

# L'Autorità nazionale anticorruzione a dieci anni dalla legge n. 190 del 2012: funzioni, poteri e modello organizzativo

*Francesco Merloni*

*Il saggio è dedicato all'analisi dei diversi passaggi della vicenda della progressiva organizzazione dell'ANAC, svolta partendo da profili di storia dell'istituzione ANAC, di analisi delle funzioni e dei poteri attribuiti, che consente una valutazione dei rapporti tra le funzioni fondamentali, i poteri e della posizione di indipendenza garantita all'Autorità. Esso si conclude con la ricostruzione del modello organizzativo adottato nel tempo, della formazione dell'apparato di funzionari, in cui uniscono tratti di autonomia e di eteronomia organizzativa, sempre condizionati dall'obiettivo di conseguire risparmi di spesa. Una vicenda illuminante sulle opportunità e sulle difficoltà che incontra in Italia chi voglia costruire un moderno presidio della prevenzione della corruzione, della cattiva amministrazione e della trasparenza.*

## 1. Premessa

La legge n. 190 del 2012 («Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione») fa, già dalla sua prima disposizione, il comma 1 dell'art. 1, una significativa scelta organizzativa, l'individuazione di un'Autorità nazionale anticorruzione, destinata ad operare in coordinamento con «altri organi». Le funzioni e i poteri previsti dalla legge sono conferiti all'allora operante «Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche» (CIVIT).

Comincia da questa decisione una vicenda organizzativa che si può considerare come illuminante sulle opportunità e sulle difficoltà che incontra in Italia chi voglia costruire un moderno presidio della prevenzione della corruzione e della cattiva amministrazione<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Sulla nozione di “presidio” si può vedere F. MERLONI, A. PIRNI, *Etica per le istituzioni*, Roma, Donzelli, 2021. L'evoluzione organizzativa di cui ci occupiamo è stata anche definita come

L'analisi dei diversi passaggi è svolta da chi quelle vicende ha vissuto personalmente, ma intende muoversi sul piano di un'analisi organizzativa scientificamente fondata.

Si partirà da profili diacronici, di storia dell'istituzione ANAC, per giungere ad una chiara individuazione delle funzioni attribuite all'Autorità, accompagnate da specifici poteri attuativi.

Seguirà una attenta analisi dei rapporti tra le tre principali funzioni (prevenzione della corruzione, trasparenza, contratti pubblici) che non si fermi al solo dato normativo, ma consideri come l'Autorità, con propri atti, con il conforto costante di pareri e di sentenze del giudice amministrativo, ha interpretato il proprio ruolo, ha delimitato e disciplinato in via regolamentare le proprie funzioni e i propri poteri.

Rilevante il passaggio sulla opportunità di costruire l'ANAC come autorità amministrativa indipendente, proprio in rapporto ai caratteri e ai contenuti di tali funzioni e poteri.

Si concluderà con la ricostruzione del modello organizzativo adottato nel tempo, come strumento per comprendere opportunità e limiti offerti dall'apparato degli organi e degli uffici per il corretto e coordinato esercizio delle funzioni affidate.

## ***2. L'evoluzione organizzativa nel tempo***

Queste note sono dedicate alla ricostruzione dell'evoluzione organizzativa dell'Autorità nazionale anticorruzione dal 2012 ad oggi. Non del tutto inutile però tracciare il percorso delle politiche di contrasto alla corruzione negli anni precedenti, che coprono un periodo non breve, di venti anni, se si parte dal momento in cui il tema della corruzione pubblica è esploso, presso l'opinione pubblica e nel dibattito politico, cioè con le inchieste che vanno sotto il nome di "Mani pulite".

"travagliata", termine usato per intendere "benevolmente" una vicenda che si ritiene piena di contraddizioni e di errori. Una posizione che non nasconde una buona dose di scetticismo sulla stessa bontà dell'operazione. Si veda A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2022, che si ispira alla ricostruzione generale di M. DEL SIGNORE, M. RAMAJOLI, *La prevenzione della corruzione e l'illusione di un'amministrazione senza macchia*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1, 2019.

Queste vicende, già per altro ben ricostruite dalla dottrina<sup>2</sup>, hanno conosciuto negli anni immediatamente successivi a quell'inchiesta, il moltiplicarsi di momenti di studio e di riflessione politica. Ne sono esempi due commissioni di studio e una Commissione parlamentare, costituite quasi contemporaneamente nel 1996<sup>3</sup>. Molte di quelle proposte sono rimaste senza seguito, mentre altre sono state riprese dalla legislazione dal 2012 in poi. Carattere generale delle proposte: si indicano le cose da fare, le modifiche normative da apportare, le politiche pubbliche da attuare, ma mai la costituzione di un'apposita Autorità. Motivo fondamentale, la difficoltà di definire bene le funzioni di una simile Autorità, in uno scenario complessivo di contrasto ancora centrato sulla repressione penale o, comunque, sulle responsabilità soggettive, individuali, del funzionario pubblico in rapporto ai comportamenti tenuti nell'esercizio delle sue funzioni pubbliche. Particolarmente delicato il tema degli eventuali accertamenti amministrativi di condotte illecite nei rapporti con il giudice penale, ma soprattutto degli effetti che questi accertamenti non giurisdizionali (quindi non pienamente assistiti da garanzie costituzionali) potessero avere sulla permanenza in carica di titolari di cariche politiche, parlamentari o di governo.

Anche la proposta di una Commissione di garanzia che «raccogliesse informazioni sui pubblici dipendenti» e coordinasse «le attività di diversi organi amministrativi e giurisdizionali» non ebbe seguito<sup>4</sup>, mentre si finì per costituire un'Autorità dotata solo di poteri meramente conoscitivi, l'«Alto commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione»<sup>5</sup>, poi sop-

<sup>2</sup> Si veda B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, Il Mulino, 2007.

<sup>3</sup> Il «Comitato Cassese» (dal nome del suo coordinatore), denominato «Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione», nominato dal Presidente della Camera dei deputati; la «Commissione Minervini», denominata «Commissione per contrastare i fenomeni di corruzione e migliorare l'azione della p.a.», nominata con D.P.C.M. 18 ottobre 1996 e operante presso il Dipartimento della Funzione pubblica. La Commissione parlamentare operò dal 1996 al 1998 per coordinare diverse proposte di legge presentate sul tema del contrasto alla corruzione.

<sup>4</sup> B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., ricorda che questa Commissione venne ribattezzata «Gendarmone», a segnalare un diffuso timore allora esistente. Vedremo, poi, che questo termine è stato usato anche per qualificare l'ANAC.

<sup>5</sup> L'Alto commissario fu istituito con legge 16 gennaio 2003, n. 3. Sempre B.G. MATTARELLA, *Le regole*, cit., ricorda come la legge istitutiva non determinasse le funzioni dell'Alto commissario,

presso con decreto legge del 2008; le sue funzioni, fondamentalmente di studio e indagine con qualche potere ispettivo, erano trasferite al Ministro «competente», cioè l'allora «Ministro della pubblica amministrazione e innovazione» (Brunetta) ed esercitate attraverso il DFP<sup>6</sup>.

Questo evidente passo indietro rispetto alla sia pur debole soluzione dell'Alto commissario era stato negativamente valutato dagli organismi internazionali che svolgono attività di *monitoring* sulle attività svolte dai singoli Paesi che sottoscrivono convenzioni per il contrasto della corruzione (in particolare l'UNCAC per l'ONU e il GRECO per il Consiglio d'Europa). Anche per rispondere a queste critiche il legislatore ha provveduto, nel 2009, in sede di ratifica della Convenzione ONU di Merida, già sottoscritta dall'Italia nel 2003, da un lato a prevedere quella che per la prima volta viene definita come "Autorità nazionale anticorruzione", cui doveva essere assicurata «autonomia e indipendenza nell'attività»<sup>7</sup>, dall'altro ad individuare l'Autorità nel Ministro della pubblica ammini-

poi fissate in un regolamento approvato con d.P.R., il n. 258 del 2004. Sull'Alto commissario si veda G. SCIULLO, *L'alto commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione. Quale ruolo per i controlli?*, Milano, Franco Angeli, 2009.

<sup>6</sup> Il decreto legge è il n. 112 del 25 giugno del 2008. Le funzioni sono state organizzate nel DFP con D.P.C.M. 2 ottobre 2008.

<sup>7</sup> Una formula molto scarna, fissata nell'art. 6, comma 2, della legge n. 116. In realtà la Convenzione che la legge provvedeva a ratificare era molto più esplicita quanto all'indipendenza degli organi incaricati di prevenire la corruzione: al comma 2 del suo articolo 6: «Ogni Stato parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, concede all'organo o agli organi di cui al paragrafo 1 del presente articolo, l'*indipendenza* necessaria a permettere loro di esercitare efficacemente le loro funzioni *al riparo di ogni indebita influenza* e le risorse materiali e il personale specializzato necessari, nonché la formazione di cui tale personale può avere bisogno per esercitare le sue funzioni». La più rilevante delle convenzioni internazionali in materia lascia ai singoli Stati la ricerca di soluzioni organizzative che assicurino tale indipendenza sostanziale; non impone quindi la soluzione autorità amministrativa indipendente, ma certamente incoraggia soluzioni forti, considerato il giudizio estremamente positivo espresso dall'UNCAC (l'organizzazione ONU incaricata del *monitoring*) e dal GRECO (organizzazione che svolge il *monitoring* sul rispetto delle convenzioni anticorruzione del Consiglio d'Europa) proprio sulla costituzione di una AAI. In senso critico su questa soluzione, proprio perché sarebbe non imposta dalle norme internazionali si veda A. MARRA, *Il Regolamento*, cit. Per la ricostruzione delle norme italiane di ratifica della Convenzione di Merida si veda S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche internazionali di lotta alla corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, Firenze, Passigli, 2010; R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione della corruzione*, Torino, Giappichelli, 2020; R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la vita di relazione internazionale*, Napoli, ESI, 2021.

strazione, assistito dal DFP<sup>8</sup>, ufficio della Presidenza del Consiglio sulla cui capacità di compiere valutazione e svolgere attività «al riparo di ogni indebita influenza» era possibile esprimere più di un dubbio. Resta il dato di una «falsa partenza» nell'organizzazione dell'Autorità anticorruzione che si è prolungata anche oltre la legge n. 190 del 2012, fino al d.l. n. 90 del 2014, ma che ha pesato sui rapporti tra Ministro della pubblica amministrazione, DFP e ANAC, anche nei periodi successivi.

Nei cinque anni di gestione governativa delle funzioni dell'Autorità, il Ministro e il DFP hanno cercato soluzioni organizzative che mitigassero l'impatto negativo, anche presso l'opinione internazionale. Si è dapprima istituito, all'interno del DFP, un Servizio Anticorruzione e Trasparenza (SAET), totalmente privo di ogni indipendenza organizzativa, non bastando evidentemente la creazione di un distinto ufficio, se questo è soggetto all'indirizzo del Ministro e al coordinamento funzionale del Direttore del DFP e non esistendo alcuna procedura di nomina del responsabile che ne assicurasse almeno una individuale, personale, indipendenza di giudizio<sup>9</sup>. Per esigenze diverse, ma con effetti sull'organizzazione delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza, il Governo dell'epoca, nello stesso anno, istituiva la «Commissione per la Valutazione la Trasparenza e l'Integrità delle amministrazioni pubbliche» (CIVIT)<sup>10</sup>, la cui funzione fondamentale era quella di occuparsi, in posizione di relativa indipendenza<sup>11</sup>, del tema della misurazione e valutazione della

<sup>8</sup> Poiché la ricordata norma della legge n. 116 del 2009 non nomina espressamente il DFP, S. BONFIGLI, *L'Italia e le politiche*, cit., parla di una individuazione "transitiva", perché il DFP era allora l'ufficio cui erano state trasferite le funzioni dell'Alto Commissario.

