

# Diritto amministrativo

RIVISTA TRIMESTRALE

ANNO XXIII - FASCICOLO 2-3 - 2015

**2-3/2015**

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

*In questo numero:*

Leopoldo Mazzaroli  
*Neue Dogmatik*, fonti del diritto



GIUFFRÈ EDITORE

**Fondatori:**

Elio Casetta – Leopoldo Mazzaroli – Umberto Pototschnig – Alberto Romano

**Direttori:**

Alberto Romano (direttore responsabile) – Leopoldo Mazzaroli – Roberto Cavallo Perin (direttore responsabile vicario)

**Vicedirettori:**

Giuseppe Caia – Francesco de Leonardis – Leonardo Ferrara – Paolo Lazzara – Aristide Police – Margherita Ramajoli

**Collaborano inoltre alla redazione della rivista:**

L.S. Bertonazzi – D. Casalini – A. Cioffi – M. Consito – F. Costantino – M. G. Della Scala – S. Foà – B. Gagliardi – M. Mattalia – S. Ponzio – M. C. Romano – E. Scotti – R. Ursi

**Comitato scientifico dei valutatori:**

N. Aicardi – F. Bassi – M. Bertolissi – V. Caputi Jambrenghi – V. Cerulli Irelli  
D. Corletto – G. Corso – V. Domenichelli – R. Ferrara – E. Ferrari – F. Figorilli  
E. Follieri – F. Francario – C.E. Gallo – G. Greco – L. Iannotta – F. Manganaro  
C. Marzuoli – F. Merloni – F. Merusi – C. Mignone – G. Morbidelli – G. Pastori  
L. Perfetti – G. Pericu – A. Pioggia – S. Raimondi – M. Renna – G. Rossi – F. Roversi  
Monaco – A. Sandulli – M.A. Sandulli – F. Satta – F.G. Scoca – D. Sorace – V. Spagnuolo  
Vigorita – A. Travi – D. Vaiano – R. Villata

**PEER-REVIEW.** *I contributi ricevuti da questa rivista, selezionati dalla direzione e depurati da segni di riconoscimento, sono sottoposti a valutatori esterni (peer-review), secondo il regolamento pubblicato con gli indici dell'annata.*

*Se pubblicati possono essere riprodotti dall'Editore in altre pubblicazioni, in qualunque forma.*

Direzione e redazione: Lungotevere Sanzio 1, 00153 Roma

Amministrazione: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. **via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.200 - fax 02/38089432 - Internet: <http://www.giuffre.it> e-mail: [vendite@giuffre.it](mailto:vendite@giuffre.it)**

Pubblicità: Casa Editrice Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. - Servizio Pubblicità - **via Busto Arsizio, 40 - 20151 Milano - tel. 02/38.089.335 - fax 02/38089426 e-mail: [periodici@giuffre.it](mailto:periodici@giuffre.it)**

---

Registrazione presso il Tribunale di Milano al n. 206 del 3 maggio 1993

R.O.C. n. 6569 (già RNS n. 23 vol. 1 foglio 177 del 2/7/1982)

---

*Direttore responsabile:* Alberto Romano

---



Rivista associata  
all'Unione della Stampa Periodica Italiana

---

---

# indice

---

## DOTTRINA

	<i>pag.</i>
Giandomenico FALCON, <i>Ricordo di Leopoldo Mazzaroli</i> .....	235
Vittorio DOMENICHELLI, <i>Ricordo di Leopoldo Mazzaroli</i> .....	237
Alessandro CALEGARI, <i>La concezione liberale del diritto amministrativo in Leopoldo Mazzaroli</i> .....	243
Eberhardt SCHMIDT-ABMAN, <i>La dogmatica del diritto amministrativo nel dibattito tedesco sulla riforma ("la nuova scienza del diritto amministrativo")</i> .....	255
Luisa TORCHIA, <i>La nuova direttiva europea in materia di appalti servizi e forniture nei settori ordinari</i> .....	291
Gabriella M. RACCA, <i>Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema</i> .....	345
Bruno TONOLETTI, <i>Fuga dal regolamento e confini della normatività nel diritto amministrativo</i> .....	389
Maria Chiara ROMANO, <i>Il dibattito sulla nuova scienza del diritto amministrativo in Germania</i> .....	433
Serena STACCA, <i>La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla c.d. autodisciplina: in particolare, il momento normativo e il momento sanzionatorio</i> .....	507
Ippolito PIAZZA, <i>La disciplina dell'attività amministrativa di soggetti privati tra autonomia organizzativa e garanzie degli amministrati</i> .....	541

## NOTE E RASSEGNE

Ignazio CARAMAZZA, <i>Le regole dell'azione amministrativa dalla l. 7 agosto 1990 n. 241, alla l. 7 agosto 2015, n. 124</i> .....	569
Fabio MERUSI, <i>Metamorfosi dell'intervento pubblico nell'economia. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio</i> .....	579
Gregorio GITTI, <i>Gli impegni delle imprese e le decisioni delle autorità indipendenti: la sintesi dell'accordo transattivo</i> .....	597

## Hanno collaborato a questo numero

ALESSANDRO CALEGARI

Associato di Diritto amministrativo presso l'Università di Padova

IGNAZIO FRANCESCO CARAMAZZA

Avvocato Generale dello Stato Emerito

VITTORIO DOMENICHELLI

Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di PADOVA

GIANDOMENICO FALCON

Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università di TRENTO

GREGORIO GITTI

Ordinario di Diritto civile presso l'università di MILANO

FABIO MERUSI

Professore di Diritto processuale amministrativo presso l'Università "Guglielmo Marconi" di ROMA

IPPOLITO PIAZZA

Assegnista di ricerca presso l'Università di FIRENZE

GABRIELLA M. RACCA

Ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università di TORINO

MARIA CHIARA ROMANO

Associata di Diritto amministrativo presso l'Università di Roma "La Sapienza"

EBERHARD SCHMIDT-ASSMANN

Emerito di Diritto amministrativo presso l'Università di Heidelberg

SERENA STACCA

Assegnista di ricerca presso l'Università di FIRENZE

**BRUNO TONOLETTI**

Ordinario di diritto amministrativo presso l'Università di PAVIA

**LUISA TORCHIA**

Ordinaria di Diritto amministrativo presso l'Università di ROMA 3

GARBIELLA M. RACCA

## DALL'AUTORITÀ SUI CONTRATTI PUBBLICI ALL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE: IL CAMBIAMENTO DEL SISTEMA

SOMMARIO: 1. Dalla vigilanza sui contratti pubblici all'anticorruzione. — 2. I cambiamenti organizzativi e funzionali nelle amministrazioni aggiudicatrici. — 3. La necessità di innovazione nelle imprese appaltatrici. — 4. La professionalità e la semplificazione delle regole. — 5. L'innovazione della tutela giurisdizionale ed il contrasto alla corruzione.

### *1. Dalla vigilanza sui contratti pubblici all'anticorruzione (1).*

Nel nostro ordinamento la corruzione assume, come noto, i caratteri di “fenomeno politico-amministrativo sistemico” (2) in quanto tale capace di compromettere l'imparzialità e il buon andamento delle amministrazioni pubbliche e la loro stessa legit-

(1) L'articolo 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).

(2) 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, 59-96 e A. VON BOGDANDY - M. IOANNIDIS, *Il deficit sistemico nell'Unione europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2014, 593 e 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*.

timazione. La corruzione (3) è stata definita come “abuso di un potere per il perseguimento d’interessi privati” (4) e include ogni deviazione dal comportamento corretto che comporti *maladministration* (5).

(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-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., 61. ove si afferma che “alla luce (...) della legge n. 190/2012, si può dire che esiste 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”.

(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”. La definizione è ripresa dal Piano Nazionale Anticorruzione approvato in data 11 settembre 2013 dall’Autorità nazionale anticorruzione su proposta del Dipartimento della funzione pubblica, ai sensi dell’art. 1, comma 2 lett. b) della legge n. 190/2012. 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. del 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

Il fenomeno corruttivo può essere favorito anche da quella che è stata definita come “corruzione delle regole”, ove un’eccessiva o incoerente disciplina favorisce l’abuso o lo sviamento rispetto al perseguimento dell’interesse generale (6).

Tali comportamenti determinano gravi pregiudizi alle attività economiche, sia nel settore privato sia nel settore pubblico, tuttavia emerge con sempre maggiore evidenza come la mancanza d’integrità comprometta in particolare i diritti fondamentali dell’individuo, e violi il vincolo di solidarietà sociale.

La discriminazione connessa alla corruzione compromette la coesione sociale, che trova fondamento nel principio di solidarietà, ove assumono rilevanza i doveri verso i consociati in ragione di un legame che il richiamato principio di solidarietà pone tra i cittadini (7). Il cittadino corruttore non solo non adempie al dovere di solidarietà, ma viola la fedeltà alla Repubblica, che richiede ai cittadini l’osservanza della Costituzione e delle leggi,

*Foro it.*, 1992, V, 243; S. A. FREGO LUPI, *L’obbligo di astensione nella disciplina del procedimento dopo la legge n. 190 del 2012*, in *Dir. Amm.*, 2013, 671.

(6) S. ROSE-ACKERMAN, *International Actors and the Promises and Pitfalls of Anti-Corruption Reform*, in *Pennsylvania Journal of International Law*, 2013, 449. 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](http://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*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 23-48. Cfr.: International Council on Human Rights Policy, *Corruption and Human Rights: Making the connection*, 2009, 3 e s. Cfr. da ultimo: EUI European University Institute, *European judicial cooperation and fundamental rights: some practical guidelines*, Firenze, 2014.

(7) R. CAVALLO PERIN, *L’etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministratori alla correttezza dei funzionari*, in F. MERLONI - R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Al servizio della nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Milano, Franco Angeli, 2009, 147-161; ID., 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, 36 e ss; ID., *Verso una professionalità e cultura comune ai funzionari pubblici in Europa*, prefazione a J.L. SILICANI, *Libro bianco sull’avvenire dei funzionari pubblici, Per la Francia del domani*, Napoli, Jovene, 2011, XI-XXV; ID., relazione al convegno *Corruzione e crisi sistemica*, Università degli Studi di Torino, 18 maggio 2015; R. CAVALLO PERIN - B. GAGLIARDI, *L’exemple italien: l’exorbitance de la relation professionnelle des fonctionnaires, malgré leur contractualisation*, in C. FORTIER (diretto da) *Le Statut général des fonctionnaires: trente ans, et après?*, Parigi, Dalloz, 2014, 177-188; ID., *La dirigenza pubblica al servizio degli amministratori*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2014, 309-336.



ma anche la fedeltà che si specifica nell'osservanza dei doveri (art. 2 e art. 54, c. I Cost.) (8). Ancor più il funzionario pubblico corrotto tradisce il dovere di fedeltà qualificata dalla disciplina ed onore che gli è richiesta dalla Costituzione (art. 54, c. II) (9).

Come noto, il fenomeno corruttivo è risultato particolarmente diffuso nel settore dei contratti pubblici e ne ha pervaso ogni fase (10), dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione. La gravità del fenomeno unitamente alle sollecitazioni

(8) Cfr. A. DI GIOVINE, *Art. 2*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, Milano, Il Saggiatore, 1998, 9-12; A. BARBERA, *Commento all'art. 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984; G. PECES BARBA MARTINEZ, *VOCE Diritti e doveri fondamentali*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, UTET, Torino, 1990, V, 139-158.

(9) G. M. RACCA, *La corruzione come violazione dei diritti fondamentali dell'individuo e del principio di solidarietà*, relazione all'incontro del San Martino, *Corruzione, Istituzioni della democrazia e organizzazioni pubbliche*, Perugia, 21 novembre 2014, in corso di pubblicazione; G. ZAGERBELSKY, *Intervento al convegno Corruzione e crisi sistemica*, Università di Torino, 18 maggio 2015; B. G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, 131 e ss.; A. DI GIOVINE, *Art. 54*, in G. NEPPI MODONA (a cura di), *Stato della Costituzione. Oltre la bicamerale, le riforme possibili*, cit., 234-236; L. VENTURA, *Commento all'art. 54*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1994; R. BIN - S. BARTOLE, *Commentario breve alla Costituzione*, CEDAM, Padova, 2008; V. CERULLI IRELLI, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 89 e ss.; G. M. RACCA, *Disciplina e onore nell'attuazione dei codici di comportamento*, in R. CAVALLO PERIN - F. MERLONI (a cura di), *Al servizio della Nazione. Etica e statuto dei funzionari pubblici*, Franco Angeli, Milano, 2009, 250-265; R. CAVALLO PERIN, *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., 42.

