



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Governance delle Organizzazioni Pubbliche

Tesi di Laurea

**L'INFLUENZA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE
INDIPENDENTI NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI:
L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

Relatore

Ch.ssim Prof.ssa Carmela Camardi

Laureanda

Maddalena Florian
Matricola 885943

Anno Accademico

2022 / 2023

L'INFLUENZA DELLE AUTORITÀ AMMINISTRATIVE INDIPENDENTI NEL SETTORE DEGLI APPALTI PUBBLICI: L'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

SOMMARIO

INTRODUZIONE.....	4
Capitolo 1. Le Autorità amministrative indipendenti	11
1.1. La nascita delle Autorità indipendenti e il contesto italiano.....	11
1.2. La caratteristica di indipendenza.....	15
1.2.1. <i>La nomina dei membri.....</i>	19
1.2.2. <i>La carica.....</i>	21
1.2.3. <i>Le risorse finanziarie.....</i>	23
1.3. Le funzioni e le attività delle Autorità amministrative indipendenti	25
1.3.1. <i>La funzione regolatoria e normativa.....</i>	26
1.3.2. <i>La funzione sanzionatoria.....</i>	29
Capitolo 2. Il fenomeno corruttivo	32
2.1. Il concetto di corruzione e la sua analisi	32
2.1.1. <i>La percezione della corruzione.....</i>	35
2.1.2. <i>Gli attori della corruzione</i>	37
2.2. Le convenzioni internazionali per il contrasto alla corruzione.....	38
2.2.1. <i>Il GRECO.....</i>	41
2.3. La corruzione nella Pubblica Amministrazione Italiana	47
2.3.1. <i>Il fenomeno nel settore degli appalti pubblici</i>	50
Capitolo 3. La prevenzione al fenomeno corruttivo in Italia.....	53
3.1. Il sistema di prevenzione.....	53

3.1.1. <i>La Legge n° 241 del 1990</i>	54
3.1.2. <i>La Legge anticorruzione del 2012</i>	56
3.1.3. <i>Il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 e la c.d. Riforma “Spazzacorrotti”</i> .57	
3.2. Dall’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici all’Autorità Nazionali Anticorruzione	59
3.2.1. <i>L’Autorità di vigilanza sui lavori pubblici - AVL</i>	59
3.2.2. <i>L’Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all’interno della Pubblica Amministrazione</i>	61
3.2.3. <i>L’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori servizi e forniture – AVCP</i>	62
3.2.4. <i>La Commissione per la valutazione, l’integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni (CIVIT) e l’Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC)</i>	63
3.3. Misure per la prevenzione alla corruzione	65
3.3.1. <i>Il Piano nazionale anticorruzione (PNA)</i>	66
Capitolo 4. L’Autorità Nazionale Anticorruzione	72
4.1. Il ruolo, le funzioni e l’attività dell’ANAC	72
4.1.1. <i>poteri di vigilanza e controllo</i>	76
4.1.2. <i>La funzione sanzionatoria</i>	79
4.1.3. <i>Precontenzioso dinanzi all’Anac</i>	81
4.1.4. <i>I poteri autonomi del Presidente dell’Autorità</i>	85
Capitolo 5. L’ANAC protagonista del public procurement	89
5.1. La natura giuridica delle Linee Guida ANAC – Il ricorso alle linee guida come fenomeno di delegificazione	89
5.1.1. <i>L’identificazione delle linee guida dotate di efficacia vincolante</i>	92
5.1.2. <i>I correttivi al d.lgs. 50/2016: il d.lgs. n. 56/2017 e le linee guida</i>	94
5.1.3. <i>Il decreto Sblocca cantieri e il riordino delle linee guida dell’ANAC</i>	95

5.2. L'emergenza sanitaria da Covid- 19, i decreti semplificazione ed il nuovo Codice dei contratti pubblici	97
5.2.1. <i>D.lgs. 36 /2023</i>	100
5.2.2. <i>Il problema del c.d. "subappalto a cascata" e la problematica delle infiltrazioni criminali</i>	101
5.3. La digitalizzazione: aspetti e competenze dell'Autorità Nazionale Anticorruzione	102
5.3.1. <i>La Banca dati nazionale dei contratti pubblici</i>	105
5.3.2. <i>Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico</i>	106
5.4. Contrattualistica pubblica e prospettive future	107
CONCLUSIONI	109
BIBLIOGRAFIA e SITOGRAFIA	113
GIURISPRUDENZA	120

INTRODUZIONE

Le autorità amministrative indipendenti sono quei soggetti o enti pubblici, istituiti tramite legge, che esercitano in prevalenza funzioni amministrative in ambiti considerati sensibili o di alto contenuto tecnico, tali da richiedere un ampio livello di autonomia e neutralità nei confronti della politica e del Governo, con l'obiettivo di assicurare una maggiore imparzialità rispetto agli interessi coinvolti. Le funzioni ad esse attribuite sono di regolazione, di normazione e di sanzione. Tali autorità sono specificatamente deputate a intervenire in situazioni di squilibrio che possono condizionare l'ordinamento economico, al fine di garantire la tutela della concorrenza e del mercato.

Questa tesi analizza la genesi e l'operato dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito ANAC), una delle autorità dotate di maggiori competenze alla quale è stato affidato il compito di salvaguardare gli interessi pubblici su larga scala. L'ANAC, infatti, interviene nella lotta alla corruzione in molteplici ambiti della vita sociale ed economica dei cittadini e, nel tempo, ha definito precise Linee Guida per contrastare il fenomeno.

Pur avendo molteplici funzioni e sfere di attività, il tratto distintivo dell'ANAC è associato al controllo verso l'operato della Pubblica Amministrazione, con una particolare attenzione al settore del *public procurement*. Non è un caso che le autorità a contrasto della corruzione appaiano sin dalla genesi delle autorità amministrative indipendenti, a partire dagli anni Novanta del '900, a seguito dell'esigenza dei Governi di controllare i fenomeni corruttivi del Paese, bisogno dettato dal crescente malcontento popolare verso la degenerazione del potere politico.

Il presente elaborato contiene una descrizione del fenomeno corruttivo nelle sue diverse forme, soffermandosi sulla mala-gestione delle risorse pubbliche e sulla sua diffusione all'interno delle Pubbliche Amministrazioni. Tra le principali conclusioni sostenute, si evidenzia come l'impegno al contrasto dei fenomeni corruttivi potrebbe incidere positivamente sul miglioramento e l'efficientamento degli Stati, del mercato e, in generale: della società.

Partendo da un breve *excursus* sulle diverse azioni attuate da Organi e Organizzazioni europee e sovranazionali, il testo prende in esame i primi interventi normativi e regolatori di contrasto alla corruzione, spiegando come si sia giunti alla creazione di soggetti *ad hoc* – le autorità, per l'appunto. L'importanza degli episodi di corruzione che si sono verificati nella politica italiana negli anni Novanta del '900 coincide con l'istituzione di Organi come il GRECO (Gruppo di Stati contro la corruzione) che, attraverso valutazioni cicliche basate su principi riconosciuti e attuati dai singoli Stati, hanno svolto un ruolo di rilievo nel contrasto alla corruzione.

Una ricerca del centro Rand – Dipartimento per le Politiche Europee - ha stimato che il costo della corruzione all'interno dei Paesi dell'Unione Europea supera i 900 miliardi di euro all'anno¹. L'UE, a seguito di numerose stime e statistiche, ha delineato una spinta univoca al suo contrasto, attuando politiche ostative estese a tutti gli Stati membri. Il merito per l'avvio di politiche anticorruptive va sicuramente riconosciuto anche all'Italia che, istituendo strutture pubbliche apposite, si è posta fin dagli albori come promotrice dell'obiettivo europeo di fondare norme di comportamento ostative alla corruzione, nonché univoche a tutti gli Enti pubblici.

Tuttavia, l'efficacia della lotta alla corruzione è direttamente collegata al sentimento che i comuni cittadini nutrono verso il fenomeno stesso: finché atteggiamenti e attività tali saranno accettate, l'operato di leggi e istituzioni non sarà sufficiente. Nel nostro paese, purtroppo, i fenomeni corruttivi sono ancora ampiamente diffusi. Dai rapporti statistici internazionali, infatti, l'Italia figura tra i paesi meno virtuosi in questo ambito, anche in confronto a Stati fuori dal circuito occidentale, che per tradizione sarebbe ritenuto il più evoluto e meno corrotto. L'amministrazione italiana, radicata ancora nelle tradizionali forme di potere e chiusa nel suo sguardo al potere pubblico, non è riuscita a emanciparsi da tali forme nonostante i numerosi tentativi di riforma, spesso andati a vuoto.

Ma la lotta alla corruzione non è storicamente un fenomeno nuovo. Questa, in realtà, risale all'epoca dei Greci e dei Romani. La creazione di istituzioni appropriate per contrastarla

¹ RAND Europe, Estimating the Cost of Non-Europe in the Area of Corruption, 22 marzo 2016, in Rand Europe Research Project www.rand.org

ha rappresentato solo l'inizio del processo che dovrà però coinvolgere *in primis* tutta la collettività, il mondo dell'educazione e, soprattutto, le regole di mercato.

Nonostante il legislatore abbia più volte agito sulla regolamentazione degli ambiti di maggiore criticità, non si è ancora giunti a una soluzione univoca e concreta del fenomeno corruttivo all'interno del settore pubblico. La debolezza della Pubblica Amministrazione, che si esplica particolarmente nel campo degli affidamenti verso l'esterno di lavori, servizi e forniture, trova una disciplina precisa e diretta proprio nell'istituzione dell'ANAC. Nell'ambito dei contratti pubblici, il rischio di corruzione si cela nella facoltà della Pubblica Amministrazione di discrezionalità e responsabilità, caratteristiche tipiche presenti nell'operato delle funzioni proprie di amministrare il fine pubblico⁸. Proprio in questo settore si denunciano i più alti tassi di corruzione dovuti in particolare a carenze normative e a procedure poco chiare.