<sup>9</sup> Sul SAET si veda G. SCIULLO, *L'organizzazione amministrativa della prevenzione della corruzione (art. 1-4)*, in B.G. MATTARELLA, M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2013; sulla mancata indipendenza del SAET si veda anche S. STICCHI DAMIANI, *I nuovi poteri dell'Autorità anticorruzione*, in *Libro dell'anno*, Treccani, 2015.

<sup>10</sup> Con il d.lgs. n. 150 del 2009, art. 13, ancora in vigore nonostante contenga norme chiaramente superate dalla disciplina successiva. La prima "I" dell'acronimo, che sta per "indipendente", è stata aggiunta dalla stessa CIVIT. La seconda "I", relativa all'integrità

<sup>11</sup> L'indipendenza della CIVIT è definita come «posizione di indipendenza di giudizio e di valutazione e in piena autonomia, in collaborazione con la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica e con il Ministero dell'economia e delle finanze - Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato» dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del 2009. Si mira a garantire, con i requisiti soggettivi e con le procedure di nomina, un'indipendenza personale dei componenti della Commissione, senza curare quel «riparo da ogni indebita influenza»

*performance* di uffici e di singoli funzionari nelle pubbliche amministrazioni, tema strettamente connesso con quello delle responsabilità soggettive (penali, amministrativo-contabili, disciplinari) e dei doveri di comportamento dei funzionari pubblici. La CIVIT si occupava anche di «favorire nella pubblica amministrazione la cultura della trasparenza anche attraverso strumenti di prevenzione della corruzione». Una definizione di compiti molto generica, che almeno segnalava la connessione tra la trasparenza (il cui principio era fortemente promosso dalla “legislazione Brunetta”<sup>12</sup>) e la prevenzione della corruzione.

La CIVIT, pur appesantita da un’esilissima struttura organizzativa (non più di 30 funzionari, in gran parte comandati da altre amministrazioni), ha da subito rivendicato la propria autonomia (la prima “I” dell’acronimo stava per “Indipendenza”) dal Ministro della pubblica amministrazione e dal DFP (portatore, invece, di una idea molto strumentale della Commissione, che non ha mai abbandonato, anche nei rapporti con l’ANAC), puntando sulla qualità delle proprie attività e delle proprie determinazioni.

Una svolta, soprattutto sul piano funzionale, molto meno su quello organizzativo, si ha con la legge n. 190 del 2012, che fa la scelta di individuare nella CIVIT l’«Autorità nazionale anticorruzione», attribuendo ad essa compiti in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza. La scelta, che sembra andare nella direzione di un’Autorità separata dal Governo e tendenzialmente indipendente, è fatta però nel modo confuso e contraddittorio che ha sempre accompagnato ogni ipotesi di istituzionalizzazione del presidio nazionale anticorruzione. Ciò dipende anche dalla tecnica normativa seguita (la legge è il frutto di un complesso di emendamenti “mirati” introdotti nel testo del ddl. Alfano del 2010<sup>13</sup>), ma

e quelle «risorse materiali» che sono richieste dalla Convenzione di Merida. Sulla CIVIT e la sua indipendenza si vedano R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione*, cit.; R. CANTONE, N. PARISI, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; R. CANTONE, E. CARLONI, *Corruzione e anticorruzione. Dieci lezioni*, Milano, Feltrinelli, 2018.

<sup>12</sup> Non si dimentichi che l’attuale definizione della trasparenza, poi solo parzialmente corretta e integrata dalla legislazione successiva, si deve proprio al d.lgs. n. 150 del 2009.

<sup>13</sup> Si tratta del disegno di legge A.S. n. 2156 «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione». Il complesso *iter* di questa iniziativa governativa è ricostruito da F. MERLONI, *La legge anticorruzione e le garanzie dell’imparzialità dei pubblici funzionari*, in F. CINGARI (a cura di), *Corruzione, strategie di contrasto*, Firenze University Press, 2013. Gli emendamenti poi introdotti nel testo della legge n. 190 sono

ancora una volta dal non risolto problema dei rapporti tra Autorità e Ministro della p.a. e del DFP.

Non ci soffermiamo qui sull'intreccio delle competenze tra Ministro DFP e CIVIT/ANAC, già illustrato ampiamente<sup>14</sup>, ma sulla vera novità della legge, spesso trascurata quando si studiano funzioni e poteri dell'Autorità. Nella legge è la materia "prevenzione della corruzione" a subire un rilevante cambiamento di contenuti e di priorità. Se fino ad allora la prevenzione finiva per coincidere con le misure volte a garantire l'imparzialità soggettiva dei funzionari pubblici (in particolare dei pubblici dipendenti), con la legge si punta sulla trasposizione in ambiente pubblico del "modello organizzativo" introdotto nelle imprese private dal d.lgs. n. 231 del 2001. Le misure sulla imparzialità soggettiva non vengono abbandonate (sul versante penale la seconda parte della legge opera una significativa revisione delle fattispecie di reato e in generale si aumentano le pene edittali; sul versante amministrativo si introducono nuovi limiti all'accesso agli incarichi dirigenziali pubblici<sup>15</sup> e si rivedono i doveri di comportamento dei funzionari pubblici, rilanciando la responsabilità disciplinare anche in funzione preventiva rispetto alle responsabilità penali e amministrativo-contabili<sup>16</sup>), ma la vera innovazione è *l'approccio organizzativo della prevenzione*, fondato sull'analisi che ciascuna amministrazione deve fare, in rapporto al proprio contesto organizzativo, del rischio oggettivo (valutato indipendentemente dalla personale propensione del funzionario a stabilire accordi corruttivi), cui le attività dei diversi uffici sono esposti, di pressioni indebite da parte di interessi particolari. La prevenzione della corruzione si fa all'interno di

stati elaborati dalla «Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione», istituita dal Ministro della pubblica amministrazione del Governo Monti, Filippo Patroni Griffi, il 23 dicembre 2011 e presieduta dal Cons. Roberto Garofoli. La Commissione ha predisposto una relazione finale, pubblicata nel 2012 dal titolo: *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione*.

<sup>14</sup> Si veda, oltre ai già richiamati R. CANTONE, *Il sistema di prevenzione*, cit.; R. CANTONE, N. PARISI, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione*, cit.; M. DE ROSA, F. MERLONI, *Il trasferimento all'ANAC delle funzioni in materia di prevenzione della corruzione*, in R. CANTONE, F. MERLONI (a cura di), *La Nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, Giappichelli, 2015.

<sup>15</sup> Con la delega contenuta nei commi 49 e 50 dell'art. 1. La delega è stata tempestivamente attuata con il d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39, sulle inconfiribilità e incompatibilità.

<sup>16</sup> Con il comma 44 dell'art. 1 che ha integralmente sostituito l'art. 54 del d.lgs. n. 165 del 2001.

ciascuna delle amministrazioni pubbliche, non con norme ad applicazione generale e dirette a condizionare i comportamenti individuali dei funzionari. Il Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC), cioè il complesso delle misure di riduzione del rischio, è adottato dagli organi di vertice di ogni amministrazione pubblica, su proposta di un nuovo soggetto, il Responsabile della prevenzione (RPC), che vigila sulla sua corretta applicazione.

Nella nuova prospettiva muta anche il ruolo del presidio nazionale, l'Autorità nazionale anticorruzione: non serve più né un ufficio studi specializzato che misuri il fenomeno corruttivo (per lo più con i dati statistici sugli esiti dei procedimenti penali, amministrativo-contabili o disciplinari), né un organo solo consultivo sul rispetto dei doveri di comportamento dei funzionari, ma una vera autorità, che accompagni le pubbliche amministrazioni nel lavoro di autoanalisi organizzativa e di individuazione delle misure, con atti di indirizzo, di interpretazione delle nuove disposizioni di legge e di indicazione di buone pratiche. Che vigili sull'effettiva adozione dei piani di prevenzione, misurandone la qualità (in termini di capacità di prevenire il rischio corruttivo), dei piani sulla trasparenza; delle misure di verifica delle inconferibilità/incompatibilità, dei codici di comportamento. Essenziale, tra gli atti di indirizzo, il ruolo del Piano Nazionale Anticorruzione (PNA): non un documento meramente conoscitivo sul fenomeno della corruzione, ma un atto con indicazioni di metodo (come procedere nella formazione del PTPC), che lascia alle amministrazioni la libertà di confezionare nel merito e nel tempo le misure anticorruzione e di trasparenza. La formazione del PNA viene disciplinata dalla legge n. 190 nel modo che rappresenta bene a chi spettasse all'epoca l'effettiva titolarità del ruolo dell'Autorità anticorruzione. La lettera b) dell'art. 1, comma 2, della legge attribuisce alla CIVIT/ANAC il compito di approvare il Piano, su proposta del DFP; il PNA, quindi, è nella sostanza un atto del Ministro, fatto proprio<sup>17</sup> da un soggetto certamente non indipendente dal suo indirizzo politico.

<sup>17</sup> Il primo PNA è stato approvato dalla CIVIT/ANAC con la delibera n. 72 dell'11 settembre 2013 dopo un *iter*, ricostruito nelle premesse, nel quale, l'Autorità ha potuto esprimere delle «specifiche osservazioni» che il Ministro ha recepito nel testo finale poi trasmesso per l'«approvazione». Una formale codecisione, che assume i contenuti dell'adozione di un atto in via eteronoma.

Nel periodo che va dall'approvazione della legge fino alla primavera del 2014, mentre si cambia la denominazione e si adegua la composizione del Consiglio ai nuovi compiti dell'Autorità<sup>18</sup>, questa rimane nella condizione organizzativa già descritta, occupandosi, insieme, di prevenzione della corruzione, trasparenza e *performance*<sup>19</sup>.

Nel giugno del 2014, mentre si era già insediato il nuovo Presidente ed era in corso la procedura per la nomina dei quattro componenti del Consiglio, viene emanato il d.l. n. 90 del 2014, che costituisce una vera svolta, funzionale e organizzativa, per l'ANAC. Sintetizziamo qui cose già note e commentate: sul piano funzionale si mira a separare nettamente i compiti di ANAC da una parte e del DFP dall'altra e si aggiungono le funzioni in materia di vigilanza dei contratti pubblici, fino ad allora svolte dalla soppressa Autorità di vigilanza (AVCP). Sul piano organizzativo si dispone la fusione degli apparati delle preesistenti CIVIT e AVCP nell'unico apparato della nuova ANAC<sup>20</sup>, che viene espressamente compresa tra le autorità amministrative indipendenti<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> La CIVIT/ANAC viene denominata «Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche» dal d.l. 31 agosto 2013, n. 101; nello stesso decreto si aggiornano i requisiti per la nomina dei consiglieri, che devono essere «esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico che in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione, di management e misurazione della performance, nonché di gestione e valutazione del personale».

<sup>19</sup> Pur nelle difficoltà segnalate, la CIVIT/ANAC inizia ad esercitare le nuove funzioni. Oltre a dare seguito al PNA approvato nel settembre 2013, adotta anche le prime linee guida in materia di codici di comportamento (delibera ANAC 24 ottobre 2013, n.75), nonché importanti delibere quali: la delibera n. 12 del 27 febbraio 2013, *Requisiti e procedimento per la nomina dei componenti degli Organismi indipendenti di valutazione (OIV)*, la delibera n. 59 del 15 luglio 2013, *Pubblicazione degli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati (artt. 26 e 27, d.lgs. n. 33/2013)*, la delibera n. 65 del 31 luglio 2013, *Applicazione dell'art. 14 del d.lgs. n. 33/2013 – Obblighi di pubblicazione concernenti i componenti degli organi di indirizzo politico*, la delibera n. 66 del 31 luglio 2013, *Applicazione del regime sanzionatorio per la violazione di specifici obblighi di trasparenza (art. 47 del d.lgs. n. 33/2013)*.