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

internazionali (11) ha indotto il legislatore alla soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ed all'attribuzione delle relative funzioni ad una nuova Autorità definita di Anticorruzione, dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno.

La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici richiede dunque l'elaborazione di strategie anch'esse sistemiche che sono state affidate alla Autorità Nazionale Anticorruzione (12). L'incorporazione dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici nell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) (13) ha determinato un significativo cambiamento nella prospettiva della vigilanza sui contratti pubblici e nella articolazione e attuazione delle differenti funzioni assegnate (14). ANAC

(11) Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione (adottata dalla Assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della l. 3 agosto 2009, n. 116) art. 6 e Consiglio d'Europa, Convenzione penale sulla corruzione (27 gennaio 1999), artt. 20 e 21. Cfr. G. ABBATINO - N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 152; F. MANGANARO, *Perspectives on fighting corruption in public contracts 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*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 53 e ss.; B. G. MATTARELLA, *The Italian efforts on anti-corruption*, *Ibid.*, 61 e ss.

(12) R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 2015, *passim*. Cfr. 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*.

(13) D.l. 2014, n. 90, *Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari*, art. 32, *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione*, convertito in l. n. 114 del 2014. Cfr. G. ABBATINO - N. PARISI, *L'ANAC nel contesto delle relazioni internazionali*, in R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 152.

(14) M. CORRADINO - I. LINCRESSO, *La soppressione dell'AVCP e il trasferimento delle funzioni all'ANAC*, in R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 18-20; 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, 11, 1019. F. DI LASCIO - B. NERI, *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2015, 454. Sulle funzioni dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici

è chiamata a operare per l'integrità e la concorrenza tra i soggetti pubblici e privati coinvolti nel sistema dei contratti pubblici per una corretta e tempestiva esecuzione degli stessi ed a tal fine ha instaurato 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* (15), che in particolare hanno evidenziato come solo la professionalizzazione delle risorse umane possa migliorare l'efficienza e garantire l'integrità del settore (16).

Nel nostro ordinamento i fenomeni corruttivi e collusivi si sono manifestati, come ricordato, in ogni fase del ciclo contrattuale (17) dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione del contratto e sono stati favoriti anche dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti: la selezione

cf.: S. TORRICELLI, *L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Italia*, in R. F. ACEVEDO - P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di) *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Thomas Reuters, Cizur Menor, 2014, 493-509.

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

(16) Cfr. 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., 123 e 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., 319 e 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 transazionale anticorruzione rafforzata e inclusiva" come "principio di base" della strategia.

(17) Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012; G. M. RACCA - C. R. YUKINS (a cura di), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014; G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Giappichelli, Torino, 2013, 125-151.

e l'esecuzione, l'una disciplinata sulla base di fonti europee, l'altra di fonti nazionali (18). Separazione che in Italia è evidenziata anche nelle differenti giurisdizioni, amministrativa ed ordinaria, che non paiono aver assicurato la legalità del sistema.

La scelta europea di disciplinare ancora oggi solamente la fase della selezione del contraente e non l'esecuzione ha compromesso l'obiettivo di creare un mercato unico europeo degli appalti. Come noto la percentuale di partecipazione transfrontaliera raggiunge appena l'1,6% e il mercato degli appalti pubblici resta ancora chiuso in ambito nazionale e talora locale (19).

Le nuove direttive europee sui contratti pubblici (20) iniziano

(18) G. MONTEDORO, 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., 26-31; A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G. D. COMPORI (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., 271-272.

(19) Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, COM(2011), 27 gennaio 2011, 15 final. Solo l'1,6% degli appalti pubblici viene aggiudicato a operatori di altri Stati membri, mentre la partecipazione transfrontaliera indiretta, attraverso controllate o partner situati nello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice, è invece pari all'11%. G. GIOVANNINI, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 4-5.

(20) 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, 597-604; S. TREUMER, *Contract Changes and the Duty to retender under the New EU Public Procurement Directive*, in *Public Procurement Law Review*, 2014, 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, 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, 167; G. FIDONE, *I contratti pubblici complessi*, in *Italia decide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, 55 e ss.; G. CREPALDI, *L'esecuzione del contratto*, in C. E.

a disciplinare taluni profili inerenti la fase dell'esecuzione, ove, come già rilevato dall'ANAC (21), maggiori appaiono i rischi di inefficienza e corruzione.

Nella più recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia (22) si ritrova l'accoglimento di quanto da tempo sostenuto in dottrina (23) e si afferma la nullità delle modifiche sostanziali in corso di esecuzione in quanto esse integrano una violazione del principio di concorrenza. L'argomentazione dimo-

GALLO (a cura di), *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle Direttive 2014*, Torino, Giappichelli, 2014, 109 e ss.

(21) ANAC, *Relazione annuale 2014*, cit., 37 e 38; R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit.; ANAC, Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015, relative all'utilizzo improprio delle proroghe e dei rinnovi nei contratti pubblici.

(22) CGCE, III, 19 giugno 2008, in C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH*, p.to 34. CGCE, 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. R. NOGUELLOU, *La Cour de justice prend une position de principe restrictive sur les cessions de marchés, puisqu'elle admet que celles-ci constituent, sauf si elles ont été prévues dans le marché initial, un changement de l'un des termes essentiels du marché, appelant par là une mise en concurrence*, in *Droit Administratif*, 2008. Id., *France*, in R. NOGUELLOU - U. STELKENS (a cura di) *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruxelles, 2010, 689 e ss. F. J. VAZQUEZ MATILLA, *The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency*, 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, 275; M. E. COMBA, *L'esecuzione delle opere pubbliche. Concetti di diritto comparato*, Torino, 2011, 37 e ss.; Id., *Effects of EU Law on Contract Management*, in M. TRYBUS - R. CARANTA - G. EDELSTAM (a cura di), *EU Public Contract Law. Public Procurement and Beyond*, Bruylant, Bruxelles, 2014, 317 ss.

(23) R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 329, 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, 286-288; G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN - G. L. ALBANO, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *PCLJ*, 2011, 89 e 90 s.; ARROWSMITH, *Amendments to Specifications under the European Public Procurement Directives*, in *Public Procurement Law Review*, 1997, 128; M. BOWSER, *EC Procurement Law and Change during the Tender or the Contract*, *Intl. Const. Law. Rev.*, 2003, 154. Sul principio di concorrenza: G. NAPOLITANO, *Diritto amministrativo e processo economico*, in *Dir. Amm.*, 2014, 695; S. LUCATTINI, *Garante della concorrenza e certezza economica: alla ricerca delle giustizie per i mercati*, in *Dir. Amm.*, 2013, 509; F. TRIMARCHI BANFI, *Il "principio di concorrenza": proprietà e fondamento*, in *Dir. Amm.*, 2013, 15.

stra la connessione dell'aggiudicazione con l'esecuzione ed esclude che, con modifiche sostanziali e varianti, sia possibile tradire l'esito del confronto concorrenziale attuato in sede di gara. Significativamente 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 (24). L'opacità dell'esecuzione del rapporto contrattuale, impropriamente considerato contratto comune, ove gli effetti delle pattuizioni sono irrilevanti per i terzi, (art. 1372 c.c.) ha occultato le inefficienze e corruzioni più gravi a danno del mercato e dell'interesse pubblico (25). La rilevanza giuridica dell'interesse dei terzi ad un monitoraggio sull'esecuzione e forse un nuovo assetto della tutela giurisdizionale, paiono strumenti di contrasto delle rilevate criticità che la nuova Autorità Anticorruzione potrebbe favorire (26).

Le 28 differenti discipline nazionali sull'esecuzione hanno

(24) ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 113.

(25) P. MINERVINI, *La patologia dei contratti con la pubblica amministrazione*, in C. FRANCHINI, (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, UTET giuridica, Torino, 2007, 594-596. Cfr. A. LAMORGESE, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 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", cit., accessibile in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013, 7 e ss.; A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 e ss.; G. LA ROSA, *Lo scioglimento del contratto della pubblica amministrazione: alla ricerca di un punto di equilibrio tra il recesso e la revoca incidente su rapporti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1453; F. RISSO, *Gli impegni per contrastare gli effetti distorsivi della concorrenza: qualificazione giuridica e tutela giurisdizionale*, in *Foro amm. CDS*, 2012, 1360; G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, cit., 125-151. Cfr. anche G. GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2014, 585; ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. Amm.*, 2014, 479 e ss.

(26) G. M. RACCA - S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ (a cura di), *Compra pública agregada*, in corso di pubblicazione; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, Il Mulino, Bologna, 2015, 510-512; F. G. SCOCCA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel pensiero di Antonio Romano Tassone*, in *Dir. Amm.*, 2014, 437 e ss.

infatti limitato la partecipazione e, unitamente alle barriere linguistiche, hanno ostacolato la formazione di un mercato unico europeo degli appalti e favorito collusioni, conflitti di interesse e favoritismi, diffusi in Europa, ma con particolare evidenza in Italia (27). Nonostante la percentuale dei contratti pubblici assoggettati alla disciplina europea sia ancora molto ridotta (28), già in passato le direttive hanno permesso di far emergere rilevanti casi di corruzione, prodotti da comportamenti che trovavano addirittura legittimazione nella disciplina nazionale, poi censurata dalla Corte di Giustizia. Nel caso *Costanzo* (29), come noto, si giunse ad evidenziare il contrasto del decreto legge italiano, che legittimava l'esclusione automatica dell'offerta anormalmente bassa, con la direttiva europea che richiedeva la verifica in contraddittorio dell'anomalia (30), cui seguì la prima "tangentopoli". Proprio la difficoltà di una effettiva tutela connessa alla necessità di affrontare due "rami" di giurisdizione — con cinque gradi di giudizio — per ottenere anche il risarcimento del danno oltre alla tutela caducatoria evidenziò l'esigenza di una semplificazione giungendo alla scelta della giurisdizione esclusiva ed alla concentrazione avanti ad un unico giudice delle questioni relative alla selezione del contraente (31). Nel richiamato caso *Costanzo*, espe-

(27) Commissione UE, *Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione. Allegato sull'Italia*, 3 febbraio 2014, 12-13.

(28) Commissione UE, *Commission staff working paper- Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, I, 27 giugno 2011, 27: solo il 20% della spesa complessiva in materia di contratti pubblici è aggiudicato in applicazione delle direttive europee.

(29) CGCE, 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo SpA*, in C-103/88.

(30) V. CERULLI IRELLI, *Violazioni del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2014, 657; A. COLABIANCHI, *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 8-10; M. FILIPPI, *La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1181 ss.; G. M. RACCA, *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, Jovene, 2000, 343 e ss.

(31) A. POLICE, *La tutela giurisdizionale*, in C. FRANCHINI, (a cura di) *I contratti con la pubblica amministrazione*, cit., I, 749 e ss.; F. SATTA, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro Amm.*, 2014, 1643; M. RAMAJOLI, *Il processo in materia di appalti pubblici da rito speciale a giudizio speciale*, in G. GRECO (a cura di) *Il sistema della giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Giuffrè, Milano, 2010, 121-156; D. SORACE, *I giudici di Berlino, le tutele differenziate e l'equo processo*, in D. SORACE (a

riti i cinque gradi di giudizio, l'impresa ricevette un esiguo risarcimento del danno ed in seguito, con l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo, venne applicata in via analogica alla fase della selezione, la norma che prevede il risarcimento del 10% del valore residuo del contratto in corso di esecuzione (32).