A partire dall'anno 2012, con la promulgazione della legge n. 190, viene istituita l'ANAC con lo scopo di verificare il ciclo di vita del *public procurement* e di adottare una modalità di sorveglianza innovativa rispetto ai controlli tradizionali. In precedenza, infatti, i controlli erano per lo più di tipo puramente normativo, di legalità formale dell'attività della Pubblica Amministrazione e del singolo operatore economico. Con l'istituzione dell'Ente in oggetto, l'intero iter procedimentale viene posto in discussione mediante attività di vigilanza sulla qualità delle imprese e sull'efficienza delle stazioni appaltanti. Ciò nonostante, la burocrazia ha soffocato le attività concrete di controllo, rendendole lunghe e inefficaci. Come enunciato da Villanelli, l'efficacia del contrasto alla corruzione *«deve superare l'ostacolo forse più insidioso rappresentato dal neoformalismo legislativo, vale a dire la tendenza a ritenere che una maggiore tutela della legalità possa essere conseguita prevalentemente, se non esclusivamente, con l'emanazione di nuove norme rendendo più difficile e pesante il processo decisionale, e che, se è vero che la corruzione è un fatto terribile, è altrettanto vero che l'obesità dei processi decisionali rischia di tagliare fuori dalla sfida globale il nostro sistema Paese»*².

² G. Villanelli, *Troppa burocrazia nella lotta alla corruzione*, *Corriere della sera*, 18 agosto 2015.

A partire dalla sua istituzione, proseguendo con il decreto c.d. “Sblocca cantieri”³, i decreti semplificazione post Covid-19 ed il nuovo Codice dei contratti pubblici (il d.lgs. 36/2023), l’ANAC ha garantito una maggiore certezza del diritto e semplificazione del quadro delle fonti. Con il decreto legge n.32 del 2019, il contributo dell’ANAC ha portato a un nuovo regolamento con tempi assai più ristretti mediante una c.d. “cristallizzazione” della *soft law*¹¹. Si è verificato quel meccanismo attraverso il quale le indicazioni contenute nelle linee guida non vincolanti definite dall’ANAC sono diventate a tutti gli effetti norme riconosciute dall’ordinamento e, dunque, vincolanti. Si pone così in essere un regolamento unificato del quadro delle fonti normative, in cui il ruolo dell’ANAC rimane centrale e garantisce efficienza, qualità e scambio di informazioni tra stazione appaltante e operatore economico.

Le funzioni attribuite all’ANAC sono definite all’articolo 19 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito poi con la legge 11 agosto 2014 n. 114. L’Autorità si serve di strumenti flessibili come linee guida, contratti-tipo, bandi-tipo e capitolati-tipo la cui funzione predominante è quella di fornire omogeneità ai procedimenti amministrativi. L’Autorità, inoltre, segue il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza e collabora con l’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per la valutazione del “*Rating di Legalità*”. Come definito dall’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, il *rating di legalità* si raffigura come un indicatore di standard elevati di legalità da parte di imprese richiedenti, che soddisfano cumulativamente i requisiti di: sede operativa in Italia, fatturato minimo di due milioni di euro, iscrizione nel registro delle imprese da almeno due anni dalla data di domanda ed il rispetto di altri requisiti definiti dal Regolamento⁴.

L’importante compito di valutare il *rating di legalità* va a sottolineare *in primis* l’attività dell’ANAC e, in secondo luogo, il lavoro di collaborazione che si instaura con Ministero dello Sviluppo Economico (ora Ministero delle Imprese e del Made in Italy) e l’Autorità Garante della Concorrenza del Mercato. Il *rating di legalità*, istituito dall’articolo 5-ter del decreto legge 24 gennaio 2012 n.1 convertito con modificazioni dalla legge 24 marzo 2012

³ D.L. 32/2019, Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici, entrato in vigore il 19 aprile 2019.

⁴ Rating di legalità, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, in: www.agcm.it

n. 27, concorre alla definizione di *rating d'impresa* che rappresenta un criterio premiale per gli operatori economici ai sensi dell'articolo 83, comma 10 del decreto legislativo n. 50/2016; esso è citato inoltre nell'articolo 95 del precitato decreto in attuazione dei criteri di aggiudicazione dell'appalto. Entrambi i criteri, dunque, costituiscono importanti fattori all'interno della definizione normativa di scelta del contraente per gli affidamenti pubblici.

Per concludere, l'ANAC, congiuntamente al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, alimenta la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici nella quale è possibile consultare tutti i documenti che confluiscono nelle diverse banche dati con il fine di trasparenza, legalità e il principio di non sovrapposizione. Di particolare rilevanza è la sezione *Analytics* all'interno del portale telematico dell'ANAC, dove è possibile consultare i dati sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture quotidianamente aggiornati, quali: il numero di procedure per oggetto principale del contratto; il valore della base d'asta; la localizzazione geografica delle stazioni appaltanti; le stazioni appaltanti e gli operatori economici⁵.

Nel presente elaborato si esamina inoltre come la situazione pandemica da Covid-19 abbia soffocato l'operato pubblico italiano in tutte le sue attività. In particolare, ci si soffermerà sul settore dell'approvvigionamento pubblico, dove la corruzione e la percezione di quest'ultima sono aumentate nettamente. Diversi sono stati i correttivi legislativi in ambito di approvvigionamento e gestione delle commesse pubbliche per fronteggiare l'emergenza sanitaria e la crisi economico-sociale che hanno afflitto il Paese e che, in quell'alveolo di incertezze, hanno creato le condizioni per l'insinuarsi di attività criminali.

Il settore edile nel suo complesso si è configurato come il più fruttifero per la corruzione. L'incentivo alle costruzioni dato dai diversi bonus edilizi⁶ ha determinato un aumento di fenomeni corruttivi anche nel settore privato edile⁷.

⁵ www.anticorruzione.it/banca-dati

⁶ Superbonus 110% Ecobonus 65% e 110% Bonus Mobili ed Elettrodomestici, con riferimento al meccanismo di cessione del credito disegnato dal legislatore con l'art. 121 del Decreto Legge n. 34/2020 (Decreto Rilancio).

⁷ In particolare, si citano le imprese edili istituite *ad hoc* per le agevolazioni fiscali e contributi statali del Superbonus 110% ed Ecobonus 65% c.d. "imprese fantasma".

Uno dei principali settori di *public procurement* colpito dalla corruzione è stato quello per l'approvvigionamento dei dispositivi di protezione individuale (DPI), come mascherine e guanti in lattice, che, configurandosi come i principali strumenti per il contenimento della pandemia, hanno indotto alla necessità di porre in essere diverse deroghe al procedimento amministrativo di approvvigionamento e di scelta del contraente, causando in tal modo un grande danno all'efficienza⁸.

I molteplici interventi in deroga al Codice dei contratti pubblici attuati per far fronte alla situazione pandemica hanno infatti snellito numerose procedure di controllo degli operatori pubblici e facilitato gli affidamenti diretti a quest'ultimi, diminuendo così i controlli.

Conseguenza diretta della crisi da Covid- 19 sono stati in particolare i nuovi Piani di ripresa: il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁹ e il Piano Nazionale per gli investimenti Complementari (PNC)¹⁰. Si pongono in rilievo quest'ultimi in quanto sono già in attività e verranno stanziati nel corso del periodo di validità ingenti somme di denaro a finanziamento di diverse strutture amministrative, ospedaliere e scolastiche e residenziali statali, ambiti dove purtroppo il rischio di corruzione si configura molto alto.

Infine, con l'entrata in vigore del d.lgs. 36/2023 e, pertanto, del nuovo Codice dei contratti pubblici, il ruolo dell'ANAC ha cambiato il suo aspetto. Dal primo luglio 2023 i regolamenti e le Linee Guida relativi agli affidamenti pubblici hanno perso efficacia. Cosa si andrà ad applicare in futuro? Che fine faranno le disposizioni del D.P.R. 207/2010? Il Codice del 2016 rimarrà, invece, in vigore ancora per tutte le procedure di affidamento pubblico stanziato con fondi provenienti da PNRR e PNC. Si andrà così a configurare un doppio binario nel settore degli appalti pubblici, che lascerà sicuramente molte incertezze e lacune. Storicamente, infatti, con l'entrata in vigore di nuovi Codici le lacune normative rendono molto rischiose, nonché incerte, le condizioni di applicabilità delle nuove

⁸ Si ricorda l'avvenimento accaduto nella Regione del Lazio, che dopo aver acquistato da una società italo-cinese 10 milioni di mascherine, per un carico sulla spesa pubblica di 36 milioni di euro, queste non sono state mai consegnate.

⁹ Piano finanziato con risorse europee, si stimano 191 miliardi per i progetti fino al 30 giugno 2026.

¹⁰ Piano finanziato con risorse nazionali per complessivi 30.622,46 milioni di euro per gli anni dal 2021 al 2026.

procedure, e il panorama peggiora se si aggiungono le condizioni economico-sociali degli ultimi tre anni.

L'obiettivo di questa tesi è quello di mostrare i lati negativi della corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione e, in particolare, nel *public procurement*, con la volontà di mettere in luce che, per contrastare il problema, sarà necessario coltivare una cultura nazionale contro la corruzione e incline alla trasparenza, insieme a un sistema di fonti che eluda la possibilità di crepe dove possano insinuarsi criminalità e malaffare.

Capitolo 1. Le Autorità amministrative indipendenti

1.1. La nascita delle Autorità indipendenti e il contesto italiano

La separazione dei poteri ha avuto origine durante la stagione dell'Illuminismo francese. Indicativamente dal XVIII al XIX Secolo il potere esecutivo, legislativo e giudiziario vennero progressivamente attribuiti in capo a soggetti distinti e non più riuniti in unico centro decisionale.

Nel contesto italiano, a partire dal 1848 con la promulgazione dello *Statuto Albertino*¹¹ e, successivamente, nel periodo *Cavouriano*¹², il Presidente del Consiglio del Regno di Italia, ispirandosi alle teorie proposte da Montesquieu, propose l'attribuzione del potere esecutivo non solo al Re, ma anche al Senato (seppur comunque nominato dal Re) e alla Camera dei Deputati (eletta dal popolo) e, infine, del potere giudiziario ai giudici. La separazione dei poteri, seppur in una struttura rigorosamente piramidale, cominciò a identificarsi come elemento distintivo di numerose riforme di ampliamento della sfera amministrativa statale.

