

La prevenzione della corruzione nei contratti pubblici a dieci anni dalla l. n. 190/2012: prove di un nuovo diritto amministrativo (tra risultato, fiducia e discrezionalità)

*Barbara Boschetti
e Nicola Berti*¹

Dopo aver analizzato l'impatto trasformativo delle matrici originarie del diritto anticorruzione nei confronti del complessivo sistema amministrativo italiano, e del settore dei contratti pubblici in particolare, il contributo si focalizza sulle strategie di prevenzione della corruzione perseguite dal legislatore nei e attraverso la regolazione dell'attività negoziale della pubblica amministrazione, evidenziandone pregi e limiti, nonché vagliandone l'attualità alla luce della complessiva deregolamentazione delle procedure di gara, già sperimentata nel contesto emergenziale, e destinata a consolidarsi in uno con la valorizzazione della discrezionalità amministrativa operata dallo schema di nuovo Codice.

1. *Prevenzione della corruzione e sistema amministrativo*

Il c.d. diritto anticorruzione ha senz'altro contribuito a cambiare il sistema amministrativo a 360°: lo stile della regolazione, l'essere e il fare amministrazione. Ha toccato anche la dimensione teorico-dogmatica, consentendo di guardare sotto altra luce e di rileggere alcuni istituti centrali del diritto amministrativo. Un rinnovamento in cui emergono i danni prodotti, o quantomeno i limiti, del c.d. metodo giuridico².

Questo potenziale trasformativo si deve ad alcune delle matrici originarie, classiche, del diritto anticorruzione: la prima è appunto la matrice preventiva, che ha consentito di guardare alla corruzione con un approccio diverso da quello della responsabilità, del suo accertamento e sanzione,

¹ Per i fini per cui l'indicazione è richiesta, si segnala che i parr. 1 e 2 sono da attribuire a Barbara Boschetti e i parr. 3, 4 e 5 a Nicola Berti. Nel par. 1 si riprendono le osservazioni svolte al Convegno *La disciplina anticorruzione a 10 anni dalla legge 190/2012*, Organizzato dall'Università Ca' Foscari, Venezia, il 30 novembre 2022.

² B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, Politica, Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, p. 8.

mettendo in evidenza la centralità, a fini preventivi, del comportamento delle organizzazioni complesse, tanto private quanto pubbliche; la seconda, consequenziale alla prima, è la matrice ultra-penalistica, che permette di ridefinire il concetto di corruzione in senso ampliativo, arrivando ad abbracciare il concetto di *maladministration* e di contrasto alla illegalità³. Come si vedrà successivamente (par. 2), queste due matrici producono effetti ancor più pervasivi sul sistema dei contratti pubblici, con l'innesto, l'interiorizzazione, della prevenzione della corruzione entro il diritto dei contratti pubblici⁴.

Ebbene, queste due matrici possono essere fatte risalire al diritto anticorruzione internazionale e, in particolare, alle due convenzioni da cui prende vita la legge 6 novembre 2012, n. 190: la convenzione ONU del 2003 e la convenzione OCSE del 1997. Sebbene la prima, e più recente, sia la più evoluta e assuma maggiore importanza ai nostri fini per l'attenzione che è data alla prevenzione della corruzione attraverso le organizzazioni pubbliche (a partire dalle previsioni di apparati istituzionali dedicati alla prevenzione della corruzione, agenti quale "autorità nazionale anticorruzione"), la seconda, e più risalente, pure incentrata sul settore privato, contribuisce in modo non secondario a delineare il modello di prevenzione della corruzione di cui alla stessa Convenzione di Merida e, a livello interno, alla legge n. 190/2012.

Grazie alla Convenzione OCSE del 1997, infatti, entra nella strategia internazionale di prevenzione della corruzione (penale) l'approccio adottato nel 1977 dagli Stati Uniti con il *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA)⁵ all'indomani degli scandali *Lockheed* e *Watergate*, costruito, in termini assolutamente innovativi, su misure di tipo organizzativo, di registrazione e trasparenza contabile, anche a beneficio degli investitori (*reportsbooks, registers, internal accounting: US Code, Chapter 15, § 78 (a) (b)*); nonché sull'utilizzo di strumenti di *soft regulation*, quali linee guida dell'*Attorney General, US Code, Ch. 15, 78 dd-1 (d)*, ma anche pareri

³ R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018; V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione. Strategie, sfide, obiettivi*, Roma, Carocci editore, 2022.

⁴ *Infra*, par. 2.

⁵ Il testo è rinvenibile all'indirizzo <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/11/14/fcpa-english.pdf>.

resi dal *Department of Justice* su istanza di parte (l'interpello preventivo di cui al *US Code, Ch. 15, § 78 dd-1 (e)*) e successivamente pubblicate. Insomma, grazie a questa contaminazione di cui la convenzione OCSE si fa portatrice, la dimensione organizzativa rimarrà al centro delle strategie di prevenzione della corruzione, anche nell'ambito della pubblica amministrazione, giustificando il sorgere, sia di nuove forme di regolazione non vincolanti (ma non prive di effetti giuridici, anche sul piano della responsabilità) specificamente finalizzate ad orientare, anche in ottica di miglioramento costante, il comportamento delle organizzazioni *compliant* con le previsioni di legge, sia di un nuovo modello di amministrazione cooperante (che sarà poi esportato anche al sistema dei contratti pubblici).

La Convenzione ONU del 2003 si pone nel solco così tracciato, segnando alcuni passi in avanti: innanzitutto, sempre in nome della centralità della dimensione organizzativa in ottica di prevenzione della corruzione, viene individuato un pacchetto di misure avente ad oggetto le organizzazioni pubbliche; inoltre, viene individuato un nuovo spazio di politica pubblica di prevenzione della corruzione, oggetto di valutazione e orientata al miglioramento costante, tanto sul piano delle prassi, quanto su quello regolatorio e dello strumentario amministrativo, che abbraccia tanto il settore privato quanto quello pubblico; infine, alla politica di prevenzione della corruzione è ricondotta anche la promozione dell'integrità, della responsabilità e della buona fede nella gestione degli affari pubblici e dei beni pubblici (art. 1, co. 1, lett. a) e c)).

È, dunque, con questa ampiezza, che le due matrici originarie del c.d. diritto anticorruzione, quella preventiva ed *extra*-penale, ne determinano l'impatto sul sistema degli scambi internazionali⁶ e, a livello interno, sul sistema amministrativo, coinvolgendo inevitabilmente tanto la dimensione

⁶ La regolazione anticorruzione rappresenta uno dei profili regolatori inseriti negli accordi commerciali in corso di negoziazione (ad esempio, TTIP); è oggetto dell'attività del WTO (il primo GPA è, significativamente, del 1994); della stessa politica estera dell'Unione europea: si ricorda, tra tutti, lo *GSP+ Scheme* (disponibile all'indirizzo: <https://trade.ec.europa.eu/access-to-markets/en/content/generalised-scheme-preferences-plus-gsp>). Per un approfondimento, si veda il documento di *Transparency international* a firma di M. JENKINS, *Anti-corruption and transparency provisions in trade agreements*, disponibile all'indirizzo: <https://knowledgehub.transparency.org/assets/uploads/helpdesk/Anti-corruption-and-transparency-provisions-in-trade-agreements-2018.pdf>.

regolatoria, quanto quella organizzativa e procedimentale, cioè dell'essere e fare amministrazione.

Sul piano regolatorio, il diritto anticorruzione dà impulso ad un vero e proprio *diritto preventivo*, in cui la prevenzione non entra come semplice oggetto o principio, ma come logica di fondo/approccio dell'intero impianto normativo-regolatorio. Chiaramente non è il primo esempio di diritto orientato alla prevenzione (basti pensare a quello ambientale): è, però, il primo in cui la logica preventiva si realizza attraverso la conformazione della dimensione organizzativa e di governance dei soggetti, tanto privati (l. 29 settembre 2000, n. 300 e d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231), che pubblici (l. 3 agosto 2009, n. 116 e l. n. 190/2012, c.d. legge Severino, seguiti poi dai decreti di attuazione delle varie deleghe in essa contenute). In ragione di ciò, si introducono strumenti di *risk assessment* capaci di orientare il comportamento delle organizzazioni e dei loro agenti (per il pubblico, il sistema dei piani anticorruzione⁷) verso i fini di pubblico interesse, così sovvertendo, attraverso il riconosciuto primato della prassi, la tradizionale logica della *compliance* legale. Sempre a questo fine, in linea con la strategia inaugurata dal diritto anticorruzione delle origini (il FCPA del 1977) e con il diritto anticorruzione di matrice internazionale⁸, ma innovando rispetto al tradizionale sistema delle fonti, si ricorre a strumenti di *soft regulation* (tra questi, anche il Piano nazionale anticorruzione⁹), che vengono promossi e rafforzati dal

⁷ In termini efficaci, parla di auto-regolazione responsiva R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management: la nouvelle vague della "regolazione responsiva" degli attori pubblici economici*, in *Dir. amm.*, 1, 2019, p. 125 ss.

⁸ Sulla centralità della *soft law* anticorruzione a livello internazionale, sia consentito rinviare a B.L. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, in *Jus-online*, 2018.

⁹ Proprio la natura orientativa, di indirizzo, del PNA consente di definire decentrato il modello di *risk management* anticorruzione adottato dal nostro Paese. Definiscono la scelta tardiva ma coraggiosa, A. HINNA, F. ROTONDI, F. CESCHEL, *Il sistema del rischio di corruzione tra risk management e chance management*, in M. NUNZIATA (a cura di), *Riflessioni in tema di lotta alla corruzione. Rimedi preventivi e repressivi*, Roma, Carocci editore, 2017, p. 181. Tale decentramento si ha anche all'interno del sistema dei contratti pubblici, per il ruolo ricoperto dalle singole stazioni appaltanti nella politica di prevenzione della corruzione. per una critica al processo di centralizzazione degli acquisti: A. GIANNELLI, *Il PNRR come opportunità, mancata, per rileggere in chiave critica il progressivo (ma non inesorabile) accentramento delle funzioni di acquisti*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 741). Oltre al PNA, effetto di indirizzo assumono anche le relazioni annuali predisposte dalle autorità di settore sull'attività svolta, così come i pareri pubblicati. Per una definizione e una analisi comparata: B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *A Comparative Stu-*

legislatore attraverso vari meccanismi (di *name and shame* o *comply or explain*, ovvero il riconoscimento di effetti giuridici)¹⁰. Prende così forma una vera e propria regolazione di accompagnamento, che filtra attraverso risposte a quesiti (anche informali), pareri preventivi, forme di vigilanza collaborativa, e con ricadute generali, linee guida, raccolte di *best practices*, predisposizione di atti-tipo, tassonomie¹¹, contribuendo a rinnovare il rapporto amministrativo per come tradizionalmente inteso¹². Dal punto di vista teorico, questo diritto preventivo segna il passaggio a un approccio regolatorio *as a service* (cui si conforma anche il Piano nazionale di ripresa e resilienza¹³), di una normatività che si fa carico non solo della propria attuazione, ma di assicurare l'effettività dei fini pubblici perseguiti ri-orientando il comportamento degli agenti. Sul piano organizzativo, il diritto anticorruzione, discostandosi dalle precedenti strategie anticorruzione poste in essere nel nostro Paese¹⁴, costringe a guardare all'organizzazione in una dimensione nuova, certamente diversa da quella offerta dal diritto amministrativo tradizionale: quella della *governance*. È proprio questa prospettiva, infatti, a porre in evidenza l'essenzialità della dimensione del comportamento di chi opera nella, e con la, pubblica amministrazione (questa attenzione si estende

dy on Soft Law. Lessons from the Covid-19 Pandemic, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 23, 2021, pp. 1-34.

