; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit. cfr. COMMISSIONE UE, *European code of best practices facilitating access by smes to public procurement contracts*, 25 giugno 2008, p. 7 ss.; Parlamento UE, *New EU-rules on public procurement – ensuring better value for money*, 14 gennaio 2014; D. CASALINO, *Piccole e medie imprese tra opportunità e sfide: Consip e altri aggregatori, nuovi canali di accesso alla domanda pubblica*, cit., pp. 12-14.

⁶⁵ Direttiva UE 2014/24, considerando n. 73. art. 39; G.M. RACCA, *Le prospettive dell'aggregazione nell'amministrazione dei contratti pubblici*, relazione al convegno svolto a Firenze il 20 giugno 2013 in occasione della presentazione del volume D. SORACE (a cura di), *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013 in *Aperta Contrada*, accessibile in <http://www.apertacontrada.it/2014/01/15/le-prospettive-dellaggrega>

La previsione della nuova direttiva sugli appalti pubblici in base alla quale si esclude che gli Stati membri possano vietare alle proprie amministrazioni aggiudicatrici di utilizzare attività «offerte da centrali di committenza ubicate in altro Stato membro»⁶⁶ specifica un principio dell'ordinamento dell'Unione europea volto alla creazione del Mercato Interno cogliendone tutti i vantaggi e alla tutela della concorrenza, superando i limiti territoriali. In tale prospettiva, l'adesione all'attività di centralizzazione delle committenze realizzata da centrali d'acquisto di altri Stati membri deve affermarsi come "libera" ed in tal senso sono state recepite le disposizioni europee nel Regno Unito⁶⁷ ed in Francia⁶⁸ – come in altri ordinamenti dell'Unione europea – a differenza dell'ordinamento italiano ove si è ammesso il ricorso centrali di committenza ubicate in altri Stati membri solo ove le stesse svolgano attività di grossista. Tale recepimento restrittivo ostacola la specializzazione per settori merceologici nonché il coordinamento attraverso la messa a disposizione di accordi quadro alle amministrazioni locali, nazionali ed europee che solo la reciprocità e la cooperazione transnazionale sembrano poter assicurare. Si evidenzia dunque la necessità che con il prossimo correttivo alla disciplina di recepimento della direttiva europea si superi tale restrizione e si ammetta la reciproca possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici italiane di aderire ad accordi quadro di altri Stati membri, in una

zione-nell'amministrazione-dei-contratti-pubblici/; HealthyAgeing – Public Procurement of Innovations (<http://www.happi-project.eu/> finanziato dalla Commissione EU – DG Imprese nell'ambito del *Competitiveness and Innovation Framework Programme* (CIP) – rif. Call ENT/CIP/11/C/N02C011. Cfr. anche il progetto proposto da Anne Hidalgo (sindaco di Parigi) che nel 2014 ha proposto l'aggregazione della domanda fra le principali capitali UE in relazione all'acquisto di mezzi di trasporto elettrici. Cfr. L. ALBERT, *Paris veut mutualiser ses achats avec d'autres capitales*, 1 ottobre 2014, accessibile in <http://www.lesechos.fr/>.

⁶⁶ Direttiva UE 2014/24, art. 39, par. 2, ove si stabilisce che gli Stati membri «non vietano le loro amministrazioni aggiudicatrici di fare ricorso ad attività di centralizzazione delle committenze offerte da centrali di committenza in un altro Stato membro». Direttiva UE 2014/24, art. 2, p.to 14. G.M. RACCA, *Joint Procurement Challenges, in the Future Implementation of the New Directives*, in F. LICHÈRE-R. CARANTA-S. TREUMER (a cura di), *Modernising Public Procurement: the new Directive*, Djøf publishing, Copenhagen, 2014, p. 225 ss.

⁶⁷ UK Public Contracts Regulation 2015, art. 39, par. 3, ove si chiarisce che «Contracting authorities shall be free to use centralised purchasing activities offered by central purchasing bodies located in another member State».

⁶⁸ Ordonnance n°2015-899, 23 luglio 2015 in tema di *marchés publics*, art. 26, par. 4, in cui si precisa che «les acheteurs peuvent recourir à une centrale d'achat située dans un autre Etat membre de l'Union européenne, à condition que ce choix n'ait pas été fait dans le but de se soustraire à l'application de dispositions nationales qui intéressent l'ordre public. La loi alors applicable au marché public est la loi de l'Etat membre dans lequel est située la centrale d'achat».

prospettiva che è di favore anche per l'instaurazione di forme di cooperazione transnazionale che favoriscono l'integrità.

In tale contesto le linee di *policy* di recente definite dalla Commissione Europea (*DG Growth*) possono contribuire allo sviluppo di politiche di *public procurement* di livello generale comprensive delle strategie rivolte al perseguimento di obiettivi ambientali, sociali e di innovazione⁶⁹. Le richiamate recenti evoluzioni della normativa dell'Unione europea si sono fondate su progetti europei volti a sostenere lo sviluppo e la crescita mediante appalti innovativi e pre-commerciali e contribuire allo sviluppo del Mercato Interno.

La scelta di sostenere l'innovazione dal lato della domanda pubblica ha richiesto un sostegno strategico alla istituzione di reti di acquirenti pubblici⁷⁰ e la promozione di cooperazioni tra amministrazioni aggiudicatrici di Stati membri differenti, in particolare tra centrali di committenza, strutturalmente e professionalmente adeguate al perseguimento degli obiettivi indicati. In tale prospettiva pare di interesse richiamare il progetto *Healthy Ageing – Public Procurement of Innovations – HAPPI*⁷¹, con cui si è attuata una prima concreta esperienza di appalto pubblico congiunto innovativo a

⁶⁹ Una possibilità di sviluppo particolare è resa dal fatto che, per esempio in Francia, le centrali di committenza su direzione governativa, realizzino acquisti innovativi: le centrali di committenza francesi sono per esempio obbligate a realizzare una spesa pari all'1-2% di contratti pubblici di acquisti innovativi: cfr. I. LOCATELLI, *EU policies on Innovation and cross-border Procurement*, Relazione al Convegno *Public Contracts and Innovation*, Torino, 27 maggio 2016. Si v. sul punto: MINISTÈRE DE L'ECONOMIE ET DES FINANCES, *Guide pratique de l'achat public innovant*, aprile 2013, versione 1. Si richiama G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, in S. TORRICELLI-C. MARZUOLI, in corso di pubblicazione.