Con gli inizi del XX Secolo, a seguito di numerose riforme attuate sul piano sociale e politico, come il suffragio universale, e dell'ascesa del fascismo, iniziarono a configurarsi le prime Autorità amministrative indipendenti, in risposta all'esigenza di cambiamento e alla necessità di strutture che andassero oltre i vincoli dei poteri statali. Queste amministrazioni esterne consentirono l'instaurarsi di una struttura amministrativa pluralistica e incentrata su una proiezione orizzontale dei poteri autoritativi¹³, rappresentando così la separazione tra la pubblica amministrazione e gli organi politici. La creazione di suddette autorità rispecchia l'obiettivo di colmare (nonché dimostrare) l'inadeguatezza e l'insufficienza delle forme tradizionali organizzative di distinzione tra

¹¹ Emanato il 4 marzo 1848 come "legge fondamentale, perpetua ed irrevocabile della Monarchia".

¹² Periodo di carica come ministro e Presidente del Consiglio dei ministri di Camillo Benso, Conte di Cavour (1810-1891).

¹³ Decreto Ministeriale 8 settembre 2022, Art.1 , «Soggetto pubblico»: le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'art. 117 della Costituzione, ivi comprese le autorità di sistema portuale, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione» (art. 2, comma 2, lettera a) del CAD), e i gestori di servizi pubblici.

politica e amministrazione. Il fondamento delle Autorità, riscontrato all'interno dei vari regimi costituzionali, rispecchia l'esigenza di una nuova concezione dell'amministrazione pubblica¹⁴ mirata al rispetto dei diritti individuali e di applicazione nella realtà di quest'ultimi.

La morfologia di tali "nuove Autorità" trova la sua genesi all'interno del sistema di governo e amministrativo americano. Le prime *agencies*¹⁵, concretizzate con elementi distintivi di indipendenza e responsabilità propria, miravano all'ampliamento della sfera di influenza politico-amministrativa all'interno della società. Di dubbia interpretazione anche all'interno del sistema americano, alle *agencies* non è semplice attribuire una definizione univoca. Nell'ordinamento statunitense una possibile descrizione delle Autorità si può riscontrare nell'individuazione delle loro caratteristiche comuni¹⁶: la collegialità; le modalità di nomina dei membri secondo il principio *bipartisan*¹⁷; la durata del mandato di norma superiore a quella del Presidente degli Stati Uniti; i poteri di regolazione, sanzione e risoluzione dei conflitti¹⁸.

In Europa l'affermarsi concreto e il riconoscimento di questa tipologia di strutture scaturirono da un lento ma costante allontanamento dello Stato dall'economia, che determinò l'esigenza di modelli di amministrazione alternativi riferiti anche alla privatizzazione dell'operato pubblico¹⁹.

I processi di privatizzazione e liberalizzazione del mercato avvenuti negli anni Novanta del secolo scorso in Italia sono i principali moventi che hanno significativamente influito sull'instaurarsi delle Autorità amministrative indipendenti italiane. Venuto meno

¹⁴ N. Longobardi, *Il sistema politico-amministrativo e la riforma mancata. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, G. Giappichelli Editore, 1999, p.84.

¹⁵ Cfr. L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, G. Giappichelli Editore, 1997.

¹⁶ L. Barra Caracciolo, *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento U.S.A.. Profili comparativi con l'esperienza italiana cit.*, p.155.

¹⁷ Principio tipico della nomina approvata sia dalla maggioranza che dall'opposizione.

¹⁸ Alcuni autori, nonché la dottrina, sin da subito hanno sostenuto la particolarità di queste Autorità, facendo emergere la loro funzione "quasi giurisdizionale e legislativa" esprimendo la possibilità dell'istituzione di un "quarto potere". Sul punto, G. GIRAUDI, M.S. RIGHETTINI, *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Laterza, 2001, p. 36 ss.

¹⁹ Cfr. L. Orlando, *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali*, *Il diritto amministrativo*, Rivista giuridica Anno XIV n.11 – Novembre 2022.

l'intervento dominante e monopolistico dello Stato nell'economia, nell'attività d'impresa e dunque indirettamente nella vita sociale della collettività, lo Stato diventa un mero "regolatore".

La nascita delle Autorità amministrative indipendenti ha rappresentato l'ascesa di attività con prioritari compiti di regolazione e vigilanza necessari ad evitare conflitti tra «Stato regolatore» e «Stato gestore»²⁰. Il mercato ha la necessità di essere regolamentato, l'autoregolazione non permette di scongiurare la nascita di monopoli, oligopoli e asimmetrie informative che andrebbero tuttora a minare l'equilibrio del mercato e il principio della concorrenza.

Diverse teorie hanno identificato le Autorità amministrative indipendenti come organismi posti all'interno dell'ordinamento unicamente per scorporare la responsabilità e l'influenza della politica²¹ su precisi ambiti, per scongiurare così situazioni negative che avrebbero potenzialmente ottenuto riscontri sfavorevoli nell'elettorato politico. Senza controbattere la loro rilevanza, c'è da riconoscere che, però, esistono anche delle semplici autorità realizzate "solo" per colmare il vuoto di attenzione che ricade su particolari settori e con l'obiettivo di segnalare all'ordinamento una qualsiasi tematica di rilevanza. Tra queste rientra, ad esempio, il Garante per l'infanzia e l'adolescenza, che, nonostante sia un'Autorità priva di capacità di influenza normativa, è stata predisposta per assicurare la tutela dei diritti e degli interessi dei minori²². Rimanendo su questa visione, tali istituti diverrebbero la risposta all'esigenza di rafforzare le garanzie verso i pubblici poteri ritenuti "incompetenti" e accusati di aver «*inquinato*»²³ le dinamiche economiche, sociali e regolatorie. Indugiare su queste teorie, però, sarebbe come sostenere una piena ed

²⁰ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, Edizione scientifiche italiane, 2022, pp.8-9.

²¹ R. Tittomanilo, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè Editore, 2007, pp.22-2023

²² Convenzione ONU sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza, approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989, ratificata dall'Italia con la l. 27 maggio 1991, n. 176.

²³ C. Benetazzo, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 70.

efficacie indipendenza e neutralità delle Autorità in questione, scostando l'attenzione da diversi episodi che ne hanno invece enfatizzato le carenze²⁴.

L'attività delle Autorità amministrative indipendenti è valida se inserita all'interno dell'ordinamento nazionale che attribuisce loro diverse competenze e funzioni. Quest'ultime sono rese possibili dalla valenza legittimativa delle Autorità indipendenti, che, svincolate dalla sfera politica e non sottoposte all'investitura popolare, hanno comunque il suddetto compito di intervenire in settori della vita economica e sociale.

La dottrina ha esaminato la questione ritenendola la nascita di un "quarto potere", con la capacità di sottrarre facoltà all'ambito legislativo-esecutivo e controbilanciandolo mediante la caratteristica principale della trasparenza e della possibilità di sindacato giurisdizionale. Sul piano della legittimità le Autorità indipendenti si configurano come dei «*poteri autoritativi non esplicitati da una fonte abilitante*»²⁵. Esse determinano una lacuna interpretativa nella nozione del principio di legalità sancito dalla Costituzione, non essendo esplicitate dalla fonte primaria, a differenza degli organi amministrativi e regolatori classici già determinati e amalgamati nel sistema «*perché sono i confini dell'amministrazione a risultare troppo restrittivi e soffocanti per il fenomeno delle Autorità indipendenti*»²⁶. Per quest'ultima argomentazione il rimando alla teoria dei poteri impliciti²⁷ è necessario. Le Pubbliche Amministrazioni e, in questo caso, le Autorità amministrative indipendenti hanno sempre la facoltà di esercitare azioni idonee al conseguimento di attività connesse al soddisfacimento dell'interesse pubblico (anche discrezionali) nei settori di competenza, nonostante non abbiano un riferimento normativo esplicito.

Risulta pertanto che, seppur questi organismi non siano esplicitamente citati nel testo costituzionale e i loro poteri non siano predeterminati all'interno di quest'ultimo ma solo

²⁴ Si pensi ad esempio agli episodi negativi di corruzione degli anni Novanta con la faccenda "Mani pulite".

²⁵ Cfr. R. Frunzi, *Autorità amministrative indipendenti e profili problematici comuni. Le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza*, Aracne, 2021.

²⁶ G. Grasso, *Le autorità indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimità democratica*, Giuffrè editore, 2006, pp. 32-33.

²⁷ Direttamente connesso alla dottrina internazionale attraverso la quale gli organi stati dispongono, oltre che ai poteri predeterminati a livello normativo, anche di tutte quelle funzioni connesse al potere che assicurano l'esercizio degli obiettivi legislativi stessi.

in leggi parlamentari, si renda necessaria la verifica di conformità al testo costituzionale per le funzioni e i poteri che le Autorità si vedono attribuire e per il grado di influenza che posseggono all'interno del sistema dottrinale e giurisprudenziale. Alle Autorità amministrative indipendenti sono applicabili normative di diverso rango: dalla Costituzione al diritto civile, dalle norme sul procedimento amministrativo alle fonti secondarie inerenti ai diversi ambiti di applicazione per cui l'Autorità è funzionale. In Italia la loro istituzione è stata prodotta da un'insufficienza, nonché debolezza, degli apparati amministrativi "degni" di svolgere le funzioni necessarie a tutelare interessi circoscritti²⁸. Le lacune normative sulla qualificazione delle Autorità indipendenti derivano dall'alto grado di competenze tecniche e specialistiche a loro attribuite e necessarie alla gestione dei settori di riferimento. Quest'ultime determinano un impedimento per il legislatore a essere puntuale nella definizione e attribuzione di poteri e facoltà caratterizzati da un'operosità in continua evoluzione a seguito dei mutamenti che avvengono all'interno dei diversi settori a cui fanno capo.

1.2. La caratteristica di indipendenza

I poteri affidati alle Autorità amministrative indipendenti nell'attuale contesto italiano fanno capo a principi costituzionalmente riconosciuti come il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione verso soggetti privati e pubblici. L'aggettivo "indipendente", che contraddistingue queste Autorità, separa quest'ultime da indirizzi politici ed è associato ai connotati di Pubblica Amministrazione, ai poteri garantiti del Presidente della Repubblica e alla terzietà del potere giurisdizionale. L'imparzialità, costituzionalmente predefinita per l'operato delle Pubbliche amministrazioni dall'art. 97 Cost., non giustifica l'istituzione delle Autorità indipendenti, proprio perché comune a tutte le amministrazioni pubbliche²⁹. Piuttosto, a suddette Autorità si addice la più ampia caratteristica di neutralità che in quest'ambito si configura come estraneità e quindi indipendenza ad avvenimenti che sono oltre la sfera di competenza dell'Autorità stessa.