Il giudice amministrativo ha poi attenuato tale quantificazione (33) che in parte aveva indotto ad una proliferazione di ricorsi opportunistici che giungevano a richiedere esclusivamente il ri-

cura di) *Discipline processuali differenziate dei diritti amministrativi europei*, Firenze Univ. Press, 2009, VII; R. GAROFOLI - G. M. RACCA - M. DE PALMA, *Responsabilità della pubblica amministrazione risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, 61.

(32) Così già: G. M. RACCA, *La quantificazione del danno subito dai partecipanti alle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici*, in *Atti del 43° Convegno di studi amministrativi, "Risarcibilità dei danni da lesione di interessi legittimi"*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1997, Milano, Giuffrè, 1998, e in *Dir. Amm.*, 1998, 155; L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. F., art. 344.

(33) Si veda in tal senso: Cons. St., Sez. V, 21 giugno 2013, n. 3397; Cons. St., VI, 1 febbraio 2013, n. 633, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., V, 8 novembre 2012, n. 5686, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., IV, 20 giugno 2011, n. 3670, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., VI, 11 gennaio 2010, n. 20, in *Riv. giur. edilizia*, 2010, 3, I, 954; Cons. St., VI, 16 gennaio 2006, n. 86, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005, n. 6, *cit.*; Cons. St., IV, 27 dicembre 2004, n. 8244, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., V, 27 settembre 2004, n. 6302, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., 24 ottobre 2002 n. 5860, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cfr. L. PROSPERETTI, *Appalti pubblici e risarcimento del danno: il punto di vista dell'economista*, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi, a Varenna 17, 18 e 19 settembre 2015 che indica nell'8% un parametro ragionevole per la quantificazione del lucro cessante. Cfr. anche: L. PROSPERETTI, *La quantificazione del lucro cessante da illegittima esclusione dalla gara: una prospettiva economica*, in *Urb. e app.*, 2013; D. IACOVELLI, *Responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione e danni risarcibili: la parabola giurisprudenziale dai danni riflessi ai danni ipotetici*, in *Giur. It.*, 2013, 1676; S. PONZIO, *State Liability in Public Procurement. The case of Italy*, in D. FAIRGRIEVE - F. LICHÈRE (a cura di), *Public Procurement Law. Damages as an Effective Remedy*, Oxford, 2011, 96-97; G. M. RACCA - S. PONZIO, *Evoluzioni sulla responsabilità precontrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. It.*, 2015, 1963 e ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 1 e ss.; ID., *La chance nel diritto amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 873; A. PAJNO, *Giustizia amministrativa ed economia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 952; F. D. BUSNELLI, *La responsabilità per esercizio illegittimo della funzione amministrativa vista con gli occhiali del civilista*, in *Dir. Amm.*, 2012, 531; E. SCOTTI, *Appunti per una lettura della responsabilità dell'amministrazione tra realtà e uguaglianza*, in *Dir. Amm.*, 2009, 521.



sarcimento del danno per equivalente, senza neppure richiedere di poter ottenere l'esecuzione del contratto. Tale possibilità è stata in seguito esclusa dal codice del processo amministrativo (34).

L'istituzione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, poi sui contratti pubblici, costituiva una risposta a tali criticità, ma è risultata una risposta inadeguata. Limitata legittimazione, contrapposizione con altri poteri, ridotta collaborazione con altre autorità avevano reso l'AVCP scarsamente efficace (35).

La fusione per incorporazione con la nuova ANAC che, già istituita, aveva assorbito la CIVIT (*Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni*) (36), perdendo i soli poteri di valutazione della performance del personale pubblico, ha avviato l'attività della nuova Autorità (37). Tuttavia, pare evidente che il superamento delle criticità delle due Autorità confluite in ANAC richieda un significativo

(34) D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104, art. 124. F. TRIMARCHI BANEL, *L'aggiudicazione degli appalti pubblici e la responsabilità dell'amministrazione*, cit., 1; S. VACCARI, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale satisfattoria*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2015, 255; A. POLICE, *Il cumulo di domande nei « riti speciali » e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2014, 1197. Cfr.: Cons. St., VI, 29 gennaio 2015, n. 407, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., VI, 8 agosto 2014, n. 4225, in *Foro Amm.*, 2014, 2030; Cons. St., V, 25 giugno 2014, n. 3220, in *Foro Amm.*, 2014, 1743; Cons. St., IV, 12 giugno 2014, n. 3003, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., V, 7 giugno 2013, n. 3135, in *Foro Amm. - C.d.S.*, 2013, 1649.

(35) D. DE GRAZIA, *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in D. SORACE (a cura di) *Amministrazione pubblica dei contratti*, Editoriale Scientifica Napoli, 2013, 155; 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, 1313 e ss.

(36) D.l. 31 agosto 2013, n. 101, *Disposizioni urgenti per il perseguimento di obiettivi di razionalizzazione nelle pubbliche amministrazioni*, art. 5, *Disposizioni in materia di trasparenza, anticorruzione e valutazione della performance*, c. III, convertito l. 30 ottobre 2013, n. 125.

(37) D.l. 24 giugno 2014, n. 90, cit., art. 19, *Soppressione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e definizione delle funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione*, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114; R. CANTONE - F. MERLONI, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, cit.; N. PARISI - M. L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'A.N.A.C. nella prevenzione della corruzione in materia di appalti pubblici*, in *Il diritto del commercio internazionale*, 2015, 419-438. L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, Relazione presentata al 61° *Convegno di Studi amministrativi* su "La nuova disciplina dei contratti pubblici tra

cambiamento organizzativo e funzionale, per assicurare una effettiva azione di prevenzione di fenomeni corruttivi e distorsivi nell'allocazione delle risorse pubbliche anche attraverso interventi di tipo "consultivo e regolatorio" (38).

Ad ANAC sono state attribuite funzioni che parrebbero riconducibili alla regolazione (39) (sulla disciplina dei contratti

esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione" (Varenna, 17-18 e 19 settembre 2015), accessibile online in <http://www.astrid-online.it/>; A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, 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), accessibile online in <http://www.astrid-online.it/>. cfr. anche 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, 11, 1019.

(38) ANAC, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015. Cfr. ANAC, Piano di riordino, realizzato ai sensi dell'art. 19, c. 3 del d.l. 24 giugno 2014, n. 90 convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114.

(39) Cfr. R. TRIFOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, in *Ius Publicum Network Review*, 2013. P. LAZZARA, *Autorità indipendenti e discrezionalità*, CEDAM, Padova, 2011, 99-106; M. MANETTI, *Poteri neutrali e Costituzione*, 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*, Torino, Giappichelli, 2009; F. MERUSI, *Democrazia e autorità indipendenti*, Bologna, Il Mulino, 2000; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; M. CLARICH, *Autorità indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, Il Mulino, 2005; M. POTO, *Autorità amministrative indipendenti (aggiornamento)*, in *Digesto pubbl.*, Utet, Torino, 2008, I, 54 ss. Cfr. Cons. St., sez. atti normativi, 25 febbraio 2005, parere n. 11603, in relazione all'attribuzione di poteri regolamentari all'Isvap, il Collegio afferma che "il potere normativo delle autorità indipendenti si esprime sia attraverso regolamenti che attuano i principi generali fissati dalla legge (avvicinandosi molto ai regolamenti esecutivi, di attuazione e completamento della disciplina legislativa) sia attraverso regolamenti (affini a quelli "indipendenti" del Governo) che si caratterizzano per un mero riferimento alla materia oggetto di regolamentazione o, al più, a concetti giuridici indeterminati o a finalità generale. L'ammissibilità di tali ultimi regolamenti non esclude la necessità di accertare, caso per caso, la sussistenza della condizione che la materia regolata non sia sottoposta a riserva di legge e che nella stessa legge istitutiva dell'autorità, o comunque in altra fonte primaria (anche di livello comunitario), siano rinvenibili i criteri di fondo per l'esercizio del potere normativo dell'autorità di regolazione".

pubblici (40), sulla predisposizione dei bandi tipo (41), sui soggetti aggregatori (42), sui prezzi di riferimento e sui costi standard (43), in materia di anticorruzione (44), trasparenza (45), sull'analisi e l'elaborazione dei dati (46)) ed ulteriori funzioni più propriamente di vigilanza (47) (sui contratti pubblici di lavori, servizi e

(40) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6, c. 5 e 7; ANAC, delibera 7 ottobre 2014, n. 144 relativa agli obblighi di pubblicazione di dati riguardanti gli organi di indirizzo politico nelle pubbliche amministrazioni; 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.

(41) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 64, c. 4-bis.

(42) 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.

(43) 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, c. 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). Cfr. D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 7, c. 5.

(44) L. 6 novembre 2012, n. 190, *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*, art. 1, c. 2, in relazione all'approvazione del Piano Nazionale Anticorruzione. Cfr. anche d.l. 24 giugno 2014, n. 90, *cit.*, art. 19, c. 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).

(45) 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 del 2012, art. 1, c. 35-36; Cfr. ANAC, *Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33*, 15 luglio 2015.

(46) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6, c. 7, lett. i) e art. 7, c. 4, lett. a).

(47) In materia di contratti pubblici si veda d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, artt. 6-bis e 7; cfr. anche AVCP, *Relazione annuale 2013*, 17 luglio 2013, 25 e ss. Cfr. A. PAJNO, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, relazione al 59°

forniture (48), sulle varianti (49), sull'attività delle SOA (50), sulla disciplina della trasparenza (51), dell'anticorruzione e sul re-sponsabile della prevenzione della corruzione (52)).

Come noto, gli atti di indirizzo e le linee guida di un'Autorità indipendente possono significativamente orientare l'attività delle amministrazioni pubbliche e degli operatori economici (53), che vengono talora coinvolti nella definizione degli stessi (54).

*Convegno di Studi Amministrativi, Varenna, 19-21 settembre 2013, accessibile online in <http://www.astrid-online.it/>.*

(48) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6. Cfr. ANAC, *Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi*, 15 dicembre 2014.

(49) D.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 37, *Trasmissione ad ANAC delle varianti in corso d'opera*, convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114.

(50) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6, c. 7, lett. m) e art. 40.

(51) D.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, art. 45.

(52) L. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, c. II, lett. f) e art. 1, c. V; d.l. 24 giugno 2014, n. 90, art. 19, c. 5, lett. a) e b), convertito in l. 11 agosto 2014, n. 114; D.P.R. n. 62/2013, art. 15, c. III e ANAC delibera 24 ottobre 2013, n. 75, *Linee guida in materia di codici di comportamento delle pubbliche amministrazioni*. Dubita sull'attribuzione di poteri di regolazione: A. SERGI, *L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture*, in R. VILLATA - M. BERTOLISSI - V. DOMENICHELLI - G. SALA (a cura di), *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, CEDAM, Padova, 2014, 43 e ss. Esclusi casi limitati come ad es. l'utilizzo dei bandi-tipo da parte delle singole amministrazioni. Cfr. D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 64, c. 4 bis.

(53) 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, 1341; S. AMOROSINO, *Tipologie e funzioni delle vigilanze pubbliche sulle attività economiche*, in *Dir. Amm.*, 2004, 723; A. FLORI, *L'AIR e gli strumenti di programmazione delle attività nelle Autorità indipendenti*, maggio 2011, accessibile in [http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/05/Paper\\_Flori\\_ProgrammazioneAIR\\_maggio2011.pdf](http://www.osservatorioair.it/wp-content/uploads/2011/05/Paper_Flori_ProgrammazioneAIR_maggio2011.pdf). Cfr. C. LACAVA, *Sui poteri di regolazione dell'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2003, 29, nota a T.A.R. Lazio, Roma, 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., 437 e ss. T.A.R. Lazio, Roma, III, 12 dicembre 2009, n. 12839.