⁷⁰ La Commissione UE ha supportato la creazione di tre reti transnazionali. "Enprotex", con l'obiettivo di stimolare l'innovazione di prodotti tessili di protezione attraverso gli appalti pubblici volti a soddisfare le future esigenze dei servizi antincendio e di soccorso per incoraggiare l'innovazione nel settore (su "Enprotex" vedi: <http://www.firebuy.gov.uk/home.aspx>). "Sci-Network" per sfruttare le innovazioni sostenibili nell'edilizia concentrandosi su tre temi: ristrutturazione del patrimonio edilizio esistente, materiali da costruzione innovativi, e l'uso dell'analisi del life-cycle analysis (LCA) e del life-cycle costing (LCC) (su "Sci-Network" vedere <http://www.iclei.org/index.php?id=796>). Infine, "Lcb-Healthcare" cerca di stimolare la creazione di soluzioni innovative a basse emissioni per il settore sanitario. Verrà creata una piattaforma per una rete di soggetti interessati in materia di appalti pubblici che vogliono essere proattivi nello stimolare soluzioni edilizie innovative a basse emissioni per il settore sanitario. Cfr. COMMISSIONE UE, *iniziativa dei mercati guida per sbloccare i mercati innovativi*, 7 gennaio 2008.

⁷¹ Finanziato dalla Commissione europea, DG Imprese e Industria nell'ambito della Call "Supporting Public Procurement of Innovative Solutions: Networking And Financing Procurement" (ENT/CIP/11/C/N02C011).

livello europeo nel settore dell'invecchiamento attivo e in buona salute, la cui elaborazione è stata sviluppata da un consorzio di partner europei composto da centrali di committenza⁷², da esperti nel settore degli appalti pubblici e dell'innovazione⁷³ con istituzioni accademiche (in particolare Università di Torino)⁷⁴. Questa prima esperienza di appalto pubblico congiunto europeo innovativo nel settore dell'*ageing* è stata preceduta da un'accurata analisi di mercato, nonché dalla realizzazione di uno studio giuridico avente ad oggetto l'analisi dei differenti modelli di aggregazione nazionali ed europei, in particolare quelli poi disciplinati dalla nuova direttiva in materia di appalti pubblici (Direttiva 2014/24/UE). Si è abbinata all'innovazione di prodotto una significativa innovazione nella procedura di scelta del contraente con la costituzione di un raggruppamento di acquisto europeo fra centrali di committenza, con delega delle funzioni di intermediario alla centrale d'acquisto francese (Resah-IDF) per la conclusione di un accordo quadro (chiuso con un solo operatore) in conformità al diritto dell'Unione europea e al diritto nazionale francese, senza vincolo all'acquisto. Tale modello ha permesso di realizzare una forma di cooperazione amministrativa⁷⁵ europea e così di mettere a disposizione dei partner del progetto e di altre amministrazioni aggiudicatrici sanitarie europee, l'accordo quadro stipulato. La costituzione poi di un soggetto giuridico nuovo come associazione di diritto francese *European Health Public Procurement Alliance* – EHPPA⁷⁶ consente di diffondere e replicare l'attività di collaborazione amministrativa europea. Questa cooperazione consente di sviluppare una significativa armonizzazione delle

⁷² Centrali di committenza: Réseau des Acheteurs Hospitaliers d'Ile-de-France – Resah-IDF – Francia; MercurHosp-Mutualisation Hospitalière – Belgio; Società di Committenza Regione Piemonte – SCR Piemonte S.p.A. – Italia, Entente des Hôpitaux Luxembourgeois – Lussemburgo, NHS Commercial Solutions – Regno Unito.

⁷³ BPIFRANCE – Francia, NHS NIC – Regno Unito, ICLEI – Germania.

⁷⁴ Ecole des Hautes Etudes en Santé Publique – Francia, Università degli Studi di Torino – Italia.

⁷⁵ Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea – TFUE artt. 6 e 197; R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *Le modificazioni organizzative negli appalti e servizi pubblici delle pubbliche amministrazioni e l'ordinamento dell'Unione europea*, in *Scritti in Memoria del Professore Antonio Romano Tassone*, in corso di pubblicazione; M.P. CHITI, *Lo spazio amministrativo europeo*, in *Studi in Onore di Alberto Romano*, Editrice Scientifica, Napoli, 2011, p. 163 ss.; ID., *Introduzione. Lo spazio amministrativo europeo*, in M.P. CHITI-A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Il Mulino, Bologna, 2012, p. 19 s.; M. MACCHIA, *La cooperazione amministrativa come "questione di interesse comune"*, *Ibid.*, p. 87; M. LOTTINI, *From 'Administrative Cooperation' in the Application of European Union Law to 'Administrative Cooperation' in the Protection of European Rights and Liberties*, in *European Review of Public Law*, 2012, p. 131 ss.

⁷⁶ <http://www.ehppa.com/ehppa-becomes-associate-member-happi-project>.

clausole dei documenti di gara per la selezione ed esecuzione del contratto in modo da attenuare le barriere giuridiche e linguistiche prevedendo la pubblicazione di tali documenti in tre lingue differenti (francese, inglese e italiana) e l'applicazione del diritto nazionale alla fase di esecuzione del contratto.

Si tratta di esperienze che superano i modelli prevalentemente seguiti finora delle gare coordinate in cui ciascun paese coinvolto in un progetto comune bandisce una gara separatamente per soddisfare i bisogni individuati da ciascun partner⁷⁷. La cooperazione amministrativa più intensa che si sviluppa con la definizione di documenti contrattuali comuni e con la definizione di prestazioni utili a tutti i partner e anche a terzi esterni alla procedura di gara, ma chiaramente identificabili permette di assicurare alle imprese un mercato di riferimento per il bene o servizio selezionato che viene direttamente aperto e reso disponibile con un ordinativo diretto e senza necessità di partecipazione a gare nazionali.

Si tratta di un vantaggio così significativo che andrebbe richiesto e promosso proprio dalle imprese innovative che potrebbero essere accompagnate proprio attraverso le gare pubbliche europee così strutturate a diffondere sul mercato europeo molto più velocemente e senza le barriere giuridiche delle gare nazionali le relative innovazioni.