²⁸ M. Clarich, *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, Il Mulino, 2005, p.8.

²⁹ Cfr. R. Chieppa, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, Riv. Sc. Sup. econ e fin., 2005, n. 7.

Come si evince dallo scritto di Patroni Griffi in *L'indipendenza del garante privacy* (2018) «l'imparzialità trascende l'originario significato riferito alle pubbliche amministrazioni in Costituzione, per trasfigurarsi in un'indipendenza amministrativa delle autorità, che deve assicurare separazione dalle pressioni del Governo e della politica»³⁰.

Vi sono diverse concezioni dell'indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti che, né la dottrina né la normativa, riescono a unificare. La dottrina ha più volte cercato di identificare dei tentativi di classificazione spesso ricondotti alle funzioni svolte da queste autorità. Una linea intrapresa è quella della distinzione tra Autorità di "garanzia" e Autorità "semi-indipendenti"³¹.

L'articolo 95 Cost. stabilisce la responsabilità dei Ministri verso l'indirizzo politico. Le Autorità amministrative indipendenti, estranee a questi rapporti, configurano l'assenza di responsabilità da parte del Governo. Quest'ultimo, dunque, non risponde al Parlamento delle attività, del funzionamento e dei risultati delle Autorità indipendenti³². Nessun membro politico può sindacare sull'attività organizzativa, decisionale e regolamentare delle stesse. Nei confronti del Governo, però, vi è una particolare caratteristica che risiede nell'allontanamento dal soddisfacimento dell'interesse pubblico particolare circoscritto, e dunque un allontanamento dalle direttive del Governo, riservandosi unicamente una mera attività di controllo e vigilanza su interessi costituzionalmente rilevanti. D'altronde, il Governo incide nella sfera di competenza affidatagli riguardante le attività necessarie al perseguimento di interessi collettivi europei o nazionali³³.

I confini di indipendenza con i centri politici e decisionali sono molto deboli. Annualmente vengono predisposte dal Governo o dal Parlamento delle relazioni che certamente spostano l'attenzione su una visione tendenzialmente attenuata dell'indipendenza. Si

³⁰A. Patroni Griffi, *L'indipendenza del Garante*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, n. 4, 14/02/2018, p. 6, www.federalismi.it

³¹ G. Amato, *Autorità semi indipendenti ed autorità di garanzia*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1997, p.645.

³² Cfr. V. Cerulli Irelli, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.astred.eu

³³ Come predisposto dalla Legge 14 novembre 1995, n. 481 *Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità*; all'art. 2 comma 21 si evince: «Il Governo, nell'ambito del documento di programmazione economico-finanziaria, indica alle Autorità il quadro di esigenze di sviluppo dei servizi di pubblica utilità che corrispondono agli interessi generali del Paese. »

potrebbe dunque pensare che, nonostante la loro indipendenza, le Autorità siano soggette al rispetto delle esigenze nazionali, ma vincolate da prospettive visionarie di “interessi da soddisfare” indicati e predisposti dall’indirizzo politico del Governo, con il rischio di essere poi limitate da quest’ultimo. Si ricorda, infatti, che l’ampliamento del rango delle Autorità amministrative indipendenti è anche frutto della normativa che ha radicalmente mutato i rapporti interni italiani tra Stato ed economia. A partire dalla riforma del Titolo V della Costituzione³⁴, in cui per la prima volta venne enunciato formalmente il termine di “tutela della concorrenza” nonché di “promozione della concorrenza”, il mercato inizia a far parte integrante della Carta fondamentale³⁵. A sostegno di ciò, pochi anni più tardi³⁶, si dilatò l’ideale della “sana competitività del mercato” come slancio allo sviluppo del Paese. Autorità come l’AGCM divennero così centrali per il ruolo di *advocacy* alla lotta contro le restrizioni pubbliche del mercato. Si andò così a delineare un valore riconosciuto alla concorrenza in cui si esclude a priori la possibilità di limitazioni imposte dai pubblici poteri proprio attraverso la garanzia costituzionale, che permette di riconoscere la concorrenza come un valore da sviluppare³⁷.

Come si è già indicato, l’indipendenza non esclude il legame con i valori costituzionali e la loro derivazione di matrice governativa o parlamentare. Nell’analisi in questa sede si evince la c.d. “indipendenza funzionale” delle Autorità indipendenti rispetto all’attività politica e governativa. I poteri concretamente esercitati, gli atti predisposti e la loro organizzazione vengono in ogni caso posti in essere indipendentemente dalle linee di riferimento politiche di Governo e dalle direttive parlamentari. L’ambito di indipendenza risulta quindi come una forbice che si allarga e si restringe in base alle diverse visioni dell’operato di queste Autorità.

³⁴ Legge cost. 18 ottobre 2001, n. 3 recante “*Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione*”, in G.U. n. 248 del 24 ottobre 2001.

³⁵ A. Argentati, *Mercato e costituzione. Il giudice delle legge di fronte alla sfida delle riforme*, G. Giappichelli Editore, 2017, p.8.

³⁶ Nel 2009, l’introduzione della legge annuale per il mercato e la concorrenza (art. 47, legge 23 luglio 2009, n. 99), mira a rimuovere gli ostacoli regolatori amministrativi e normativi per favorire l’apertura dei mercati.

³⁷ G. Amato, *Il mercato nella Costituzione*, Quad. Cost, 1992, 1, p.16.

Per mezzo della legittima facoltà di intervenire nei settori di loro interesse, le Autorità indipendenti si introducono all'interno del processo legislativo per farsi carico della tutela di interessi riconosciuti nei diversi campi di applicazione a cui l'Autorità è predisposta. Si instaura, così, un legame con il potere legislativo che rende i margini dei lavori parlamentari più limitati e sicuramente meno discrezionali, delimitandoli ai principi di settore già definiti dalle Autorità indipendenti³⁸. La produzione normativa che persegue il principio del *notice and comment*³⁹ consente sempre più una partecipazione in grande scala a soggetti titolari di investitura popolare (o meno) per la definizione degli interessi sociali ed economici da soddisfare con la regolazione. I rapporti con i centri del potere restano in ogni modo ben saldi, del resto «*la regolazione indipendente consente una produzione di regole unitaria e coerente nell'ordinamento nazionale e sempre integrata nell'ordinamento europeo*» (BENETAZZO, 2020). Come precedentemente citato, anche a seguito della relazione sull'operato delle Autorità amministrative indipendenti, non vi è un vero e proprio dibattito parlamentare né un voto, ma si rende possibile «*verificare le problematiche che nascono dalle politiche del Governo, in un rapporto di continua interazioni tra Autorità indipendenti e Parlamento*» (MORBIDELLI, 1997)⁴⁰ attuando un punto di incontro tra le diverse sfere.

Vista la potenzialità dell'operato delle Autorità amministrative indipendenti di incidere su situazioni giuridiche soggettive, occorre soffermarsi sul loro rapporto con il potere giudiziario. Nell'articolo 24 Cost. la tutela giurisdizionale è assicurata non solo nei confronti di atti amministrativi, ma anche al di fuori di essi e, di conseguenza, essendo le Autorità indipendenti estranee alle strutture amministrative classiche, in forza dell'articolo 113 Cost., il controllo giurisdizionale permane come garanzia stabilita dall'ordinamento⁴¹. L'ambito giurisdizionale appartiene al giudice amministrativo, ma con opzioni a carico del giudice ordinario che riflettono la particolarità degli ambiti di

³⁸ C. Benetazzo, *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, cit, pp.59-60.

³⁹ Strumento conoscitivo utilizzato per l'attività regolatoria che consente una maggior consultazione volta ad arricchire gli aspetti informativi e valutativi, permettendo a soggetti interessati di far pervenire le proprie osservazioni in merito.

⁴⁰ G. Morbidelli, *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici. Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, Passigli Editore, 1997, p.200.

⁴¹ G. Grasso, *Le autorità indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimità democratica*, cit., pp. 43-44.

azione delle Autorità e il complesso di situazioni giuridiche soggettive – interessi legittimi in gioco.

L'interesse legittimo ha come presupposto un'azione amministrativa e un interesse privato o pubblico da voler difendere. Il settore non è ben chiaro né definito puntualmente dalla dottrina. Pur trattandosi di conseguenze tratte da un'attività amministrativa (e quindi l'innescarsi di un interesse legittimo e la relativa giurisdizione al giudice amministrativo), le diverse funzioni e incisioni nei diritti soggettivi da parte delle Autorità indipendenti le rendono effettivamente l'ambito di giurisdizione del giudice ordinario a pieno regime.

La tesi dibattuta può avere diversi epiloghi in base alla visione dottrinale e giuridica che si predilige attribuire alle Autorità indipendenti. L'ambito giurisdizionale va automaticamente a definirsi proprio a seguito delle definizioni delle situazioni giuridiche in ballo⁴². Se quindi si fa riferimento a diritti soggettivi, la giurisdizione è del giudice ordinario; se si hanno interessi legittimi, la giurisdizione si attribuisce invece al giudice amministrativo. Sul punto era già intervenuta la l. n. 205/2000 stabilendo l'impugnazione degli atti delle Autorità indipendenti dinanzi il giudice amministrativo: la Corte Costituzionale non ha fatto altro che confermare tale tesi ma senza puntualizzare le diverse prospettive di impugnazione di atti da parte delle Autorità indipendenti. La natura amministrativa delle Autorità indipendenti va a configurarsi all'interno del Codice del processo amministrativo, che ha espressamente attribuito tali organi alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo⁴³.

1.2.1. La nomina dei membri

Anche per le modalità di nomina dei membri delle Autorità scarseggia una disciplina univoca, minando talvolta il concetto stesso di indipendenza. Quest'ultima, infatti, si sostanzia in un'autogestione nei confronti del Governo, ma non si sostanzia sempre anche

⁴² Corte Cost. Sent. n. 24/2004.

⁴³ Art. 19 comma 1 lett. b) c.p.a. ha incluso le controversie derivanti da attività delle Autorità amministrative indipendenti tra quelle sottoposte al rito abbreviato definito dalla medesima disposizione.

nel connotato dell'autonomia completa di scelta⁴⁴. Di rilievo ci sono diverse concezioni che raffigurano l'indipendenza più o meno forte, dettata dalla modalità di nomina dei membri. La nomina, infatti, "mette al riparo"⁴⁵ i soggetti preposti alla titolarità all'interno delle autorità dalle influenze esterne.