(54) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 8, c. I, ove, in relazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici si afferma che "l'Autorità si dota, nei modi

L'ANAC ha inoltre avviato una specifica attività ispettiva qualificata come “vigilanza collaborativa”, volta a favorire la collaborazione con gli enti committenti per assicurare il corretto svolgimento delle operazioni di gara e dell'esecuzione del contratto ed impedire tentativi di infiltrazione criminale nell'ambito degli appalti pubblici (55). Appare di rilievo nell'Autorità il pe-

previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di organizzazione e di analisi dell'impatto della normazione per l'emanazione di atti di competenza e, in particolare, di atti amministrativi generali, di programmazione o pianificazione. Al fine di migliorare la qualità dei propri atti, l'Autorità utilizza metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare preventivamente notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni, da valutare motivatamente”. Cons. St., 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. St., VI, 29 maggio 2006, n. 3272; Cons. St., VI, 11 aprile 2006, n. 2007; Cons. St., sez. atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355. R. TITOMANLIO, *Il potere normativo delle Autorità Amministrative Indipendenti*, cit., 4; M. CLARICH, *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. D'ALBERTI, *Poteri regolatori tra pubblico e privato*, in *Dir. Amm.*, 2013, 607; sull'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato cfr.: S. LUCAITINI, *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, 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*, Bologna, 2010, 75 ss.; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, 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*, Torino, 2010, 189 ss.

(55) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 6, c. V; ANAC, *Regolamento di vigilanza e accertamenti ispettivi*, 15 dicembre 2014, art. 4, ove si dispone che le stazioni appaltanti possono chiedere all'Autorità di svolgere un'attività di vigilanza, anche preventiva, finalizzata a verificare la conformità degli atti di gara alla normativa di settore, all'individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di

culiare ruolo del Presidente cui sono attribuiti poteri di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure di affidamento e cautelari anche nella proposta al prefetto del commissariamento delle imprese (56). 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 riscontrate (57). Inoltre in caso di avvio di un procedimento penale (58) o ove vengano riscontrate "situazioni anomale" e "sintomatiche" di condotte illecite riferite all'aggiudicatario di un contratto pubblico il Presidente dell'ANAC (59) 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

infiltrazione criminale, nonché al monitoraggio dello svolgimento della procedura di gara e dell'esecuzione dell'appalto.

(56) Il Presidente dell'ANAC può: formulare proposte al Commissario unico delegato del Governo per l'Expo Milano 2015 ed alla società Expo 2015 per la corretta gestione delle procedure di appalto per la realizzazione dell'evento Expo 2015 (art. 19, co. 7); avvalersi di una apposita unità operativa speciale al fine di garantire la correttezza e la trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere dell'EXPO 2015 (art. 30). Tra i primi interventi della nuova Autorità figurano proprio le richieste di attivazione da parte del Presidente delle misure straordinarie per le società Maltauro S.p.A., in relazione all'affidamento delle "architetture di servizio" per l'Expo 2015, Tagliabue S.p.A. ed ancora per la stessa Maltauro S.p.A., con riferimento all'appalto relativo alle "Vie d'acqua sud", sempre per l'Expo, disposti poi dal Prefetto di Milano, rispettivamente il 16 luglio e il 3 novembre 2014.

(57) 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.

(58) 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.

(59) Cfr. ANAC, Lettera del Presidente, 19 giugno 2015, prot. n. 78721, *Misure straordinarie art. 32, d.l. 90/2014 del 19 giugno 2015, 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"*.

del contratto di appalto oggetto del procedimento penale” (60). 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 pubblico (61), 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” (62) o relative a lavori in avanzato stato di esecuzione (per evitare pregiudizi dall’avvicendamento nell’esecuzione) (63).

Si tratta di poteri significativi che fanno intravedere una connotazione nuova di ANAC, tuttavia la ancora recente istituzione dell’Autorità e la fase di riorganizzazione interna di uffici e strutture non permette di analizzare dati rilevanti, anche in relazione alla prospettata definizione di meccanismi reputazionali (64) nel settore dei contratti pubblici, con incentivi a favore degli operatori economici “che si siano dimostrati affidabili con-

(60) D.l. 2014, n. 90, art. 32, *Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell’ambito della prevenzione della corruzione*, convertito in l. n. 114 del 2014.

(61) Cons. St., IV, 16 settembre 2014, n. 4089, in *Foro it.* 2015, 1, III, 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. St., 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*.

(62) 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. 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).

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

(64) L. 6 novembre 2012, n. 190, art. 1, c. 3.

traenti sotto il profilo, ad esempio, del rispetto dei tempi, dei costi e della collaborazione con l'ente committente" (65).

Quello che pare utile sottolineare è che l'ANAC risulta titolare e depositaria di banche dati sempre più importanti per l'esercizio dei propri poteri e proprio l'analisi di tali dati può costituire il più efficace strumento di prevenzione e contrasto della corruzione e di promozione dell'efficienza. Tali dati correttamente acquisiti ed elaborati, oltre ad assicurare la trasparenza, possono consentire di rilevare scostamenti significativi, deviazioni da parametri predefiniti, frammentazioni abusive, ricorrenza anomala di aggiudicatari e di commissari giudicatori, collusioni, conflitti di interesse e sintomi di corruzione (66).

L'efficacia dell'azione di ANAC si fonda sull'utilizzo innovativo unitario ed interoperabile delle banche dati, ove determinante risulta la collaborazione istituzionale delle Università e dei centri di ricerca nazionali e internazionali (67).

Collaborazione necessaria anche per la formazione di nuove professionalità per l'esercizio di una nuova funzione appalti che richiede una profonda innovazione (68). Soprattutto l'ANAC,

(65) 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 del d.l. n. 90 del 2104*), nonché di elementi rilevanti sotto il profilo della diligenza e del rispetto dei principi informatori dell'ordinamento da parte dell'impresa. Nel mese di marzo 2015, 119 imprese avevano richiesto il rating (90 nel febbraio 2015).

(66) 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, 271-274.

(67) Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 44-45. 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., 123 e ss.

(68) A. ZITO, 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., 22-25; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiade-cide - Rapporto 2015*, cit., 489 e ss.



con l'unificazione delle banche dati esistenti (69), potrà contribuire a dare effettività all'affermazione di una piena *disclosure* di dati che in quanto pubblici sono al servizio di ciascuno e della collettività, ma in particolare dei centri di ricerca e delle Università.

Queste ultime trovano legittimazione costituzionale nella tutela di un'attività di scienza che non è né funzione, né servizio pubblico, mancando una volizione dell'atto di scienza o finalizzazione verso interessi determinati in senso proprio a tutela di un interesse o di utenti determinati, ricordandoci che la scienza è libera proprio perché non finalizzata ad un determinato interesse e in quanto tale deve avere libero accesso ad ogni dato rilevante, senza il quale una scienza non è né libera né capace di verità (art. 33 c. I Cost.). In tale contesto gli appalti pubblici non sono che una delle banche dati possibili cui la scienza deve avere accesso.

L'attività dell'ANAC risulta legittimata da una pluralità di analisi dei dati, che consentano di rivelare il contesto nel quale il potere di regolazione e di vigilanza di ANAC potrà essere esercitato. È noto, infatti, che per non farsi "catturare" una Autorità deve avere la capacità di non subire l'iniziativa delle denunce e degli esposti avendo una pluralità di fonti di confronto e di verifica di quanto ad essa segnalato, agendo quindi, a ragion veduta, e non in dipendenza in un singolo procedimento.

Una pluralità di ricerche sui dati relativi a ciò che viene segnalato assurge infatti a garanzia di indipendenza nell'esercizio dei poteri, in un contesto in cui il favore e la garanzia della ricerca scientifica in materia, la sua pluralità e completezza giungono a qualificarsi come interesse istituzionale e primario dell'ANAC.

## *2. I cambiamenti organizzativi e funzionali nelle amministrazioni aggiudicatrici.*

Il cambiamento nella contrattazione pubblica pare consistere essenzialmente nel superamento della gara singola, secondo cui ogni amministrazione bandisce ogni tipo di gara per sé necessaria. In connessione a tale cambiamento diviene essenziale la qualifi-

(69) L. 28 gennaio 2016, n. 11, *cit.*, art. 1, lett. q). p.to 2.

cazione delle strutture organizzative e dei funzionari competenti (70).

L'ANAC è chiamata a favorire questo cambiamento organizzativo e strutturale (71).

Il sistema della contrattazione pubblica richiede organizzazioni adeguate all'esercizio delle funzioni poiché per norma costituzionale gli enti della Repubblica non possono essere destinatari di competenze, ove non dispongano di un'adeguata organizzazione, capace di assicurarne l'esercizio (art. 118 Cost.) (72). Le recenti norme che limitano la capacità giuridica di selezionare autonomamente i contraenti (73) si configurano come riacquisita simmetria tra parti di un rapporto contrattuale, ma ancor prima come

(70) 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*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 199 e ss.; G. M. RACCA, 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., 11 e ss. Commissione UE, *Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'unione sulla lotta alla corruzione*, 3 febbraio 2014, 34 e 35. M. YSEULT, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in J.-B. AUBY - E. BREEN - T. FERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest A Comparative Law Approach*, Edward Elgar, 2014, 85-112.

(71) L. 28 gennaio 2016, n. 11, cit., art. 1, lett. bb). 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, 11, 1019.

(72) R. CAVALLO PERIN, 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. 36 e ss.; cfr. F. MERLONI, *Politiche di prevenzione della corruzione e autonomia degli enti territoriali*, in *Le Regioni*, 2014, 973-974.

(73) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 16, art. 33, c. III bis. Ai sensi dell'art. 1, c. 169, della l. n. 107 del 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.*

disciplina d'attuazione degli assetti sul riparto di competenza tra gli enti che costituiscono la Repubblica italiana. La simmetrica capacità tecnico-professionale, economico e finanziaria (74) delle imprese che intendano stipulare contratti pubblici e delle amministrazioni pubbliche che le selezionano è stata troppo a lungo trascurata.

L'ordinamento non può richiedere capacità ad una sola delle organizzazioni che si apprestano a instaurare un rapporto contrattuale, d'appalto o di concessione pubblica, poiché ciò equivarrebbe a lasciare l'ente pubblico in una posizione peggiore, di sudditanza, di nuovo oggetto di una cattura ad opera delle imprese più organizzate. L'ente pubblico rischia di risultare privo di adeguata professionalità per la selezione del contraente e per la verifica della successiva esatta esecuzione contrattuale (75).

Le centrali di committenza, come strutture complesse, sono chiamate ad assumere un ruolo nuovo, da assolvere con adeguata professionalità (giuridiche, economiche e tecniche), con l'impiego degli strumenti elettronici per la digitalizzazione, con sistemi informativi per la raccolta ed elaborazione dei dati, che sono di per sé mezzi idonei ad assicurare la trasparenza (76) del sistema dell'*accountability* dei funzionari pubblici (77).

Le centrali di committenza, come già avviene nelle più avan-

(74) 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. MASTRAGOSIINO, Padova, 1998, 129.

(75) A. GIANNELLI, *Esecuzione e rinegoziazione degli appalti pubblici*, Napoli, 2012, 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., 22-25; R. CAVALLO PERIN - G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, cit., 330 ss.

(76) 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. Cfr. A. SIMONATI, *La trasparenza amministrativa e il legislatore: un caso di entropia normativa?*, in *Dir. Amm.*, 2013, 749.

(77) Cfr. negli Stati Uniti: <https://www.usaspending.gov/> e [www.data.gov/](http://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*, Firenze, 2010, 11.

zate esperienze europee (78), sono chiamate ad operare sul mercato europeo come “intermediari” o “grossisti”, creando anche sinergie tra centrali di diversi Stati membri che permettono di accrescere la conoscenza dei mercati e di definire le migliori strategie per la riqualificazione della spesa e l’innovazione (79).

Come noto, lo spreco nel settore appalti è stato ricollegato per l’80% all’incapacità e solo per il 20% alla corruzione (80); da ciò la necessità di formare i funzionari e costituire strutture complesse capaci di svolgere tale funzione.

La previsione di un limitato numero di amministrazioni aggiudicatrici dotate di professionalità adeguate (81) ha l’obiettivo di superare la “carenza di risorse e/o di capacità organizzative” (82) che si evidenzia ad esempio nell’incapacità di individuare

(78) 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 editore, 2011, 198-2013.