¹⁰ Pur nell'ambivalenza della giurisprudenza della Corte di giustizia UE in tema di *soft law* delle autorità di regolazione europee, si segnala da ultimo CGUE, sentenza 15 luglio 2021, c-911/19 (Grande sezione), che conferma (e protegge) l'effetto di affidamento che dalla *soft law* consegue la sua rilevanza al fine di instaurare prassi di vigilanza uniformi, la sua legittimità nel quadro del diritto UE.

¹¹ Ad es. la tassonomia per le attività sostenibili di cui al Reg. UE 2020/852, da integrarsi con l'attesa tassonomia sociale europea su cui, da ultimo, il *Final Report on Social Taxonomy* pubblicato dalla *Platform on Sustainable Finance*, che traggono spunto da una varietà di fonti tra cui la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani e gli Obiettivi per lo Sviluppo Sostenibile dell'Agenda 2030 delle Nazioni Unite, nonché le Linee Guida OCSE destinate alle Imprese Multinazionali.

¹² M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2022, cap. 3.

¹³ B. BOSCHETTI, M.D. POLI, *The pandemic curvature of democratic space/time. A legal perspective*, in D. PALANO (a cura di), *State of emergency. Italian democracy in times of pandemic*, Milano, EDUCatt, 2022, p. 39; B. BOSCHETTI, *Dalle riforme alla governance. La pubblica amministrazione nel PNRR*, in *Pandora Rivista*, 2, 2021, p. 158.

¹⁴ B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, Politica, Amministrazione*, Bologna, Il Mulino, 2007, *passim*.

alla società generalmente intesa, tanto più se si ragiona in una prospettiva di integrità per il bene comune e lo stato di diritto¹⁵) e, dunque, di una normatività etica, del comportamento (e *rating* comportamentale)¹⁶; ancor più, l'essenzialità della selezione e cura del capitale umano dell'amministrazione, il che significa anche, come indica la Convenzione ONU, dare rilievo alle *attitudini* nella selezione dei *civil servant*, all'adeguatezza del trattamento stipendiale, alla competenza e alla formazione continua (tutti temi al centro del nuovo alfabeto della pubblica amministrazione delineato dal PNRR¹⁷); la dimensione ecosistemica delle politiche di prevenzione della corruzione¹⁸ e la complessità relazionale dei contesti entro cui operano le organizzazioni pubbliche, da cogliere anche nel rapporto interno-esterno (ai fini, ad esempio, della valutazione dei rischi, dei conflitti di interesse, dell'applicazione della tutela dei *whistleblower*, delle misure di trasparenza e di informazione del pubblico¹⁹); infine, quasi paradossalmente per i fini che tradizionalmente e costituzionalmente definiscono l'amministrazione e la sua azione, la necessità di impegnare anche le organizzazioni pubbliche sul piano della *social responsibility* e, dunque, a dare il proprio contributo alla tutela dei diritti umani e degli *UN SDGs* 2030. Sul piano teorico, lo svelamento di questa nuova dimensione dell'organizzazione porta con sé la necessità di interrogarsi su cosa sia oggi l'organizzazione amministrativa, tanto più se si tiene in considerazione l'imminente passaggio al modello *government as a platform* (di cui al *Digital Compass* 2030 UE)²⁰.

¹⁵ In questo senso l'art. 1 della Convenzione di Merida.

¹⁶ F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni: un lessico*, Prefazione di R. CANTONE, Roma, Donzelli, 2021. Sul *rating* comportamentale, R. LOMBARDI, *Compliance 231 e misure di risk management*, cit., p. 125 ss. Sui codici di comportamento, da ultimo, M. DONINI, *Prevenzione della corruzione*, cit., p. 97 ss.

¹⁷ B. BOSCHETTI, B. CELATI, Rapporto *La buona amministrazione*, per Laboratorio Futuro (Istituto Toniolo), ottobre 2022.

¹⁸ Lo conferma, a tacer d'altro, il carattere indipendente dell'Autorità nazionale anticorruzione, sia in relazione al sistema amministrativo, sia in relazione al sistema dei contratti pubblici ove svolge il ruolo di autorità di vigilanza e regolazione.

¹⁹ Artt. 10-11 della Convenzione di Merida.

²⁰ B. BOSCHETTI, *La transizione della pubblica amministrazione verso il modello government as a platform*, in A. LALLI (a cura di), *L'amministrazione pubblica nell'era digitale*, Torino, Giappichelli, 2022, p. 1 ss.

Sul piano dell'azione amministrativa, il diritto anticorruzione porta in evidenza la dimensione di processo e di ciclo (addirittura, di meta-cicli), entro cui prendono forma nuovi spazi procedurali che oltrepassano quelli dei tradizionali istituti del diritto pubblico, a partire dal procedimento amministrativo. È in questa dimensione procedurale allargata che si realizza la prevenzione della corruzione e la costruzione di una amministrazione orientata all'integrità, alla legalità e al bene comune, secondo le indicazioni della Convenzione di Merida che si sono innanzi richiamate. Sono queste le nuove dimensioni rispetto alle quale ripensare, sia in termini teorici che sul piano normativo, il rapporto amministrativo, le funzioni di vigilanza e il controllo, ma anche la responsabilità, per come ridefinita dal principio di buona fede²¹, la re-ingegnerizzazione della macchina amministrativa e delle politiche pubbliche²². Di questo il sistema dei contratti pubblici è contesto ideale di riferimento.

2. Prevenzione della corruzione e sistema dei contratti pubblici

Tra prevenzione della corruzione e sistema dei contratti pubblici esiste una correlazione stretta e peculiare al tempo stesso: stretta perché il sistema dei contratti pubblici costituisce, per così dire, ambito privilegiato di operatività delle politiche volte a contrastare i fenomeni corruttivi e l'illegalità, anche a livello internazionale²³; peculiare perché proprio nel sistema dei contratti pubblici le politiche di prevenzione della corru-

²¹ Per un'analisi delle ricadute della buona fede sulla responsabilità della PA e sulla dimensione relazionale con la PA, B. BOSCHETTI, *Sulla responsabilità per danni delle autorità di vigilanza (Banca d'Italia e Consob)*. Cass., 27 ottobre 2020, n. 23489, in *Giur. comm.*, 4, 2021, pp. 741-755.

²² A testimonianza del collegamento tra prevenzione della corruzione, trasparenza e re-ingegnerizzazione costante della macchina amministrativa può farsi riferimento al Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO), introdotto dall'art. 6, co. 2, d.l. 9 giugno 2021, n. 80 (che fa salve le discipline di settore, tra cui anche la l. 190/2012). Sulla re-ingegnerizzazione delle procedure, B. BOSCHETTI, *La de-strutturazione del procedimento amministrativo. Forme adattative tra settori e sistemi*, Pisa, ETS, 2018.

²³ Si veda l'art. 9 della Convenzione di Merida (Stipulazione di appalti pubblici e gestione delle finanze pubbliche); ovvero gli accordi sul Government procurement in seno al WTO; intensissima l'attività anticorruzione dell'OCSE dedicata al settore appalti pubblici, con gli anti-bribery standards del 2020, il rapporto 2022 finalizzato a contrastare le manipolazioni delle offerte (la lista compelta è disponibile all'indirizzo: <https://www.oecd.org/corruption-integrity/explore/topics/public-procurement.html>). Per un approfondimento, B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu: a new deal?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2017, p. 1129 ss.; B. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, cit.

zione si sono sviluppate con modalità particolari, sia le caratteristiche proprie del ciclo acquisti, sia per scelte compiute dal legislatore con riguardo a questo settore (anche su stimolo del diritto internazionale²⁴, o europeo²⁵)²⁶.

Una scelta, in particolare, peraltro tutta italiana²⁷, ha però contribuito, più di altre, a plasmare il modello di prevenzione dei contratti pubblici nel sistema dei contratti pubblici italiano: ossia, l'individuazione dell'Autorità nazionale anticorruzione (anche) quale autorità di vigilanza nel settore dei contratti pubblici (in sostituzione dell'Autorità di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture di cui all'art. 6 del Codice del 2006 allora vigente). Come noto, si tratta di una scelta dettata dalla volontà/necessità di rassicurare la comunità internazionale a valle di alcune vicende penali riguardanti gli appalti per Expo 2015²⁸, che ha però avuto implicazioni durature e strutturali, sia per il sistema di prevenzione della corruzione sia per il sistema dei contratti pubblici.

Non ci si riferisce solo alle strategie regolatorie innovative in quella occasione introdotte in via emergenziale, e poi "stabilizzate": quali le verifiche anticipate di legittimità sugli atti di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici (vigilanza collaborativa), ovvero le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione²⁹. È, infatti, con l'entrata in vigore

²⁴ *Retro*, nota 22.

²⁵ Da ultimo, le direttive 2014/23/Ue, 2014/24/Ue, 2014/25/Ue.

²⁶ Per tutti, da ultimo, E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 641. Dello stesso autore si segnala, in uscita, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, Il Mulino, Bologna, 2023.

²⁷ Pur nella pluralità di modelli di autorità nazionali anticorruzione, la scelta italiana di individuare in questa autorità anche quella di vigilanza sul settore dei contratti pubblici è senz'altro un tratto identitario e distintivo. Per la lista completa: <https://www.coe.int/en/web/greco/national-anti-corruption-authorities>.

²⁸ Il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con modificazione dalla l. 11 agosto 2014, 114 ha disposto (con l'art. 19, commi 1 e 2) che l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 6 del d.l. 12 aprile 2006, n. 163 è soppressa e i compiti e le funzioni svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sono trasferiti all'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza (ANAC), di cui al presente articolo, 13 del d.lgs. 27 ottobre 2009, 150, è ridenominata Autorità nazionale anticorruzione.

²⁹ Art. 32 d.l. 90/2014.

del nuovo Codice dei contratti pubblici del 2016, di adeguamento alle direttive europee del 2014, che questa scelta svelerà tutto il suo potenziale trasformativo. Proprio a partire dal ridisegno del ruolo dell’Autorità nazionale anticorruzione, che agisce non più solo quale autorità di vigilanza e controllo di settore, ma quale autorità dotata di ampi (e prevalenti) poteri di regolazione finalizzati anche a “*prevenire e contrastare illegalità e corruzione*” (art. 213, co. 1, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), prende avvio una nuova stagione per il sistema dei contratti pubblici e per la prevenzione, in tale ambito, della corruzione.