La nomina dei componenti varia a seconda della tipologia di Autorità.

Per le Autorità tendenzialmente governative⁴⁶ l'iniziativa di nomina deriva dal Consiglio dei Ministri che, a sua volta, deve essere legittimato dalle Commissioni parlamentari per poi sfociare in un Decreto del Presidente della Repubblica. Esempi sono l'Autorità di regolazione dei trasporti, la Consob, il Governatore della Banca d'Italia, nomina in cui viene coinvolto anche il Consiglio Superiore della Banca d'Italia, mentre viene meno l'intervento del Parlamento.

Per le Autorità tendenzialmente parlamentari⁴⁷ la decisione di incarico perviene da un accordo tra il Presidente della Camera e quello del Senato. È il caso di Arera, Anca e Presidente dell'Agcom. Esistono dei casi, però, come quello dell'Autorità garante per la protezione dei dati personali, in cui i due Presidenti non procedono a un'elezione dei membri congiuntamente ma autonomamente. In questi casi, sempre in riferimento all'Autorità sopra citata, composta da quattro membri, due sono scelti dal Presidente della Camera e due dal Presidente del Senato. Ci sono poi le Autorità per i servizi pubblici che vedono coinvolti sia il Governo che il Parlamento nella nomina dei loro membri instaurando così una forma mista.

Gli atti di nomina di derivazione governativa sono considerati atti di alta amministrazione⁴⁸ e, dunque, nell'ipotesi di impugnazione, la competenza è affidata al giudice amministrativo e, dato che sono equiparabili ad atti politici, come quest'ultimi

⁴⁴ La differenza sottile tra indipendenza e autonomia viene approfondita da R. Tittomanilo, *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Giuffrè Editore, 2000.

⁴⁵ V. Cerulli Irelli, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008, p.104.

⁴⁶ Tra queste rientrano: AEEG, ANAC, CONSOB e ISVAP.

⁴⁷ Ad esempio AGCOM.

⁴⁸ Distinzione tra atto politico e atto di alta amministrazione, Cons. Stato, Sez. IV, 10 agosto 1993 n. 566.

vengono ritenuti illegittimi solo nel caso di violazione del principio di ragionevolezza⁴⁹. Questo significa che l'atto di nomina deve in ogni caso contenere le motivazioni di scelta tra i diversi candidati, dimostrando così la ragionevolezza della scelta.

Con riferimento alle nomine di derivazione parlamentare, invece, la dottrina non è esplicita. Diverse posizioni a riguardo interpretano le nomine di derivazione parlamentare pienamente riconducibili alla figura dell'atto politico in cui la sindacabilità è sottratta al giudizio del giudice amministrativo⁵⁰. La tesi sembrerebbe superata dalla giurisprudenza che ha accomunato entrambe le nomine agli atti di alta amministrazione⁵¹. Il procedimento di nomina fa riferimento al modello di selezione dei Commissari dell'Unione europea, mirando al più alto grado di trasparenza e concentrandosi su caratteristiche meramente curriculari e di pubblicità.

L'indipendenza si instaura in questi casi attraverso un distacco dall'influenza governativa tramite l'esclusione di influenze dell'Esecutivo vincolanti, a seguito dell'inserimento nei processi di nomina del Parlamento e del Presidente della Repubblica. Filoni della dottrina auspicano in previsioni che permettano l'utilizzo di procedure concorsuali per la selezione dei membri e anche per la definizione dei candidati, rendendo così insindacabile l'atto di nomina e riconducendo così a maggiore trasparenza e meritocrazia, principi degni delle Autorità in questione.

1.2.2. La carica

La garanzia di indipendenza risiede anche nella durata della carica, nella limitata revocabilità o rinnovabilità e nelle incompatibilità.

La principale caratteristica consiste nella durata del mandato che va dai cinque ai sette anni senza possibilità di un secondo incarico.

⁴⁹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, cit., p.47-48.

⁵⁰ Art. 7 C.p.a.

⁵¹ T.a.r. Lazio, Roma, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 2223.

La possibilità dell'istituto della revoca, inteso come rivalutazione della nomina a seguito di postume circostanze sopravvenute all'atto di nomina, non è ammessa. Tale istituto non è coerente con la disciplina delle Autorità indipendenti in quanto presuppone rapporti di sovra ordinazione o di rapporti permanenti di fiducia tra nominante e nominato, entrambi non presenti nella disciplina⁵². Diverso invece è l'ambito della revoca sanzionatoria, dove l'applicazione risulta possibile a seguito di comportamenti inadeguati, di inerzia o di violazione di legge.

I titolari di cariche all'interno delle Autorità indipendenti sono salvaguardati nella propria indipendenza in forza del principio che tutela l'esercizio delle loro funzioni per un periodo predefinito e non modificabile, senza l'insicurezza di una possibile rimozione e senza il timore di poter o meno, in un certo senso, meritare la riconferma della carica. La disciplina comunitaria sottolinea infatti l'indipendenza del ruolo delle cariche sia nei confronti dell'esercizio di attività pubbliche che private⁵³. La scelta dei membri è difatti connessa ai requisiti di competenza, esperienza, moralità e indipendenza⁵⁴. Si riscontra inoltre la tutela all'indipendenza di queste Autorità nei vari casi di incompatibilità che escludono la possibilità che un membro alla fine del proprio mandato ricopra cariche pubbliche sia inerenti al medesimo ambito che estranee. L'incompatibilità assicura l'esigenza di evitare che l'esercizio della carica e le conoscenze acquisite possano scaturire in una personale utilità o che attività e imprese operanti nei medesimi settori possano trarne vantaggi a scapito di trasparenza e concorrenza⁵⁵.

⁵² S. Foa, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, Diritto Amministrativo Fasc. 4 del 1° dicembre 2020, p. 764 in One Legal <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

⁵³ Art. 23 direttiva 2003-54-CE in riferimento alla materia di energia elettrica sottolinea che le Autorità di regolazione «sono pienamente indipendenti dagli interessi dell'industria elettrica».

⁵⁴ Art. 1 comma 3, d.l. n. 95 del 1974, come modificato dalla L. n. 281 del 1985.

⁵⁵ Cons. St., sez. VI 30 gennaio 2007, n. 341.

1.2.3. Le risorse finanziarie

L'obiettivo di autonomia nel reperimento delle risorse conferma appieno il connotato di indipendenza delle Autorità amministrative indipendenti⁵⁶.

L'autonomia finanziaria delle prime Autorità indipendenti era fondata su trasferimenti derivanti dalle annuali assegnazioni di bilancio da parte del Parlamento ed era proporzionale al loro funzionamento. Ma questa modalità comportava l'accumulo di rilevanti importi residui. Successivamente la forma di finanziamento diventò di tipo misto, con l'inserimento della possibilità di autofinanziamento proprio delle Autorità che, sfortunatamente, rimase limitata a casi eccezionali. La prima forma di autofinanziamento è stata attribuita alla CONSOB nel 1994, anno nel quale i promotori finanziari furono investiti dall'onere di partecipare economicamente all'iscrizione all'albo con un contributo di spesa.

A partire dagli anni 2000, con la razionalizzazione della spesa pubblica⁵⁷, la legge finanziaria 2002⁵⁸ introdusse la prassi che i bilanci delle Autorità amministrative indipendenti fossero inseriti in allegato allo stato di previsione di spesa del Ministero dell'Economia e delle Finanze e, con la Legge finanziaria del 2006⁵⁹, il dettato normativo rese più omogeneo il meccanismo dell'autofinanziamento.

La strada più seguita⁶⁰ continuò ad essere quella di riconoscere come «*un dato incontestabile (...) la progressiva, sensibile riduzione del contributo a carico dello Stato*»⁶¹

⁵⁶ M. Clarich, *Indipendenza e autonomia delle autorità Amministrative indipendenti*, intervento al convegno "Le Autorità amministrative indipendenti - Bilancio di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati", Roma, 28 febbraio 2013, pp. 1-5.

⁵⁷ N. Longobardi, *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2012, pp.8-10 in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁵⁸ Art. 28 comma 9, l. 28 dicembre 2001 n. 448.

⁵⁹ Art. 1 comma 65 ss., l. 23 dicembre 2006 n. 266.

⁶⁰ Cfr. L. 191 23 dicembre 2009 (Legge finanziaria 2010), all'art. 2 stabilisce una diminuzione dei finanziamenti a favore delle Autorità amministrative indipendenti tra il 25 e 60 per cento per i tre anni successivi.

⁶¹ Documento approvato dalla I Commissione permanenti (Affari Costituzionali, della Presidenza del Consiglio e Interni), nella seduta del 16 febbraio 2012 a conclusione dell'indagine conoscitiva deliberata nella

per il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti, nella prospettiva di contenimento della spesa pubblica.

A seguito di queste riforme le Autorità amministrative indipendenti iniziarono a recepire le proprie risorse attraverso gli stanziamenti posti a carico dello Stato, le contribuzioni e le sanzioni pecuniarie a carico dei soggetti fisici e giuridici che operano all'interno del settore di riferimento dell'Autorità stessa. In questo quadro normativo, l'autonomia finanziaria si esplica con un maggiore finanziamento proveniente dal mercato di riferimento mentre solo una parte residua non coperta è a carico del bilancio dello Stato⁶².

L'indipendenza finanziaria si realizza infine con riferimento all'organizzazione della gestione delle risorse. Questa viene determinata con decisione propria dell'Autorità (nel rispetto dei limiti di legge) e la delibera è successivamente approvata dal Presidente del Consiglio dei Ministri, su parere del Ministro dell'Economia e con decreto proprio. A seguito di diversi dibattiti⁶³ si è enfatizzata l'esigenza di diminuire i costi delle Autorità in riferimento al bilancio statale. La soluzione del problema è stata individuata nella creazione di un Fondo unico perequativo tra tutte le Autorità indipendenti. Tale Fondo è stato proposto dalla legge finanziaria del 2010 dove si presentò per la prima volta la sua istituzione presso il Ministero dell'Economia e delle Finanze⁶⁴ e il funzionamento consiste nel farvi confluire le risorse che ogni anno vengono poi ripartite tra tali amministrazioni. Questa proposta di istituzione ha riscontrato però sin da subito diverse rivalutazioni e già in sede di audizione parlamentare è stata criticata per violazione del diritto dell'UE. Le censure sono derivate particolarmente dalla possibilità di far venir meno l'indipendenza finanziaria delle Autorità indipendenti e da diverse illegittimità rispetto alla normativa

seduta del 2 febbraio 2010 sulle Autorità amministrative indipendenti. Articolo 114, comma 3 del Regolamento della Camera dei deputati, Doc. XVII n.17, Atti parlamentari XVI legislatura.