(79) 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\\_5kgkgqv703xw-en](http://www.oecd-ilibrary.org/governance/centralised-purchasing-systems-in-the-european-union_5kgkgqv703xw-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. 18-21.

(80) O. BANDIERA - A. PRAT - T. VALLETTI, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278-1308.

(81) Soggetti aggregatori, reti tra centrali di committenza europee: cfr. G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, cit., 491-497.

(82) ANAC, *Relazione Annuale 2014*, 2 luglio 2015, 9, ove l’Autorità riscontra che, a fronte di un adempimento elevato degli obblighi in materia di trasparenza e contrasto alla corruzione, è risultata scarsa la qualità e la completezza delle informazioni pubblicate. Tale fenomeno è ricondotto alla percezione degli obblighi di trasparenza quali meri adempimenti burocratici ed alla mancanza di strutture e risorse adeguate per potervi fare fronte. L’Autorità, relativamente ai piani triennali di prevenzione e contrasto della corruzione rileva che “circa il 30% dei casi analizzati, è stata riscontrata un’insufficiente qualità nella mappatura dei processi organizzativi, in circa il 50% dei casi analizzati, la mappatura dei processi è stata sufficiente e solo nel 10% dei casi analizzati, la mappatura dei processi è stata dettagliata e puntuale. In circa l’80% dei casi analizzati, le amministrazioni non hanno specificato aree ulteriori o hanno semplicemente integrato marginalmente le aree obbligatorie previste per legge, nel restante 20% dei casi analizzati, sono state

e gestire adeguatamente i rischi di corruzione nei piani triennali di prevenzione (83).

Ovviamente senza questa attuazione dei principi costituzionali, l'aggregazione come mera sommatoria di gare singole induce ad un ancor più grave rischio di "sommatoria di tangenti", come già rilevato dall'ANAC.

Il mantenimento di gare autonome frammentate in 37.000 amministrazioni aggiudicatrici (84), non risulta sostenibile, né per l'amministrazione, né per le imprese efficienti e innovative.

Tuttavia, la tendenza alla conservazione di un sistema frammentato in numerose amministrazioni aggiudicatrici sembra ancora trovare consistente sostegno (85), seppur con alcune signifi-

specificate aree ulteriori, ma solo raramente questa integrazione è stata condotta in maniera puntuale e dettagliata".

(83) ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, 4-6 ove, a seguito dell'analisi dei Piani Triennali di Prevenzione della corruzione adottati da 1911 amministrazioni, l'Autorità ha rilevato un generalizzato rispetto formale dell'obbligo di adozione e pubblicazione (attuato dal 96,3% delle amministrazioni pubbliche e aggiornato per il triennio 2015-2017 nel 62,9% dei casi), ma una qualità del loro contenuto "generalmente insoddisfacente". In particolare l'ANAC ha rilevato: che "nel 73,9 % dei casi l'analisi dei processi delle cd. "aree obbligatorie" presenta una bassa qualità ed analiticità", la "concreta difficoltà delle amministrazioni di individuare correttamente i rischi di corruzione, di collegarli ai processi organizzativi e di utilizzare un'adeguata metodologia di valutazione e ponderazione dei rischi" ("ampi margini di miglioramento" sono ritenuti possibili nel 67,07% dei casi per l'identificazione e analisi dei rischi e nel 62,39% dei casi per la valutazione e ponderazione del rischio), una limitata adeguatezza del trattamento del rischio (che è risultato adeguato solo nel 37,72% dei PTPC analizzati), l'assenza di un efficace coordinamento tra il PTPC e il Piano della performance (nell'80,6% dei casi in esame) o con il Piano Triennale per la Trasparenza e l'Integrità (nel 63,97% dei casi). L'Autorità ha individuato le principali variabili che hanno inciso sulla qualità dei piani nella "tipologia di amministrazioni", nella "collocazione geografica delle stesse" e nella "dimensione organizzativa".

(84) Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di lavori, servizi e forniture, *Segnalazione*, 12 gennaio 2012, n. 1. Cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, *Relazione annuale 2014*, 2 luglio 2015, 72 e ss. G. GIOVANNINI, Audizione VIII Commissione Senato nell'ambito dell'esame del d.d.l. per l'attuazione delle Direttive UE in materia di contratti pubblici, 14 gennaio 2015.

(85) Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale, *Le centrali di committenza per gli appalti dei piccoli comuni. Primo rapporto sull'attuazione dei nuovi obblighi: stato dell'arte e qualche strumento operative*, 10 aprile 2013.

cative modifiche nella legge delega recentemente approvata (86). Una ridotta aggregazione fra amministrazioni aggiudicatrici, unita alla previsione di limiti territoriali di operatività senza forme di coordinamento (87) non supererebbe la carenza di adeguate professionalità e manterrebbe una evidente duplicazione di gare. La legge delega prevede la promozione “di un sistema di reti di committenza” che potrebbe favorire la cooperazione fra differenti livelli di aggregazione della domanda pubblica (88).

Le comuni obiezioni all’aggregazione della domanda pubblica si possono riassumere nelle due proposizioni, secondo cui l’aggregazione eliminerebbe l’autonomia delle amministrazioni aggiudicatrici ed in particolare dei piccoli comuni per un verso, e, sotto differente profilo, sacrificerebbe la piccola media impresa, ritenuta pilastro dell’economia nazionale (89).

Se è garantita a qualsiasi amministrazione l’individuazione dell’oggetto della prestazione, sia esso lavoro, servizio o fornitura, il sistema dell’aggregazione va inteso nel senso che almeno una delle centrali di committenza adeguate dovrà assicurare lo svolgimento della gara con quell’oggetto, con la conseguenza che

(86) L. 28 gennaio 2016, n. 11, *cit.*, art. 1, lett. *dd*).

(87) 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.* Cfr. M. PIGNATTI, *La Stazione Unica Appaltante. Il finanziamento delle centrali di committenza e gli strumenti a sostegno della trasparenza*, in *Foro Amm.*, C.d.S., 2011, 3610-3625.

(88) 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 n. 319 del 2 luglio 2015.

(89) Cfr. Assobiomedica, *La posizione associativa in tema di centralizzazione degli acquisti*, 2010. Cfr. Commissione UE, Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, *Think small first: A Small Business Act for Europe*, COM(2008) 394 def. 2, 30 settembre 2008.

ciascuna amministrazione potrebbe scegliere tra le varie centrali di committenza quella che ha ottenuto il miglior esito della gara, ove fossero superati i vincoli territoriali. In tutti i casi è più probabile che una gara al servizio di più committenze raggiunga migliori risultati ed il tutto assume un rilievo economico organizzativo maggiore in ragione dell'adeguatezza delle professionalità che la svolgono. Il piccolo comune potrà trovare dunque la prestazione di interesse già "garata".

Quanto alla seconda obiezione di penalizzazione della piccola impresa si può affermare invece che la professionalità delle centrali d'acquisto, che comprendono un'ampia conoscenza del contesto in cui le stesse operano, può assicurare una migliore formulazione dei capitolati d'appalto, e dunque, strategie di gara che sappiano tenere conto e favorire l'evoluzione del mondo produttivo, anche attraverso la creazione di lotti territoriali o merceologici definiti per sostenere la crescita e l'innovazione della piccola impresa (90), anche con la previsione di un limite al numero di lotti che ciascuna impresa può aggiudicarsi.

Da tempo è noto in Europa che aggregazione della domanda pubblica non significa centralizzazione in grandi contratti nazionali, ma definizione di lotti utili al mercato dei produttori, poiché è evidente che la concorrenza, seppure rivolta a stimolare la vitalità delle imprese, non può certo prescindere da esse, dalla loro pluralità e dalla loro crescita, evitando di intendere l'aggregazione degli appalti come *favor* per oligopoli o monopoli (91).

Una profonda innovazione nel sistema appalti si rinviene infatti nella previsione della Direttiva di forme di collaborazione

(90) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 2, c. I-bis; G. M. RACCA, *Le centrali di committenza nelle nuove strategie di aggregazione dei contratti pubblici*, in *Italiadecide - Rapporto 2015*, cit., 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, 12-14.

(91) 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, 7 e 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., 12-14.

amministrativa tra centrali di committenza europee per stipulare accordi quadro, ma anche per mettere a disposizione di altre amministrazioni europee i propri accordi quadro, aprendo alle imprese aggiudicatrici nuovi mercati, soprattutto per le prestazioni innovative (92). La piccola impresa italiana potrà in tale sistema consegnare la fornitura in Spagna o in Polonia senza partecipare ad alcuna ulteriore procedura selettiva (93).

Lo sviluppo di appalti congiunti transfrontalieri e transnazionali in Europa è stato sino ad oggi limitato principalmente da barriere giuridiche e linguistiche (94). Uno dei principali obiettivi della nuova disciplina europea è quello di superare tali difficoltà, assicurando economie di scala e condivisione del rischio alle amministrazioni aggiudicatrici in particolare nei contratti aventi ad oggetto prestazioni innovative (95).

La previsione della nuova direttiva sugli appalti pubblici in base alla quale gli Stati membri non possono vietare alle proprie amministrazioni aggiudicatrici di fruire delle attività “offerte da centrali di committenza ubicate in altro Stato membro” (96) spe-

(92) Direttiva UE 2014/24, 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, 2014.

(93) Direttiva UE 2014/24, art. 39.

(94) Commissione UE, *Libro Verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 33-34.

(95) Direttiva UE 2014/24, considerando n. 73. 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 achat avec d'autres capitales*, 1 ottobre 2014, accessibile in <http://www.lesechos.fr/>.

(96) 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*, Copenhagen, Djøf publishing, 2014, 225 e ss.



cifica un principio dell'ordinamento dell'Unione Europea volto alla creazione del Mercato Interno e alla tutela della concorrenza, superando i limiti territoriali. In base ai principi europei, che trovano conferma nel diritto positivo, 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 Unito (97) ed in Francia (98). Tali forme di cooperazione tra amministrazioni aggiudicatrici di Stati Membri differenti (99) sembrano particolarmente adatte alle centrali di committenza nella loro qualità di organizzazioni professionali di acquisto (100), ed hanno trovato fondamento nelle tradizioni giuridiche nazionali e negli accordi tra amministrazioni stesse (101). Si potrebbero considerare opportunità future e invece si è avuto modo come Università di Torino di partecipare ad un primo progetto, finanziato dalla Commissione Europea, in cui cinque centrali di committenza

(97) 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".

(98) 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".

(99) Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, art. 197, in tema di cooperazione amministrativa. Cfr. M. P. CHITI, *Lo spazio amministrativo europeo*, in *Studi in onore di Alberto Romano*, Napoli, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, 167-174; F. CORTESI, *Gli strumenti per la cooperazione amministrativa verticale*, in <http://www.astrid-online.it/>, 2012; M. P. CHITI - A. NATALINI (a cura di), *Lo spazio amministrativo europeo. Le pubbliche amministrazioni dopo il Trattato di Lisbona*, Bologna, Il Mulino, 2012; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

(100) Direttiva UE 2014/24, art. 39, par. 4.

(101) A. TAILLEPAIT, *Coopération transfrontalière*, in J.-B. AUBY - J. DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (Diretto da) *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2014; 1285 e ss.; N. BASSI, *Accordi amministrativi*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Giuffrè, Milano, 2006; N. BASSI, *Gli accordi fra soggetti pubblici nel diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2004; Cfr. anche Commissione UE, *documento di lavoro dei servizi della Commissione concernente l'applicazione del diritto UE in materia di appalti pubblici ai rapporti tra amministrazioni aggiudicatrici ("cooperazione pubblico-pubblico")*, 4 ottobre 2011.

hanno stipulato un accordo quadro sulla base del diritto francese per l'acquisto di dispositivi sanitari innovativi, con il sostegno di AVCP e poi di ANAC (102). Il progetto *Healthy Ageing and Public Procurement of Innovation - HAPPI*, finanziato dalla Commissione Europea - DG Impresa, realizza una prima concreta esperienza di collaborazione tra le centrali di committenza in sanità di Francia, Italia, Gran Bretagna, Belgio, Lussemburgo, Spagna e Austria, aperta anche all'adesione delle amministrazioni aggiudicatrici di altri Stati europei. Il primo acquisto aggregato a livello europeo riguarda soluzioni innovative per l'invecchiamento attivo e in buona salute, la così detta *silver economy* ed è stato preceduto da un'accurata analisi di mercato. L'esperienza del progetto HAPPI può dirsi una prima attuazione dei modelli previsti dalle recenti Direttive europee per la realizzazione di forme di appalti pubblici congiunti transfrontalieri armonizzando i documenti di gara e le condizioni di esecuzione di cinque paesi che potrebbe costituire la base dell'elaborazione da parte di ANAC di un futuro "bando tipo" capace di dare attuazione all'art. 39 della Direttiva (103).