<sup>20</sup> Si veda l'art. 19 del d.l. n. 90. In esso, al comma 5, si attribuiscono all'ANAC, definitivamente denominata «Autorità Nazionale anticorruzione» (si cancellano le parole «e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche»), anche compiti di ricezione e trattamento di segnalazione di illeciti e poteri sanzionatori in caso di mancata adozione, da parte delle amministrazioni, dei piani anticorruzione, dei piani di trasparenza, dei codici di comportamento.

<sup>21</sup> Si veda l'art. 22 del decreto.

Le scelte funzionali, soprattutto l'attribuzione della materia dei contratti pubblici ad un'Autorità nata per occuparsi di prevenzione della corruzione, sono state variamente commentate in dottrina, spesso in modo critico. Della compatibilità tra i tre grandi settori di materia attribuiti all'ANAC ci occupiamo nel prossimo paragrafo. Per ora ci si può limitare a ricordare l'assoluta necessità di recidere il cordone ombelicale che aveva tenuto uniti Ministro della pubblica amministrazione e DFP, in posizione dominante, e CIVIT/ANAC. In questo senso il d.l. n. 90 è chiarissimo: le funzioni in materia di *performance* tornano (sono confermate) al DFP, che vi deve provvedere con proprie risorse; le funzioni in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza vanno all'ANAC<sup>22</sup>. Anche la soppressione dell'AVCP non era priva di motivazioni, legate soprattutto all'inefficacia della vigilanza fin ad allora esercitata<sup>23</sup> e alla volontà di porre l'intera struttura in funzione anche di una sollecita ed efficace prevenzione della corruzione. Non secondario l'obiettivo di dare alla nuova ANAC un più corposo apparato organizzativo e l'autonomia finanziaria già riconosciuta alla soppressa AVCP, rispettando la "super-norma" della "invarianza della spesa pubblica"<sup>24</sup>. La soluzione alternativa, che

<sup>22</sup> Non mancavano incongruenze, per omesso coordinamento di norme. Ad esempio, restava il potere del DFP di predisporre il testo del PNA, poi approvato dalla CIVIT/ANAC, nel rispetto di "indirizzi" dell'apposito Comitato interministeriale. Solo con d.lgs. n. 97 del 2016 si chiarirà che il PNA è adottato dalla sola ANAC, senza interventi del DFP e che il Comitato interministeriale sarà solo «sentito», come la Conferenza unificata, prima della definitiva approvazione del PNA da parte dell'ANAC. In tal modo sono state salvaguardate l'indipendenza dell'Autorità e la conoscenza del Piano da parte di organismi rappresentativi delle istituzioni, ai vari livelli di governo, perché le amministrazioni si adeguino alle sue indicazioni.

<sup>23</sup> I procedimenti di accertamento di vicende amministrative di gestione di contratti pubblici si protravevano per tempi lunghissimi (in qualche caso diversi anni), anche in virtù di un regolamento che prevedeva un numero sproporzionato di interlocuzioni con l'amministrazione interessata. Tanto da risultare praticamente irrilevanti sul piano della autotutela amministrativa, o dell'attivazione di eventuali responsabilità dei funzionari, ma soprattutto sul piano della indicazione di soluzioni per porre rimedio nel futuro, con nuove regole procedurali e organizzative, alle criticità rilevate.

<sup>24</sup> Non si trascuri che si era in un periodo storico, in realtà non ancora oggi pienamente superato, nel quale i vincoli finanziari imposti dall'Europa (in generale l'austerità nei conti pubblici, in particolare la modifica dell'art. 81 Cost. per rendere invalicabile il vincolo di bilancio). Per un commento critico alla modifica costituzionale del 2012 si veda A. BRANCASI, *L'introduzione del principio del c.d. pareggio di bilancio: un esempio di revisione affrettata*, in *Quad. cost.*, 2012 e A. DE SIANO, *Il decentramento della finanza pubblica a venti anni dalla riforma del Titolo V, Parte II, della Costituzione. Storia di un fallimento rileggendo Antonio Brancasi*, in *Diritto pubblico*, 1, 2022.

sicuramente comportava una spesa aggiuntiva, era quella di mantenere due distinte autorità, da un lato rafforzando la CIVIT/ANAC non solo in termini funzionali, ma soprattutto organizzativi (reclutamento di nuovi funzionari, con competenze specifiche) e dall'altro riformando nel profondo l'AVCP al fine di dare ad essa quella tempestività di intervento, regolatorio e di vigilanza, che si era affievolita nel tempo.

Penultimo passaggio è stato l'emanazione del d.lgs. n. 50 del 2016 contenente il nuovo Codice dei contratti pubblici in sostituzione di quello approvato dieci anni prima, il d.lgs. n. 163 del 2006. La filosofia che ha guidato il legislatore nella formulazione di questo testo non può essere qui pienamente ricostruita<sup>25</sup>. Per quel che qui ci riguarda possiamo ricordare che il Codice del 2016, in grandissima parte, si limitava a confermare le competenze della soppressa AVCP, poi trasferite all'ANAC: di regolazione, conoscitivi (la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici), di vigilanza, di precontenzioso, sanzionatori (per specifiche violazioni). La vera novità stava nel forte investimento che il Codice faceva sulla *soft law*, nella forma di «linee guida» di competenza dell'ANAC, come fonte di regolazione secondaria che consentisse di ridurre la complessità e il dettaglio della disciplina previgente e fornisse alle amministrazioni indicazioni operative utili per un'attuazione efficace della normazione primaria. L'ultima tappa di questo percorso è il d.lgs. n. 97 del 2016, che reca modifiche e integrazioni della legge n. 190<sup>26</sup> e del d.lgs. n. 33 del 2013 sulla trasparenza<sup>27</sup>, la cui sola novità, peraltro significativa, è stata l'introduzione del c.d. "accesso generalizzato" a documenti, dati e informazioni non pubblicati nei siti delle amministrazioni, ma senza un vero coinvolgimento dell'ANAC. Nessun potere di vigilanza, nessun potere di decisione in caso di rigetto delle richieste di accesso; solo un limitatissimo potere,

<sup>25</sup> Gli interventi della dottrina sul Codice del 2016 sono numerosissimi. Ci si limita a segnalare A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti*, in *Dir. Pubbl.*, 2, 2021, perché in esso si ragiona anche sul ruolo dell'ANAC nel settore.

<sup>26</sup> Si provvede (nuovo comma 2-bis dell'art. 1) a rendere definitivo ciò che già era nella prassi di formazione del PNA dopo il d.l. n. 90 del 2014, che è di esclusiva competenza dell'ANAC, con il solo intervento consultivo del Comitato interministeriale e della Conferenza unificata e a chiarire la natura del Piano come atto di indirizzo rivolto alle amministrazioni.

<sup>27</sup> Si definisce meglio (nuovo articolo 2-bis), in completa adesione a deliberazioni dell'ANAC, l'ambito soggettivo per l'applicazione degli obblighi di pubblicazione, che comprende anche le società in controllo pubblico e le società private che svolgono attività di pubblico interesse.

da esercitarsi di intesa con il Garante *privacy*, di emanare linee guida di interpretazione della legge sulle esclusioni e sui limiti da essa disposti. L'ANAC resta Autorità della trasparenza, ma solo con riferimento agli obblighi di pubblicazione<sup>28</sup>.

### ***3. Le funzioni fondamentali dell'ANAC e i poteri conferiti per esercitarle***

Sulla base della sintetica ricostruzione dell'evoluzione della disciplina nel tempo, possiamo ora ragionare sulla condizione a regime dell'Autorità, sulla base delle funzioni effettivamente attribuite e dei poteri conferiti per esercitarle. Si procederà ponendo in evidenza i rapporti reciproci tra i tre principali settori di materia oggi di competenza dell'ANAC: la prevenzione della corruzione, la trasparenza e i contratti pubblici.

#### ***3.1 Prevenzione della corruzione e trasparenza***

Le due materie sono legate da profondi legami già prima della legge n. 190. Nella legislazione Brunetta l'enfasi sulla trasparenza era legata anche all'obiettivo di assicurare meglio i principi di buon andamento e imparzialità dell'art. 97 Cost.<sup>29</sup>.

Il Piano della trasparenza, che ha preceduto il Piano triennale di prevenzione della corruzione, è stato progressivamente ricondotto all'interno di quest'ultimo, ma ciò non significa affatto che la trasparenza diventi una funzione strumentale rispetto all'anticorruzione<sup>30</sup>, ovvero che si debba fare trasparenza solo nella misura in cui questa è utile a far emergere fatti corruttivi. Significa semplicemente che ogni amministrazione, nel definire le proprie misure di piano, deve avere attenzione non solo a

<sup>28</sup> Sulle vicende del principio della trasparenza, lette nella prospettiva organizzativa, si veda F. MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, in P. PIRAS (a cura di), *Dialoghi sulla trasparenza. Riflessioni a partire dal convegno I paradigmi della trasparenza, Cagliari, 30 settembre 2022*, Giuffrè FL, 2023.

<sup>29</sup> La trasparenza già nel d.lgs. n.150 del 2009 era definita come «accessibilità totale» destinata a garantire, tra altre cose, anche «forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità».

<sup>30</sup> Sulla strumentalità della trasparenza si veda, ad esempio, di recente, A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione e il funzionamento dell'ANAC*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1, 2022, dove si afferma: «la trasparenza, che nell'impianto della riforma Brunetta era declinata anzitutto nella logica dell'*accountability* e del buon andamento delle istituzioni, viene progressivamente assorbita nelle funzioni anticorruzione e, *di fatto*, sviluppata soprattutto in quella prospettiva e, quindi, soprattutto, nella logica dell'imparzialità».

quelle direttamente volte a ridurre il rischio corruttivo, ma alla trasparenza *in quanto tale*, nella sua massima possibile estensione, almeno per la parte degli obblighi di pubblicazione disposti dalla legge.

La trasparenza è per le amministrazioni la funzione chiave per trasformare nel profondo la propria organizzazione e la propria azione. Non a caso oggi sono le “Giornate della trasparenza” l’occasione per illustrare a cittadini quanto l’amministrazione stia facendo per garantire buon andamento e imparzialità.

D’altra parte è stata innanzitutto l’ANAC a ribadire costantemente, in numerosi atti ufficiali, da ultimo il PNA 2019-2021<sup>31</sup>, la rilevanza in sé del principio di trasparenza. Così come l’Autorità ha salutato con favore l’introduzione dell’accesso generalizzato, come necessario completamento della trasparenza che si realizza con gli obblighi di pubblicazione<sup>32</sup>, segnalando peraltro il rischio di utilizzare l’accesso come arma per ridurre gli obblighi di pubblicazione, che l’Autorità ha sempre considerato come lo strumento più idoneo per dare alla trasparenza la sua massima applicazione<sup>33</sup>.

L’ANAC esercita nelle due materie poteri di regolazione, di vigilanza e modesti poteri sanzionatori. La regolazione si realizza in primo luogo congiuntamente con il PNA (atto di indirizzo rivolto alle amministrazioni che predispongono il proprio Piano triennale a sua volta integrato - PTPCT, con l’aggiunta della T finale) e con linee guida, per lo più adot-

<sup>31</sup> In particolare si veda la delibera n. 1064 del 13 novembre 2019, con la quale si approva il Piano nazionale anticorruzione 2019-2022, dove si trovano diverse affermazioni in questa direzione quali, ad esempio: «L’ampliamento dei confini della trasparenza registrato nel nostro ordinamento, appena illustrato, è stato realizzato con successive modifiche normative che sono state accompagnate da atti di regolazione dell’Autorità finalizzati a fornire indicazioni ai soggetti tenuti ad osservare la disciplina affinché l’attuazione degli obblighi di pubblicazione non fosse realizzata in una logica di mero adempimento quanto, invece, di *effettività e piena conoscibilità dell’azione amministrativa*».