⁶²L. Di Donato, *Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico, di diritto dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2015, pp. 3 ss in www.amministrazioneincammino.luiss.it.

⁶³ L. Di Donato, *Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, cit. pp. 8 ss.

⁶⁴ L'idea era quella di confluire, "per la parte non coperta dal finanziamento a carico del bilancio dello Stato, tutte le entrate proprie di tali autorità indipendenti stabilite da disposizioni vigenti". Tutte le risorse così raccolte saranno ripartite ogni anno tra le nove amministrazioni secondo le indicazioni contenute in un Decreto del Presidente della Repubblica, da adottare entro il 30 novembre di ciascun anno previa deliberazione del Presidente del Consiglio, su proposta del Ministero dell'economia e delle finanze sentiti i Presidenti delle rispettive autorità.

comunitaria, che impone in diversi settori un rapporto diretto tra autorità e soggetti economici presenti nel mercato. Anche la tesi della creazione di un comitato *ad hoc*, esterno al Ministro dell'Economia e delle Finanze e formato da componenti delle diverse autorità, ha avuto il medesimo epilogo⁶⁵. La legge di bilancio del 2014⁶⁶, intervenendo sulla questione, ha proceduto definitivamente alla limitazione del contributo statale.

1.3. Le funzioni e le attività delle Autorità amministrative indipendenti

Come già anticipato, non sono ben definiti i confini delle attività svolte da parte delle Autorità amministrative indipendenti. Le funzioni, infatti, variano dalla regolazione al controllo, dalla garanzia alla vigilanza fino ad arrivare a un'influenza nelle attività legislative, governative e giudiziarie⁶⁷. I poteri amministrativi svolti dalle Autorità amministrative indipendenti si esprimono attraverso atti e autorizzazioni, senza dimenticare che esse hanno la facoltà di emanare atti normativi. Non c'è alcun dubbio, infatti, che queste abbiano investito l'intero sistema delle fonti determinando la necessità di riorganizzazione delle fonti del diritto stesse.

La funzione amministrativa si esplica principalmente con riferimento a funzioni poste sulla base di discrezionalità tecnica. Il ruolo amministrativo assume una funzione di *soft law* e di *moral suasion*⁶⁸. Il primo concetto rimanda a tutti quegli strumenti e atti posti in essere con modalità informali ma che, nonostante ciò, influenzano i destinatari. Il secondo, invece, incarna particolarmente la funzione di orientamento dei comportamenti⁶⁹. La linea sottile che separa le due modalità di influenza è poco marcata e risiede proprio nella capacità di indirizzo propria del *moral suasion*. Il ricorso agli atti di *moral suasion* «*rappresenta una scorciatoia per colmare una lacuna o per anticipare un successivo atto*

⁶⁵ S. Foa', *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, Il Governo. Prospettive organizzative e funzionali, 12 ottobre 2020, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato europeo., pp. 78 ss, in www.federalismi.it.

⁶⁶ L. n. 147/2013.

⁶⁷ Art. 12 comma 1, l. 29 luglio 2003 n. 229.

⁶⁸ Persuasione morale autorevole, che si propone di orientare scelte e comportamenti.

⁶⁹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, cit., p. 52.

vincolante, in altri casi, invece, l'autorità preferisce adottare un atto persuasivo per non irrigidire eccessivamente le regole del mercato di riferimento» (MORETTINI,2011). L'influenza incisa negli ambiti di competenza è direttamente proporzionale alla valenza dell'Autorità stessa. Difatti, la gran parte degli atti emanati dalle Autorità amministrative indipendenti sono rappresentativi di indicatori per l'orientamento e per la corretta interpretazione e applicazione della normativa di settore. Proprio a fronte della funzione amministrativa, accessoria è quella relativa ai rapporti con Governo e Parlamento: le autorità possiedono la facoltà di esprimere pareri e segnalazioni per indirizzare il legislatore nelle materie di loro competenza.

1.3.1. La funzione regolatoria e normativa

Le Autorità amministrative indipendenti, affermatesi nel contesto economico e sociale della liberalizzazione del mercato, costituiscono il primo avviso di mutamento di azione dello Stato nell'economia. L'inversione di rotta introdotta con il concetto di Stato regolatore si ripercuote del tutto all'interno delle Autorità indipendenti di regolazione. Quest'ultime, infatti, svolgono un'attività regolativa diretta a conformare la concorrenza nel mercato, con il soddisfacimento degli interessi generali quali rispetto di standard minimi ed efficienza⁷⁰. L'avvento delle privatizzazioni, della *deregulation* e della delegificazione non hanno determinato però una diminuzione di regole, né tanto meno il totale abbandono della presenza da parte del potere pubblico nei diversi settori quali economia, finanza, assicurazioni, etc. Ciò che è avvenuto, invece, è stato meramente un cambiamento nelle modalità dell'intervento statale. La tesi più fortemente sostenuta è quella della c.d. "vincita" del mercato e del sistema economico sulla politica attraverso un «primato durevole»⁷¹ dei primi. L'istituzione delle Autorità indipendenti ha segnato al contrario l'introduzione di nuove normative di settore a tutela di interessi sia pubblici che privati⁷².

⁷⁰ C. San Mauro, *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in Rivista annuale di concorrenza, Concorrenza e mercato, G. Giuffrè editore, 2010, p. 423.

⁷¹ W. Steeck, *Tempo guadagnato. La crisi rinviata dal capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013 p.83.

⁷² R. Tittomanilo, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, cit., p.3

Le Autorità possono: vietare o autorizzare; svolgere indagini conoscitive per verificare infrazioni ai divieti; acquisire mezzi istruttori e disporre ispezioni; esercitare poteri cautelari per rischio di danno grave e irreparabile (etc.)⁷³. Ed è proprio da tali funzioni che la valutazione del giudice prende forma. Difatti, la “riserva di regolazione” permette al giudice di stabilire la legittimità degli atti mediante il controllo della ragionevolezza dell’istruttoria compiuta da parte delle Autorità indipendenti con la sola verifica dell’eventuale vizio di eccesso di potere. Il principio giudiziario si verifica proprio nella fattispecie delle Autorità di regolazione, in quanto, quest’ultime devono operare con metodo e coerenza applicativa per scongiurare un esercizio smisurato della discrezionalità tecnica.

Il potere regolatorio è attribuibile a quelle Autorità che principalmente svolgono la loro attività in contesti economici con competenze specifiche o generali settoriali come, ad esempio, l’Autorità di regolazione per energia, reti e ambiente (ARERA), l’Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCM) o l’Autorità di regolazione dei trasporti (ART). L’impostazione di specializzazione tipica delle Autorità amministrative indipendenti permette l’identificazione della legittimità regolativa di settore affidata alle stesse. Quella che è andata a configurarsi è un’organizzazione interna regolatoria delle *Authorities*, che dista dalle forme classiche del sistema gerarchico e di competenza tipiche del tradizionale assetto normativo italiano, usualmente distinto in legalità formale e sostanziale⁷⁴. Ciò che viene maggiormente rilevato⁷⁵ è l’atipicità delle Autorità indipendenti che ha consentito l’ampiezza di esercizio di poteri diversi, riconducibili ad attività amministrative ma ricondotte, successivamente, in vere e proprie attività di regolazione e normazione.

I regolamenti posti in essere da queste citate autorità riscontrano una valenza interna e una esterna. La valenza interna della regolamentazione è riferita all’ autonomia organizzativa. La funziona regolativa, in questi casi, si esplica in atti riguardanti l’organizzazione interna, il personale o la contabilità. La valenza esterna si riferisce, invece, a un’ autonomia normativa, alla possibilità di procedere all’ emanazione di atti con

⁷³ S. Foa, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo*, cit., p. 4.

⁷⁴ P. Carretti, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti 2003 – 2004, I poteri normativi delle Autorità indipendenti* a cura di P. Carretti, G. Giappichelli Editore, 2005, p. XIII.

⁷⁵ P. Carretti, *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti 2003 – 2004, I poteri normativi delle Autorità indipendenti*, cit., pp. XIV-IV.

contenuto normativo anche di carattere generale e desume, quindi, che la legittimazione normativa sia proprio direttamente collegata al connotato d'indipendenza.

La tematica che si rileva, dunque, è quella delle legittimità. Come citato in precedenza, tali Autorità non rientrano nel circuito della responsabilità stabilito dall'art. 95 Cost., relativo alla legittimità democratica. Si potrebbe dunque giungere alla conclusione che la funzione legislativa è attribuita al Parlamento in quanto organo decisionale stabilito dagli elettori, e si escluderebbe ogni altro organo dalla possibilità di svolgere la medesima funzione in quanto privo di legittimità democratica e di rappresentanza politica⁷⁶. Di contro, però, tale conclusione presupporrebbe che né le Autorità amministrative indipendenti né ogni altro organo esterno al potere legislativo avrebbero la facoltà di svolgere una funzione legislativa - regolamentare e si andrebbe contro, ad esempio, alle disposizioni dell'art. 17 del d.P.R. n. 400 del 1989 sulla possibilità di regolamenti governativi. Si pone dunque l'incertezza circa la promulgazione di atti normativi da parte di autorità esterne allo Stato, dove per Stato si intende il potere legislativo. La normativa vigente, e in particolare l'art. 117 Cost., rimanda la potestà regolamentare anche alle Regioni e quindi lo "Stato", a cui ci si riferisce, non è obbligatoriamente identificativo di Parlamento o Governo⁷⁷. Di conseguenza, la possibilità di attuare atti normativi non è esclusiva di organi statali (intesi come Governo e Parlamento), ma può riguardare anche altri organi, quali in questo caso le Autorità indipendenti. A sostegno di questa tesi l'analisi mette in rilievo il pluralismo istituzionale⁷⁸ che garantisce il fondamento dell'autonomia costituzionalmente riconosciuta a queste Autorità e ne legittima così il riconoscimento del potere regolatore e normativo⁷⁹. Inoltre, la caratteristica di indipendenza indirizza a favore della legittimità degli atti normativi posti in essere dalle Autorità indipendenti. La loro istituzione si fonda proprio sull'appartenenza ad organismi di carattere neutrale, che escludono a priori ogni possibile coinvolgimento dei poteri esecutivi e legislativi. In ragione di questa neutralità,

⁷⁶ F. Zammartino, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematiche nuove prospettive*, Dirittifondamentali.it-Fascicolo 1/2020, 31 marzo 2020, p.958 in www.astrid-online.it.