3. Nuove strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nell'intero ciclo del contratto pubblico

Come ricordato, la nuova disciplina sui contratti pubblici prefigura nuove strategie per la contrattazione pubblica improntate all'efficienza, integrità e innovazione nell'intero ciclo della contrattazione pubblica per assicurare la qualità delle prestazioni contrattuali sin dalle fasi propedeutiche all'avvio della procedura. In recepimento della disciplina europea si introduce l'istituto delle "consultazioni preliminari del mercato"⁷⁸ utili alle amministrazioni

⁷⁷ Cfr. i progetti europei: Procurement of Lighting Innovation and Technology in Europe (PRO-LITE), in <http://www.prolitepartnership.eu/>; Procurement of building innovative solutions (PROBIS), in <http://www.probisproject.eu/>; SYNCRO – Sharing Smart Mobility, in <http://www.syncromobility.eu/>; EcoQUIP – Delivering Efficiency, Quality, and Sustainability in Healthcare, in <http://www.ecoquip.eu/>.

⁷⁸ D.lgs. n. 50/2016, cit., art. 66, ove si riprende la disposizione contenuta nell'art. 40 della Direttiva UE 24/2014. Sul punto si v. le considerazioni di N. PARISI e M.L. CHIMENTI, *Il ruolo di ANAC e l'attuale assetto italiano in materia di prevenzione della corruzione, alla luce dell'esigenza di adempimento delle direttive europee in materia di appalti pubblici*, 2 dicembre 2014, p. 18.

ni pubbliche per la definizione di una consapevole strategia di gara e per lo svolgimento della relativa procedura, ma altresì per fornire agli operatori economici informazioni relative ai contratti programmati e ai requisiti relativi a questi ultimi, con previsione che sembra riprendere e sviluppare il “dialogo tecnico” previsto dalle previgenti Direttive del 2004. Si tratta di attività che richiedono professionalità adeguate alla conoscenza del mercato per una migliore definizione della domanda pubblica, quindi per la preparazione dell'appalto, ma anche in fase antecedente per la definizione dei fabbisogni e la comunicazione della programmazione futura delle gare. In tale prospettiva appare evidente come la consultazione preliminare del mercato dovrebbe diffondersi come modalità generale di acquisizione di informazioni sulle innovazioni utili alle scelte più opportune per la programmazione dei contratti pubblici e la definizione di strategie di gara, in particolare ove si tratti di gare aggregate (svolte da soggetti aggregatori e centrali di committenza) messe a disposizione di altre amministrazioni. L'analisi di mercato richiede la conoscenza degli operatori economici che operano nei mercati di riferimento per la riqualificazione della domanda pubblica che è presupposto per la corretta rilevazione dei fabbisogni e per l'elaborazione delle strategie di gara individuando le soluzioni maggiormente vantaggiose per le amministrazioni aggiudicatrici e per lo sviluppo e la crescita delle imprese innovative. Le strategie di gara vanno fondate su tali analisi (principalmente da parte di centrali di committenza) e devono assicurare, come ricordato, ripartizioni in lotti⁷⁹ superando i confini amministrativi dei diversi livelli territoriali, o anche nazionali, tenendo in considerazione le differenti caratteristiche dei “settori merceologici, delle realtà produttive, distributive e delle innovazioni”, superando la frammentazione (e le rendite di posizione) e l'opacità sull'esecuzione che sino ad oggi hanno determinato scarsa qualità e costi elevati difficilmente sostenibili soprattutto in periodi di crisi economica⁸⁰.

La possibilità riconosciuta alle amministrazioni aggiudicatrici di consultare il mercato per la “pianificazione e lo svolgimento della procedura di appalto” non deve evidentemente essere tale da compromettere il confronto concorrenziale in relazione alla violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza. Si richiedono misure adeguate al perseguimento del fine

⁷⁹ V. GRIMM-R. PACINI, G. SPAGNOLO, M. ZANZA, *Division into Lots and Competition in Procurement*, in N. DIMITRI-G. PIGA-G. SPAGNOLO (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

⁸⁰ G.L. ALBANO-F. ANTELLINI RUSSO, *Problemi e prospettive del Public Procurement in Italia tra esigenze della pubblica amministrazione e obiettivi di politica economica*, in *Ec. it.*, 2009, pp. 809-830. Così G.M. RACCA, *La contrattazione pubblica come strumento di politica industriale*, cit.

indicato che, anzitutto, prevedono un'ampia e trasparente comunicazione a candidati e offerenti degli esiti della consultazione oltre a termini adeguati per la ricezione delle offerte, volti ad evitare il rischio della predisposizione di “bandi fotocopia” costruiti cioè sulla base di requisiti che solo taluni soggetti possiedono potendosi configurare, in tali casi, il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (art. 353 *bis* c.p.) o, ancora, termini ridotti di presentazione delle offerte, favorendo gli operatori economici coinvolti nella fase preliminare perciò falsando la concorrenza. L'impossibilità di assicurare il rispetto del principio della parità di trattamento è causa di esclusione dalla procedura⁸¹ salva la possibilità di provare che la partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non ha costituito causa di alterazione della concorrenza⁸², potendo invece configurarsi come strumento innovativo strumentale al miglioramento delle procedure.

Sempre a tutela dell'integrità nell'intero ciclo del contratto pubblico si introducono disposizioni specifiche sul conflitto di interesse, funzionali ad assicurare il rispetto dei principi della contrattazione pubblica. Si richiede alle amministrazioni aggiudicatrici la definizione di misure adeguate per il contrasto alle frodi e alla corruzione al fine di individuare, prevenire e risolvere efficacemente situazioni di conflitto di interesse nelle procedure volte all'aggiudicazione degli appalti e delle concessioni per evitare distorsioni del confronto concorrenziale e assicurare la parità di trattamento tra operatori economici⁸³. Si richiamano le situazioni di conflitto di interesse definite Codice di comportamento dei dipendenti pubblici⁸⁴, che determinano l'obbligo di astensione dalla partecipazione alla procedura di aggiudicazione nonché alle successive fasi di esecuzione del contratto in ragione di interessi finanziari,

⁸¹ Art. 80, comma 5, lett. e), d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁸² Art. 67, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁸³ Art. 42, d.lgs. n. 50/2016 che recepisce gli art. 24 della Direttiva 2014/24/UE, 42 della Direttiva 2012/25/UE; 35 della Direttiva 2014/23/UE.