<sup>32</sup> L’accesso è riconosciuto infatti per i documenti, dati e informazioni non già pubblicati sul sito dell’amministrazione.

<sup>33</sup> Per queste considerazioni sui rapporti tra i diversi strumenti di trasparenza si veda F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti pubblici*, in *IANUS, Diritto e finanza*, 25, 2022 e F. MERLONI, *Il “governo” della trasparenza*, cit., nei quali si segnalano i tentativi, destinati a ripetersi nel futuro, di ridurre gli obblighi di pubblicazione per dare spazio all’accesso generalizzato, strumento di per sé altamente imperfetto, per la sua occasionalità, parzialità e temporaneità, se si vuole assicurare la piena trasparenza dell’amministrazione.

tate separatamente per le due materie. È attività di regolazione anche quella che si svolge con l'adozione di modelli e schemi poi proposti alle amministrazioni<sup>34</sup>. La vigilanza è operata da distinti uffici dell'Autorità<sup>35</sup>, si svolge d'ufficio (con indagini o ispezioni programmate) o su segnalazione, di cittadini o di funzionari dell'amministrazione che in ragione dell'ufficio svolto, vengano a conoscenza di violazioni di legge, di fatti illeciti o di cattiva amministrazione e si conclude con l'accertamento di irregolarità o, invece, con la segnalazione di una buona pratica<sup>36</sup>. Le sanzioni di competenza dell'Autorità sono limitate: per mancata adozione dei PTPCT o dei Codici di comportamento<sup>37</sup> o per violazione degli obblighi di trasparenza<sup>38</sup>.

Più che di una subordinazione della trasparenza alla prevenzione della corruzione si può parlare di un felice intreccio di competenze. Sempre, però, nei limiti delle funzioni e dei poteri conferiti all'ANAC. Non è dall'affidamento delle due materie all'Autorità che è derivato un minore *enforcement* della trasparenza, ma semmai dalla reiterata resistenza del legislatore ad attribuire all'ANAC poteri effettivi di decisione sull'accesso generalizzato, nonostante la stretta connessione tra l'accesso e gli obblighi di pubblicazione e nonostante la garanzia di un esercizio imparziale della funzione che l'indipendenza acquisita dell'Autorità garantisce. Nei limiti

<sup>34</sup> Tra le funzioni attribuite all'ANAC dall'art. 19, comma 15, del d.l. n. 90, significativa quella prevista dall'art. 48 del d.lgs. n. 33: «L'Autorità nazionale anticorruzione definisce *criteri, modelli e schemi standard* per l'organizzazione, la codificazione e la rappresentazione dei documenti, delle informazioni e dei dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, nonché relativamente all'organizzazione della Sezione "Amministrazione trasparente". Una funzione molto rilevante, soprattutto nella prospettiva della digitalizzazione dei documenti amministrativi. Il documento, formato digitalmente già all'origine, deve contenere dati che siano poi estrapolabili e resi conoscibili, a fini conoscitivi per le amministrazioni e a fini di trasparenza per i cittadini.

<sup>35</sup> Da segnalare la costituzione, nel recente regolamento sull'organizzazione del giugno 2021, di un Ufficio per la vigilanza collaborativa, che si occupa di entrambe le materie.

<sup>36</sup> Si vedano i diversi regolamenti che disciplinano lo svolgimento dei procedimenti di competenza, cui l'ANAC ha dedicato un'attenzione particolare.

<sup>37</sup> L'unica prevista in materia di prevenzione della corruzione, a conferma che il legislatore non intende vincolare le amministrazioni, ma semmai indurle a compiere quel processo di trasformazione innovativa della propria organizzazione che è la vera prevenzione della corruzione.

<sup>38</sup> Vi sono sanzioni direttamente irrogate dall'ANAC (art. 47 del d.lgs. n. 33 del 2013) o sanzioni, disciplinari o dirigenziali, irrogate dall'amministrazione su segnalazione dell'Autorità.

di una scelta in cui la trasparenza è assicurata da una dialettica tra ANAC e Garante *privacy*, lasciare l'Autorità come garante della trasparenza a mezzo servizio ha prodotto la prevalenza, non della prevenzione della corruzione, ma della riservatezza, dando luogo ad un'estensiva interpretazione della nozione "dato personale" anche nell'ambiente pubblico<sup>39</sup>.

### 3.2 *Prevenzione della corruzione e contratti pubblici*

L'attribuzione, nel 2014, della materia dei contratti pubblici ad un'Autorità che veniva denominata «Autorità nazionale anticorruzione» ha suscitato, soprattutto in una parte della dottrina del diritto amministrativo, valutazioni critiche che sono state così puntualmente ricostruite<sup>40</sup> da non richiedere ulteriori considerazioni se non quelle strettamente organizzative, legate al ragionamento che qui si segue.

Le esigenze organizzative, strumentali, di rafforzare rapidamente l'esile struttura organizzativa (la CIVIT/ANAC) preposta alle funzioni di anticorruzione e di trasparenza, con nuove risorse, finanziarie e di personale, individuando queste risorse nell'AVCP, sono state negativamente enfatizzate da coloro che già partivano dal "preconcetto" che ha accompagnato la costituzione di un'Autorità anticorruzione come autorità indipendente<sup>41</sup>.

<sup>39</sup> Sull'asimmetria tra ANAC e Garante *privacy* si veda E. CARLONI, *Il paradigma trasparenza*, Bologna, Il Mulino, 2022 e F. MERLONI, *Il "governo" della trasparenza*, cit., nel quale si valutano diverse ipotesi di equilibrio tra autorità che si occupano (o si potrebbero occupare) della diffusione di dati pubblici.

<sup>40</sup> Si veda E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblici: tendenze e prospettive ai tempi del PNRR*, in *Dir. Amm.*, 3, 2022.

<sup>41</sup> Si è già visto all'inizio di queste note con quanto timore il mondo politico ha sempre visto la nascita di un forte soggetto con poteri effettivi. Il timore del "gendarmone" (termine più volte usato da S. Cassese in diversi interventi giornalistici) è stato ripreso e ingigantito allorché si è parlato di pretese "derive penalistiche" della nuova normativa e della stessa ANAC (di recente, S. BATTINI, *La riforma deformata della Costituzione amministrativa italiana: una retrospettiva a vent'anni dal d.lgs. n. 165 del 2001*, in *questa Rivista*, 2, 2021, che vede nella «disciplina per il contrasto alla corruzione, inevitabilmente imperniata sul sospetto di potenziali attività illecite della burocrazia», un elemento che avrebbe «impresso al sistema amministrativo una *curvatura penalistica*», corsivo aggiunto), senza altro fondamento se non il conferimento della carica di Presidente ad un pubblico ministero, che "inevitabilmente" avrebbe portato nello svolgimento del suo ruolo una specifica visione, punitiva e repressiva, del fenomeno corruttivo. Il preconcetto era poi alimentato dal grande prestigio di cui godevano all'epoca Presidente e Autorità presso l'opinione pubblica.

A queste critiche non sembra sufficiente rispondere con l'argomento, peraltro molto fondato, della stretta connessione oggettiva tra le due materie, dato che il settore dei contratti pubblici, per motivi già molto indagati, è quello più esposto ai rischi di corruzione, anche come strumento tradizionale di finanziamento illecito della politica (dei partiti, di loro correnti, di singoli esponenti).

Né è sufficiente l'argomento fondato sullo stesso impianto normativo italiano sui contratti pubblici, da decenni (almeno dalla legge quadro n. 109 del 1994, ma si dovrebbe risalire ad epoche molto più lontane) condizionato dall'esigenza del contrasto alla corruzione, con il conseguente perenne contrasto tra legislatore italiano, affezionato all'idea, molto diffusa anche nel diritto amministrativo<sup>42</sup>, che la corruzione si combatta riducendo la discrezionalità delle amministrazioni (e dei loro funzionari) con una normativa vincolistica e di dettaglio, e le direttive europee improntate all'opposto principio della valutazione qualitativa delle offerte da parte di stazioni appaltanti capaci di selezionare, promuovendo così processi virtuosi di riqualificazione delle imprese.

La risposta può essere cercata nelle attribuzioni effettive dell'ANAC e nel ruolo nel concreto da essa svolto nel loro esercizio.

Partiamo dalle funzioni e dai poteri già esercitati dall'AVCP e confermati dal Codice dei contratti del 2016 in capo all'ANAC, che riguardano la funzione di *vigilanza*, tanto sulla corretta applicazione in generale della disciplina di legge (che comprende anche l'economicità dell'esecuzione) quanto sul sistema di qualificazione degli operatori economici (la sostanziale privatizzazione della funzione in capo alle SOA accresceva l'importanza dei controlli); la funzione di *precontenzioso* (utile per prevenire gli effetti negativi di un eccesso di impugnazioni); la funzione di *conoscenza organizzata* del settore (la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, BDNCP); i *poteri sanzionatori*, per lo più attivati per fatti "bagatellari", per violazioni minori del Codice. Tutte funzioni e poteri che non hanno subito torsioni di sorta nell'esercizio da parte della nuova

<sup>42</sup> Nella relazione finale del già ricordato Comitato "Cassese" del 1996 si affermava: «Quanto più estesa è la discrezionalità dell'azione amministrativa (...), tanto più agevole e al riparo da rischi risulta la conclusione del patto illecito». Nel settore dei contratti si proponeva poi di ridurre al minimo la discrezionalità nell'aggiudicazione degli appalti. Nello stesso senso M. D'ALBERTI, *Corruzione*, Roma, La Treccani, 2020.

Autorità. La vigilanza, che la nuova Autorità ha cercato di rendere più tempestiva nei suoi esiti<sup>43</sup>, consisteva nella ricostruzione delle vicende di uno o più contratti pubblici presso singole o diverse amministrazioni (la progettazione, la confezione del bando, lo svolgimento della fase dell'aggiudicazione, le evenienze della fase esecutiva) a fini di correzione delle prassi amministrative. Evidenti le analogie con la vigilanza sull'adozione di misure di prevenzione della corruzione, anch'essa fondata sulla rilevazione del fenomeno (che non è mirata all'accertamento di fattispecie di responsabilità personali dei funzionari) e sulla predisposizione di strumenti di riduzione del rischio nel futuro. Lo stesso può dirsi del precontenzioso, considerato il suo ruolo di prevenzione, utile a prevenire anche comportamenti scorretti nel futuro, o delle attività conoscitive dell'Autorità (la BDNCP raccoglie dati e informazioni utili a comprendere l'andamento del settore, la sua coerenza con la legge, la necessità di correttivi alla normazione, ma anche utili a costruire degli "indicatori di corruzione" che valgano come allarmi di situazioni, organizzative, da correggere). Tutte funzioni e poteri che si integrano con gli strumenti di prevenzione, ma che non sono stati "piegati" a presunte, prevalenti, finalità di contrasto alla corruzione.

Veniamo alle funzioni e ai poteri *nuovi*. Tra essi spiccava sicuramente il potere generale (art. 213, comma 2, del Codice del 2016) di emanare «linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile», accompagnato dalla previsione, in diverse parti del Codice, di «linee-guida vincolanti»<sup>44</sup>. L'ANAC veniva quindi identificata come protagonista di una nuova stagione di minore impatto della

<sup>43</sup> Si veda l'attenzione con la quale l'ANAC ha, in diverse fasi, riscritto il regolamento sui propri procedimenti di vigilanza su lavori e servizi e forniture. Si veda il Testo coordinato del «Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici», che integra il testo approvato con delibera n. 803 del 4 luglio 2018, con le modifiche recate dalla delibera n. 654/2021.