⁷⁷ G. Grasso, *Le autorità indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimità democratica*, cit., p.211.

⁷⁸ Tipico delle autonomie riconosciute dall'ordinamento ai diversi centri di potere, nonché dell'indipendenza di quest'ultimi.

⁷⁹ F. Politi, *La potestà normativa delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi, *Autorità indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, seconda edizione, Torino, 2009, pp.300-301.

a cui si associa come già citato in precedenza l'imparzialità, il potere esercitato dalle Autorità indipendenti diventa superiore rispetto al potere stesso. L'indirizzo di "controllori" degli interessi diffusi giustifica il loro potere normativo⁸⁰ riconosciuto. Tale considerazione è stata posta a sostegno della teoria secondo la quale l'«*insostenibile leggerezza*»⁸¹ del Legislatore che opera seguendo la c.d. "tattica del rinvio", che lascia la disciplina incompleta, consente alle Autorità amministrative indipendenti di disciplinare quegli ambiti non regolati, esprimendo il proprio potere regolamentare. Il Parlamento non ha la totale capacità di porre delle regole certe in ogni ambito e concede, così, ampie deleghe in settori caratterizzati da elevata complessità tecnica ed economica, nonché in continua evoluzione di cui le Autorità indipendenti fanno parte. A seguito dell'insinuarsi all'interno dell'ordinamento di nuovi diritti e interessi da tutelare, di nuovi compiti e innovazioni organizzative, si è reso necessario l'inserimento di una più precisa normativa per l'assolvimento di bisogni e interessi, talvolta neppure ben definiti dal legislatore⁸². In linea generale, infatti, i poteri normativi attribuiti alle Autorità indipendenti non riscontrano una linea definita e predeterminata, ma al contrario lasciano spazio ad ampia discrezionalità dettata dall'alto livello di tecnicità del settore di riferimento attribuiti all'Autorità. La funzione regolatoria e normativa colma il vuoto normativo mediante una disciplina sostanziale della materia che si ritrova proprio all'interno dei regolamenti indipendenti. La legge stessa, a sua volta, riconosce e disciplina l'efficacia di quest'ultima.

1.3.2. La funzione sanzionatoria

La funzione di regolazione caratterizzata dall'alto livello di discrezionalità attribuito alle Autorità indipendenti è connessa con la potestà sanzionatoria di quest'ultime. Il rapporto intercorrente tra le due si esplica nel momento in cui la facoltà di irrogare una sanzione è affidata al medesimo soggetto titolare altresì della capacità di regolazione. La sanzione raffigura uno strumento essenziale all'interno della funzione regolatoria, costituendosi

⁸⁰ F. Zammartino, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematiche nuove prospettive*, cit., p.960.

⁸¹ F. Zammartino, *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematiche nuove prospettive*, cit., p. 954.

⁸² M. Clarich, *Indipendenza e autonomia delle autorità Amministrative indipendenti*, cit., pp.101-103.

necessaria allo svolgimento dell'attività di regolazione stessa⁸³. È possibile affermare dunque che tutte le Autorità, caratterizzate da capacità di regolazione, per il compimento delle loro funzioni siano titolari di poteri sanzionatori.

L'attività sanzionatoria⁸⁴ può essere esercitata nei confronti di soggetti che agiscono negativamente sul funzionamento del mercato con la funzione di ripristino del corretto andamento⁸⁵. Tale tesi, a sostegno del postulato dell'affermarsi dell'intervento "regolatore" dello Stato nell'economia, permette il ricorso alla sanzione da parte delle Autorità per la tutela dell'ordine economico. Per quest'ultima, la mera sanzione di tipo penale riscontra una certa inadeguatezza, in ragion della quale assolve unicamente scopi repressivi e non preventivi. Nell'ambito economico la diversità delle misure adottate riscontrano tipicamente criteri di tipo preventivo mediante forme di controllo, vigilanza o scoraggiamento.

Si deduce che la funzione sanzionatoria ha delle ripercussioni pedagogiche piuttosto che punitive. La dottrina sottolinea che la sanzione in questi casi è un elemento rappresentativo dell'intera attività di regolazione e non solo l'obiettivo finale dell'attività. I poteri sanzionatori sono regolamentati dalle leggi istitutive delle diverse Autorità e possono essere predisposti in via diretta o indiretta. Attraverso la modalità indiretta l'Autorità propone la sanzione a seguito di illeciti riscontrati, che, sarà però fisicamente predisposta da un'altra Autorità. Si deduce che l'attività sanzionatoria, in primo luogo predisposta come dimensione verticale, può assumere anche connotati di orizzontalità, enfatizzando la partecipazione di diversi soggetti al potere sanzionatorio. Infatti, oltre alla possibilità di proposta di sanzione derivante da un'autorità diversa da quella direttamente competente, si evince anche la possibilità di partecipazione di soggetti esterni come, ad esempio, i denunciati stessi come nel caso di consumatori e/o cittadini.

Le sanzioni irrogate dalle Autorità indipendenti hanno determinazione propria nei limiti di legge con l'ipotesi di inserimento del procedimento sanzionatorio del giudice

⁸³ R. Tittomanilo, *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, cit., p.3.

⁸⁴ Riferimento alla disciplina dei poteri sanzionatori sul modello della l. 24 novembre 1981 n. 689.

⁸⁵ Cfr. L. Meoli e P. Sorbello, *Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. Riflessioni sull'analisi economica del diritto*, in *Rivista della Guardia di Finanza* 2/2015, pubblicazione sulla *Rivista di Diritto Tributario Internazionale* 2015.

amministrativo, il quale, mediante una giurisdizione di merito, può rideterminare l'importo della sanzione irrogata⁸⁶.

⁸⁶ Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 10 marzo 2006, n. 1271.

Capitolo 2. Il fenomeno corruttivo

2.1. Il concetto di corruzione e la sua analisi

Corrompere: guastare, alterare, ammorbare, contaminare⁸⁷. Oltre alla definizione lessicale del termine, ciò che desidero porre più in rilievo è la mancanza all'interno dei testi regolatori nazionali e sovranazionali di un'identificazione specifica e univoca del termine "corruzione" e del fenomeno corruttivo in generale. La corruzione rappresenta un fatto culturale, politico ed economico particolarmente significativo raffigurato da un «*tratto distintivo biologico*»⁸⁸ dalle caratteristiche di decomposizione, disfacimento, degenerazione e corrosione dei sistemi politici, economici e sociali.

Nel testo della Convenzione civile sulla corruzione (Parlamento Europeo, 1999) all'art. 2 viene data una definizione del termine corruzione come «*il fatto di sollecitare, offrire, dare o accettare, direttamente o indirettamente, una provvigione illecita o altro indebito vantaggio, ovvero promettere tale indebito vantaggio, in modo tale da pregiudicare il normale esercizio di una funzione o il comportamento regolamentare di colui che beneficia della provvigione illecita o dell'indebito vantaggi o della promessa di tale vantaggio indebito*». In tale definizione si sottolinea però come questa sia esclusivamente limitata ai fini della sopracitata Convenzione, senza offrire quindi una definizione generica del termine applicato all'ambito regolamentare e normativo. Per l'appunto, la Convenzione Merida (Assemblea Generale delle Nazioni Unite, 2003), di cui si tratterà in seguito, considerata dallo *United Nations Office on Drugs and Crime*⁸⁹ come unico e principale accordo per il tema dell'anticorruzione universale e legalmente vincolante per tutti gli Stati, non cita in alcun Titolo la definizione di "corruzione".

⁸⁷ Corrompere, Enciclopedia Treccani

⁸⁸ R. Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, G. Giappichelli Editore, 2020, p. 2.

⁸⁹ L'Ufficio delle Nazioni Unite per il controllo della droga e la prevenzione del crimine.

A livello nazionale l'unica rappresentazione normativa del fenomeno la si può scorgere all'interno del Codice Penale⁹⁰, nel quale viene espresso il reato di corruzione in riferimento all'attività corruttiva nei confronti delle più ampie terminologie e funzioni di "pubblico ufficiale" e "pubblico servizio". Sembrerebbe, dunque, che una definizione generica del termine in sé non sia riconosciuta a livello giuridico ma unicamente in relazione ai poteri dove la corruzione va ad intaccarsi.

Dall'Antica Grecia all'Impero Romano e fino ai giorni d'oggi il fenomeno corruttivo rappresenta la crepa morale che si insidia all'interno di rapporti e giochi di potere della società economica, sociale e politica. Il potere, come espresso da Simona Melorio in *Storia dell'Italia corrotta*, «è quello che viene pagato o si fa pagare»⁹¹. Analizzando questa visione, primario risulta il potere del denaro all'interno del fenomeno corruttivo. È proprio l'azione di pagamento a legittimare il riconoscimento del potere di chi si fa pagare per avere qualcosa in cambio, determinando così il potere della corruzione. In questi giochi di potere "vince" chi costruisce più relazioni con il potere stesso e chi ha la capacità di condizionare gli altri per ottenere i propri scopi, incurante del sistema sociale e delle sue normative.

Un altro concetto che si presta al contesto del fenomeno corruttivo è il *vantaggio*. Nel rapporto tra corrotto e corruttore il vantaggio sta in ciò che l'uno trae dall'altro: nell'operato pubblico il funzionario permette l'aggiudicazione di un appalto a un determinato operatore economico, per trarre in vantaggio una somma di denaro (la tangente). La diffusione della tangente rappresenta un «*riflesso antropologico*»⁹² dovuto alle decisioni dei singoli di calcolo tra costo e benefici, alle condizioni ambientali, sociali e culturali che danno prevalenza al vantaggio dell'agevole raggiungimento di uno scopo rispetto al timore della pena.