### 3. *La necessità di innovazione nelle imprese appaltatrici.*

Una maggiore trasparenza è interesse anzitutto delle imprese, le quali conoscendo l'andamento del mercato in un determinato settore produttivo possono meglio organizzare le proprie strategie

(102) *HealthyAgeing - Public Procurement of Innovations* (<http://www.happi-project.eu/>) cit. G. M. RACCA, relazione al convegno *Appalti pubblici: innovazione e razionalizzazione. Le strategie di aggregazione e cooperazione europea nelle nuove Direttive*, cit., 11 e ss.; G. M. RACCA - S. PONZIO, *La mutualisation des achats dans le secteur de la santé publique: les centrales d'achat et les accords-cadres dans une perspective comparative*, in *Droit Administratif*, n. 7/2011, 7-12. G. M. RACCA, *The future European Directive on procurement: new legal framework for public procurement of innovation in the field of healthcare*, relazione al *Ist European Forum for Public Procurement of Healthcare Innovation Hospital purchasers: new stakeholders of the European industrial innovation*, Parc des Expositions, Parigi, 30 maggio 2013.

(103) S. PONZIO, *Joint Procurement and Innovation in the new EU Directive and in some EU-funded projects*, in *IusPublicum Network Review*, 2014, 22 e ss.; G. M. RACCA - S. PONZIO, *Nuovi modelli organizzativi per il joint procurement e l'innovazione dei contratti pubblici in Europa*, in R. F. ACEVEDO - P. VALCARCEL FERNANDEZ (a cura di) *Compra Pública Agregada*, in corso di pubblicazione.

in vista di una competizione per sé e per la collettività, superando un atteggiamento che ha portato negli ultimi vent'anni ad una chiusura e conservazione dell'esistente che a lungo andare ne ha impedito lo sviluppo e l'innovazione (104).

La digitalizzazione degli atti e dei procedimenti amministrativi di gara, di stipula del contratto e di sua esecuzione, con il superamento del "mito" della riservatezza, aprendo a tutti l'analisi comparativa dei dati e dei flussi della massa di beni e servizi e lavori contrattati dalla pubblica amministrazione, può costituire la maggiore deterrenza a compiere atti corruttivi (105).

Solo quando il corruttore non avrà risorse economicamente ragionevoli per poter continuare a comprare il silenzio di molti, si sarà posto un ostacolo insormontabile al sistema corruttivo. Comprare "tutti" è impossibile e insostenibile, perciò la *disclosure* deve essere ampia con la collaborazione di Università e centri di ricerca, cui affidare il compito indipendente e libero di "ripulitura" di dati sporchi la cui immissione non è di alcuna utilità. Una *disclosure* che si estenda esattamente fino al punto in cui non risulti più conveniente tentare di comprare l'infedeltà o la scorrettezza di funzionari pubblici e imprese. È ben noto che l'immissione di dati "sporchi" possa risultare di nessuna utilità, ma si è già detto che a tal fine non occorre attendere oltre l'intervento delle Università e dei centri di ricerca, lasciando ad esse il compito indipendente e libero di "ripulitura" degli stessi. Inoltre una più ampia trasparenza dei dati favorisce le attività di *benchmarking* nazionali ed europee che contribuiscono a far emergere le più evidenti anomalie e sintomi di corruzione.

Le banche dati possono anche dare consistenza e intellegibilità del dato reputazionale di coloro che hanno partecipato alle gare o eseguito contratti pubblici (106). La conoscenza della qua-

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

(105) 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., 113 e ss.

(106) 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

lità e tempestività dell'impresa, parte di un contratto pubblico, dovrebbe divenire un incentivo al conseguimento del valore aggiunto reputazionale assicurato ai migliori appaltatori, come un tempo l'essere fornitori pubblici o della "real casa" diveniva vantaggio competitivo anche nel mercato privato.

La capacità e le strategie di gara delle centrali di committenza si rivelano efficaci ove elaborino ripartizioni in lotti che superino i confini amministrativi dei diversi livelli territoriali, o addirittura nazionali, ma tengano conto delle differenti caratteristiche dei settori merceologici, delle realtà produttive, distributive e delle innovazioni, superando la frammentazione e l'opacità sull'esecuzione che sino ad oggi hanno determinato scarsa qualità e costi irragionevoli e insostenibili.

L'attività di vigilanza di ANAC mediante la *disclosure* dei dati (107), di per sé induce dei riallineamenti ed anche un adeguamento all'appropriatezza delle quantità e delle qualità di volta in volta necessarie e la disponibilità di accordi quadro cui attingere indurrà a rinunciare a procedure selettive autonome per aderire volontariamente a gare già fatte, ove sia evidente l'impossibilità di ottenere condizioni migliori.

#### 4. *La professionalità e la semplificazione delle regole.*

In Europa si possono individuare tre modelli di recepimento delle Direttive Europee: il *copy out method*, attuato nel Regno

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*.

(107) G. GARDINI, *Le regole dell'informazione. Dal cartaceo al bit*, Torino, Giappichelli, 2014, 360-363. Sulla qualità dei dati cfr. E. CARLONI, *La qualità dei dati pubblici*, in B. PONTI (a cura di) *Il regime dei dati pubblici. Esperienze europee e ordinamento nazionale*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2008, 253 e ss.

Unito (108), il metodo del *goldplating* che prevede la definizione di alcune regole di adattamento e collegamento con il sistema interno e i metodi di recepimento più “sostanziosi” che giungono ad una codificazione dell’intero sistema dei contratti pubblici (109). Il cambiamento richiede professionalità e semplificazione delle regole, quindi, ove si voglia assumere tra i principi della delega al recepimento il divieto di *goldplating* occorrerebbe un significativo superamento dell’attuale assetto normativo (110).

Il nostro precedente recepimento rientrava nella categoria di quelli “più sostanziosi e complessi” (111), ben oltre il modello di recepimento che si definisce del *goldplating* come aggiunta solamente di alcune regole di adattamento e collegamento col sistema interno (112).

Pare indubbio che dal modello più sofisticato e complesso di recepimento con i 700 articoli del vigente Codice dei contratti pubblici e del regolamento attuativo, modificati centinaia di volte in 9 anni (113), sia possibile evitare il *goldplating* (che già prevede

(108) UK Cabinet Office, *Consultation Document UK Transposition of new EU Procurement Directives - Public Contracts Regulations 2015*, 9.

(109) G. D. COMPORTI, *La sfida delle nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *federalismi.it*, 25 marzo 2015; L. TORCHIA, *La nuova Direttiva in materia di appalti di lavori*, cit., 23-26; P. MANTINI, *La semplificazione nei nuovi appalti pubblici tra divieto di gold plating e copy out*, Relazione al 61° Convegno di Studi Amministrativi “*La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*”, Varenna 17, 18 e 19 settembre 2015, accessibile in <https://www.giustizia-amministrativa.it/>.

(110) F. SATTÀ, *La corruzione, male sociale, e la sua prevenzione*, in *Aperta-Contrada*, 16 novembre 2015, <http://www.apertacontrada.it/>.

(111) Con una specifica codificazione come in Francia e in Italia.

(112) F. DI CRISTINA, *Prevenzione dell’illegalità e governance*, in *Gior. dir. amm.*, 2014, 1160.

(113) Il recepimento degli 84 articoli della Direttiva del 2004 in materia di appalti pubblici (settori ordinari), recepita in circa 300 articoli di Spagna e Francia e i 49 articoli della Gran Bretagna (oggi 122 per le 3 nuove direttive e quelle ricorsi). Comitato economico e sociale europeo, *Parere in merito al “Libro verde sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici - Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti”*, 13 luglio 2011, COM(2011) 15 def. Cfr. Commissione UE, raccomandazione riguardante il recepimento in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno, 12 luglio 2004, (SEC/2004/0918 def.), ove (al p.to 6) si invitano gli Stati membri ad astenersi dall’aggiungere, negli atti nazionali d’attuazione, condizioni o prescrizioni non necessarie per recepire la direttiva di cui trattasi quando tali condizioni o prescri-

integrazioni più limitate) e si adotti direttamente il *copy out method* del Regno Unito e la legge delega ancora non pare pienamente coerente in tal senso (114).

Il metodo inglese del *copy out* ha permesso di anticipare di un anno il recepimento attuando una semplificazione massima, con l'adozione, anche per i contratti pubblici, delle migliori pratiche commerciali per efficienza, qualità e risparmio (115).

L'idea di un diritto nazionale fatto a nostro uso esclusivo, addirittura di cristallizzazione di alcuni indirizzi giurisprudenziali, talora di rilievo processuale (116), rischia di contornare il nostro diritto positivo di una cultura considerata sofisticata, ma talora

zioni sono atte ad ostacolare il raggiungimento degli obiettivi perseguiti dalla direttiva. L'allegato alla raccomandazione relativa alle "prassi di Stati membri le quali facilitano il recepimento corretto e tempestivo in diritto nazionale delle direttive che incidono sul mercato interno", si evidenzia che "l'aggiunta, nell'atto normativo d'attuazione, di disposizioni supplementari non necessarie per recepire la direttiva è evitata. Ove siano previste siffatte disposizioni supplementari, il ministero o altro ente governativo responsabile spiega perché l'aggiunta è ritenuta necessaria e dimostra che essa non ritarderà il recepimento" (p.to 3.4.).

(114) G. GIOVANNINI, Audizione VIII Commissione Senato nell'ambito dell'esame del d.d.l. per l'attuazione delle Direttive UE in materia di contratti pubblici, 14 gennaio 2015, 15.

(115) UK, *The Public Contracts Regulations 2015*, 4 febbraio 2015.

(116) Cfr. l'evoluzione della giurisprudenza in tema di ricorso incidentale "escludente" (ove si eccepisce la carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara, o che vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero che avrebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione): Cons. St., Ad. Plen., 10 novembre 2008, n. 11, ove il Collegio affermava che nel caso di gara con due sole imprese ammesse, ciascuna delle quali abbia impugnato l'atto di ammissione dell'altra, il giudice deve esaminare anche l'altro, dando rilievo all'interesse strumentale di ciascuna impresa, sia essa ricorrente principale o incidentale, alla ripetizione della gara. Tale principio è stato modificato da Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n. 4, ove si afferma che il ricorso incidentale va sempre esaminato con priorità, in quanto "il controinteressato pone una questione pregiudiziale di rito, che (...), si riflette nella preclusione all'esame del ricorso principale per difetto di legittimazione ad agire". Con Cass. S.U., 21 giugno 2012, n. 10294, la si ritiene non condivisibile il principio espresso dal Consiglio di Stato, in quanto, al cospetto di due imprese che sollevano la medesima questione, una viene "sanzionata" con l'inammissibilità del ricorso. Conforme a tale principio CGUE, X, 4 luglio 2013, *Fastweb SpA v Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, in C-100/12. Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, ove viene chiarito che "il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorché non presenti carattere escludente"; cfr. C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali*

bizantina, che lo espone a censure di elusione dei principi europei (117). Si richiede anzitutto uno sforzo della dottrina, che deve recuperare i momenti migliori della propria cultura giuridica ed evitare di favorire barriere e incomprensioni (118). Sforzo della dottrina che appare importante e necessario, ma che senza l'aiuto e la ponderazione della giurisprudenza non è in grado di trasformare l'elaborazione di un principio giuridico in diritto positivo.