⁸⁴ Art. 7, d.p.r. 16 aprile 2016, n. 62, *Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*, in base al quale: «1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza».

economici o personali, che possono pregiudicare l'indipendenza e l'imparzialità, perciò prefigurando, in caso contrario, una responsabilità disciplinare, fatte salve eventuali ipotesi di responsabilità amministrativa e penale. Limitazioni della concorrenza e una trasparenza limitata possono infatti costituire sintomi di corruzione o di cattiva amministrazione, che risultano particolarmente evidenti nelle ipotesi di affidamenti diretti⁸⁵. La libera concorrenza è invero principio posto a tutela delle amministrazioni pubbliche e degli operatori economici che accettano le regole della corretta selezione, ove una più ampia partecipazione determina l'ampliamento del numero delle offerte tra cui l'amministrazione potrà scegliere in base a criteri prestabiliti, assicurando dunque migliori condizioni contrattuali con beneficio di amministrazioni, contribuenti e, qualora il contratto abbia ad oggetto un servizio pubblico, degli utenti⁸⁶. Appare evidente il ruolo a tal fine strumentale dei principi di pubblicità e trasparenza che definiscono garanzie di correttezza formale e sostanziale di ogni procedimento d'aggiudicazione⁸⁷, principi, in particolare quello di trasparenza, che in base alla nuova disciplina nazionale sui contratti pubblici⁸⁸ si estendono all'intero ciclo dell'appalto pubblico dagli atti relativi alla programmazione sino a quelli relativi all'esecuzione. La trasparenza è misura di estremo rilievo e fondamentale per la prevenzione della corruzione, in quanto strumentale alla promozione dell'integrità, allo sviluppo della cultura della legalità in ogni ambito dell'attività pubblica⁸⁹.

⁸⁵ Cfr. artt. 30 e 36, d.lgs. n. 50/2016, cit.

⁸⁶ G.M. RACCA-R. CAVALLI PERIN, *Commento all'art. 2 del codice dei contratti pubblici*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Codice dei contratti pubblici Commentato*, Ipsoa, Milano, 2013, pp. 20-39.

⁸⁷ Cons. Stato, Sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454, in *Foro amm.-CDS*, 2011, 10, 3132, *giustizia-amministrativa.it*; Cons. Stato, Sez. VI, 5 dicembre 2008 n. 5943, *giustizia-amministrativa.it*.

⁸⁸ Art. 29, d.lgs. n. 50/2016: «Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, [...] ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente" [...] sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. È inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione».

⁸⁹ ANAC, Delibera 3 agosto 2016, n. 831, *Determinazione di approvazione definitiva del Piano Nazionale Anticorruzione 2016* (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale, Suppl. ord., 24 agosto 2016, n. 35). Da ultimo si veda ANAC, *Linee guida recanti indicazioni operative ai*

Negli appalti pubblici la digitalizzazione degli atti e dei procedimenti amministrativi di gara, di stipula del contratto e di sua esecuzione apre all'analisi comparativa dei dati e dei contratti stipulati dalla pubblica amministrazione, giungendo a costituire lo strumento fondamentale per la deterrenza contro gli atti corruttivi⁹⁰ e favorendo le attività di *benchmarking* nazionali ed europee che contribuiscono a far emergere le più evidenti anomalie e sintomi di corruzione. Ed è proprio in tale contesto che la trasparenza assume peculiare rilevanza per le imprese che, grazie ad una più ampia conoscenza del mercato in settori produttivi specifici, possono definire meglio le proprie strategie per lo sviluppo di un confronto competitivo anche nell'interesse pubblico che ne favorisce crescita e innovazione⁹¹.

Le banche dati possono anche dare consistenza e intellegibilità del dato reputazionale dei partecipanti alle gare o titolari di contratti pubblici⁹², ove la conoscenza della qualità e tempestività dell'impresa aggiudicataria può anche in base alle nuove disposizioni divenire un incentivo al conseguimento del valore aggiunto reputazionale assicurato ai migliori appaltatori con conseguenti vantaggi competitivi anche nel mercato privato. L'utilizzo di meccanismi reputazionali⁹³ nei contratti pubblici rileva infatti non solo per la finalità sanzionatoria, ma anche al fine di valorizzare gli operatori

fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5, co. 2 del d.lgs 33/2013 – Delibera 28 dicembre 2016, n. 1309.

⁹⁰ L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit. M. SAVINO, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione (art. 1, commi 15-16 e 26-36)*, in B.G. MATTARELLA-M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, cit., p. 113 ss.

⁹¹ A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, cit.

⁹² Cfr. il ruolo delle informazioni contenute nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici per l'attribuzione del rating di legalità: ANAC-AGCM, Protocollo d'intesa contro la corruzione firmato da Cantone e Pitruzzella: nuovi criteri per il rating di legalità alle imprese, 11 dicembre 2014, art. 3. Il rating di legalità può costituire anche uno dei criteri di valutazione delle offerte nell'ambito del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Cfr. ANAC, *Nota illustrativa al Bando-tipo per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture*, 19 maggio 2015, 10-11, in cui il loro utilizzo è giustificato «in considerazione del fatto che il rating è rilasciato in presenza di requisiti che attengono in modo specifico all'organizzazione aziendale o derivano direttamente dall'adozione di prassi operative improntate alla legalità, alla moralità ed alla correttezza e, quindi, si rivelano astrattamente idonei ad incidere sulle modalità esecutive della specifica prestazione»; ANAC, *Determinazione 9 dicembre 2014, n. 3, Linee guida per l'affidamento degli appalti pubblici di servizi postali*.

⁹³ S. WILLIAMS-ELEGBE, *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification Measures*, cit., p. 38 ss.; S. SCHOONER, *The Paper Tiger Stirrs: Rethinking Exclusion and Debarment*, in *PPLR*, 2004, pp. 211-216.

economici «che si siano dimostrati affidabili contraenti sotto il profilo, ad esempio, del rispetto dei tempi, dei costi e della collaborazione con l'ente committente».

I richiamati principi sono funzionali ad assicurare, nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici, la qualità delle prestazioni nell'interesse pubblico che si declina, nella fase di gara, in qualità dell'offerente con la disciplina dei requisiti di partecipazione⁹⁴ e qualità dell'offerta applicando il criterio di aggiudicazione predefinito⁹⁵ e la disciplina delle offerte anormalmente basse⁹⁶ in attuazione del recesso corretto dalle trattative con gli altri partecipanti⁹⁷.