<sup>44</sup> Il Codice attribuiva anche all'Autorità (art. 211, comma 2) il potere di emanare «raccomandazioni vincolanti», potere in realtà non richiesto, anche perché legato ad un intervento fortemente conformativo che era in contrasto con l'impostazione collaborativa della *soft regulation*. Il potere, che si prestava alla critica della contraddizione ("se sono linee-guida e se sono raccomandazioni, non possono essere vincolanti") è stato tempestivamente, prima rimosso (dal decreto correttivo del Codice, d.lgs. n. 56 del 2017) e poi sostituito dal potere di impugnazione e di parere motivato (nuovi commi 1-*bis* e 1-*ter* dell'art. 211, introdotti in sede di conversione del d.l. n. 50/2017), di cui si dirà fra poco.

normativa primaria (da contenere drasticamente) e di accompagnamento delle amministrazioni nell'assunzione delle proprie responsabilità nella gestione dei contratti pubblici. Nonostante il forte impegno, anche organizzativo, che l'Autorità ha profuso nella attuazione del nuovo modello<sup>45</sup>, l'esperienza si è rapidamente conclusa, dapprima con la pratica sospensione<sup>46</sup> e poi con la definitiva soppressione della previsione delle linee guida<sup>47</sup>. Il fallimento di questa prospettiva, indubbiamente innovativa, ha molte cause che non è qui possibile ricostruire pienamente<sup>48</sup>, tra le quali: il difficile inserimento di questa nuova fonte in un intreccio assai complesso di fonti secondarie regolamentari, governative e ministeriali; la costante richiesta da parte delle amministrazioni, sempre meno attrezzate a gestire i complessi adempimenti di legge, per un ritorno ad una normativa di dettaglio che desse certezza sulle norme da rispettare, senza troppa discrezionalità; il mancato adeguamento della capacità delle amministrazioni (la qualificazione delle stazioni appaltanti) alla difficoltà di una gestione più tecnica e discrezionale del contratto, che è ormai diventata aperta delegittimazione delle amministrazioni con l'introduzione, sempre più massiccia, di discipline eccezionali, emergenziali, quando non esplicitamente e drasticamente derogatorie. Quel che è da escludere è l'ipotesi di una mancata cura del settore da parte di un'Autorità "distratta" dalle esigenze della prevenzione della corruzione: la numerosità e tempestività delle linee guida adottate<sup>49</sup> e il modello organizzativo dell'ANAC, di cui si dirà, stanno lì a dimostrarlo.

<sup>45</sup> Nella filosofia generale del Codice del 2016, condivisa dall'ANAC, era giunto il momento di abbandonare l'approccio vincolistico e di dettaglio della disciplina precedente, in favore di una maggiore discrezionalità, capacità tecnica e trasparenza delle amministrazioni.

<sup>46</sup> Vi ha provveduto il d.l. 18 aprile 2019 n. 32, conv. in l. 15 giugno 2019 n. 55, definito come «sblocca-cantieri».

<sup>47</sup> Vi ha provveduto il decreto legislativo di riforma del Codice dei contratti pubblici, in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, elaborato dal Consiglio di Stato e approvato, in esame preliminare, dal Consiglio dei Ministri del 16 dicembre 2022. Il nuovo Codice è destinato ad entrare in vigore nel 2023 (di seguito Codice del 2023).

<sup>48</sup> Un'attenta ricostruzione di questa vicenda si può trovare in A. MASSERA, F. MERLONI, *L'etero cantiere del Codice*, cit.

<sup>49</sup> Utile sarebbe uno studio approfondito sulle delibere dell'ANAC, dalla quale emergerebbe anche la difficoltà oggettiva dell'impresa, nel maneggiare insieme le esigenze di innovazione (che spingono a linee guida non vincolanti ma di accompagnamento) e quelle di certezza

Più successo hanno avuto altre attribuzioni nuove, quali la *vigilanza collaborativa*, che accompagna le amministrazioni che richiedono assistenza lungo l'intero *iter* del contratto o solo per alcune sue fasi, che si è rivelata più tempestiva ed efficace della vigilanza tradizionale, che si occupa invece di vicende già concluse<sup>50</sup>; la *vigilanza sui conflitti di interesse* nei contratti, prevista da una disposizione del Codice del 2016 (art. 42), che è servita anche ad affinare le decisioni dell'ANAC nella materia dei conflitti in generale; la *legittimazione all'impugnazione* di atti illegittimi delle stazioni appaltanti davanti al giudice amministrativo, che si ispira all'analogo potere conferito all'Autorità *antitrust* in materia di provvedimenti amministrativi lesivi delle norme a tutela della concorrenza<sup>51</sup>; la vigilanza sulla trasparenza nel settore dei contratti (di cui si dirà); la gestione del *sistema del «rating di impresa»*, in connessione con il *rating* di legalità tenuto in collaborazione con il Garante *antitrust* (art. 83, comma 10)<sup>52</sup>; il potere di determinare, con proprie linee guida, *costi standard e prezzi di riferimento* (art. 213, comma 3, lettera h-bis). Diverso il discorso da fare per una serie di altri compiti attribuiti nel 2016 all'ANAC, a contenuto più amministrativo e "servente": la tenuta dell'elenco delle stazioni appaltanti qualificate (art. 38 del Codice del 2016);

(nell'interpretazione di norme già di per sé complesse, che richiedevano un'attuazione sollecita e al riparo dai rischi di responsabilità individuali del funzionario), senza trascurare il peso della lunga stagione precedente nella quale la stessa AVCP era custode di una disciplina tutta vincolistica e di dettaglio (il Codice del 2006 e il suo regolamento esecutivo).

<sup>50</sup> Com'è noto questa forma di collaborazione con le amministrazioni ha avuto le sue prime applicazioni per l'EXPO 2015 e per il Mose a Venezia. Il suo successo pone oggi problemi nuovi, quali l'impossibilità dell'ANAC di far fronte direttamente alle richieste e la necessità, semmai, di una rete di soggetti in grado di fornire questo tipo di assistenza, coordinata dall'ANAC. Si è già ricordato che il modello della vigilanza collaborativa è stato esteso dall'Autorità anche alla vigilanza in materia di prevenzione della corruzione e della trasparenza, ad ulteriore conferma del ruolo di accompagnamento che l'ANAC ha assunto nell'esercizio di tutte le sue funzioni.

<sup>51</sup> Di cui all'articolo 21-bis della legge n. 287 del 1990. La norma è da considerarsi funzionale ad una corretta vigilanza dell'ANAC per le finalità proprie della normativa dei contratti, cioè la tutela della concorrenza e il risparmio della spesa pubblica, e non deve farsi necessariamente risalire alle funzioni dell'Autorità di contrasto alla corruzione.

<sup>52</sup> In realtà il *rating* di impresa fu accompagnato da grandi aspettative, ma non approdò a risultati concreti, per il timore, fondato, che in assenza di dati certi e inoppugnabili sull'affidabilità dell'impresa (soprattutto nell'esecuzione del contratto) affidare la scelta dell'esclusione a stazioni appaltanti che non davano garanzie di qualità tecnica e operativa, pregiudicasse impropriamente gli operatori economici nelle procedure di gara.

l'albo dei componenti delle commissioni giudicatrici (art. 78); l'albo delle società *in house* (art. 192); il casellario informatico degli operatori economici (art. 213, comma 9). Tutti compiti che non sembrano richiedere un particolare tasso di indipendenza, ma che sono stati affidati sotto la duplice spinta del forte investimento nella nuova Autorità e del risparmio di spesa che con essa era atteso, unito alla possibilità di finanziare queste attività con le risorse autonome provenienti dai contributi pagati da amministrazioni e imprese partecipanti alle gare.

Il Codice del 2023 consente di fare il punto sulle attribuzioni dell'ANAC in materia di contratti pubblici con una buona prospettiva di stabilità per il prossimo futuro. Si è già detto della cancellazione del potere di adottare linee guida. Sono confermate le competenze innovative prima indicate: vigilanza collaborativa, vigilanza sui conflitti di interesse, *rating* di impresa<sup>53</sup>, legittimazione processuale, costi standard e prezzi di riferimento. Sono sfrondate le competenze che abbiamo definito "serventi": alcune confermate (qualificazione e albo delle stazioni appaltanti; casellario informatico dell'operatore economico), altre eliminate (albo dei commissari di gara; albo delle società *in house*), altre aggiunte (la tenuta del *fascicolo virtuale dell'operatore economico* presso la BDNCP, art. 24). Viene molto potenziata la BDNCP, che diviene l'unica banca dati nazionale depositaria dei dati e delle informazioni utili sul settore. Viene introdotto un nuovo, generale potere sanzionatorio per "violazioni del codice" (art. 222, comma 3, lettera a)) e viene confermato e precisato uno specifico potere sanzionatorio già previsto dal Codice del 2016<sup>54</sup> a garanzia della trasmissione tempestiva dei dati e delle informazioni dall'amministrazione alla BDNCP, questa volta da attivarsi nei confronti del RUP, art. 222, comma 9).

<sup>53</sup> Nonostante le difficoltà prima segnalate un compito analogo è stato confermato nel Codice del 2023 (art. 109): si tratta di un sistema di monitoraggio delle *prestazioni delle imprese*, volto a individuare indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, da sperimentare prima di renderlo efficace.

<sup>54</sup> Il potere sanzionatorio precedente era previsto all'articolo 213, comma 9, del Codice del 2016.

### 3.3 *Trasparenza e contratti pubblici*

Se la trasparenza è strumento fondamentale di buona amministrazione, in tutti i settori e per tutte le amministrazioni, la sua piena e completa applicazione nel settore dei contratti pubblici è potente misura per assicurare le finalità tipiche della disciplina dei contratti (concorrenza e uso proporzionato delle risorse pubbliche)<sup>55</sup>.

In una prima fase la disciplina dei contratti si è preoccupata di raccogliere dati e informazioni sui contratti pubblici a fini conoscitivi (conoscenza del mercato e individuazione delle criticità della disciplina per correggerle). Il Codice dei contratti del 2006, istituiva, insieme all'AVCP, la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), vincolando le amministrazioni a trasmettere tempestivamente dati e informazioni. Con la legge n. 190, con il d.lgs. n. 33 del 2013, con il Codice dei contratti del 2016, la trasparenza, cioè la conoscenza diffusa degli atti amministrativi adottati nelle diverse fasi di vita del contratto e dei dati e delle informazioni contenute nei relativi documenti, è diventata un elemento insostituibile per una corretta gestione dei contratti, in tutte le loro fasi.

L'AVCP prima e l'ANAC poi hanno potuto consolidare un rilevante patrimonio di esperienza nella gestione dei dati e delle informazioni, sia dal punto di vista informatico che dal punto di vista dei contenuti necessari dei documenti, della possibilità di estrapolare da essi i dati utili per conoscenza e trasparenza, dapprima come attività del funzionario responsabile nell'amministrazione (in genere il RUP) poi, in prospettiva, come automatica conseguenza della formazione digitale del documento. Rilevante anche il ruolo dell'ANAC nel segnalare i vantaggi rilevanti di una gestione tutta digitale dei contratti<sup>56</sup> e nel prescrivere regole tecniche da seguire, unendo i poteri derivanti dalla tenuta della BDNCP a quelli di

<sup>55</sup> Per una più ampia ricostruzione dei rapporti tra trasparenza e contratti pubblici si veda F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti*, cit.