Lasciando sullo sfondo il sistema delle fonti atipico che il Codice del 2016 inaugura (con le famose linee guida integrative delle disposizioni di legge)³⁰, è principalmente in virtù dei suoi poteri di *soft regulation* orientativa e di facilitazione (art. 213, co. 2, d.lgs. n. 50/2016), dei suoi poteri di vigilanza funzionali alla ottimizzazione regolatoria, dei suoi ridotti poteri sanzionatori (che si limitano ad assistere l’attività di vigilanza, piuttosto che costituirne lo sbocco³¹), alla sua funzione di vigilanza collaborativa (art. 213, co. 3, lett. h)³², alla funzione consultiva *on demand* (ora) non vincolante (art. 211³³), ai suoi poteri di gestione (di banche dati, sistemi di accreditamento) e altro, l’autorità porta dentro il sistema dei contratti pubblici il modello di amministrazione collaborativo ispirato dal diritto anticorruzione internazionale.

Allo stesso tempo, il sistema dei contratti pubblici, re-interpretato dal Codice del 2016 in linea con la prospettiva di processo e di ecosistema

³⁰ C. DEODATO, *L’attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro amm.-Tar.*, 9, 2018, p. 1559 ss. e dottrina *ivi* citata.

³¹ In modo senz’altro innovativo, e non facilmente armonizzabile con la natura degli altri poteri conferiti a ANAC, il nuovo art. 222, co. 3, lett. a) dello Schema di nuovo Codice dei contratti pubblici (<http://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.ashx?file=0019.pdf&leg=XIX#pagemode=none>) attribuisce all’Autorità poteri sanzionatori in relazione ai compiti di vigilanza ad essa attribuiti.

³² F. DI LASCIO, *Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 3, 2019, p. 804.

³³ W. GIULIETTI, *La vigilanza dell’a.n.a.c. in materia di contratti pubblici tra potere ispettivo e speciale legittimazione ad agire in giudizio*, in *Riv. giur. edil.*, 2, 2022, p. 99; C. BENETAZZO, *Nuovi poteri “regolatori” e di precontenzioso dell’ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, in *Federalismi.it*, 5, 2018; M. DEL SIGNORE, *Gli istituti del precontenzioso nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2017, p. 758.

schiusa dal diritto anticorruzione³⁴, ha offerto all'Autorità la dimensione adeguata per attuare una politica di prevenzione della corruzione lungo tutto il processo acquisti (significativa la logica anticipatoria che passa per la programmazione e le fasi pre-gara), con la sua circolarità (esemplare la rilevanza degli illeciti professionali in fase di esecuzione sul piano delle cause di esclusione o l'istituto, rimasto inattuato, del *rating* d'impresa), esteso all'intero ecosistema pubblico/privato, con la sua relazionalità complessa (si pensi ai sistemi di qualificazione e accreditamento, alla vigilanza sulle stazioni appaltanti e sugli operatori economici), attento a cogliere, al di là della sequenza amministrativa e dei suoi atti, comportamenti e (buone) prassi, capacità e competenze, funzionalità delle dotazioni infrastrutturali materiali e digitali³⁵.

È possibile concludere che, anche, e soprattutto, grazie al duplice ruolo assegnato all'Autorità nazionale anticorruzione, sfruttando la sinergia tra strumenti regolatori propriamente anticorruzione (PNA *in primis*) e quelli previsti dal diritto dei contratti pubblici europeo e nazionale, nel sistema dei contratti pubblici, più che in altri settori, hanno trovato spazio le novità svelate dal diritto anticorruzione sul piano regolatorio, organizzativo e procedurale (*retro*, par. 1).

L'analisi, sin qui positiva, deve tuttavia tenere conto dello stato di sospensione in cui si è trovato il Codice dei contratti pubblici del 2016, dapprima a causa del lento e faticoso processo di piena implementazione delle decine di atti integrativi richiesti (rimasto incompiuto) e quindi, a causa delle crisi finanziaria (d.l. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. decreto Sblocca cantieri) e pandemica (con le norme derogatorie di cui al d.l. 16 luglio 2020, n. 76, c.d. decreto Semplificazioni). Analoghe difficoltà hanno però incontrato, per ragioni diverse e legate alla malformazione congenita del diritto anticorruzione interno (a partire dall'articolo unico della legge Severino), anche molti degli istituti via via da questo introdotti e che hanno così faticato a trovare celere e piena applicazione all'interno del

³⁴ Cfr., ad esempio, PNA, aggiornamento 2015, Parte speciale, p. 26

³⁵ Centrale l'attivazione, grazie allo stimolo del PNRR (d.l. 31 maggio 2021, n. 77) del Fascicolo virtuale dell'operatore economico (attivo dal novembre 2022) e la progressione verso un ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale capace di abbracciare tutto il ciclo di vita (digitale) dei contratti pubblici, di cui alla Parte II dello schema di nuovo Codice dei contratti pubblici, cit. (art. 22 in particolare).

sistema dei contratti pubblici. A questi *stop* si sono andati sommando i ritardi nel processo di digitalizzazione della p.a. e, dunque, di digitalizzazione del processo acquisti, i freni alla piena condivisione e integrazione delle banche dati, le resistenze rispetto ad alcune novità introdotte (e mantenute anche nella nuova bozza di Codice oggi in discussione: tra cui la qualificazione delle stazioni appaltanti), l'incapacità assicurare il rinnovamento e l'aggiornamento del capitale umano dell'amministrazione (sia in termini di numeri che di formazione³⁶). Non ultima, una *amministrazione difensiva*³⁷ che è stata la prima a non fidarsi del nuovo modello di amministrazione e del ruolo attivo ad essa attribuito anche nel fare prevenzione della corruzione attraverso i contratti pubblici: a questo proposito va invero detto che proprio la prevenzione della corruzione, con l'approccio di *management* del rischio, la segmentazione dei processi e l'individuazione delle specifiche misure di prevenzione, avrebbe potuto restituire il coraggio di usare le procedure innovative e quelle ampie finestre di discrezionalità aperte dalle direttive europee del 2014 (come già, prima, quelle del 2004)³⁸.

Sono proprio questi ritardi, rifiuti, inefficienze e diffidenze a determinare quel *sovraccarico* regolatorio/formalistico sulle procedure di selezione (anche a fini di prevenzione della corruzione) che certamente allontana dalla buona gestione del sistema dei contratti pubblici e dal buon governo, che offre il là ai molti decreti di semplificazione e "taglia-procedure" che si sono susseguiti dal 2019 ad oggi (*infra*, par. 4)³⁹.

³⁶ Come richiesto dall'art. 9, co. 1, lett. e) della Convenzione di Merida in termini specifici per il personale coinvolto nel *procurement*.

³⁷ Sull'amministrazione difensiva si rinvia a AA.VV., «*Burocrazia difensiva: cause, indicatori, rimedi*», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 4, 2021, p. 1295 ss.

³⁸ Come rivelano i mutamenti all'art. 1 della legge Severino, il PNA si è progressivamente evoluto in uno strumento in un vero e proprio strumento di *risk management*, che ha potenziato anche la capacità di leggere il rischio corruttivo nel settore dei contratti pubblici, anche grazie ai servizi messi a disposizione dall'Autorità (si pensi, ad esempio, agli indicatori di rischio corruttivo negli appalti: <https://www.anticorruzione.it/rischio-corruttivo-negli-appalti>). Sulla necessità di distinguere discrezionalità e semplificazione procedimentale, S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, p. 971 ss.

³⁹ Per tutti, E. D'ALTERIO, *Riforme e nodi della contrattualistica pubblica*, in *Dir. amm.*, 3, 2022, p. 667.

3. *Prevenzione della corruzione attraverso i contratti pubblici*

Come noto, il “nuovo corso” della regolazione europea nella materia dei contratti pubblici – avviato con le direttive del 2014 – si caratterizza per un utilizzo strategico del mercato delle commesse pubbliche al fine di conseguire una serie di obiettivi “orizzontali” o “collaterali” connessi al programma “Europa 2020”⁴⁰. La tutela della concorrenza, dunque, non rappresenta più il fine “esclusivo” delle politiche pubbliche europee in materia, poiché ad essa si sono venuti ad affiancare una pluralità di interessi (ambientali, sociali, di sostenibilità in senso ampio) parimenti promossi *attraverso* il mercato dei contratti pubblici⁴¹.

Fra questi obiettivi “orizzontali”, un ruolo non secondario è assunto proprio dalla prevenzione della corruzione nel settore⁴². Aspirazione, quest’ultima, che pare destinata ad assumere una crescente centralità nel quadro europeo anche in relazione all’attuazione delle misure sostenute dal dispositivo per la ripresa e la resilienza, rispetto alla quale la prospettata riforma dei contratti pubblici assume una valenza notoriamente “abilitante”; e ciò, in particolare, ove si consideri come il Regolamento 2021/241/Ue, istitutivo del dispositivo, imponga agli Stati di adottare tutte le misure e i sistemi più idonei ad assicurare la prevenzione, l’individuazione e la correzione della corruzione, delle frodi e dei conflitti di interesse, nonché la trasparenza e l’informazione, anche in funzione antiriciclaggio, nella disciplina dell’attività negoziale della pubblica am-

⁴⁰ Cfr. B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu: a new deal?*, cit., p. 1129 ss.

⁴¹ Vedi recentemente E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici. Oltre il primato della concorrenza?*, Napoli, Jovene editore, 2021; in argomento, imprescindibile è il riferimento a S. ARROWSMITH, *Horizontal policies in public procurement: a taxonomy*, in *Journal of Public Procurement*, 10(2), 2010, p. 149 ss.; S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, in S. ARROWSMITH, P. KUNZLIK (a cura di), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, 2009, p. 9 ss.

⁴² Cfr., ad esempio, i *considerando* nn. 16, 100 e 126 della Direttiva 2014/24/Ue, nei quali non solamente è rimarcata l’opportunità di evitare l’aggiudicazione dei contratti pubblici ad operatori economici che hanno partecipato a un’organizzazione criminale o che si sono resi colpevoli di corruzione o di reati connessi al riciclaggio di denaro o al terrorismo, ma anche la necessità di rendere tracciabili e trasparenti i processi decisionali pubblici nei procedimenti di appalto al fine di garantire procedure leali e combattere efficacemente la corruzione e le frodi, così come di prevedere procedure per individuare, prevenire e porre rimedio ai conflitti di interesse.

ministrazione⁴³. Trattasi di esigenze che non possono ritenersi circoscritte alle sole procedure di “messa a terra” dei finanziamenti previsti dal PNRR, essendo il loro impatto “sistemico” sull’intera materia della contrattualistica pubblica – come meglio si vedrà – già attualmente apprezzabile. Il descritto approccio “integrato” alla regolazione dei contratti pubblici non è estraneo alla tradizione legislativa del nostro ordinamento. Anzi, va notato come – perlomeno sotto il profilo in esame – già i primi regi decreti disciplinanti le procedure di spesa delle pubbliche amministrazioni affiancassero all’originaria (e predominante) matrice “contabilistica” ed “erariale” anche una (pur embrionale) funzione di prevenzione della corruzione, da sempre particolarmente diffusa nel settore⁴⁴; solo successivamente aggiungendosi, sulla scorta dell’impulso europeo, la finalità di promozione della concorrenza (e, oggi, degli ulteriori obiettivi orizzontali precedentemente richiamati).