La qualificazione dell'offerente è fondata sull'individuazione di requisiti minimi, proporzionati all'oggetto del contratto, per la partecipazione alla procedura di gara per assicurare la corretta esecuzione delle condizioni contrattuali senza che il possesso di tali requisiti possa influire sulla valutazione delle offerte. Si pone a presidio di una corretta e oggettiva valutazione delle offerte la previsione della scelta di commissari di gara, con sorteggio pubblico, dalla stazione appaltante sulla base di una lista di nominativi tratti dall'albo tenuto dall'ANAC e, da questa, comunicati, a richiesta, alla stazione appaltante, al fine di favorire una selezione orientata a criteri di professionalità in relazione ai singoli mercati di riferimento. La rinnovata attenzione alla qualificazione delle commissioni giudicatrici risulta essenziale alla riqualificazione del sistema⁹⁸.

⁹⁴ Art. 83, d.lgs. n. 50/2016: in particolare i requisiti speciali (requisiti di idoneità professionale; capacità economico-finanziaria; capacità tecniche e professionali).

⁹⁵ Art. 95 e ss., d.lgs. n. 50/2016: nell'individuazione del criterio di aggiudicazione più adeguato in relazione alla prestazione da affidare tra il prezzo più basso – nei casi tassativamente previsti e salva congrua motivazione ex art. 95, comma 4 e ss., o l'offerta economicamente più vantaggiosa con la definizione dei relativi elementi di valutazione.

⁹⁶ Parimenti la disciplina relativa alle modalità di individuazione delle offerte anormalmente basse è funzionale ad assicurare la qualità delle prestazioni nella richiesta delle stazioni appaltanti agli operatori economici di «fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta» (art. 97, d.lgs. n. 50/2016).

⁹⁷ G.M. RACCA-S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 2015, p. 1963 ss.

⁹⁸ Sul punto si richiama: ANAC, *Linee guida*, n. 5, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici» approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 16 novembre 2016, n. 1190.

La commistione di elementi soggettivi – attinenti all'offerente – o oggettivi – attinenti all'offerta può determinare discriminazioni tra operatori economici in gara con aggiudicazioni fondate su caratteristiche soggettive che dovrebbero incidere unicamente sulla qualificazione degli offerenti⁹⁹. Tale distinzione è funzionale all'apertura del mercato e richiede di premiare le offerte più competitive limitando «asimmetrie pregiudiziali di tipo meramente soggettivo» che pregiudicano la parità di trattamento parimenti assicurando l'affidabilità e l'integrità delle imprese aggiudicatrici¹⁰⁰ che possono essere compromesse da gravi mancanze professionali¹⁰¹ o da situazioni di conflitto di interesse¹⁰². A tali fini è di interesse richiamare il sistema del rating di impresa e delle relative premialità e penalità gestito dall'ANAC chiamata a rilasciare apposita certificazione ai soli fini della qualificazione delle imprese fondata su requisiti reputazionali «valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa»¹⁰³, al fine di superare l'inadeguatezza del pre-

⁹⁹ CGUE, Sez. I, 24 gennaio 2008, Lianakis in C-532/06.

¹⁰⁰ V. sul punto, per tutte, Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971.

¹⁰¹ Direttiva 2014/24, art. 57, par. 4(c); d.lgs. n. 50/2016, art. 80, comma 5, lett. c).

¹⁰² Direttiva 2014/24/E, art. 57, par. 4; d.lgs. n. 50/2016, art. 80, comma 5, lett. d).

¹⁰³ D.lgs. n. 50/2016, art. 83, comma 10 «È istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti». Si v. A. ZITO, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in *giustamm*, dicembre 2016.

vigente sistema di qualificazione e garantire affidabilità degli offerenti e qualità della prestazione finale¹⁰⁴.

Il rating di impresa deve essere coordinato con il sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici (art. 84) poiché sebbene non funzionale all'accertamento dei requisiti contribuisce alla qualificazione degli operatori economici (art. 83, comma 10) e nella disciplina dei lavori pubblici determina per le società organismi attestazione (SOA) di attestare il possesso della certificazione del rating di impresa rilasciata dall'ANAC sulla base di quanto definito da apposite linee guida¹⁰⁵. Rientra nell'ambito della gestione di tale sistema anche la definizione di misure sanzionatorie amministrative per l'omessa o tardiva «denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici»¹⁰⁶ da parte delle imprese titolari di contratti pubblici oltre che di subappaltatrici o fornitrici di materiali, opere o servizi.

Le modalità di qualificazione degli operatori economici vengono ridefinite attribuendo rilevanza anche a criteri reputazionali la cui disciplina dovrà essere coordinata con quanto previsto in tema di rating di legalità¹⁰⁷. Il rating di impresa dunque si fonda e allo stesso tempo si distingue dal rating di legalità sulla base del quale le amministrazioni aggiudicatrici possono definire criteri premiali che intendano applicare alla valutazione dell'offerta¹⁰⁸. Il «rating di legalità»¹⁰⁹ viene attribuito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) alle imprese più virtuose sotto il profilo del rispetto di alcuni criteri di legalità, con il contributo di ANAC chiamata a evidenziare eventuali procedimenti sanzionatori, commissaria-

¹⁰⁴ ANAC, linee guida, Criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese, documento in consultazione.

¹⁰⁵ L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice.

¹⁰⁶ Legge 28 gennaio 2016 n. 11, «Deleghe al Governo per l'attuazione delle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture», art. 1, lett. q), p.to 5.

¹⁰⁷ L. n. 11/2016, cit., art. 1, lett. uu).

¹⁰⁸ Art. 95, comma 13, d.lgs. n. 50/2016, cit.

¹⁰⁹ Nel mese di marzo 2015, 119 imprese hanno richiesto il rating, con un valore in costante aumento, atteso che tale numero ammontava a 90 nel mese di febbraio dello stesso anno.

menti¹¹⁰, nonché elementi capaci di compromettere la diligenza e il rispetto dei principi informatori dell'ordinamento da parte dell'impresa¹¹¹.

I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nonché dei precedenti comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto, che ne definiscono le precedenti performances contrattuali. Nel rispetto della concorrenza in Europa l'ANAC assicura la certificazione del rating di impresa anche per le imprese estere, valutando i comportamenti tenuti dalle medesime nell'esecuzione degli appalti, con una autodichiarazione dei requisiti necessari all'attribuzione del rating e successiva verifica in collaborazione con le rappresentanze diplomatiche dei Paesi di appartenenza¹¹².

4. L'attività di monitoraggio e controllo dell'esatta esecuzione contrattuale

Le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale. Le modificazioni sostanziali in sede di esecuzione non solo risultano illegittime, ma sono oggi sanzionate dalla previsione europea della nullità in quanto equivalgono alla stipulazione di un nuovo contratto senza l'espletamento di una gara pubblica dunque senza la necessaria pubblicità e trasparenza¹¹³.