<sup>56</sup> Si veda ANAC: «Strategie e azioni per l'effettiva semplificazione e trasparenza nei contratti pubblici attraverso la completa digitalizzazione: le proposte dell'Autorità - 27 Maggio 2020». Ai fini della redazione del documento l'ANAC ha tenuto conto di un approfondimento curato dalla Banca d'Italia e poi ad essa inviato, dal titolo *La digitalizzazione possibile degli appalti pubblici - L'analisi della Banca d'Italia per l'Anac sulle prospettive dell'e-procurement*, in Rassegna Astrid, 2020.

coordinamento tecnico dei documenti a fini di trasparenza<sup>57</sup>. Da ultimo la soluzione adottata nel Codice del 2023 (art. 28), che mantiene, sempre in capo all'ANAC, il potere di coordinare le attività svolte dalle amministrazioni (dai loro RUP) di estrapolazione dagli atti di dati e informazioni da trasmettere (previa estrapolazione dagli atti dell'amministrazione, compiuta da un suo funzionario, il RUP) alla BDNCP. È su questi dati (e non più sugli atti) che si fa trasparenza, pubblicandoli e garantendo il pieno accesso ad essi, tanto nei siti delle amministrazioni quanto nella Banca Dati Nazionale<sup>58</sup>.

Quindi nessuna strumentalizzazione del settore dei contratti alle esigenze della trasparenza, ma progressiva scoperta dell'efficacia della trasparenza, come strumento di controllo diffuso, dei cittadini, che necessariamente si accompagna agli strumenti repressivi, di vigilanza e controllo predisposti dall'ordinamento.

#### 4. *Perché un'Autorità indipendente*

Nei paragrafi precedenti abbiamo esaminato le funzioni attribuite all'ANAC e i poteri ad essa conferiti, soprattutto sotto il profilo della loro reciproca compatibilità e della presunta eterogeneità dei compiti.

Vediamo ora, rapidamente, il profilo dell'indipendenza. Le funzioni e i poteri esaminati richiedono la creazione di un'Autorità indipendente o può essere sufficiente l'ordinaria imparzialità garantita nelle amministrazioni? Alla domanda non è sufficiente dare la risposta formale della espressa previsione normativa<sup>59</sup>, sulla base della quale peraltro il Consiglio di Stato, in numerose decisioni, ha sempre dato per acquisito

<sup>57</sup> Si fa riferimento ai poteri di coordinamento, già citati, conferiti all'ANAC dall'art. 48 del d.lgs. n. 33 per la tenuta della sezione «Amministrazione trasparente» dei siti delle amministrazioni, per i quali la competenza è dell'Ufficio regolazione anticorruzione e trasparenza, che ha agito in coordinamento con gli uffici che si occupano della BDNCP.

<sup>58</sup> In F. MERLONI, *Trasparenza amministrativa e contratti*, cit., si manifesta più di una perplessità su questa "semplificazione", che rinvia la problematica della garanzia della qualità del documento formato digitalmente e torna ad una forte responsabilizzazione personale del RUP, accompagnata dal potere sanzionatorio dell'ANAC di cui sopra si è detto. Va ricordato che gli atti restano accessibili, con i due diritti di accesso, documentale e generalizzato, nei limiti dell'art. 35 del Codice del 2023.

<sup>59</sup> Si veda l'art. 22 del d.l. n. 90 del 2014.

il tratto dell'indipendenza dell'ANAC. Meglio ragionare su dati oggettivi, sostanziali.

La migliore dottrina individua i tratti caratterizzanti le Autorità amministrative indipendenti (AAI): «l'elevata *expertise* tecnica e l'estraneità sostanziale rispetto all'indirizzo politico e al controllo dell'esecutivo»<sup>60</sup>. Partiamo dai poteri di regolazione. Nel campo della prevenzione della corruzione la predisposizione del PNA e delle linee guida richiede indubbiamente una notevole conoscenza delle amministrazioni e delle loro condizioni operative (per calibrare l'indirizzo alle effettive capacità di attuarlo) e specifiche competenze tecniche, soprattutto nel campo della conoscenza degli strumenti di controllo interno e di promozione della funzionalità (*performance*). Si tratta, com'è noto, di un'attività di regolazione che si alimenta con i risultati della vigilanza, con la conoscenza organizzata dei problemi che incontrano le amministrazioni nell'applicazione della legge. Per la trasparenza il profilo di elevata competenza tecnica è ancora più rilevante, data la stretta connessione tra trasparenza e digitalizzazione dei documenti amministrativi e dei dati che essi contengono. Altrettanto può dirsi nel settore dei contratti pubblici, nel quale la regolazione, che ormai consiste, dopo l'eliminazione delle linee guida disposta dal nuovo Codice dei contratti (Codice 2023), nei bandi-tipo e contratti-tipo e in numerose discipline specifiche<sup>61</sup>. Si tratta di ambiti di disciplina secondaria nei quali è la legge a ritenere utile l'affidamento ad un soggetto distinto, poiché si richiede un'elevata competenza tecnica e la sottrazione all'indirizzo governativo.

Molto significativi i poteri di vigilanza, da leggere insieme ai poteri sanzionatori. Nella prevenzione della corruzione la vigilanza si esercita sull'effettiva adozione dei Piani triennali e su singole vicende amministrative, rilevate d'ufficio o su segnalazione, ricostruite ai fini del miglioramento delle misure. Qui le sanzioni non svolgono un ruolo determinante, ma ove irrogate (ad esempio viene sanzionato un Sindaco per mancata approvazione del PTPCT), possono avere effetti non trascurabili. Si ve-

<sup>60</sup> Così M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2013.

<sup>61</sup> Si pensi alla disciplina della trasmissione dei dati alla BDNCP, ai requisiti per la qualificazione delle stazioni appaltanti, al *rating* di impresa, alle modalità per l'invio delle notizie, alle informazioni e ai dati relativi agli operatori economici da inserire nel casellario dei contratti pubblici.

dano anche gli accertamenti dell'ANAC sulle violazioni delle norme sulle inconfiribilità che producono sanzioni significative quali la sospensione dalla carica per il titolare di organo politico che abbia effettuato la nomina illegittima o gli accertamenti sul conferimento di incarichi in violazione del c.d. *pantouflage*<sup>62</sup>. In tutti questi casi la natura indipendente dell'Autorità dà le necessarie garanzie di imparzialità, che sarebbero assai più deboli se i relativi poteri fossero affidati ad uffici amministrativi soggetti ad indirizzo politico.

Analoga la situazione per le sanzioni in materia di trasparenza, che si sostanziano in sanzioni per mancata adozione della sezione dedicata alla trasparenza nel PTPCT o per mancata pubblicazione di atti (in generale però irrogate a dirigenti delle amministrazioni). La trasparenza nei contratti pubblici, che si realizza con la pubblicazione di dati e informazioni estrapolate dagli atti delle stazioni appaltanti, richiede, oltre a rilevanti competenze tecniche nella regolazione (dei dati da trasmettere e delle modalità di trasmissione), elevata imparzialità nell'irrogazione delle sanzioni per mancata o intempestiva trasmissione dei dati alla BDNCP. Nel settore dei contratti pubblici distinguiamo tra la vigilanza ordinaria, che può concludersi con un accertamento di violazioni della legge (che possono anche essere reiterate nel tempo), e la vigilanza collaborativa. Per la prima, l'accertamento (si spera più tempestivo), anche se non comporta l'attivazione delle più gravi (penali, amministrativo-contabili) responsabilità personali dei funzionari<sup>63</sup>, può comportare l'irrogazione di sanzioni pecuniarie anche rilevanti<sup>64</sup>, ma anche una compromissione dell'immagine degli organi di vertice dell'amministrazione, destinata poi ad essere utilizzato nella dialettica politica (soprattutto a livello locale). Lo stesso vale per la vigilanza collaborativa, un "fiore all'occhiello" quando le cose vanno bene, ma un danno di immagine quando la collaborazione

<sup>62</sup> Il divieto è stato stabilito con l'introduzione del comma 16-ter nel testo dell'articolo 53 del d.lgs. n. 165 del 2001, operato dal comma 42 dell'art. 1 della legge n. 190 del 2012.

<sup>63</sup> Ricordiamo sempre che l'ANAC, qualora, nelle sue attività accertative, riscontri comportamenti potenzialmente illeciti, non svolge alcun approfondimento in questa direzione, ma si limita a trasmettere le informazioni raccolte alle Procure della Repubblica e della Corte dei conti competenti.

<sup>64</sup> Fino a 50.000 euro, nella previsione del ricordato art. 222, comma 3, lettera a), del Codice del 2023.

si interrompa perché l'amministrazione non ha seguito le indicazioni dell'Autorità. In tutti questi casi l'indipendenza dell'ANAC è garanzia di imparzialità e di autorevolezza degli accertamenti.

Le sanzioni che possiamo definire "minori"<sup>65</sup>, per la loro rilevanza, non sembrano richiedere la competenza di un'Autorità indipendente, ma fanno parte del patrimonio della soppressa AVCP, che, come vedremo, vi dedicava una parte importante della propria organizzazione.

Pochi dubbi sull'utilità di un'Autorità indipendente per l'esercizio delle funzioni di precontenzioso o di impugnazione di atti illegittimi davanti al giudice amministrativo.

Alla domanda da cui siamo partiti è quindi necessario dare una risposta positiva: la costituzione di un'Autorità indipendente per svolgere le funzioni e i poteri che abbiamo esaminato si rivela altamente opportuna, rientrando appieno nelle ipotesi in cui l'ordinamento italiano ha adottato questa soluzione organizzativa. Ciò vale per la prevenzione e per la trasparenza ed è stata salutata con grande favore dalle organizzazioni internazionali in sede di *monitoring* sull'attuazione delle convenzioni sottoscritte e ratificate dall'Italia. Vale sicuramente per il settore dei contratti pubblici nel quale la soppressa AVCP, pur non espressamente elencata tra le AAI, aveva sicuri tratti di indipendenza<sup>66</sup>, proprio per garantire qualità tecnica e imparzialità all'esercizio delle funzioni e dei poteri che sono stati poi mantenuti in capo all'ANAC.

C'è, semmai, da porsi un diverso quesito: la costituzione di un'Autorità indipendente destinata a svolgere, per determinati campi e settori, funzioni di regolazione e vigilanza altamente tecniche e sottratte all'indirizzo politico governativo, esaurisce l'intervento pubblico in quegli stessi settori? Qui, molto in breve, la risposta non può che essere negativa. In nessun settore (*antitrust*, *privacy*, comunicazioni, energia) tutti i compiti sono

<sup>65</sup> Si tratta di sanzioni previste dall'art. 213, comma 13, del vigente Codice dei contratti, peraltro confermate anche nel Codice del 2023 (art. 222, comma 13), nei casi di mancata informazione o di informazione non veritiera relativa a situazioni relative alla gestione del contratto.

<sup>66</sup> Fissati dall'art. 6 del d.lgs. n. 163 del 2006 (primo Codice dei contratti pubblici), tra i quali la nomina da parte dei Presidenti delle due Camere, la non rinnovabilità della carica, i requisiti di elevata competenza professionale e un amplissimo regime di incompatibilità. R. CANTONE, *Il sistema della prevenzione*, cit., sottolinea che la AVCP «pacificamente era considerata un'autorità indipendente».

affidati alle AAI. Queste si rivelano molto utili per l'esercizio di funzioni e poteri che richiedono una più forte dose di imparzialità fino alla sottrazione dall'indirizzo politico (ma non dalla legge), ma, per definizione, non si occupano né dell'indirizzo politico generale che è compito della legislazione primaria, né delle politiche attive volte a creare le condizioni di successo della disciplina di legge (di cui l'AAI è solo un imparziale custode). Qualche esempio, tratto proprio nei nostri campi di attenzione: nella prevenzione della corruzione fondata sull'adozione di modelli organizzativi che riducano il rischio di comportamenti anomali, l'ANAC vigila sull'effettiva adozione dei piani e sulla loro qualità, ma non può certo intervenire sulle condizioni operative delle amministrazioni o sul progressivo impoverimento delle competenze tecniche che le amministrazioni soffrono da tempo. Nella trasparenza l'ANAC vigila sul rispetto degli obblighi di pubblicazione, ma non spetta a lei garantire che le amministrazioni dispongano di adeguate risorse informatiche per la digitalizzazione dei documenti e dei dati da esse detenuti. Nei contratti pubblici il rispetto di normative che sono e sono destinate a restare complesse, su cui vigila l'ANAC, dipenderà in grandissima parte dalla qualità amministrativa e tecnica delle stazioni appaltanti, non a caso al centro del "progetto" del codice del 2016.