Non sorprende, dunque, che l’atteggiamento tradizionalmente assunto dal legislatore nazionale in materia sia stato (ed è per molti versi tutt’oggi) caratterizzato da una considerazione in larga parte “strumentale” della disciplina dei contratti pubblici rispetto al perseguimento delle politiche anti-corruttive, così come, del resto, emerge plasticamente dalla decisione di accorpate in capo ad una medesima autorità (ANAC) le funzioni di regolazione del settore e, insieme, di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione.

Si tratta di un approccio che ben si sposa con la logica di tutela preventiva (e non eminentemente repressiva *ex post*) valorizzata dalla l. n. 190/2012, della quale viene così a completare la strategia, affiancando alla dimensione di trasparenza e *compliance* quella di regolazione delle attività contrattuali della pubblica amministrazione.

Un approccio che, in particolare, vede tradizionalmente nella stringente regolamentazione della *procedura* di aggiudicazione il principale grimaldello nella lotta alla corruzione, in quanto in grado di limitare o comunque ri-orientare i fattori che di quest’ultima rappresentano le

⁴³ Si v. in particolare, fra gli altri, i *considerando* nn. 39 e 40 e gli artt. 18, co. 4, lett. r), 19, co. 3, lett. j), 22 e 34 del Regolamento 2021/241/Ue.

⁴⁴ Cfr. E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici*, cit., p. 135 ss.

principali condizioni, ossia – come è stato rilevato⁴⁵ – l'esercizio di un potere (la *discrezionalità* della scelta) e lo svolgimento di una funzione (la cura di un interesse *altrui*). E ciò, parimenti, nella convinzione che l'eliminazione della discrezionalità amministrativa (o perlomeno il suo deciso contenimento) sia capace di meglio garantire, insieme, anche la massimizzazione del risparmio pubblico e la leale concorrenza fra gli operatori.

Questa diffidenza nei confronti della discrezionalità⁴⁶ spiega inoltre il sospetto manifestato dal legislatore, in sede di prima “codificazione” della disciplina dei contratti pubblici, nei confronti degli istituti di flessibilità già previsti dalle direttive europee del 2004, a questi preferendosi una moltiplicazione di modelli procedurali rigidi e tassativi, idonei a condizionare *ex ante* le scelte dell'amministrazione, e una apertura alla negoziazione riservata agli appalti più modesti⁴⁷. Trattasi, a ben vedere, di uno scetticismo superato solo sulla “carta” dal Codice del 2016, stante la sotto-utilizzazione pratica delle procedure flessibili *ivi* previste (soprattutto rispetto alle medie europee), sintomo di un perdurante timore di “negoziare” che comprensibilmente assilla culturalmente i dipendenti pubblici, anche alla luce degli orientamenti di una parte della magistratura inquirente⁴⁸, nonché di una

⁴⁵ Il riferimento è a B.G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in AA.VV., *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, Giuffrè, 2016, p. 337 s.

⁴⁶ Sulla discrezionalità come “problema” cfr. A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in G.D. COMPORI, *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, spec. p. 265 ss.: «(l')attribuzione di un certo grado di discrezionalità nell'esercizio di mansioni pubbliche può essere vista (...) come una *risorsa* dell'azione amministrativa, che si traduce nell'attribuzione di una gamma più estesa di poteri sulle risorse gestite dagli agenti pubblici. (...) Ma al tempo stesso l'esito dell'esercizio di quei poteri discrezionali può risultare un'incognita, poiché amplia le opportunità di abusi di potere, cattiva amministrazione e collusione per l'agente, accrescendo parallelamente le istanze di responsabilità e controllo. Nel bilanciamento tra queste due istanze contrapposte (...) si giocano gli equilibri organizzativi che orientano le politiche pubbliche e l'attività contrattuale».

⁴⁷ Cfr. G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2015, p. 325 ss.

⁴⁸ Rileva A. TRAVI, *Pubblica amministrazione: burocrazia o servizio al cittadino?*, Milano, Vita e Pensiero, 2022, p. 96 s.: «si assiste così all'avvio di indagini penali per il fatto che il procedimento abbia comportato una negoziazione [...]. Si delinea insomma un 'secondo' diritto amministrativo, diverso da quello reale e fondato invece su orientamenti particolari coltivati in ambito penalistico; come risultato, viene disincentivato in linea pratica l'utilizzo di alcuni modelli nuovi che invece il legislatore aveva voluto privilegiare».

certa cultura del “sospetto” alimentata dall’opinione pubblica. Lo stesso fenomeno si sperimenta anche nei contratti c.d. sotto-soglia, per i quali vengono nella prassi di gran lunga preferite le procedure percepite come più semplici e meno “rischiose” (sotto il profilo del sospetto di condotte illecite), come ad esempio le aggiudicazioni al massimo ribasso, rispetto a procedimenti più complessi e performanti⁴⁹.

Non che difettino, nell’attuale impianto codicistico, taluni importanti istituti espressivi di un principio “dialogico” o comunque di “fiducia”: basti pensare, ad esempio, al soccorso istruttorio, al non automatismo espulsivo nelle fattispecie di esclusione discrezionali, al sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, al c.d. *self cleaning*. Si tratta, tuttavia, di previsioni che si fondano sull’esigenza del massimo *favor* per la partecipazione alle procedure di gara, in funzione di promozione del confronto concorrenziale, e pertanto risultano sempre orientati pro-imprese.

Dal lato dell’amministrazione, invece, l’equilibrio regolatorio appare nettamente sbilanciato su logiche di controllo formale e legalista delle procedure, anziché sulla verifica sostanziale del prodotto dell’attività negoziale. Eppure, l’approccio olistico alla contrattualistica pubblica, sposato dalle direttive europee di ultima generazione, apre alla possibilità di perseguire gli obiettivi orizzontali di sostenibilità (fra i quali rientra senz’altro la prevenzione della corruzione)⁵⁰ non solamente attraverso la regolamentazione della procedura, ma per mezzo di una valorizzazione degli spazi di discrezionalità concessi all’amministrazione nel governo della gara e in tutte le principali fasi di questa (c.d. *buying sustainable approach* o *BSA*)⁵¹.

⁴⁹ Cfr. *ivi*, p. 119 ss., il quale riporta (p. 120) la vicenda di un procedimento di fornitura di impianti acustici per un teatro storico indetto con il criterio del prezzo più basso: «il direttore dei lavori, allarmato che questa scelta potesse pregiudicare la qualità del teatro, prese contatto con alcuni dei produttori più qualificati per individuare le caratteristiche tecniche che contraddistinguevano gli impianti migliori, facendole introdurre nel capitolato speciale, e per sollecitarli informalmente a presentare le loro offerte. In questo modo, però, risultava violata la ‘par condicio’ e nei confronti del direttore dei lavori fu promossa anche un’azione penale».

⁵⁰ Si rammenti come la lotta alla corruzione rientri nell’obiettivo 16 (“Pace, giustizia e istituzioni forti”) – dell’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile.

⁵¹ Per il quale v. ancora B.L. BOSCHETTI, *Social goals via public contracts in the Eu*, cit., spec. p. 1137 ss. Più recentemente, in modo approfondito e compiuto, E. CARUSO, *La funzione sociale dei contratti pubblici: oltre il primato della concorrenza?*, cit., p. 209 ss.

La prospettiva è, dunque, quella di un “fare anticorruzione” da parte della stessa stazione appaltante nell’esercizio della discrezionalità ad essa attribuita nelle diverse fasi della gara: a partire dalla scelta di una determinata procedura, passando per l’identificazione dei requisiti di partecipazione degli operatori economici, l’imposizione in capo ad essi di particolari obblighi dichiarativi, la determinazione dei criteri di selezione e di aggiudicazione delle offerte, fino agli strumenti previsti dall’ordinamento e finalisticamente indirizzati a tale scopo (patti di integrità, protocolli di legalità, *rating* di impresa, *etc.*).

L’affermazione di un siffatto approccio richiede, tuttavia, di superare taluni ostacoli di ordine generale, anche di natura teorico-dogmatica, caratteristici del nostro ordinamento.

Il primo di questi è, a ben vedere, il carattere tendenzialmente “pan-concorrenziale” del diritto dei contratti pubblici, ossia l’attitudine “fagocitante” dell’interesse alla tutela del confronto fra operatori e alla massima apertura del mercato delle commesse pubbliche rispetto a tutti gli ulteriori interessi rilevanti nella procedura; logica che, a ben vedere, oltre ad essere estranea allo stesso diritto europeo, conduce ad una rilevante diminuzione del margine di manovra dell’amministrazione rispetto a qualsiasi iniziativa potenzialmente incidente in senso restrittivo sulla platea dei partecipanti o comportante un “aggravamento” degli obblighi procedurali posti in capo ad essi. Il carattere “proporzionato” e “ragionevole” delle prescrizioni individuate dalla stazione appaltante nell’esercizio della propria discrezionalità andrebbe, invece, valutato in modo meno esigente e assumendo quale criterio la rilevanza del particolare interesse curato in concreto, in ponderato bilanciamento con il valore della concorrenza (e non già nell’esclusivo perseguimento di quest’ultimo): talune, isolate, pronunce in tal senso si rinvergono nella giurisprudenza, soprattutto più risalente nel tempo⁵², nonché una progressiva “dequotazione” dell’interesse pro-concorrenziale parrebbe rintracciarsi anche nell’ambito del bilanciamento operato dal legislatore in relazione ai recenti interventi di semplificazione (dal c.d. sblocca-cantieri ai successivi decreti adottati per far fronte all’emergenza pandemica e all’attuazione del dispositivo

⁵² Cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2004, n. 611; TAR Sicilia, Palermo, sez. II, 17 febbraio 2002, n. 2947.

di ripresa e resilienza) come funzionali alla ripresa economica del Paese spesso “a discapito” dell’apertura del confronto concorrenziale (esemplare, a questo proposito, l’aumento delle soglie degli affidamenti diretti o la riduzione nel numero minimo di operatori economici da invitare nelle procedure negoziate senza bando).

L’auspicio è che una simile “relativizzazione” del principio concorrenziale si affermi definitivamente anche nell’ambito del sindacato sulla discrezionalità amministrativa, in modo da abilitare la (eventuale) prevalenza di ulteriori e parimenti rilevanti interessi pubblici (come, per quanto qui interessa maggiormente, quello anticorruzione) rispetto all’esigenza di una massima apertura del mercato, e non già limitare la tutela dei primi alla condizione che si persegua contestualmente anche la seconda (è quanto avviene, ad esempio, per mezzo della rotazione degli inviti o degli affidamenti).