Il recepimento delle Direttive UE in materia di contratti pubblici costituisce un'importante occasione per il cambiamento e l'innovazione del sistema appalti pubblici. Stupisce ritrovare nell'attuale legge delega previsioni che ostacolano la semplificazione e la chiarezza come il concetto di "aggregazione artificiosa" (119)

*pubbliche e il dovere di soccorso*, in C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014.

Cfr. anche: Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, sull'accertamento dei requisiti di moralità per l'ammissione alla gara; Cons. St., Ad. Plen., 22 aprile 2013, n. 8, sull'obbligo della stazione appaltante di aprire in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche (già in Cons. St., Ad. Plen., n. 13 del 2011). Contra in CGCE, 19 giugno 2003, *Werner Hackermüller*, in C-249/01. Nel diritto francese cfr.: in relazione al *référé précontractuel* Conseil d'Etat, 3 ottobre 2008, n. 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe - SMIRGEOMES*, con cui si prevede che un ricorso possa essere validamente proposto unicamente se volto a rilevare vizi suscettibili di ledere la posizione del ricorrente (e non qualsiasi violazione delle obbligazioni di pubblicità e concorrenza). In relazione al contenzioso sul contratto cfr.: Conseil d'Etat, 28 dicembre 2008, n. 304802, "Béziers I", sulla cui base al giudice non deve dichiarare in maniera meccanica l'annullamento del contratto, ma gli attribuisce poteri più ampi al fine di tutelare l'interesse generale. Con la pronuncia *Conseil d'Etat*, 21 marzo 2011, n. 304806, "Béziers II", il giudice, nel valutare la legittimità del provvedimento di risoluzione di un contratto e per determinare se vi è motivo di aderire alla richiesta di riprendere il rapporto contrattuale, deve valutare, tra gli altri elementi, la gravità dei vizi riscontrati.

(117) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 46, come modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, art. 4, c. II, let. d), convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106, in relazione al c.d. "soccorso istruttorio".

(118) M. CLARICH, *Contratti pubblici e concorrenza*, 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), *Id.*, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, Relazione al 60° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 18-20 ottobre 2014.

(119) L. 28 gennaio 2016, n. 11, *cit.*, art. 1, lett. ccc); cfr. anche il criterio della "rotazione" per la scelta dell'operatore economico aggiudicatario, art. 1, lett. r).

degli appalti pubblici estraneo alle Direttive europee e che potrebbe conservare la diffusa frammentazione abusiva — che in Francia integra il *delit de favoritisme* (120) — anziché favorire la definizione di strategie di gara innovative basate sull'analisi del mercato rilevante.

Di interesse pare invece il ruolo di ANAC che emerge dalla legge delega al Governo per l'attuazione delle Direttive europee sui contratti pubblici che attribuisce ad ANAC “più ampie funzioni 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 pubblici (121). L'Autorità è chiamata a definire un sistema amministrativo “di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici” (122) ridefinendo le modalità di qualificazione degli operatori economici sulla base di criteri reputazionali la cui disciplina dovrà essere raccordata con quanto previsto in tema di *rating* di legalità (123). La trasparenza sarà assicurata dalla qualità delle informazioni attraverso la pubblicazione su un'unica piattaforma digitale presso l'ANAC di tutti i bandi di gara (124) e l'unificazione delle banche dati attualmente esistenti (125). Le funzioni di “promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore dei contratti pubblici” (126) consentiranno ad ANAC di gestire un sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti che consenta di valutare l'“effettiva capacità tecnica e organizzativa” delle stesse sulla base

(120) Su cui si veda infra par. 5.

(121) 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 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”.

(122) *Ibid.*, art. 1, lett. *q*), p.to 5.

(123) *Ibid.*, art. 1, lett. *uu*).

(124) *Ibid.*, art. 1, lett. *s*).

(125) *Ibid.*, art. 1, lett. *q*), p.to 2.

(126) *Ibid.*, art. 1, lett. *t*).



di “parametri obiettivi” (127), la creazione e la gestione di un albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici (128) e di un elenco degli enti aggiudicatori di affidamenti *in house* (129). Pare evidente l’obiettivo di professionalizzazione della “funzione appalti” per assicurare l’adeguatezza delle strutture chiamate a svolgerla con nuove forme di coordinamento che superino i limiti territoriali per assicurare efficienza e integrità del sistema dei contratti pubblici.

##### 5. *L’innovazione della tutela giurisdizionale ed il contrasto alla corruzione.*

La ridefinizione del ruolo di ANAC potrebbe dare impulso anche ad una rinnovata vitalità della giustizia amministrativa nella lotta per la legalità dei contratti pubblici. Non si può sottacere che nonostante una tutela giurisdizionale amministrativa, civile e penale sui contratti pubblici non si possono oggi mostrare dati evidenti di contenimento della corruzione intesa in senso ampio (130).

Il formalismo delle gare è risultato compatibile con la capacità delle imprese di saperne orientare i risultati, con puntigliosa minuzia, dalla definizione degli atti di gara, all’attribuzione dei punteggi di qualità alla manipolazione degli esiti delle formule matematiche (131). Nessuna parità di trattamento può rendere

(127) *Ibid.*, art. 1, lett. *bb*).

(128) *Ibid.*, art. 1, lett. *hh*).

(129) *Ibid.*, art. 1, lett. *eee*).

(130) Corte dei conti, *Inaugurazione anno giudiziario 2013*, cit., 7-10; Commissione UE, *Relazione dell’Unione sulla lotta alla corruzione. Allegato sull’Italia*, cit., 4 e ss. Cfr. M. PELISSERO, *Nuove misure di contrasto alla corruzione?*, in *Dir. Pen. e Processo*, 2015, 5.

(131) Cons. St., VI, 2 maggio 2012, n. 2515, con nota di M. PIGNATTI, *Le metodologie per la determinazione dell’offerta economicamente più vantaggiosa*, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2013, 1525-1542; Cons. St., V, 9 aprile 2010, n. 2004, con nota di M. MATTALIA, *L’offerta economicamente più vantaggiosa e l’applicazione della formula matematica prevista dal disciplinare di gara*, in *Foro Amm., C.d.S.*, 2010, 2400; cfr. altresì Cons. St., V, 2 dicembre 2015, n. 5468, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. St., V, 22 gennaio 2015, n. 257, in *Foro Amm.*, 2015, 76; Cons. St., V, 25 febbraio 2014, n. 899, in *Foro Amm.*, 2014, 476; Cons. St., III, 15 gennaio 2013, n. 177,

necessari requisiti che si rivelino inutili o irrilevanti (132) ed in tal senso anche la dottrina e giurisprudenza italiana avevano introdotto la categoria dell'irregolarità (in contrapposizione alla illegalità), qualora la prescrizione anche legislativa risultasse alla prova dei fatti irrilevante (concetto poi rafforzato nell'art. 21 *octies*, c. II della l. n. 241 del 1990) (133).

in *Foro amm. CDS*, 2013, 114; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 22 settembre 2015, n. 11347, in *Foro Amm.*, 2015, 9, 2371.

(132) Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, che dichiara illegittima la previsione del bando di gara che dispone l'esclusione dalla procedura di scelta del contraente per inosservanza di una previsione meramente formale in quanto "il "potere di soccorso" sancito dall'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, costituisce parametro per lo scrutinio della legittimità della legge di gara che, in assenza di una corrispondente previsione normativa, stabilisca la sanzione della esclusione; conseguentemente, è illegittima — per violazione dell'art. 6, co. 1, lett. b), l. 7 agosto 1990, n. 241, nonché sotto il profilo della manifesta sproporzione — la clausola della legge di gara che disciplina una procedura diversa da quelle di massa, nella parte in cui commina la sanzione della esclusione per l'inosservanza di una prescrizione meramente formale". Nel caso di specie l'esclusione dell'impresa aggiudicataria provvisoria era stata disposta a causa della mancata inclusione nelle buste contenenti l'offerta di un valido documento di identità del legale rappresentante. Cfr. anche: Cons. St., Ad. Plen., 16 ottobre 2013, n. 23, in relazione all'individuazione dei soggetti nei cui confronti deve essere effettuato l'accertamento dei requisiti di moralità per l'ammissione alla gara; Cons. St., Ad. Plen., 22 aprile 2013, n. 8, ove in relazione all'obbligo della stazione appaltante di aprire in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche (già in Cons. St., Ad. Plen., n. 13 del 2011) vengono salvaguardati "gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all'apertura dei plichi in via riservata".

(133) D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 46, come modificato dal d.l. 13 maggio 2011, n. 70, art. 4, c. II, let. d), convertito in l. 12 luglio 2011, n. 106. Alle ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti si applica quanto introdotto all'art. 38, c. II-*bis*, ove si distingue tra mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità "essenziale" degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive e quelle "non essenziali" cfr. Autorità Nazionale Anticorruzione, 8 gennaio 2015, Determinazione n. 1, Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* e dell'art. 46, comma 1-*ter* del d.lgs. 12 aprile 2006. Sull'integrazione delle dichiarazioni e della documentazione cfr. Direttiva UE 2014/24, art. 56, par. 3, "se le informazioni o la documentazione che gli operatori economici devono presentare sono o sembrano essere incomplete o non corrette, o se mancano documenti specifici, le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere, salvo disposizione contraria del diritto nazionale che attua la presente direttiva, agli operatori economici interessati di presentare, integrare, chiarire o completare le informazioni o la

Nessun ordinamento europeo ha un contenzioso così vasto sui contratti pubblici né riconosce risarcimenti così generosi (134), tuttavia nel nostro ordinamento un simile contenzioso non ha garantito qualità e correttezza della selezione e dell'esecuzione dei contratti pubblici in violazione anche dei principi di effettività e equivalenza della tutela (135).

In fase esecutiva si è manifestato un abuso della procedura arbitrale, con dati che evidenziano come l'amministrazione sia risultata soccombente nel 97,4% dei casi (136).

Anche sotto questo profilo, l'innovazione sembra necessaria.

documentazione in questione entro un termine adeguato, a condizione che tale richiesta sia effettuata nella piena osservanza dei principi di parità di trattamento e trasparenza". Sull'applicazione soccorso istruttorio: Cons. St., VI, 30 aprile 2015, n. 2203; Cons. St., V, 25 febbraio 2015, n. 927; Cons. St., III, 29 gennaio 2015, n. 395; Cons. St., V, 22 gennaio 2015, n. 255; Cons. St., IV, 20 gennaio 2015, n. 147; Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9. Cfr. anche: C. E. GALLO, *Il formalismo nelle procedure contrattuali pubbliche e il dovere di soccorso*, in C. E. GALLO, *Autorità e consenso nei contratti pubblici alla luce delle direttive 2014*, Giappichelli, Torino, 2014.

(134) Consiglio di Stato, Ufficio informatica, riportati nel *Sole 24 Ore*, 10 febbraio 2014, 8, ove si riportano 3.164 ricorsi presentati in primo grado nel 2013 in materia di appalti pubblici e 1.179 appelli innanzi al Consiglio di Stato. In Francia i ricorsi presentati innanzi ai *tribunaux administratifs* sono stati 6.045 nel 2013, ma gli appelli innanzi al *Conseil d'État* sono stati solo 331. In Spagna il contenzioso conta 1.067 casi, in Germania 817 e poche unità in Gran Bretagna.

(135) Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, art. 47, *diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale* e sui principi di effettività ed equivalenza degli strumenti di tutela cfr.: Corte giust. CE, 14 ottobre 2004, C-275/03, *Commissione delle Comunità Europee c. Repubblica Portoghese*, p.ti 32 e 33; Corte giust. CE, 28 gennaio 2010, *Uniplex (UK) Ltd c. NHS Business Services Authority*, in C-406/08; Corte giust. CE, 30 settembre 2010 *Stadt Graz c. Strabag AG*, in C-314/09; Corte giust. CE, 6 ottobre 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute - Studio Infermieristico Associato c. Azienda Pubblica di Servizi alla Persona San Valentino - Città di Levico Terme*; Corte giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe*; Corte giust. CE, 16 dicembre 1976, C-45/76, *Comet*; D.-U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea*, in *Ius Publicum Network Review*, 2011, accessibile in <http://www.ius-publicum.com>; F. MANGANARO, *Equo processo e diritto ad un ricorso effettivo nella recente giurisprudenza della corte di Strasburgo*, in *Ius Publicum Network Review*, 2012, in [www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com); Commissione UE, *Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*, aprile 2015, MARKT/2013/072/C.