¹¹⁰ Ex art. 32, d.l. n. 90/2104.

¹¹¹ D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 83, comma 10 e art. 213, comma 7.

¹¹² V. http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ConsultazioniOnline/20160610/RATING.IMP.11.53_.pdf.

¹¹³ G.M. RACCA-R. CAVALLO PERIN, *Material Amendments of Public Contracts during their Terms: From violations of Competitions to Symptoms of Corruption*, in *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, 2013, pp. 286-288; CGCE, Sez. III, 19 giugno 2008, in 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». CGCE, Sez.

Si pongono agli ordinamenti nazionali e alle parti del contratto significativi limiti alla rinegoziazione contrattuale per evitare, nella fase di esecuzione del contratto, la violazione dei principi che hanno presidiato lo svolgimento della procedura selettiva, dunque l'individuazione della migliore offerta secondo i criteri predefiniti. In particolare si escludono le modificazioni sostanziali del contratto iniziale che dimostrano cioè l'intenzione delle parti contraenti di rinegoziare elementi essenziali o condizioni del contratto che ove parti della procedura iniziale ne avrebbero modificato l'esito¹¹⁴. Sono ammesse dunque modifiche o varianti del contratto iniziale, previa autorizzazione del responsabile unico del procedimento, senza l'esperimento di una nuova procedura selettiva ove siano state previste dai documenti di gara con clausole precise e chiare anche comprensive dei prezzi la cui conoscibilità non viola la competizione; ove si tratti di modifiche per prestazioni supplementari entro determinati limiti; per le varianti in corso d'opera entro certi limiti e in ragione di circostanze imprevedute e imprevedibili senza alterare la natura generale del contratto; ove si proceda alla sostituzione del contraente o ancora per modifiche non sostanziali; in alcuni casi ed entro determinati limiti per omissioni o errori del progetto esecutivo ferma la responsabilità dei progettisti esterni.

Le nuove disposizioni recepiscono l'orientamento da tempo affermato in dottrina¹¹⁵ e confermato dalla Corte di Giustizia ove si afferma che l'accettazione di una prestazione non conforme a quanto promesso in sede di gara e la mancata applicazione delle sanzioni previste o della risoluzione del contratto producono un effetto distorsivo della leale competizione tra imprese, con conseguente vanificazione delle regole pur correttamente applicate in fase scelta del contraente¹¹⁶. Simili condotte consentono infatti di introdurre vantaggi (indebiti e) discriminatori in favore dell'aggiudicatario che, per l'effetto, determinano una sfiducia degli operatori economici nella correttezza delle amministrazioni che scoraggia la partecipazione alle gare pubbliche,

III, 29 aprile 2010, in C-160/08, *EU Commission v. Fed. Republic of Germany*, 2010; CGCE 13 aprile 2010, 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*, in *PCLJ*, 2011, pp. 89 e 90.

¹¹⁴ Si veda Direttiva 24/2014/UE, § 107; art. 106, d.l.gs. n. 50/2016 che recepisce l'art. 72 della Direttiva 24/2014/UE.

¹¹⁵ R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., pp. 325-354.

¹¹⁶ R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss.

rafforzando l'idea di una compromissione¹¹⁷ delle stesse dovuta dalla corruzione dei funzionari ovvero all'assenza di libertà di ingresso nei relativi mercati ove cartelli fra imprese limitano la corretta competizione. L'obbligo istituzionale delle amministrazioni pubbliche di agire secondo correttezza¹¹⁸ durante l'intero ciclo del contratto pubblico (artt. 1337 e 1338 c.c.) è anzitutto volto a garantire la corretta attuazione della disciplina sulla concorrenza e la non contraddittorietà di atti o comportamenti rispetto a quanto è stato definito negli atti di gara. Ne discende il limite alla libertà nella definizione del contenuto contrattuale con l'impresa che è risultata aggiudicataria di una pubblica gara, le cui clausole sono anticipate negli atti di gara (bandi e capitolati) per espletare la procedura di selezione del contraente e completate dall'offerta aggiudicataria¹¹⁹, ove l'accettazione di adempimenti deteriori rispetto alle previsioni contrattuali non può essere consentita in relazione, sia alla natura giuridica pubblica di una delle parti contraenti, sia "alle finalità di pubblico interesse che la concorrenza è chiamata a perseguire". Simili condotte, come anticipato, sono ritenute dalla Corte di Giustizia europea tali da corrispondere alla stipulazione di un nuovo contratto affidato senza gara – dunque senza la possibile partecipazione di altri concorrenti con l'individuazione, per effetto della apertura della competizione, di un possibile differente aggiudicatario, e perciò affetto da nullità¹²⁰, ma sotto altro profilo possono anche costituire sintomi di illegalità¹²¹.

Appare in tale contesto opportuna una precisa regolamentazione delle modalità esecutive del contratto con l'analisi dell'efficacia delle sanzioni

¹¹⁷ R.H. GARCIA, *International public procurement: a guide to best practice*, cit. Si veda anche: E. AURIOL, *Corruption in procurement and public purchase*, in *International Journal of Industrial Organization*, 2006, pp. 867-885; Transparency International, *Handbook for Curbing Corruption in Public Procurement*, 2006.

¹¹⁸ G.M. RACCA, voce *Correttezza (dir. amm.)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2006, p. 1529 ss.

¹¹⁹ S. PONZIO, *I capitolati negli appalti pubblici*, Jovene, Napoli, 2006, in part. cap. IV.

¹²⁰ CGCE 19 giugno 2008, n. C-454/06; CGCE 29 aprile 2010, n. C-160/08; CGCE 13 aprile 2010, n. C-91/08.

¹²¹ SALV. ROMANO, *L'attività privata degli enti pubblici: problemi generali, la capacità giuridica privata*, Giuffrè, Milano, 1979; R. CANTONE, *Relazione al Convegno L'Aggregazione per l'Efficienza e l'integrità dei contratti pubblici*, Torino, 27 ottobre 2016. Sui sintomi di corruzione: A. ZITO, intervento al Convegno *L'Aggregazione per l'Efficienza e l'integrità dei contratti pubblici*, svolto nell'ambito del Master in Strategie per l'efficienza, l'integrità e l'innovazione nei contratti pubblici organizzato dal Dipartimento di Management dell'Università di Torino in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anticorruzione e la Scuola Nazionale dell'Amministrazione

contro l'inadempimento, l'utilità della risoluzione del rapporto e della sostituzione del contraente, definendo procedimenti di rapida attuazione dello scorrimento della graduatoria, prevedendo forme di partecipazione al controllo sull'inadempimento del contraente da parte delle imprese non aggiudicatrici, le quali, potendo subentrare, hanno interesse a stimolare l'amministrazione, parte pubblica del contratto¹²².