In secondo luogo, si ritiene che un’auspicata valorizzazione del principio di auto-responsabilità dell’amministrazione e una recuperata fiducia nella sua discrezionalità nel governo delle procedure negoziali, anche in funzione anticorruzione (così come nel perseguimento di tutti gli interessi orizzontali connessi al mercato europeo delle commesse pubbliche), implichi un contestuale ripensamento della tradizionale categoria dello “sviamento di potere” quale causa di illegittimità degli atti amministrativi, perlomeno in questo settore. Una volta, infatti, acquisita la natura “integrata” degli interessi (sociali, ambientali, di sostenibilità in senso ampio) curati attraverso i poteri che sono attribuiti nel contesto delle procedure di gara alla pubblica amministrazione (c.d. *buying sustainable approach*), quest’ultima non dovrebbe essere frenata dal timore di utilizzare “strumentalmente” le potestà discrezionali ad essa spettanti per curare (nei limiti del rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità e non discriminazione) interessi non strettamente connessi alla propria attività negoziale, ma comunque riconducibili agli obiettivi orizzontali (fra i quali la lotta alla corruzione) previsti in sede europea e recepiti dal legislatore nazionale. In tal modo, anche nello svolgimento della propria attività negoziale ciascuna amministrazione potrà essere, in linea con lo “spirito” originario della l. n. 190/2012, un’autorità anticorruzione.

Una considerazione dello “sviamento di potere” ancora legata al tradizionale dogma secondo il quale ad ogni attribuzione di potere corrisponda

una causa tipica coincidente con un particolare interesse pubblico curato (concezione propria dello Stato monoclasse nel quale il concetto è nato e si è sviluppato), non appare, infatti, più in linea con l'evoluzione ordinamentale dello Stato contemporaneo (e con le sfide delle grandi transizioni, che richiedono un approccio normativo "olistico" e "resiliente") e, per quanto detto, con il settore dell'attività negoziale della pubblica amministrazione. La dimensione "integrata" degli interessi coinvolti nel contesto delle gare pubbliche, infatti, impone una corrispondente dilatazione dei profili "causali" dei poteri attribuiti dall'amministrazione nell'ambito delle procedure di gara: trattasi di una constatazione non meramente teorica, posto che nella prassi si registrano ancora numerose resistenze rispetto alla possibilità per l'amministrazione di utilizzare gli strumenti discrezionali a sua disposizione per il perseguimento di interessi pubblici alieni rispetto a quello della buona esecuzione della prestazione o, comunque, all'interesse specifico del contratto (al di fuori dei casi in cui sia lo stesso legislatore a prevedere una siffatta possibilità). In ultimo, occorre rilevare come l'approccio *BSA* possa trovare un terreno fertile esclusivamente in un contesto di elevata flessibilità e semplificazione procedurale, caratteristica che – del resto – connota il quadro regolatorio europeo dei contratti pubblici, ma che non ha incontrato generale accoglimento nel nostro diritto interno (per le ragioni precedentemente esposte). Ciò, oltre a costituire un ulteriore freno ad un approccio "integrato" e "olistico" alla materia dei contratti pubblici, rappresenta – come si cercherà di dimostrare nel prossimo paragrafo – uno degli aspetti più deteriori della strategia di prevenzione della corruzione in questo ambito.

4. Luci e ombre a dieci anni dalla legge n. 190/2012

A dieci anni dall'emanazione della l. n. 190/2012, e dei suoi decreti attuativi, non sembra un'operazione inutile quella di verificare se la descritta strategia assunta dal legislatore per la prevenzione e il contrasto della corruzione *nella e attraverso* la disciplina dei contratti pubblici abbia portato i frutti sperati.

Rispetto a questo tentativo, invero, costituiscono un rilevante ostacolo tanto la ben nota assenza di indici attendibili di misurazione della corruzione "reale", quanto l'inaffidabilità delle statistiche su quella "percepita". Ciò impone in ogni caso di orientare l'analisi non tanto sull'efficacia della

strategia regolatoria del settore in termini di effettivo contenimento della corruzione, quanto sulla sua idoneità a prevenire i fattori che ne favoriscono lo sviluppo, nonché sulla sua complessiva efficienza sistemica. A questo riguardo, non poche perplessità desta la strategia di prevenzione e di contrasto alla corruzione *attraverso* la disciplina delle procedure di gara⁵³.

Tale strategia, come anticipato, è condotta per mezzo di una regolazione pervasiva e stringente dei procedimenti di aggiudicazione e dalla sovrapposizione di molte tipologie di controlli, le quali comportano, quale principale effetto, una tendenziale paralisi delle decisioni implicanti una spendita di discrezionalità e, quindi, potenzialmente fonte di responsabilità (c.d. burocrazia difensiva). Una paura di “scegliere” che si traduce spesso nella “esternalizzazione” di fasi decisive della gara (progettazione, predisposizione del bando, direzione esecutiva, collaudo), a tutto detrimento della capacità di “governo” e “controllo” della propria attività negoziale da parte della stazione appaltante, nonché nella preferenza per moduli di selezione pressoché vincolati, se non nella vera e propria inerzia. E ciò appare particolarmente grave ove si consideri che dall’attività negoziale dell’amministrazione pubblica dipendono risultati macroeconomici decisivi, rispetto ai quali il “non fare” rappresenta un significativo costo⁵⁴.

Nei casi maggiormente patologici, il sovraccarico procedimentale provoca una vera e propria “fuga dal procedimento”, giustificando il ricorso disinvolto a procedure semplificate “in deroga”, anche al di fuori di situazioni d’urgenza imprevedibili⁵⁵. Sempre più spesso, infatti, la discrezionalità amministrativa, compressa e quasi azzerata nelle procedure ordinarie, cerca di trovare uno “sfogo” nell’accesso a procedure speciali di somma

⁵³ Cfr. § precedente.

⁵⁴ G.F. FERRARI, *I costi del non fare*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2020, p. 148 ss.

⁵⁵ Cfr. A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 267: «(i)l ricorso estensivo alla regolazione formale, derivante dalla sfiducia nei confronti del funzionario pubblico lasciato a sé stesso, può infatti generare un tale sovraccarico procedurale da rendere necessarie deroghe ed eccezioni: “la discrezionalità, così reintrodotta, per non avere riconoscimento esplicito, sarà così maggiormente aperta alle transazioni corrotte. Provvedimenti dovuti verranno allora venduti, perché il tempo e le procedure per attuarli si sono trasformati in una risorsa scarsa che il funzionario usa come sua proprietà privata”».

urgenza, il cui presupposto talora non è affatto rappresentato dalla necessità di fronteggiare emergenze imprevedibili, bensì situazioni del tutto ordinarie ma rese indifferibili dalla complessiva inefficienza del sistema, se non – nei casi più riprovevoli – da una cattiva programmazione, tesa a creare “a monte” le condizioni per il ricorso ad affidamenti diretti e semplificati. Che tali situazioni possano costituire un terreno particolarmente fertile per la proliferazione di fenomeni corruttivi non ha bisogno di particolari dimostrazioni⁵⁶.

Quanto detto richiede di spostare la questione della discrezionalità “al di fuori” della procedura.

Come è stato condivisibilmente rilevato, infatti, l’approccio tradizionale del legislatore in materia appare fondato su una indimostrata equivalenza fra la regolamentazione stringente della procedura di affidamento dei contratti e la riduzione degli spazi di discrezionalità quale presupposto della corruzione: diversamente, il tema della discrezionalità andrebbe mantenuto del tutto distinto da quello della semplificazione procedurale⁵⁷. L’osservazione della realtà insegna, infatti, come, pure a fronte di procedure estremamente dettagliate dal punto di vista degli adempimenti formali e accompagnate da stringenti controlli e meccanismi di *enforcement*, permangano amplissimi spazi di discrezionalità in capo alla stazione appaltante nei diversi momenti che precedono la gara (programmazione, progettazione, determinazione dei contenuti della domanda, selezione dei criteri di aggiudicazione, pubblicazione del bando, individuazione dei partecipanti, inviti, *etc.*) e nella fase che la segue (esecuzione del contratto, nella quale l’amministrazione è comunque dotata di rilevanti poteri). Anzi, il rischio è che proprio nelle pieghe di una legislazione procedurale stratificata e caotica si insinuino meccanismi corruttivi am-

⁵⁶ Cfr. F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1, 2012, p. 177 ss.: «(i)n tal caso, il ricorso alle procedure di emergenza può essere visto tanto come un “surrogato dell’inefficienza” e delle carenze in fase di programmazione dei tempi di realizzazione delle opere, quanto come un modo per celare scambi occulti, non mediati dal diritto, e per aumentare al massimo grado la discrezionalità dell’amministrazione a detrimento della trasparenza e delle garanzie per i terzi».

⁵⁷ Cfr. S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti e strumenti di lotta alla corruzione*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2018, p. 971 ss.

mantati da un rispetto formale della legalità (*cosmetic compliance*)⁵⁸ e celanti usi distorti della discrezionalità “al di fuori” della gara⁵⁹.

Occorre evidenziare, infatti, come il momento della formazione della regola “a monte” (programmazione, progettazione, definizione dell’oggetto del contratto, predisposizione della *lex specialis*) si svolga sulla base di procedimenti decisamente più sommari rispetto a quelli che caratterizzano l’aggiudicazione e, spesso, a differenza di quest’ultima, sottratti agli occhi vigilanti degli operatori del mercato, degli organi di controllo e della comunità⁶⁰. Il che sorprende, stante l’attitudine potenzialmente “elusiva” delle disposizioni codicistiche (e dei presidi di contrasto alla corruzione in esse previsti) insita nelle fasi preparatorie della gara, in quanto in grado di definire non solo la tipologia di procedura applicabile (e quindi restringere l’esigenza di un’apertura al mercato), ma anche la platea stessa dei potenziali concorrenti; ciò che rende tale fase particolarmente esposta a fenomeni collusivi, in relazione all’ampia discrezionalità amministrativa in esse esercitata e alla sostanziale informalità che ne connota l’esercizio.

Ma lo stesso può affermarsi anche per la fase esecutiva del contratto, la cui correttezza non può in alcun modo ritenersi garantita solamente dallo svolgimento di una “buona procedura”. Anzi, è proprio in tale fase che si presenta il rischio di un comportamento maggiormente opportunistico da parte dell’operatore economico, non necessariamente in ragione di un accordo illecito, ma anche in virtù della stessa logica imprenditoriale che per sua natura tende alla massimizzazione dei profitti. Frequente è, come noto, il fenomeno dell’abbattimento dei costi delle prestazioni (a detrimento della qualità delle stesse) o dell’imposizione di lavori sup-

⁵⁸ Così G.M. FLICK, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *Rivista Aic*, 2, 2015, p. 7. Cfr. S. LICCIARDELLO, *Prime note sulla funzione di regolazione dell’ANAC nel nuovo codice degli appalti*, in *Federalismi.it*, 16, 2016, p. 3, il quale definisce la quantità e la scarsa qualità delle regole l’*humus* della corruzione. Rileva A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 266 che «(g)li stessi agenti pubblici hanno trovato all’interno di questa spessa cornice regolativa un comodo rifugio al riparo da rischi e incertezze di una gestione aperta e responsabile, potendo opporre un formale rispetto di norme e procedere a qualsiasi contestazione relativa alla scarsa efficienza/efficacia dell’azione amministrativa, o al sospetto di abusi e malversazioni».