## *5. L'organizzazione della nuova ANAC*

### *5.1 Profili diacronici*

Veniamo ora ad una schematica ricostruzione dell'organizzazione dell'ANAC, cioè della progressiva configurazione degli apparati necessari allo svolgimento delle funzioni prima richiamate.

Dalla data di entrata in vigore della legge n. 190 (novembre 2012) a quella dell'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. n. 90 (agosto 2014), CIVIT/ANAC e AVCP restavano enti separati con distinte funzioni. Il d.l. n. 90, nel sopprimere (art. 19) l'AVCP e nel disporre la fusione tra gli apparati di CIVIT/ANAC e AVCP nella nuova Autorità nazionale anticorruzione, che viene ricompresa espressamente tra le Autorità amministrative indipendenti (art. 22), non attribuisce, come ci si sarebbe atteso, a quest'ultima l'autonomia regolamentare sulla propria organizzazione e sul personale che è tratto proprio dalle AAI. Né prefigura alcun inquadramento del personale secondo il modello della legge n. 481 del

1995, vale a dire il modello delle carriere della Banca d'Italia, adottato con la legge richiamata per l'Autorità *antitrust* e, attraverso essa, per tutte le AAI<sup>67</sup>.

Gli obiettivi fondamentali del decreto legge erano, da un lato, la più *sollecita unificazione* organizzativa dei due precedenti apparati e, dall'altro, presentare l'operazione come una razionalizzazione organizzativa che produceva un *risparmio di spesa*, tanto che veniva imposto proprio all'ANAC un duplice vincolo finanziario: la «riduzione non inferiore al venti per cento del trattamento economico accessorio del personale dipendente, inclusi i dirigenti» (art. 19, comma 3, lettera b)) e la «riduzione delle spese di funzionamento non inferiore al venti per cento» (comma 3, lettera c))<sup>68</sup>.

Questi obiettivi dovevano essere raggiunti con uno inedito strumento, anche sul piano della fonte normativa: un «Piano di riordino», proposto dal Presidente dell'ANAC e approvato con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri; un «atto complesso ineguale», in cui si confondevano tratti di autoorganizzazione e tratti di disciplina eteronoma. Il Piano doveva essere presentato entro il 31 dicembre 2014. Il Presidente dell'ANAC ha presentato il Piano di riordino il 30 dicembre del 2014, con un atto monocratico (non approvato con delibera del Consiglio dell'Autorità), i cui contenuti corrispondevano però a scelte già compiute dall'organo collegiale, in particolare sulla prima definizione di un nuovo modello organizzativo (di cui si dirà più avanti). All'approvazione del Piano si arriva, nonostante l'urgenza, solo dopo oltre un anno dalla sua presentazione, con D.P.C.M. 1° febbraio 2016. Motivo del ritardo il «braccio di ferro» tra ANAC e Presidenza sul tema dell'inquadramento del personale, con l'Autorità che spingeva per l'adozione immediata del modello della legge n. 481 del 1995 mentre il Governo ha resistito sul mantenimento del riferimento alla disciplina del personale della Presidenza del Consiglio, motivando la sua posizione con l'assenza nel d.l.

<sup>67</sup> Questo mancato allineamento alle altre AAI non attenua la scelta di fare dell'ANAC un'autorità indipendente. È, semmai, giustificata dalla prevalente esigenza del risparmio di spesa, che ha condizionato, come vedremo, l'intera operazione.

<sup>68</sup> Questi vincoli erano paralleli a quelli stabiliti per le altre AAI da varie disposizioni dell'art. 22 del dl. n. 90 del 2014. Per l'ANAC il piano di riordino ritenne che queste ulteriori limitazioni non gravassero sull'ANAC, già oggetto di vincoli specifici.

n. 90 di qualsiasi previsione che consentisse di adottare un regolamento governativo di delegificazione<sup>69 70</sup>.

Solo nel 2017, con l'art. 52-*quater* del d.l. n. 50<sup>71</sup>, viene riconosciuta all'ANAC autonomia regolamentare in materia di organizzazione degli uffici e di personale, cui viene esteso, ma non con effetto immediato, il trattamento giuridico ed economico del modello della legge n. 481 del 1995<sup>72</sup>.

Inquadrate e retribuito il personale secondo il modello delle altre AAI, esso ha continuato ad operare negli uffici dell'Autorità così come organizzati secondo il modello iniziale (prime delibere del 2014 e Piano di riordino), fino al giugno 2021, quando l'organizzazione degli uffici è stata modificata, in modo significativo.

## 5.2 *Il modello organizzativo*

Mentre per la CIVIT, considerata l'assoluta esilità della struttura (30 dipendenti non inquadrate in un ruolo dell'agenzia), non si può neanche parlare di un modello organizzativo, quello della soppressa AVCP presentava caratteri molto marcati, con alcuni difetti tipici di molte amministrazioni ordinarie.

In primo luogo, un numero eccessivo di dirigenti (58 su una dotazione organica di 336 unità di personale). In secondo luogo, un numero pariamente eccessivo di uffici dirigenziali (6 uffici dirigenziali generali più 52

<sup>69</sup> La motivazione era fondata sul piano giuridico, ma l'argomento vero stava nell'esigenza del risparmio di spesa, che sarebbe stato vanificato da un immediato nuovo inquadramento secondo il modello della legge n. 481 del 1995. Poteva farsi valere l'argomento della sicura copertura della relativa spesa con le risorse derivanti dall'autonomia finanziaria dell'Autorità, ma l'intero d.l. n. 90 era ispirato all'obiettivo di imporre risparmi anche alle AAI.

<sup>70</sup> Il Piano di riordino, approvato come allegato del D.P.C.M. del 1° febbraio 2016, è pubblicato sul sito dell'Autorità. Se ne consiglia una attenta lettura perché in esso si trova una compiuta e chiara illustrazione di tutte le problematiche organizzative e delle scelte compiute dall'ANAC. Sulla prima fase della riorganizzazione dell'ANAC e sul ruolo del Piano si veda A. BIANCONI, C. BOVA, *Il piano di riordino dell'ANAC: un nuovo modello per una gestione efficiente*, in R. CANTONE, F. MERLONI, *La nuova Autorità*, cit.

<sup>71</sup> Convertito in legge 21 giugno 2017, n. 96.

<sup>72</sup> È stato previsto un periodo di due anni per l'entrata a regime. In tal modo gli effetti giuridici dell'inquadramento disposto con il regolamento del personale (approvato con delibera n. 919, del 16 ottobre 2019) sono decorsi dal 1° gennaio 2019, mentre quelli economici dal 1° gennaio 2020.

uffici dirigenziali non generali<sup>73</sup>), numero che si doveva all'applicazione del criterio, spesso ricorrente nelle amministrazioni, di costruire gli uffici intorno ai dirigenti in servizio, alcuni dei quali con contratto a tempo determinato. In terzo luogo, una forte gerarchizzazione degli uffici intorno a sei dirigenti generali.

Il modello che la nuova ANAC ha adottato, già con una prima delibera del settembre 2014<sup>74</sup>, era totalmente ribaltato: si conservavano in servizio solo 2 dirigenti generali con compiti di coordinamento per le distinte aree della "regolazione" e della "vigilanza"<sup>75</sup>; si dimezzavano gli uffici dirigenziali (un totale di 25 uffici tra i 10 uffici di *staff*, al Presidente e al Segretario generale, e i 15 uffici di *line*), attribuendo ai dirigenti in servizio non titolari di ufficio compiti di studio o compiti ispettivi<sup>76</sup>.

Gli scopi che questo nuovo modello si prefiggeva erano: 1) una maggiore compattezza della struttura (una dimensione più accettabile dei singoli uffici, una minore dispersione) coerente con l'obiettivo di una vera fusione tra funzioni e apparati distinti; 2) il riequilibrio in termini numerici tra uffici e personale dedicato alle funzioni anticorruzione/trasparenza e uffici competenti per i contratti pubblici; 3) il risparmio di spesa; 4) un diverso rapporto tra uffici (e loro dirigenti) e il Consiglio dell'Autorità. L'ultimo punto merita qualche ulteriore approfondimento. Nelle AAI l'indipendenza (e la qualità tecnica delle decisioni) è garantita dai componenti dell'organo di governo<sup>77</sup>. Ciò comporta un'individuazione di competenze in cui tutte le decisioni, anche quelle di gestione, sono riservate al collegio dell'Autorità. L'attività istruttoria dell'ufficio non è preordinata

<sup>73</sup> Di cui ben 6 solo per occuparsi delle sanzioni.

<sup>74</sup> Delibera n. 143 del 30 settembre 2014, seguita da un Atto di organizzazione del 29 ottobre dello stesso anno.

<sup>75</sup> Ciò era possibile perché quattro dei dirigenti generali operavano sulla base di un incarico *pro tempore*, senza un inquadramento nella fascia superiore. Il coordinamento era concepito come assai più "leggero" e gerarchico del precedente.

<sup>76</sup> La riduzione degli uffici, oltre a corrispondere ad una precisa idea dei rapporti tra uffici e Consiglio (di cui si dirà subito), era funzionale all'obiettivo del risparmio di spesa, ma rispondeva anche a criteri prudenziali. Era infatti in atto un annoso contenzioso (poi risoltosi, dopo diverso tempo, a favore dei dirigenti) sugli esiti di un concorso, interno, per 8 dirigenti, che all'epoca era stato annullato in via definitiva dal Consiglio di Stato.

<sup>77</sup> Sul punto si veda B. PONTI, *Indipendenza del dirigente e potere amministrativo*, Rimini, Maggioli, 2012.

all'adozione di un provvedimento di competenza del dirigente, bensì di una delibera consiliare. Un modello organizzativo orizzontale, che non prevede strutture intermedie di coordinamento forte dell'attività degli uffici e consente un'interlocuzione diretta e una migliore qualità degli atti da portare all'approvazione del Consiglio<sup>78</sup>.

In questo modello non solo si elimina l'intermediazione dei dirigenti generali, ma si rivedono anche le competenze del Segretario generale. Questo assicura il buon funzionamento complessivo degli uffici (anche attraverso uffici di *staff* per competenze organizzative generali e trasversali, quali il bilancio, il personale, il supporto conoscitivo e informatico, gli approvvigionamenti di beni e servizi), ma non coordina direttamente l'attività degli uffici nel merito, né è direttamente responsabile delle proposte che gli uffici presentano in Consiglio.

Gli scopi indicati sono stati in gran parte raggiunti, salvo uno, non di poca rilevanza, il *riequilibrio tra le funzioni*, poiché già nel primo riordino gli uffici competenti in materia di anticorruzione/trasparenza erano solo 3<sup>79</sup> contro i 12 competenti in materia di contratti pubblici. Un dato significativo, che in ogni caso smentisce tutte le "preoccupazioni" sollevate sulla presunta subordinazione dei contratti all'anticorruzione, e semmai conferma il grande impegno profuso dall'Autorità quando è stata chiamata a dare attuazione al Codice dei contratti del 2016.