(136) Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *Relazione annuale 2011*, 4 luglio 2012, 238 e 239. G. M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25,*

A tal fine pare di interesse il modello francese con una giurisdizione piena sul ciclo completo della contrattazione pubblica affidato al giudice amministrativo, il quale però si caratterizza per peculiari orientamenti del *Conseil d'Etat*, sia sulla gara, sia sull'esecuzione. Nell'ordinamento francese infatti l'effettività della tutela è assicurata dalla concentrazione nella giurisdizione amministrativa del sindacato sia sulla selezione del contraente sia sull'esecuzione del contratto, ove peraltro si giunge all'annullamento della procedura o del provvedimento di aggiudicazione nei soli casi in cui la violazione abbia effettivo rilievo sulla concorrenza e sull'esito della selezione (caso *Smirgeomes* (137), del 2008), e si riconosce la legittimazione dei terzi a far valere l'esatta esecuzione del contratto (138). Inoltre proprio gli scandali degli anni ottanta e novanta in Francia (139) avevano favorito l'introduzione di strumenti di contrasto alla corruzione fondati sulla repressione penale del fenomeno specificatamente nel settore dei contratti pubblici mediante la previsione (140) del *délit de favoritisme* (141) quale *manquements au devoir de probité*. Tale fatti-

32 e 52-58), in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125-151.

(137) Conseil d'Etat, 3 ottobre 2008, n. 305420, *Syndicat mixte intercommunal de résiliation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur Est de la Sarthe - SMIRGEOMES*.

(138) Conseil d'Etat, 4 aprile 2014, n. 358994, *Département du Tarn-et-Garonne*.

(139) Y. MÉNY, *France: The End of the Republican Ethic?*, in D. DELLA PORTA - Y. MÉNY (a cura di), *Democracy and Corruption in Europe*, Pinter, New York, 1997, 13. Y. MARIQUE, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in J.-B. AUBY, E. BREEN, T. FERROUD (a cura di), *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, Edward Elgar Publishing, 2014, 89-91.

(140) Introdotto con la l. 3 gennaio 1991 relativa a la transparence et à la régularité des procédures de marché, poi integrata dalla l. 29 gennaio 1993 relativa alla prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, et par celle du 8 febbraio 1995 relativa ai marchés publics et alle délégations de service public. Cfr. Commissione UE, *Annexe France au Rapport anticorruption de l'UE*, Bruxelles, 3 febbraio 2014, in [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014\\_acr\\_france\\_chapter\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/docs/2014_acr_france_chapter_fr.pdf), 5.

(141) Code Penal, art. 434-14, "Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 200.000 €, dont le montant peut être porté au double du produit tiré de l'infraction, le fait par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée

specie di reato è volta a tutelare l'effettività di principi e regole posti a tutela della concorrenza (libertà di accesso alle gare e parità di trattamento dei candidati) e della corretta gestione dell'intero ciclo dell'appalto pubblico configurandosi come strumento che può efficacemente contribuire al contrasto alla corruzione nei contratti pubblici (142). L'integrazione del *délit de favoritism* si verifica qualora il funzionario pubblico (o incaricato di pubblico servizio o chi agisce per conto di tali soggetti) abbia procurato o tentato di procurare ad altri un vantaggio ingiustificato che la giurisprudenza francese ha individuato nella semplice violazione di regole che disciplinano la scelta del contraente (come ad esempio il ricorso alla frammentazione abusiva (143) o, ancora, nella trasmissione di informazioni privilegiate ad uno o più candidati (144)). La fattispecie si consuma ove il vantaggio ingiustificato sia connesso alla violazione di una regola che garantisce il libero accesso agli appalti pubblici e la parità di trattamento tra candidati (145). Si afferma che i funzionari pubblici professionali o onorari debbano avere piena conoscenza delle disposizioni relative ai contratti pubblici, ritenendo che ogni violazione

*d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ou exerçant les fonctions de représentant, administrateur ou agent de l'Etat, des collectivités territoriales, des établissements publics, des sociétés d'économie mixte d'intérêt national chargées d'une mission de service public et des sociétés d'économie mixte locales ou par toute personne agissant pour le compte de l'une de celles susmentionnées de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public".* Cfr. Il rapporto, *Lutter contre la corruption et la fraude dans les marchés publics*, 27 luglio 2015, ove sono riportati i dati del *Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC)* in cui si rileva che tra il 2007 ed il 2010 sono state identificate 25 condanne che hanno portato a pene detentive e 20 casi nei quali sono state inflitte ammende pecuniarie tra l'importo di 2.333,00 Euro e 5.333,00 Euro.

(142) Cfr. Circolare Ministero della Giustizia del 4 marzo 2002. Con la riforma del *code des marchés publics* del 2001 il *delit de favoritism* è stato esteso a tutti i contratti (anche sotto-soglia) in caso di violazione dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento, trasparenza delle procedure, ovvero inadempimenti nella fase di definizione dei fabbisogni e nella scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

(143) Cass. crim., 12 novembre 1998, Marcel Graud n° 97-85.333.

(144) CA Paris 23 mars 2000 Juris-Data n° 2000-117773.

(145) Cass. Crim., 14 gennaio 2004.

sia intenzionale (146) e consegua alla condotta tenuta (147). L'intenzionalità è stata ad esempio dedotta dalla gravità dei fatti, dall'insieme delle "manovre" che hanno condotto all'individuazione del migliore offerente, dall'anzianità di servizio del funzionario (148). Le disposizioni del codice penale francese comunemente non rilevavano nell'ambito dei *référés précontractuel* e *contractuel*. Il Conseil d'Etat, dal 2001, attribuisce rilevanza, entro i limiti individuati dalla giurisprudenza *Smirgeomes*, al verificarsi di ipotesi di conflitto d'interessi penalmente rilevanti in quanto tali situazioni possono violare i principi cui deve conformarsi l'attività amministrativa come ad esempio i principi di imparzialità (149) e parità di trattamento degli offerenti (150) e, *a fortiori*, la tutela della concorrenza (151).

La conoscenza ad opera di un unico giudice dell'intera ope-

(146) Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêt, *Pour une nouvelle déontologie de la vie publique*, 26 gennaio 2011, accessibile in <http://www.conflits-interets.fr/pdf/rapport-commission-conflits-interets-vie-publique.pdf>, 32-33.

(147) Cass. crim., 27 novembre 2002.

(148) *L'erreur de droit n'est pas admise par la jurisprudence comme cause d'irresponsabilité pénale. Les juges estiment en effet qu'eu égard à leur qualité, les auteurs ne peuvent invoquer une méconnaissance des procédures relatives aux appels d'offre (ex un maire ne peut invoquer l'erreur de droit pour méconnaissance des règles des marchés publics alors qu'il était maire depuis quelques années après avoir été conseiller municipal)*. Cass crim 15 septembre 1999 Juris-Data n° 1999-003934; Cass crim 10 avril 2002 Dr pén 2002, comm 105, obs Véron.

(149) CE 25 giugno 2004, Ministère des affaires étrangères, de la coopération et de la francophonie, req. n° 263404.

(150) CE 27 luglio 2001, Société Degrémont, Syndicat intercommunal d'assainissement et de protection de l'environnement de Toulon La Valette, req. n° 232820, Lebon 413.

(151) "Aux termes de l'article 432-14 du code pénal, toute violation du code des marchés publics, dont l'objet est de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats, est susceptible de caractériser le délit de favoritisme (sous réserve que la preuve des autres éléments constitutifs de l'infraction soit rapportée)", Circulaire CRIM.05-3/G3-22.02.2005 du 22 février 2005 relative au délit de favoritisme - Éléments jurisprudentiels récents - NOR JUS D05-30037C, on-line: <http://www.marche-public.fr/Marches-publics/Textes/Circulaires/Circulaire-2005-02-22-favoritisme.htm>. Cfr. Negli Stati Uniti una fattispecie di reato simile è prevista nella U.S. Federal Criminal law la cui applicazione è limitata agli interessi di carattere finanziario del funzionario pubblico 18 U.S. Code § 208 - *Acts affecting a personal financial interest*. Il reato è punibile con un anno di detenzione o cinque anni in caso di intenzionalità. La sanzione pecuniaria può raggiungere \$ 250.000.

razione contrattuale può consentire di ricomporre le culture della giurisdizione sulla selezione e sull'esecuzione e di favorire una riqualificazione delle figure sintomatiche dell'eccesso di potere anche in ragione di quanto appreso nell'esecuzione.

Inoltre se la clausola del subentro assurge a paradigma dei capitolati delle gare pare possibile realizzare una concentrazione, sinora insperata, del processo su inadempimenti e risoluzioni contrattuali, con possibilità di riqualificazione come nuovo contraente del secondo o terzo qualificato. La proposizione ha un effetto sistemico, poiché darebbe consistenza all'interesse dei terzi a controllare l'esecuzione (152).

Dai terzi interessati, alla società civile ed alle nuove forme di *civic engagement* si può giungere ad un diffuso potere di controllo, sostenuto da ANAC (153), ed utile a sviluppare integrità e fedeltà alla Repubblica per negare in radice il tradimento della corruzione sistemica (art. 54, Cost.) (154).

**ABSTRACT:** L'Articolo analizza i cambiamenti nel sistema dei contratti pubblici a partire dalla soppressione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici ed all'istituzione dell'Autorità Anticorruzione. La prevenzione ed il contrasto della corruzione intesa in senso ampio come "abuso del potere per fini privati" e come cattiva amministrazione che "ostacola lo sviluppo economico, mina la democrazia e lede la giustizia sociale e lo Stato di diritto" ha richiesto la previsione di nuovi strumenti giuridici. L'articolo evidenzia la correlazione tra le modifiche alla disciplina europea in materia di contratti pubblici e l'introduzione di strumenti di contrasto alla corruzione. I cambiamenti organizzativi e funzionali dell'amministrazione pubblica volti a garantire l'integrità e la concorrenza nei contratti pubblici mediante strategie di riqualificazione della spesa capaci di favorire l'innovazione nei contratti pubblici. In tale contesto è approfondito il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione dalla sua istituzione alle previsioni contenute nella legge di delega per l'attuazione

(152) R. CAVALLO PERIN e G. M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. Amm.*, 2010, 325-354.

(153) L. 28 gennaio 2016, n. 11, *cit.*, art. 1, lett. q), p.to 5. G. FRASCHINI - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di) *Il whistleblowing nuovo strumento di lotta alla corruzione*, Bonanno editore, Catania, 2011; R. CANTONE, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. n. 165/2001 (art. 1, comma 51)*, in B. G. MATTARELLA - M. PELISSERO (a cura di) *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, *cit.*, 243-259.

(154) G. M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, *cit.*; F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, 5 e ss.

delle Direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici volte a sviluppare le capacità utili ad una riqualificazione della “funzione acquisti” e degli strumenti di tutela nei confronti delle violazioni per assicurare l’integrità e la qualità delle prestazioni.

**ABSTRACT:** *The article analyzes the main changes in the public contracts sector from the suppression of the Authority for the Monitoring on public contracts to the establishment of the Anti-Corruption Authority. The prevention and fighting of corruption, widely defined as “abuse of power for private gain” and as maladministration is required. Corruption hinders economic development, undermines democracy, social justice and the rule of law and implies the provision of new legal tools. The article highlights the links between the changes in European provisions on public contracts and the introduction of instruments to fight corruption. The organizational and functional changes might ensure efficiency and integrity in public contracts. In this context, the National Anti-Corruption Authority’s role in the recent implementation of EU directives of 2014 on public contracts is analyzed. Capacity development of public officials should assure efficiency and integrity also through the remedies system in order to get better quality for citizens.*