⁵⁹ Sulle occasioni di corruzione nelle diverse fasi del processo negoziale v. *ivi*, p. 273 ss.

⁶⁰ Cfr. S. TORRICELLI, *Disciplina degli appalti*, cit., p. 973 ss.

plementari o di varianti in corso d'opera alla stazione appaltante, capaci di "remunerare" importi di aggiudicazione originariamente sottostimati⁶¹. Si tratta di patologie non facilmente arginabili dalle amministrazioni pubbliche, in ragione della ben nota asimmetria informativa e tecnica che connota il rapporto negoziale, e che comporta spesso una "supina" accettazione delle richieste dell'operatore economico da parte del direttore lavori (se interno) o una mera ratifica delle decisioni assunte da quest'ultimo (se esterno) da parte della stazione appaltante, più interessata ad una celere e adeguata esecuzione della prestazione, che alla tutela di altri valori. La stessa natura dei controlli su questa fase, esercitata spesso da soggetti esterni all'amministrazione stessa, ha natura prevalentemente formale e contabile, e perciò non è idonea ad operare una valutazione qualitativa delle prestazioni eseguite.

Quanto descritto, a ben guardare, appare sintomatico di un bisogno di "flessibilità" e di "dialogo" con gli operatori economici (già dalla fase di programmazione e progettazione) che, non avendo trovato generale accoglimento da parte del legislatore nella disciplina codicistica, viene recuperata "a valle" dalle stazioni appaltanti secondo modalità del tutto informali e deregolate, le quali assumono spesso le sembianze di una vera e propria progettazione delle opere realizzata in fase esecutiva sulla scorta di una progressiva estensione dell'oggetto del contratto "comandata" dall'aggiudicatario. Gli stessi limiti previsti dall'art. 106 del Codice, ove non addirittura recisamente soppressi⁶², si sono dimostrati inidonei ad impedire il verificarsi di tali situazioni.

⁶¹ Cfr. G.M. RACCA, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici*, in B.G. MATTARELLA, M. PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 147 s.: «(q)uesti eventi possono verificarsi per corruzione (...), ma spesso sono la conseguenza dell'inefficacia degli strumenti definiti nel contratto che non consentono di limitare il tentativo dell'aggiudicatario di massimizzare il suo profitto. Il *malicious agreement* fra chi aggiudica la gara e chi la vince con un'offerta aggressiva poiché sa in anticipo che non gli sarà richiesta una completa e corretta esecuzione non riguarda solo il nostro ordinamento, tuttavia spesso tutta l'attenzione è rivolta alla sola fase di selezione del contraente in relazione alla sua più specifica disciplina in ambito europeo e internazionale».

⁶² Si v., ad esempio, l'art. 3 dell'O.c.d.p.c. n. 630/2020 e ss.mm.ii., il quale, derogando all'art. 106 del Codice «allo scopo di consentire varianti anche se non previste nei documenti di gara iniziali», di fatto generalizza – quanto a presupposti – la possibilità per i soggetti attuatori di ricorrere a modifiche del prezzo o a varianti alle prestazioni contrattuali «a prescindere dal loro valore monetario» (possibilità che, in regime ordinario, richiederebbe una specifica previsione

Trattasi di aspirazioni condivisibili, e delle quali non si può non tenere adeguato conto, ma che ove non animate dalla volontà di curare al meglio l'interesse dei cittadini, bensì da logiche opache di "tornaconto" personale, rischiano di vanificare qualsiasi tentativo di prevenzione del fenomeno corruttivo attraverso la disciplina dei contratti pubblici.

Sotto un diverso angolo visuale, il contenimento della discrezionalità amministrativa (come declinata nella logica della tassatività e rigidità delle fattispecie procedurali) ha comportato in alcuni casi, e paradossalmente, una sterilizzazione dell'autonoma iniziativa delle pubbliche amministrazioni, anche se rivolta alla prevenzione di fenomeni corruttivi. Sono ben noti, anche alla cronaca⁶³, i pareri negativi dell'ANAC rispetto alla possibilità, avanzata dal Comune di Milano, di richiedere in sede di partecipazione alle gare, e a pena di esclusione, il nominativo dei "titolari effettivi" degli operatori economici con i quali l'amministrazione entra di fatto in relazione a fini negoziali (al di là cioè dello schermo societario), in funzione antiriciclaggio e di più efficace individuazione dei conflitti di interesse⁶⁴.

L'impossibilità di procedere in tal senso, a ben vedere, non è in alcun modo imputabile ad una irragionevole opposizione dell'Autorità, la quale – anzi – in più occasioni ha sollecitato il legislatore ad intervenire sul punto⁶⁵, ma alla conformazione stessa della procedura, come improntata alla logica della tassatività delle cause di esclusione e ad una forte limitazione della discrezionalità amministrativa nella predisposizione dei bandi e nel raggiungimento dei mezzi di prova dei presupposti esclu-

in tal senso nei documenti di gara iniziali, ai sensi dell'art. 106, c. 1, lett. a)-). Nel fare ciò la deroga parrebbe depotenziare notevolmente la necessità di ricorrere a istituti tipizzati – con i relativi limiti (anche di valore) – quali l'affidamento di lavori supplementari (art. 106, c. 1, lett. b)-), varianti in corso d'opera (art. 106, c. 1, lett. c)-), modifiche non sostanziali (art. 106, c. 1, lett. e)-) e modifiche *de minimis* (art. 106, c. 2) – ferma la necessità della non alterazione della natura generale del contratto e del rispetto delle regole di trasparenza, pubblicità e procedura recate, oltre che dal Codice, dall'art. 8 del d.m. 49/2018 con riferimento al ruolo del Direttore lavori del Responsabile unico del procedimento.

⁶³ Cfr., per tutti, D. GENTILI, I. RAMONI, N. TURLA, *Il giro dei soldi. Storie di riciclaggio*, Milano, Altreconomia, 2021, p. 106 ss.

⁶⁴ Il riferimento è ai Pareri ANAC n. 21891 del 15 marzo 2019 e n. 41725 del 24 maggio 2021.

⁶⁵ Cfr. ANAC, Relazione annuale 2020. Presentazione del Presidente Giuseppe Busia, Roma, 18 giugno 2021, p. 11.

denti. Come si vedrà poco oltre, un rilevante cambio di rotta sul punto è stato imposto, ancora una volta, dalle esigenze connesse all'attuazione del dispositivo europeo di ripresa e resilienza.

Ma l'opportunità di ripensare il paradigma regolatorio che ravvede nella puntigliosa disciplina delle procedure formali di aggiudicazione lo strumento principale di prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione emerge anche da ulteriori rilevanti fattori.

In primo luogo, rileva la progressiva estensione degli ambiti di disciplina "derogatoria" all'impianto codicistico che, dall'essere originariamente riservata a fattispecie tipizzate (procedure di somma urgenza e di protezione civile), è andata via via ulteriormente ampliandosi sulla scorta del susseguirsi di ordinanze connesse a situazioni di crisi o a grandi eventi, fino a giungere all'attuale normazione emergenziale legata alla crisi epidemiologica da Covid-19, la quale, a ben vedere, ha operato una fortissima *deregulation* della materia, da ritenersi ormai pressoché vigente a regime⁶⁶. Il riferimento è non solo alla pratica "soppressione" del Codice per la realizzazione delle infrastrutture strumentali al contenimento della pandemia (O.c.d.p.c.3 febbraio 2020, n. 630 e ss.mm. ii.), ma soprattutto agli interventi di "semplificazione" delle procedure finalizzati ad incentivare gli investimenti pubblici per fronteggiare le ricadute economiche negative dell'emergenza sanitaria (d.l. n. 76/2020 e 31 maggio 2021, n. 77)⁶⁷.

Tutto ciò appare particolarmente sintomatico di un retropensiero, coltivato (più o meno manifestamente) dal legislatore, per il quale l'attività contrattuale dell'amministrazione per essere efficace (cioè idonea a raggiungere i risultati) ed efficiente, nonché strumentale al rilancio economico del Paese, necessita di essere "liberata" dalla stringente disciplina codicistica; il che equivale a dire che il Codice, così come oggi configurato, rappresenta un ostacolo al raggiungimento di quegli obiettivi, i quali, tuttavia, non possono essere perseguiti solamente in un contesto

⁶⁶ Sul diffondersi della "cultura dell'emergenza" v. D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica*, Bologna, Il Mulino, 1994.

⁶⁷ Cfr. ANAC, *Ricognizione delle disposizioni acceleratorie e di semplificazione, presenti nel codice dei contratti e nell'attuale quadro normativo, al fine di fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per agevolare lo svolgimento delle procedure di affidamento*, 22 aprile 2020.

emergenziale, ma dovrebbero costituire il fine di ogni politica pubblica in materia.

I descritti interventi, nel contempo, hanno evidenziato altresì tutti i limiti di una semplificazione operata per mera “sottrazione” (di disciplina procedurale), senza cioè la contestuale predisposizione di “contrappesi” volti a limitare in altro modo l’occasione di corruzione, diversi da un mero richiamo al rispetto delle regole di trasparenza⁶⁸, o al rafforzamento dei meccanismi di *compliance* prospettati dal Piano Nazionale Anticorruzione (ancora in fase di approvazione); nonché hanno confermato l’imprudenza di una politica di prevenzione eccessivamente sbilanciata sul dato procedurale, venuto meno il quale si sono puntualmente moltiplicate le occasioni di comportamenti illeciti, come è tristemente confermato dalle attuali cronache giudiziarie⁶⁹.

E ciò, a maggior ragione, ove si consideri come l’effetto principale dei richiamati interventi di semplificazione sia rappresentato da un rilevante innalzamento delle soglie per procedere ad affidamenti diretti o a procedimenti negoziati senza bando (con vieppiù limitati obblighi di invito) con riferimento agli appalti di valore inferiore alla rilevanza europea; ambito di negoziazione, quest’ultimo, in cui si annida tipicamente il fenomeno corruttivo, in quanto maggiormente lontano dai “riflettori”, normalmente puntati sulle grandi opere. Circostanza che richiede, una volta di più, di attenzionare la discrezionalità esercitata “prima” e “dopo” la gara, ben potendo l’accesso al regime derogatorio essere “artatamente” conseguito attraverso un (volutamente) erroneo calcolo del valore della commessa, un artificioso frazionamento dell’appalto o un’incompleta progettazione, *ex post* “recuperata” dall’affidamento diretto all’aggiudicatario di lavori supplementari o varianti in corso d’opera, spesso frutto di un patto collusivo con il direttore dei lavori.

⁶⁸ Cfr. ANAC, *Comunicato del Presidente*, 22 aprile 2020.