Ma un ruolo significativo nel controllo della qualità delle prestazioni può essere esercitato anche dalla società civile, dai cittadini, consumatori e utenti anche associati, soprattutto ove si estendano anche alla fase di esecuzione i principi di trasparenza e pubblicità mediante strumenti IT (open data)¹²³.

Oltre alla richiamata esigenza di adeguatezza delle organizzazioni deputate all'acquisto e di professionalità emerge la necessità di garantire l'*accountability* e l'integrità dei funzionari che occorre formare per assicurarne la capacità necessaria a contrastare i fenomeni collusivi e corruttivi, anche mediante la valorizzazione di regole etiche e di comportamento richiamate nei piani di prevenzione secondo il modello dei *compliance and ethics programs* con i relativi modelli di gestione del rischio che assicurino effettività alle previsioni normative.

Anche i cosiddetti "protocolli di legalità"¹²⁴ esplicitano obblighi costituzionali propri dei funzionari pubblici e richiedono anche agli operatori privati che intendano divenire parte di un contratto pubblico di accettare peculiari standard di legalità e correttezza. Accettazione che si formalizza nelle clausole integrate dei documenti di gara che definiscono obblighi di correttezza precontrattuale che possono estendersi anche alla fase di esecuzione del contratto, integrando gli obblighi di legge e prevedendo comportamenti dovuti (anche di comunicazione e trasparenza ulteriori rispetto a quanto

¹²² R. CAVALLO PERIN-G.M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., p. 329.

¹²³ G.M. RACCA-C.R. YUKINS, *Introduction. Steps for integrity in public contracts*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit. Si veda anche: S. PONZIO, *La valutazione della qualità delle amministrazioni pubbliche*, Nel Diritto, Roma, in part. cap. 4. Sul punto: S. FOÀ, *Le novità della Legge Anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2013, p. 293 ss. Si veda anche: Regno Unito, Cabinet Office, *Improving the transparency and accountability of government and its services*, in <https://www.gov.uk/government/policies/improving-the-transparency-and-accountability-of-government-and-its-services>, 20 febbraio 2013.

¹²⁴ F. SAITTA, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pub. comunit.*, 2015, 1, p. 244; F. SAITTA, *Informative antimafia e protocolli di legalità, tra vecchio e nuovo*, in *Riv. trim. app.*, 2014, 2, p. 425.

normalmente prescritto)¹²⁵ e correlate sanzioni. In conformità al principio di proporzionalità, che costituisce un principio generale del diritto dell'Unione europea, una tale misura non deve eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito. Ne deriva che gli impegni e le dichiarazioni contenute nel protocollo di legalità non possono oltrepassare i limiti di ciò che è necessario al fine di salvaguardare i principi di concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza¹²⁶. In caso contrario, tali impegni e dichiarazioni sono da interpretarsi contrari al principio di proporzionalità e, perciò, inidonei a produrre l'effetto esclusivo del partecipante inadempiente¹²⁷.

I protocolli di legalità costituiscono il presupposto della stipulazione dei patti di integrità che nella prassi internazionale sono accordi sottoscritti dalla stazione appaltante, dagli operatori economici che prendono parte ad una procedura di gara e da un organismo di controllo indipendente nell'ambito di procedure di appalto, con i quali le parti si impegnano ad evitare ogni pratica corruttiva, in particolare dichiarando di astenersi dal versare, proporre, domandare o ricevere tangenti, nonché dal partecipare ad accordi collusivi volti ad influire sull'esito della gara¹²⁸. Inoltre, nell'intento di promuovere una maggiore collaborazione con le forze di polizia, i candidati o gli offerenti

¹²⁵ Prevedendo una clausola in cui l'amministrazione aggiudicatrice «si impegna ad avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c. ogni qualvolta nei confronti dell'imprenditore o dei componenti la compagine sociale, o dei dirigenti dell'impresa con funzioni specifiche relative all'affidamento alla stipula e all'esecuzione del contratto sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli artt. 317 cp 318 cp 319 cp 319 bis cp 319 ter cp 319 quater 320 cp 322 cp 322 bis cp 346 bis cp 353 cp 353 bis cp».

¹²⁶ C. CRAVERO, *Cause di esclusione negli appalti pubblici – protocolli di legalità o patti di integrità: la compatibilità con il diritto UE della sanzione di esclusione automatica dell'operatore economico inadempiente*, nota a CGUE, Sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14, in *Giur. it.*, 2016, 6, p. 1459; si v. anche in commento alla stessa sentenza: S. VINTI, *I protocolli di legalità e il Diritto europeo, il commento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 3, p. 318.

¹²⁷ L. GIANI, *Brief notes on the role of "protocols of legality" in Italy*, in G.M. RACCA-C.R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, cit., p. 397 e ss. Si veda CGUE, 10 luglio 2014, C358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, punto 31; CGUE, 23 dicembre 2009, C376/08, Serrantoni et Consorzio stabile edili, punto 44; CGUE, 14 dicembre 2004, C210/03, Swedish Match, punto 47.

¹²⁸ A. SZLOBODA-C. PUTATURO-I. VOIKA-M. RAJKOVA, *I Patti d'Integrità Manuale. Salvaguardare i fondi Ue dalle frodi e dalla corruzione attraverso i Patti di Integrità, un meccanismo di controllo civico*, 2015, Transparency International Italia, p. 7; Transparency International, *Le pacte d'intégrité. Un outil puissant pour des marchés publics propres, (The integrity pact. A powerful tool for clean bidding)*, 2009, p. 1.