Il nuovo modello organizzativo adottato nel giugno 2021<sup>80</sup> è stato considerato da alcuni come un "rafforzamento" dell'ANAC, anche in virtù dell'affidamento di nuovi compiti all'Autorità, soprattutto nel settore dei

<sup>78</sup> Il Regolamento sul funzionamento del Consiglio, oggi ricompreso all'interno del più generale Regolamento di organizzazione dell'ANAC, è stato impostato su un rapporto che vede la proposta del dirigente, la relazione del consigliere relatore, la decisione del Consiglio. Quando questo non concordi con la proposta del dirigente, la modifica direttamente, se questo è possibile, altrimenti la rinvia al dirigente per una riformulazione coerente con l'orientamento espresso.

<sup>79</sup> Di cui uno si occupava della regolazione per entrambe le materie (compresa la redazione del PNA) e due di vigilanza, distinti per le due materie.

<sup>80</sup> Poi confermato con successive delibere (contenenti modifiche secondarie) fino all'ultima delibera, la n. 187 del 5 aprile 2022. Sul sito dell'Autorità è possibile trovare il testo consolidato del «Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'Autorità nazionale anticorruzione».

contratti pubblici<sup>81</sup> <sup>82</sup>. Vi è più di un motivo per dubitarne, anche alla luce della ridefinizione delle competenze contenuta nel Codice del 2023. Intanto si consolida lo squilibrio organizzativo tra le grandi funzioni dell'ANAC<sup>83</sup>. Il numero complessivo degli uffici dirigenziali torna a crescere significativamente (da 25 a 35), in virtù di nuovi compiti ma anche del vecchio criterio di costituire tanti uffici quanti sono i dirigenti in servizio. A ciò si aggiunga una nuova verticalizzazione del modello, intorno alla figura del Segretario generale, che viene concepito come capo dell'amministrazione e coordinatore diretto dell'attività dei dirigenti, per tutti gli uffici, anche di *line*. Un ritorno ad un'amministrazione tradizionale (il Segretario generale assomiglia molto a quello di un ente locale), che, però, non può essere letto come l'applicazione all'ANAC del principio di distinzione tra politica e amministrazione, tra indirizzo e gestione<sup>84</sup> che nelle AAI non ha ragione di esistere.

Quanto alle nuove competenze nel settore dei contratti pubblici che l'ANAC dovrà organizzare a partire dalla data di efficacia del nuovo Codice (1° luglio 2023), ci si devono attendere ulteriori modificazioni del ruolo e dell'assetto organizzativo dell'Autorità. Si considerino solo le competenze relative al rafforzamento della BDNCP, che assume su di sé tutte le esigenze conoscitive pubbliche del settore, gestisce direttamente i dati, la loro elaborazione, l'accesso da parte delle altre amministrazioni

<sup>81</sup> Vedi A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione*, cit. Le nuove competenze che il regolamento del 2021 organizza sono quelle assegnate con diversi provvedimenti legati all'attuazione del PNRR.

<sup>82</sup> Fa eccezione la competenza sulla tutela del *whistleblowing*, per la quale l'ANAC è stata autorizzata a reclutare nuove unità di personale: vedi l'art. 11 dello schema di decreto legislativo che attua la legge delega n. 127 del 2022 (approvato in via preliminare dal Governo e all'esame delle Commissioni parlamentari). Il decreto costituisce attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e reca disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali.

<sup>83</sup> Nel primo riassetto, come si è visto, sul totale degli uffici di *line* (15) i 3 dedicati a anticorruzione e trasparenza costituivano il 20%. Nel corso degli anni, con la costituzione di nuovi uffici (imparzialità dei funzionari pubblici, *whistleblowing*) si era arrivati a 5 uffici su 18 (pari al 28%). Nell'ultimo organigramma pubblicato sul sito dell'ANAC, rappresentativo dell'assetto delineato dal Regolamento nella versione consolidata del 2022, vi sono 7 uffici, ma su un totale di 25 (pari al 24%).

<sup>84</sup> Per questa lettura del Regolamento del 2021, si veda A. MARRA, *Il regolamento sull'organizzazione*, cit.

e la conoscenza del cittadino (a fini di trasparenza) mediante la pubblicazione nella Banca Dati dei dati trasmessi dalle amministrazioni; che gestisce, attraverso una apposita sezione, il fascicolo virtuale dell'operatore economico (con tutte le problematiche di qualità delle informazioni da utilizzare nelle procedure di gara). Si consideri il nuovo generale potere sanzionatorio connesso alla vigilanza ordinaria dell'ANAC per il quale l'accertamento dei comportamenti, la valutazione dell'elemento soggettivo, la quantificazione delle sanzioni, nel rispetto di tutte le garanzie procedurali previste dalla legge n. 689 del 1981, comporteranno un relevantissimo impegno organizzativo. Dal punto di vista del ruolo in prospettiva futura si configura un'ANAC di cui si curano meno i profili regolatori, di accompagnamento delle amministrazioni nell'adozione di misure, organizzative, preventive di riduzione dei rischi di corruzione e cattiva amministrazione e sempre più i profili della vigilanza e della sanzione. Un'Autorità amministrativa indipendente tendenzialmente più vicina al modello tradizionale delle AAI, che rischia di perdere alcuni tratti di innovatività.

### 5.3 *Il personale*

Anche la disciplina del personale è stata fortemente segnata dagli obiettivi di sollecita fusione dei precedenti apparati nella nuova Autorità e del risparmio di spesa. Vediamo i passaggi essenziali. La fusione del personale di CIVIT/ANAC e AVCP è stata realizzata per tappe. Dall'entrata in vigore del d.l. n. 90 del 2014 fino all'approvazione del Piano di riordino, nell'ANAC riunificata dal punto di vista organizzativo (un solo complesso di uffici, un solo Consiglio) ha operato un personale con diversa disciplina e trattamento economico: quelli delle amministrazioni di appartenenza per i funzionari ex CIVIT/ANAC e quello della PCM per i funzionari ex AVCP. Il piano di riordino, che riunificava anche il personale in un ruolo unico, ha "risolto" il problema dell'inquadramento, applicando per tutti il modello PCM. Questa soluzione ha permesso all'ANAC di conseguire gli obiettivi di riduzione della spesa del personale (competenze accessorie e spese di funzionamento in generale), riduzione che si è protratta dal 2014 a tutto il 2019, creando le condizioni per la creazione di un cospicuo *avanzo di amministrazione*, derivato dalla differenza tra spesa, nella sostanza congelata, e le entrate autonome dell'Autorità, che seguivano

l'andamento del mercato dei contratti pubblici, assicurando volumi di entrata sostanzialmente stabili e superiori alle spese, nel frattempo ridotte. Nel 2017, con il richiamato art. 52-*quater* del d.l. n. 50, il legislatore consente all'ANAC di disciplinare in autonomia (con propri regolamenti) il trattamento giuridico ed economico del personale, secondo il modello delle AAI<sup>85</sup>, ma, consapevole del rilevante impatto economico che questo modello comporta<sup>86</sup>, stabilisce una scansione temporale per giungere al risultato economico non immediatamente, ma a partire dal 1° gennaio 2020. Per concludere, sul punto: l'ANAC dispone ormai di un modello di inquadramento del personale definitivo, quello delle altre AAI. Nel costruire il proprio personale, l'Autorità non ha avuto, a lungo, a disposizione lo strumento del reclutamento di nuove competenze tecniche (giuridiche e non), destinato a potenziare le nuove competenze (soprattutto nei campi della prevenzione della corruzione e della trasparenza) e a garantire il necessario ricambio, ma ha organizzato il personale delle due precedenti strutture. Personale, generalmente di buona qualità, proveniente da esperienze anche significativamente diverse<sup>87</sup>. Solo dal 2017 ha potuto, superata la fase dei risparmi forzosi e del blocco del *turn over*, effettuare tempestivamente un solo processo di reclutamento per funzionari, con un concorso per giovani laureati, che ha comportato l'immissione di forze fresche e fortemente motivate. Una strada obbligata per il futuro.

<sup>85</sup> Questo modello, oltre a consentire l'applicazione delle tabelle retributive del contratto della Banca d'Italia, comporta una "ri-pubblicizzazione" del personale, che rientra tra quelli non privatizzati ai sensi dell'art. 3 del d.lgs. n. 165 del 2001. La sede per la definizione del trattamento giuridico ed economico diventa il Regolamento del personale, definito dall'Autorità (approvato con delibera del Consiglio), previa contrattazione sindacale.

<sup>86</sup> Il personale viene inquadrato nelle distinte categorie dei dirigenti, dei funzionari e degli impiegati, ciascuna delle quali prevede tabelle di progressione retributiva molto articolate in numerosi livelli, cui si accede sulla base di processi valutativi che nelle AAI in genere non sono molto selettivi. Le retribuzioni medie sono, pertanto, notevolmente superiori a quelle dei comparti di contrattazione, a partire dalla stessa PCM. Se, quindi, nel periodo precedente i limiti posti dal legislatore hanno prodotto un avanzo di amministrazione (comunque non utilizzabile per coprire i fabbisogni del nuovo trattamento economico), per il futuro il sommarsi delle retribuzioni, in rapida progressione, e del trattamento previdenziale, può portare ad una spesa per il personale non solo preponderante nel bilancio complessivo dell'Autorità, ma a rischio di copertura con le sole entrate autonome dell'ANAC.

<sup>87</sup> Nella CIVIT era stato assunto, previa attenta valutazione delle competenze professionali, personale comandato da altre amministrazioni; nell'AVCP, almeno nella fase iniziale, funzionari provenienti dalla Corte dei conti e dall'allora Ministero dei lavori pubblici.

## 6. *Qualche conclusione*

A distanza di dieci anni dall'avvio di una vera politica di prevenzione della corruzione la vicenda organizzativa dell'ANAC ha segnato molti punti a favore della costruzione di un presidio indipendente e autorevole in materie decisive per il buon funzionamento del sistema amministrativo italiano. Una vicenda che avrebbe meritato un'attenzione molto maggiore, perché istruttiva delle difficoltà incontrate, che risiedevano nella complessità in sé di un'operazione di fusione a freddo di precedenti realtà organizzative attraversate da debolezze e insufficienze, ma soprattutto nel contesto generale in cui la stessa ANAC ha dovuto operare per il suo consolidamento, dominato dall'applicazione indiscriminata, pedissequa, della regola dell'invarianza finanziaria (laddove l'investimento nell'Autorità era destinato a produrre più imparzialità, più funzionalità, più trasparenza, più concorrenza, quindi un risparmio significativo per il Paese). Un contesto segnato da un sotterraneo e diffuso timore<sup>88</sup> di un'eccessiva espansione di funzioni e poteri (il fantasma del "gendarmone", la pretesa "deriva penalistica", la presunta "s subordinazione" della trasparenza e dei contratti all'anticorruzione), dalla ricorrente tentazione di uffici governativi (il Ministro della pubblica amministrazione e il DFP) di recuperare funzioni e poteri trasferiti all'ANAC, dall'incapacità storica di Governi e legislatori di riformare le amministrazioni investendo nella loro qualità al fine di operare secondo buon andamento e imparzialità. Un contesto nel quale il legislatore da un lato ha dato (l'istituzione dell'ANAC, le sue funzioni, l'acquisita indipendenza) dall'altro ha tolto (la spinta alla riduzione degli obblighi di trasparenza, la delegittimazione costante della disciplina dei contratti con soluzioni emergenziali e deroghe, la sfiducia nelle amministrazioni), sempre incerto sul da farsi. Una vicenda "di successo", se guardiamo al favore con il quale è stata seguita da tutte le organizzazioni internazionali che si occupano di corruzione, ma tutt'altro che conclusa, esposta com'è al rischio di ritorni al passato.

<sup>88</sup> Da sempre presente nel mondo politico, poi alimentato anche da analisi impressionistiche in sede scientifica (vedi E. CARLONI, *L'anticorruzione e la trasparenza nel sistema di procurement pubblico*, cit.).