⁶⁹ «Il diffondersi della “cultura dell’emergenza” accompagna il ricorso a una vasta tipologia di provvedimenti eccezionali e di disposizioni in deroga alla normativa vigente, dovuti al sopravvenire di condizioni dichiaratamente straordinarie o imprevedibili, che in quanto tali risultano particolarmente vulnerabili alla corruzione, vista la natura arbitraria dei conseguenti processi decisionali e la loro impermeabilità a qualsiasi forma di controllo (con la possibile eccezione di quello penale). Peraltro, la stessa nozione di emergenza in Italia ha subito nel corso del tempo un significativo “stiramento del concetto”; così A. VANNUCCI, *Il lato oscuro della discrezionalità*, cit., p. 267.

Un secondo fattore evolutivo è rappresentato poi, e come anticipato, dalla necessità di attuare gli interventi finanziati in tutto o in parte con le risorse del PNRR e dal PNC, nonché dai programmi cofinanziati dai fondi strutturali dell'Ue, la cui primaria attenzione al "risultato" ha parimenti indotto il legislatore ad introdurre ulteriori meccanismi di accelerazione e flessibilità, derogando ad acquisizioni che si ritenevano ormai consolidate: si pensi, ad esempio, alla separazione tra progettazione ed esecuzione, ritenuta una garanzia di qualità dell'opera e presidio al ben noto fenomeno della "cattura" della stazione appaltante da parte dell'affidatario, oggi superata dalla possibilità di affidamento congiunto di progettazione (definitiva ed esecutiva) ed esecuzione, anche solo sulla base di un progetto di fattibilità tecnica ed economica.

Laddove dunque la prospettiva, evidentissima, sia quella di una rivalutazione delle discrezionalità amministrativa in sede di aggiudicazione, e quindi una auspicata semplificazione e flessibilizzazione delle procedure in un'ottica di maggiore efficienza ed efficacia dell'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni, nonché nella constatazione dell'ineludibilità dei rilevanti margini di discrezionalità che connotano tutte le fasi del ciclo dell'appalto, occorre chiedersi come si configurerà la nuova fisionomia della prevenzione della corruzione in materia.

Se non è più questione di eliminare la discrezionalità, ma fare in modo che quest'ultima venga esercitata correttamente (in modo responsabile, capace, integro, «con disciplina e onore», nonché orientata al perseguimento di tutti gli interessi – anche orizzontali – che rilevano del diritto "euro-nazionale" dei contratti pubblici) e, nel contempo, conduca a risultati efficienti, l'intervento preventivo non potrà che chiamare in causa la creazione di un contesto organizzativo pensato in funzione anticorruzione, attraverso cioè la valorizzazione di misure "trasversali" alle diverse fasi del processo negoziale, e rispetto alle quali tutti gli attori (autorità, stazioni appalti, operatori economici, comunità) risultino alleati e "arruolati" nel contrasto alla *maladministration*.

Ciò richiede di riportare il diritto anticorruzione "fuori dalle gare"⁷⁰, restituendo una rinnovata centralità ai meccanismi di trasparenza (della

⁷⁰G. FIDONE, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, cit., p. 325 ss.

quale dovrebbe privilegiarsi la “qualità” in luogo della “quantità”) in tutte le fasi della procedura⁷¹, alla rimozione dei conflitti di interessi⁷², ai protocolli di legalità e ai patti di integrità (anche nella loro idoneità a derogare alla stretta tassatività delle fattispecie escludenti), allo strumento delle *white lists*, ai *rating* di impresa, alla centralizzazione del processo acquisti, alla qualificazione delle stazioni appaltanti, alla formazione (anche tecnica) e alla turnazione del personale pubblico (in particolare RUP e responsabili dei servizi o personale del ruolo dirigenziale), alla collaborazione fra amministrazione e imprese nella lotta antiriciclaggio (affermando, quindi, il potere di richiedere, e il corrispettivo obbligo di dichiarare, la titolarità effettiva degli operatori), al rafforzamento delle regole di comportamento dei dipendenti pubblici, come estese anche a soggetti “esterni” destinatari di incarichi rilevanti nell’ambito della gara, nonché alla predisposizione di modelli di *compliance* non “livellatori” e “astratti”, ma adeguati alla realtà concreta di ciascuna amministrazione e ai reali fattori di rischio.

Si tratterebbe, in fondo, di ritornare al paradigma di prevenzione immaginato (e in larga parte già attuato) dalla l. n. 190/2012, come primariamente indirizzato alla dimensione “organizzativa”, la quale, a distanza di dieci anni, parrebbe dunque mantenere inalterata la propria attualità e capacità orientativa.

Se, dunque, al diritto anticorruzione può tuttora riconoscersi un positivo impatto “sistemico”, in quanto auspicabilmente capace di ri-orientare le nuove politiche pubbliche in materia, occorre allo stesso tempo evitare il rischio collaterale che esso divenga un diritto “parasistemico”⁷³, ossia un plesso normativo “parallelo” e non coordinato con il sistema o sot-

⁷¹ Sul punto, la l. n. 190/2012 e, in particolare, il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 e ss.mm.ii. (attuativo delle regole in materia di pubblicità e trasparenza) hanno contribuito a realizzare un significativo passo in avanti nel rafforzamento del principio dell’“evidenza pubblica” all’interno del processo acquisti. Un percorso che ha trovato il suo punto di arrivo, come noto, nella pronuncia dell’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 10/2020, la quale ha legittimato l’impiego dello strumento dell’accesso civico c.d. generalizzato anche nell’ambito dei contratti pubblici, e in tutte le fasi del ciclo appalti, quale ulteriore garanzia della legalità nel settore.

⁷² In argomento, cfr. G. D’ANGELO, *Conflitti di interessi ed esercizio della funzione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁷³ Per questa espressione v. B.L. BOSCHETTI, *Pathways of anti-corruption in the global arena*, cit., 2018, § 5.

tosistema legislativo che dovrebbe integrare e riformare; il rischio cioè, concreto (in quanto già in parte sperimentabile), che il diritto anticorruzione si “giustapponga” – introducendo una serie di ulteriori disposizioni, adempimenti e figure giuridiche – al diritto dei contratti pubblici, aumentando in tal modo la complessiva inefficienza e insostenibilità (nel senso di contrarietà al principio di resilienza) della disciplina normativa. Ciò chiama in causa la tradizionale ipertrofia regolatoria e disordine parossistico del diritto anticorruzione, quale tratto maggiormente deteriore della strategia perseguita dal legislatore, e quindi, la necessità non solo di reprimere la corruzione attraverso la legge, ma contrastare la stessa “corruzione” della legge⁷⁴. Una corruzione da intendersi, beninteso, in senso etimologico, quale “rottura” (*cum-rumpere*) dell’unità sistemica della regolazione in una moltiplicazione di discipline separate e non comunicanti, alla quale andrebbe, invece, contrapposto un sistema normativo organico e “coordinato” (*cum-ordinare*). In questa direzione si pongono recenti interventi normativi, da guardare dunque con favore, quale la previsione di un documento unico di programmazione e *governance* (il Piano integrato di attività e organizzazione – PIAO – introdotto dal d.l. 9 giugno 2021, n. 80) come rivolto ad assorbire e collegare i diversi atti di pianificazione che le amministrazioni pubbliche sono tenute a predisporre, e nel quale risulta “interiorizzato” anche il Piano di prevenzione della corruzione e della trasparenza.

5. *Scenari di cambiamento*

Le “ombre” del diritto anticorruzione precedentemente evidenziate impingono non solamente di ripensare la complessiva disciplina della materia, e alcuni dei suoi principi fondanti, ma implicano soprattutto un mutamento “culturale”, che veda sostituirsi alla narrativa del “sospetto” e all’attenzione primaria riservata al “mezzo” (cioè alla legalità formale della procedura) in luogo del fine (la cura dell’interesse pubblico) una rinnovata “fiducia” nelle pubbliche amministrazioni e nella loro capacità

⁷⁴ Sul rapporto fra cattiva regolazione e corruzione M. D’ALBERTI, *I due nemici da combattere: i corrotti e il degrado istituzionale*, in M. D’ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2017.

di prevenire la corruzione al loro interno e, contestualmente, di raggiungere in modo efficiente ed efficace il “risultato” di interesse pubblico. Scenari di cambiamento in questa direzione risultano chiaramente distinguibili all’orizzonte.

In primo luogo, rileva la pubblicazione del nuovo schema di Piano nazionale anticorruzione 2022 (post-consultazione) elaborato dall’ANAC, il quale è dedicato prevalentemente alla predisposizione di misure e presidi di prevenzione della corruzione negli affidamenti “in deroga” e, in particolare, «nelle procedure che, considerati i margini più ampi di discrezionalità concessi dalla normativa, possono comportare maggiori rischi corruttivi o di *maladministration*», ovvero: gli affidamenti diretti, le procedure negoziate per lavori, servizi e forniture; le procedure in deroga; le procedure attinenti alla modifica dei contratti e alle varianti in corso d’opera. Esso, perciò, preconizza, per certi versi, la fisionomia della *compliance* anticorruzione in un futuro che vedrà progressivamente difettare il presidio della procedura (nell’auspicata semplificazione del settore) e come, conseguentemente, orientata prevalentemente alla dimensione organizzativa, al *risk management* con identificazione dei principali fattori di rischio per ciascun settore, procedura o fase di questa (secondo il meccanismo delle c.d. *red flags* o *alert*, già introdotti dai Piani precedenti), al rafforzamento della trasparenza e alla prevenzione dei conflitti di interesse.

Inoltre, recependo le esigenze discendenti dall’art. 22 del Regolamento 2021/241/UE (che introduce il dispositivo di ripresa e resilienza)⁷⁵, ribadite dalle Linee guida del MEF annesse alla circolare 11 agosto 2022, n. 30 sulla rendicontazione delle misure PNRR, il Piano nazionale anticorruzione ha raccomandato di inserire nei PTPCT o della sezione anticorruzione dei PIAO, quale specifica misura di prevenzione della corruzione, l’obbligo per le Stazioni appaltanti di richiedere agli operatori economici la dichiarazione del loro “titolare effettivo” (ai sensi del d.lgs. 21 novembre 2007, n. 231), al fine di garantire la riconducibilità di un’operazione alla persona fisica che, di fatto, ne trae vantaggio, e quindi individuare l’e-

⁷⁵ Il quale impone agli Stati membri l’obbligo di fornire alla Commissione i dati del titolare effettivo del destinatario dei fondi o dell’appaltatore «in particolare per quanto riguarda la prevenzione, l’individuazione e la rettifica delle frodi, dei casi di corruzione e dei conflitti di interesse».

ventuale esistenza di conflitti di interesse o di altre situazioni di opacità. Ciò rappresenta, ad avviso di chi scrive, uno dei più importanti impatti “sistemici” del dispositivo di ripresa e resilienza già sperimentabili, in grado di superare le tradizionali resistenze manifestate dall’Autorità nella possibilità per l’amministrazione di concorrere alla lotta antiriciclaggio e all’individuazione dei conflitti di interesse attraverso la previsione di un siffatto obbligo dichiarativo.

Le tendenze della legislazione recente, espone nel precedente paragrafo, trovano altresì conferma nei criteri informativi della revisione codicistica previsti dalla l. 21 giugno 2022, n. 78, la quale, come noto, ha conferito delega al Governo per l’adozione di uno o più decreti legislativi recanti la nuova disciplina dei contratti pubblici.