sono tenuti a segnalare ogni tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara d'appalto e durante l'esecuzione del contratto, nonché di denunciare ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale e di rendere pubbliche tutte le somme corrisposte ad altri soggetti nel contesto di un determinato appalto pubblico. La violazione o mancata accettazione degli impegni e dichiarazioni contenute nel patto di integrità, determina specifiche sanzioni tra cui l'esclusione dell'operatore economico inadempiente¹²⁹. Il caso Expo e la relativa vicenda giurisdizionale ha evidenziato la scarsa efficacia di simili impegni tuttavia¹³⁰ che ove non sostenuti da una evoluzione sistemica del contrasto alla corruzione rischiano di restare mere enunciazioni. L'esigenza di razionalizzare e accelerare l'esecuzione di alcune "grandi opere", nonché di "stabilire le condizioni per l'effettiva realizzazione" ha indotto a prevedere commissari straordinari per superare le inefficienze riscontrate¹³¹. Inoltre in caso di avvio di un procedimento penale¹³² o ove vengano riscontrate "situazioni anomale" e

¹²⁹ La Corte di Giustizia ha ritenuto ammissibile l'esclusione automatica, da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico, del candidato o offerente che non abbia depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenute nel protocollo di legalità (o "patto di integrità") qualora previsto dalla stazione appaltante nell'avviso, bando di gara o lettera di invito: CGUE, Sez. X, 22 ottobre 2015, C-425/14. V. ai sensi dell'art. 1, comma 17, l. 6 novembre 2012, n. 190. Sul rapporto tra patti di integrità e cause di esclusione: ANAC, *Linee guida n. 6*, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice». Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016; Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2016, n. 3751, Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2531, T.A.R. Genova, (Liguria), Sez. II, 30 giugno 2016, n. 756, T.A.R. Roma, (Lazio), Sez. I, 2 maggio 2016, n. 4972, Cons. Stato, Sez. V, 31 agosto 2015, n. 4042 secondo cui la revoca dell'aggiudicazione della gara motivata in base alla presunta violazione del protocollo di legalità della Stazione appaltante può assumersi legittima nei limiti in cui il precetto violato risulti determinato ed interpretato con rigore, pena la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione; Cons. Stato Sez. V, 6 aprile 2009, n. 2139, Corte cost., ord., 13 luglio 2011, n. 211, T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 4 ottobre 2010, n. 5269.

¹³⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, E. DEMICHELIS-F. PEIRONE, *Gli strumenti e i limiti del diritto amministrativo nella tutela dell'integrità dei contratti pubblici*, in corso di pubblicazione (Quaderni del Dipartimento di Giurisprudenza dell'università di Torino).

¹³¹ D.l. 12 settembre 2014, n. 133, *Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*, convertito in l. 11 novembre 2014, n. 164.

¹³² Per i delitti di cui agli artt. 317, 318, 319, 319 bis, 319 ter, 319 quater, 320, 322, 322 bis, 346 bis, 353 e 353 bis c.p.

"sintomatiche" di condotte illecite riferite all'aggiudicatario di un contratto pubblico il Presidente dell'ANAC¹³³ può proporre al Prefetto competente di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto o di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice "limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto oggetto del procedimento penale"¹³⁴. Tale possibilità costituisce uno strumento "straordinario" per il perseguimento dell'"ordinaria" correttezza richiesta all'operatore economico privato. La scelta di nominare un commissario per garantire la regolare esecuzione dell'appalto pubblico¹³⁵, quale alternativa alla risoluzione del contratto, viene giustificata dalla necessità di evitare effetti sull'erogazione di "servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali" e per "i livelli occupazionali"¹³⁶ o relative a lavori in avanzato stato di esecuzione (per evitare pregiudizi dall'avvicendamento nell'esecuzione)¹³⁷.

Si tratta di poteri significativi che fanno intravedere una connotazione nuova dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, tuttavia la ancora recente isti-

¹³³ Cfr. ANAC, Lettera del Presidente, 19 giugno 2015, prot. n. 78721, Misure straordinarie art. 32, d.l. 19 giugno 2015, n. 90/2014, Proposta di applicazione della misura della straordinaria e temporanea gestione dell'appalto relativo all'affidamento per tre anni dei servizi e delle forniture per la "gestione del centro di accoglienza per richiedenti asilo (C.A.R.A.) sito nel comune di Mineo".

¹³⁴ D.l. n. 90/2014, art. 32, "Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione", convertito in l. n. 114/2014.

¹³⁵ Cons. Stato, Sez. IV, 16 settembre 2014, n. 4089, in *Foro it.*, 2015, I, III, c. 9, ove alla luce della disciplina introdotta dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114 va sospesa l'esecuzione della sentenza del Tar Lombardia che aveva dichiarato l'illegittimità dell'aggiudicazione di contratti d'appalto disposta da parte di Expo 2015 a favore di un raggruppamento temporaneo che aveva dichiarato, nell'offerta, di aderire al protocollo di legalità, nonostante che il legale rappresentante dell'impresa mandataria partecipasse a un'associazione criminosa per la turbativa della medesima procedura di gara. Cons. Stato, Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, in corso di pubblicazione su *Foro amm.* con nota di F. PEIRONE, *L'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*.

¹³⁶ ANAC, 5 agosto 2015, prot. n. 0099684, Avvenire s.r.l. con sede in Gioia del Colle (BA) – Valutazione ai sensi dell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, convertito con modificazioni dalla legge n. 114/2014, con riferimento agli appalti del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani, nonché di igiene pubblica; ANAC, 29 luglio 2015, n. prot. 96960, Misure straordinarie art. 32, d.l. n. 90/2014, 11 agosto 2015, Decreto di nomina Amministratore Straordinario per la straordinaria e temporanea gestione della Fratelli Catalano SRL con sede legale in Calanna (RC).

¹³⁷ ANAC, 12 agosto 2015, n. prot. 102700, Misure straordinarie art. 32, d.l. 12 agosto 2015, n. 90/2014, Procedimento di adozione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nei confronti della Società CA.TI.FRA. s.r.l.

tuzione e la fase di riorganizzazione interna di uffici e strutture non permette di analizzare dati rilevanti, anche in relazione alla prospettata definizione di meccanismi reputazionali¹³⁸ nel settore dei contratti pubblici¹³⁹.

¹³⁸ L. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, comma 3.

¹³⁹ Il "rating di legalità" è attribuito dall'Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM) alle imprese più virtuose sotto il profilo del rispetto di alcuni criteri – per l'appunto – di legalità, e nell'ambito del quale l'ANAC fornisce il proprio contributo in relazione alla rilevazione di eventuali procedimenti sanzionatori, di commissariamenti (*ex art. 32, d.l. n. 90/2104*), nonché di elementi rilevanti sotto il profilo della diligenza e del rispetto dei principi informativi dell'ordinamento da parte dell'impresa. Nel mese di marzo 2015, 119 imprese avevano richiesto il rating (90 nel febbraio 2015).