In essi si rinvergono obiettivi di grande interesse.

In primo luogo, si prospetta una *deregulation* del settore, attraverso il mantenimento di livelli di regolazione corrispondenti a quelli minimi richiesti dalle direttive (c.d. divieto di *gold plating*) e la semplificazione della disciplina applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea (nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza, concorrenzialità, rotazione, non discriminazione, proporzionalità, economicità, efficacia e imparzialità); ne risulta inoltre decisamente valorizzata la discrezionalità amministrativa, attraverso il divieto di utilizzo del metodo del sorteggio o altri meccanismi di estrazione casuale degli operatori economici (negli affidamenti sotto la soglia di rilevanza), l’individuazione di ipotesi tassative nelle quali le stazioni appaltanti possono ricorrere ad automatismi nella valutazione delle offerte e al criterio del maggior ribasso, il forte incentivo al ricorso a procedure flessibili (come il dialogo competitivo, il partenariato per l’innovazione e le procedure competitive con negoziazione), nonché la possibilità di procedere ad affidamenti congiunti di progettazione ed esecuzione, il *favor* per l’“internalizzazione” della progettazione con l’obbligo di sottoscrizione di polizze assicurative (a carico delle amministrazioni) per i rischi professionali (allo scopo di prevenire la c.d. burocrazia difensiva), con correlata semplificazione delle procedure di approvazione e verifica progettuale.

La “scommessa” sulla discrezionalità amministrativa appare opportunamente bilanciata, nella legge delega, da una prospettata revisione delle competenze dell’ANAC in materia di contratti pubblici, al fine di

rafforzarne le funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti; da una ridefinizione e dal rafforzamento della disciplina in materia di qualificazione di queste ultime, al fine di conseguire la loro riduzione numerica, nonché l'accorpamento e la riorganizzazione delle stesse; dal potenziamento della qualificazione e della specializzazione del personale, anche mediante la previsione di specifici percorsi di formazione. Le prospettive di attuazione del descritto quadro di principi possono essere apprezzate scorrendo lo Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici elaborato dal Consiglio di Stato⁷⁶. La possibilità che l'impianto normativo di dettaglio venga emendato in sede di definitiva emanazione consiglia, per il momento, di non rivolgere l'attenzione alle singole prescrizioni, bensì alle logiche di fondo che ne emergono e che, dunque, caratterizzeranno auspicabilmente anche la futura disciplina.

Questa si connota dichiaratamente per un intento di semplificazione delle procedure in favore del riconoscimento di una più ampia libertà di iniziativa e auto-responsabilità delle stazioni appaltanti nella gestione delle stesse, valorizzandone, in tal modo, l'autonomia e la discrezionalità, in un settore in cui, come visto, la rigidità e l'eccessivo dettaglio della disciplina ha dato luogo a numerose incertezze ed inefficienze. Tale intento, in particolare, trova il suo "precipitato" giuridico nella proposta previsione di due nuovi principi del settore della contrattualistica pubblica: quello della "fiducia" e quello del "risultato", come volti non solamente ad operare un mutamento "culturale" nell'approccio alla regolamentazione dei contratti pubblici, ma anche a fornire le coordinate "giuridiche", ermeneutiche e di orientamento, nell'applicazione e nell'interpretazione dell'intera disciplina del settore.

In particolare, il principio di "fiducia", definito significativamente dallo stesso Consiglio di Stato come una «versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa», stabilisce che ogni conferimento di potere (e quindi l'abilitazione all'esercizio della discrezionalità) presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo

⁷⁶ Cfr. Consiglio di Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78 recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"*, 7 dicembre 2022, approvato in Consiglio dei ministri nella riunione del 16 dicembre 2022.

destinatario dell'attribuzione; una fiducia che, tuttavia, deve connotare non solo il rapporto fra ordinamento ed amministrazione, ma anche le parti della relazione negoziale e quindi si traduce altresì nell'aspettativa di un'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, così come degli operatori economici.

Lo scopo è quello di valorizzare l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riguardo alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni contrattuali, nell'ottica del miglior raggiungimento del risultato, in modo da contrastare, in un quadro di rinnovata fiducia verso l'azione dell'amministrazione, il fenomeno della c.d. burocrazia difensiva. In questa logica, il principio in esame richiede altresì l'adozione di azioni concrete per la copertura assicurativa dei rischi, nonché per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti.

Se il principio di fiducia guarda al momento dell'attribuzione del potere e del suo esercizio, quello del "risultato" si proietta, invece, all'interesse pubblico da realizzare. Esso, quale derivazione "evolutiva" del principio di buon andamento (e dei suoi corollari di efficienza, efficacia ed economicità), implica che l'obiettivo primario della stazione appaltante è quello di realizzare l'affidamento del contratto e la sua esecuzione con la massima celerità e il miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo (nonché nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza). Ciò orienta necessariamente l'intera disciplina della contrattualistica pubblica, e l'attenzione della stazione appaltante, non più alla procedura ma alla cura tempestiva ed efficace dell'interesse pubblico cui la gara è preordinata: come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato «una diversa impostazione (secondo cui la p.a. non cura più l'interesse pubblico, perché il suo obiettivo diventa la gara) sarebbe, oltre che irragionevole, ancor più difficile da sostenere in un contesto economico-sociale che, nel quadro di un drammatico conflitto bellico, oggi richiede una nuova leva economica, da realizzare anche (e soprattutto) nel settore delle commesse pubbliche»⁷⁷.

⁷⁷ Consiglio di Stato, *Relazione agli articoli e agli allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 7 dicembre 2022.

Un siffatto mutamento di prospettiva riavvicina, a ben vedere, la normativa nazionale all'approccio europeo alla regolazione dell'attività negoziale delle amministrazioni, come da sempre orientato alla valorizzazione degli aspetti sostanziali del caso concreto e diffidente rispetto ad una esaltazione dei formalismi procedurali come unico presidio alla tutela dei valori della concorrenza, dell'economicità e del contrasto al fenomeno corruttivo. Si vede così come risultino completamente ribaltati i paradigmi che hanno caratterizzato fino ad oggi l'approccio alla contrattualistica pubblica (e con essa la prevenzione della corruzione nel settore) e cioè l'attenzione pressoché esclusiva riservata al "mezzo" (la regolarità formale della procedura di aggiudicazione) e la presupposta "sfiducia" nell'autonomia valutativa della pubblica amministrazione, le quali trovavano nel procedimento di aggiudicazione il "luogo" privilegiato della regolazione. Quale futuro per la prevenzione della corruzione nei contratti pubblici in tale rinnovato contesto?

Lo schema di Codice offre alcune indicazioni sul punto.

Anzitutto, il Consiglio di Stato ha individuato in un più ampio ricorso alla digitalizzazione nell'intero ciclo di vita dei contratti (*e-procurement*) la principale misura di prevenzione della corruzione, in quanto in grado di assicurare la trasparenza, la tracciabilità (intesa come percorribilità *a ritroso*) e il monitoraggio e il controllo del processo decisionale pubblico. Trattasi di un traguardo, quello della completa transizione digitale, notoriamente ancora incompleto (sebbene per certi versi "accelerato" dall'esperienza della pandemia), soprattutto nell'ambito della contrattualistica pubblica, ove si sperimentano solo parziali informatizzazioni di singole fasi della procedura o una mera conversione digitale (non nativa) della documentazione amministrativa. Sarebbe, invece, l'ambizioso obiettivo di una completa digitalizzazione dell'intero ciclo del processo acquisti, incentrato sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'ANAC quale infrastruttura tecnologica portante, a rappresentare il punto di partenza per la costruzione delle nuove *policies* in materia⁷⁸.

⁷⁸ Lo stesso PNRR indica fra gli obiettivi quello di «definire le modalità per digitalizzare le procedure per tutti gli appalti pubblici e concessioni e definire i requisiti di interoperabilità e interconnettività» (M1C1-70). In argomento, G.M. RACCA, *La digitalizzazione dei contratti pubblici: adeguatezza delle pubbliche amministrazioni e qualificazione delle imprese*, in D.U. GALET-

In secondo luogo, risulterà centrale la formazione e l'aggiornamento (giuridico, tecnico, tecnologico), anche in relazione alla sfida della transizione digitale, del personale addetto alle stazioni appaltanti, rispetto ai quali lo schema di Codice propone l'adozione di uno specifico e innovativo documento programmatico – il Piano di formazione specialistica del personale – il quale, perciò dovrebbe a propria volta confluire nei PIAO al fine di un più efficace coordinamento con gli ulteriori strumenti di programmazione di ciascuna amministrazione⁷⁹.

Rileva, infine, il tema della *governance* nel settore. In questa direzione è, in particolare, orientata la revisione delle competenze e il rafforzamento delle funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti esercitate dall'Autorità nazionale anticorruzione. Ne risultano, in particolare, in prospettiva irrobustite le funzioni di vigilanza “collaborativa”, anche mediante la stipulazione di appositi protocolli d'intesa, con una inedita estensione anche alla fase di esecuzione. Distonico appare, invece, il rafforzamento del potere sanzionatorio dell'Autorità, il cui esercizio è prospettato anche nelle ipotesi di accertate violazioni delle disposizioni del Codice (e non solo in caso di inadempimento rispetto a specifici obblighi comunicativi e informativi): ove infatti non opportunamente circoscritto ad apposite violazioni (in funzione pro-regolazione), la previsione di un siffatto potere generale parrebbe manifestare un approccio *repressivo* alquanto eterogeneo rispetto al ruolo di ANAC quale autorità di regolazione e di vigilanza (in funzione pur sempre regolatoria).

Gli scenari di cambiamento in atto impongono, in definitiva, di tornare alle “matrici” originarie del diritto anticorruzione e di riportare al centro delle strategie di prevenzione la dimensione organizzativa, l'*essere* amministrazione, quale preconditione per un *fare* amministrazione realmente

TA, R. CAVALLO PERIN (a cura di), *Il Diritto dell'Amministrazione Pubblica digitale*, Torino, Giappichelli, 2020, p. 321 ss.

⁷⁹ Cfr. V.M. DONINI, *Prevenzione della corruzione*, cit., p. 46, secondo la quale «questo accorpamento non deve però limitarsi a un elenco eterogeneo di informazioni o a una semplice sommatoria di tutti i piani accorpatis, ma deve rappresentare un reale collegamento e integrazione tra tutte le sezioni del Piano, in modo da superare la frammentazione degli strumenti attualmente in uso oggi e dare unità ai processi di programmazione avendo come obiettivo finale la creazione di valore pubblico».

corrispondente al valore ordinamentale (e al ruolo costituzionale) ad essa assegnata, e alla rinnovata “fiducia” in essa riposta.

Un’amministrazione, insomma, “a misura di discrezionalità” e capace di valorizzare tutte le novità che la prevenzione della corruzione ha contribuito a far emergere entro il sistema amministrativo, sul piano regolatorio, organizzativo e procedurale.