⁹⁰ Ad esempio all'art. 318 Codice Penale: Il pubblico ufficiale, che, per l'esercizio delle sue funzioni o dei suoi poteri, indebitamente riceve, per sé o per un terzo, denaro o altre utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da tre a otto anni. L'analisi pone l'accento, dunque, sull'esercizio dei poteri dei pubblici ufficiali nel caso in cui perseguendo interessi privati in scambio di denaro e/o altra utilità generica, fanno venir meno il proprio ruolo di imparzialità, fedeltà e onestà della pubblica funzione.

⁹¹ I. Sales, S. Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, Rubbettino Editore, 2019, pp.12-13.

⁹² R. Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, cit., p.28.

Il fenomeno della corruzione irrompe nel rapporto tra il settore pubblico e privato. Secondo la tesi del Premio Nobel per l'economia G. Backer⁹³, eliminando totalmente l'influenza dello Stato nell'economia si eliminerebbe anche la corruzione. Tale tesi, però, non viene di fatto riconosciuta nella realtà in quei Paesi, come quelli scandinavi, nei quali si registrano i più bassi tassi di corruzione al mondo nonostante il settore pubblico sia esteso molto più di quello privato.

La fonte scatenante dei sistemi corruttivi è insita nella società e nella politica, piuttosto che meramente nel sistema di mercato. Non vi è un riscontro empirico che evidenzi le motivazioni della corruzione, ma le fondamenta di quest'ultima si potrebbero trovare nella carenza d'integrità morale dei pubblici ufficiali e dei cittadini⁹⁴.

La corruzione all'interno della società, della vita politica e del mercato può assumere due diversi profili: la piccola corruzione e la grande corruzione.

La piccola corruzione è quella che può avvenire tra due cittadini o un cittadino e un funzionario pubblico. È circoscritta a un ristretto ambito di rapporti e di *benefits*. Non è però da sottovalutare, perché divulgandosi determina la grande corruzione. Quest'ultima implica grandi somme di capitali, grandi imprese e grandi organizzazioni sia pubbliche che private. In Italia è proprio la grande corruzione ad essere maggiormente percepita.

All'interno della normativa italiana, in particolare agli artt. 318 e ss. del Codice Penale, il riferimento è diretto alla piccola corruzione, a quella, quindi, che avviene all'interno di una cerchia ristretta di rapporti ed è inerente a poteri principalmente d'ufficio dell'operato pubblico del singolo funzionario, in cui l'intero corpo amministrativo solitamente rimane estraneo. Si va a configurare, pertanto, un'insufficienza normativa e regolatoria primaria per la grande corruzione. La lacuna sopracitata amplifica la percezione del fenomeno corruttivo agendo negativamente sulla società, che, dal lato dei "puliti" riscontra una maggiore sensibilità al tema, e dall'altro, quello dei corrotti, una maggiore leggerezza al comportamento corruttivo.

⁹³ Economista statunitense, vincitore del Premio Nobel per l'economia nel 1992.

⁹⁴ M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Vita e Pensiero, Milano, 2005, p.25.

2.1.1. La percezione della corruzione

L'Indice di Percezione della Corruzione (CPI) misura la percezione della corruzione nel settore pubblico⁹⁵. Tale indice è redatto da *Transparency International*, organizzazione non governativa che affronta diversi ambiti della corruzione in 180 Paesi mondiali servendosi di esperti del settore e assegnando un punteggio che va da 0 a 100 rispettivamente per Paesi più o meno corrotti⁹⁶.

La percezione della corruzione in Italia, seppur in diminuzione, è alta. Dall'analisi dei dati di *Transparency International*, nell'anno 2021 la suddetta percezione ha avuto un punteggio di 56 con tre punti in più rispetto all'anno precedente. L'andamento risulta positivo, con un miglioramento di dieci posizioni dall'anno 2012. Benché la media europea sia di 66 punti, quella mondiale di 43 e nonostante il trend positivo, l'andamento italiano non risulta sufficiente. Il nostro punteggio, infatti, si avvicina ancora a quello di Paesi estremamente corrotti come gli Stati africani e asiatici⁹⁷.

La corruzione incide sulla percezione dello Stato⁹⁸. A differenza di altri reati, anche violenti come il furto o l'omicidio, il reato di corruzione mina la visione statale fino a renderla un'espressione di fragilità. Questa citata percezione deriva dal fatto che la maggior parte dei corrotti sono uomini in forza alla Stato, rappresentanti di diversi settori sociali, politici ed economici. Quest'ultimi minano la fiducia nelle Istituzioni e nella Politica sino a incidere negativamente all'interno dello Stato di diritto e nel principio di uguaglianza. La figura del corruttore la si ritrova *in primis* in imprenditori titolari di grandi interessi che necessitano di autorizzazioni amministrative per lavori o forniture richieste dallo Stato, quindi, nel settore degli appalti di lavori, servizi e forniture pubblici. Il rapporto che si instaura tra corruttore e corrotto elimina completamente i capisaldi del sistema capitalistico, quali: la libera concorrenza, l'equità e le simmetrie informative.

⁹⁵Indice percezione corruzione in www.transparency.it

⁹⁶ ANAC, *Percezione della corruzione: l'Italia migliora di dieci posizioni*, in www.anticorruzione.it

⁹⁷ R.Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, cit., p.2-3.

⁹⁸ G. Insolera, *La criminalità politico-amministrativa*, Riv. it. dir. proc. Pen., 2011, p. 584: «(...) non si tratta di una deviazione ma di una regola, non di un crimine occasionale ma di un sistema, non di episodi limitata nel tempo ma di meccanismi strutturali persistenti (...) la corruzione rende l'Italia più uniforme di quanto non lo facciano le differenze economiche e territoriali».

Storicamente la corruzione è stata sempre presente nel nostro sistema di mercato e nel sistema statale nel suo complesso. Questo ne ha causato la fragilità e ha influito sulla determinazione di regole sociali e di mercato. Può sembrare fuori luogo, in questa sede, attribuire al fenomeno della corruzione l'immagine di "regola", in quanto, l'attività della corruzione va contro la regola stessa, contro l'ordinamento. Quando ci si riferisce alla corruzione come regola, si intende come sistemica, derivata cioè da meccanismi precedenti ben fondati in un sistema predeterminato che ha portato il fenomeno corruttivo a crearsi una propria sfera consuetudinaria, che nel tempo si è stabilizzata diventando regola sociale, politica e di mercato.

«Non è vero che gli italiani non osservano le regole in generale. Osservano altre regole»⁹⁹.

Un meccanismo abitudinario, impercettibile e all'ordine del giorno quasi a far venir meno l'aspetto negativo che si ripercuote nell'ambiente sociale e di mercato. Il sistema corruttivo si caratterizza per essere una dimensione a parte, un ordinamento all'interno dell'ordinamento. Si può sostenere che il fenomeno della corruzione si sia instaurato attraverso regole e apparati di controllo che mirano al rispetto per il mantenimento dell'ordine proprio interno. Si creano così delle regole di comportamento che diventano cogenti e si affiancano a quello che potrebbe essere descritto come un diritto a sé, un insieme di leggi non scritte che vanno contro l'ordinamento statale ma al contempo ne fanno parte. La corruzione diviene riconosciuta, disciplinata e abitudinaria, si insinua in ambienti commerciali, mercantili e imprenditoriali, diviene associata alla sopravvivenza ed all'adattamento¹⁰⁰.

Gli ambiti interessati dal fenomeno della corruzione sono vasti e la loro rilevanza varia a seconda del periodo storico. Ci sono settori, però, in cui le modalità di corruzione restano immutate: ferrovie, esercito, lavori pubblici, banche, forniture di servizi e autorizzazioni appartenenti alla cerchia dell'amministrazione pubblica. Inoltre, l'ambito di applicazione

⁹⁹ G. Colombo, *Lettera a un figlio su mani pulite*, Garzanti, 2015, p. 57.

¹⁰⁰ I. Sales, S. Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, cit., p. 23: « ..è come se si fosse creato un corto circuito in Italia, in base al quale le disfunzioni dello Stato hanno giustificato e giustificano chi prova a fregarlo. Nel nostro paese, statalismo e antistatalismo si mischiano, si scambiano, si confondono, si uno, si strumentalizzano nella cultura d'impresa. Gli imprenditori, dunque, non sono vittime della corruzione, al contrario ne sono autori e hanno contribuito alla formazione di una cultura in cui l'interesse generale e la legittimazione dello Stato hanno finito non solo per essere preminenti, ma persino per essere accessori».

può variare di intensità anche all'interno delle diverse amministrazioni: può riguardare contesti ministeriali, amministrazioni locali o società pubbliche partecipate. A tal proposito, negli ultimi anni, sembrerebbero proprio le amministrazioni locali quelle più colpite dal fenomeno, in quanto titolari di poteri decisionali sull'intero ambito della sanità, di incentivi alle imprese e del sistema scolastico¹⁰¹.

Nel ciclo del mercato, spingendoci a una visione estrema della corruzione, questa può in qualche modo essere classificata come uno strumento necessario per il mantenimento dello stesso, in quanto ritenuta sua parte integrante. Sembrerebbe quindi possibile una visione "positiva" ed "efficace" del fenomeno che, però, mostra subito le sue lacune. A livello di mercato la corruzione costituisce un costo che si potrebbe evitare se si agisse secondo legalità, secondo diritto. A titolo esemplificativo: se l'imprenditore offre una somma di denaro a un funzionario dello Stato per ottenere una situazione che in realtà potrebbe avere gratuitamente di diritto, ci sta rimettendo economicamente. Questo però varrebbe solo nel caso in cui il sistema fosse meritocratico ed equo, in cui la corruzione diverrebbe unicamente un costo e non un vantaggio.

Il costo della corruzione è avvertito sia dal privato, come nel caso sopra descritto dell'imprenditore, sia nell'ipotesi di costi ancora più ampi avvertiti a livello statale che mirano ad un alto tasso di spesa non direttamente percepita dai contribuenti. La Corte dei Conti ha infatti rilevato che per le opere pubbliche si spende circa il quaranta per cento in più a causa dei costi derivanti dalla corruzione¹⁰².

2.1.2. Gli attori della corruzione

L'ambiente favorevole all'instaurarsi della corruzione è quello in cui il potere politico ed economico è concentrato nelle mani di pochi e dove la possibilità del reato viene in secondo luogo rispetto ai profitti e benefici personali derivanti dall'attività del malaffare¹⁰³.

¹⁰¹ I.Sales, S. Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, cit., p.30.

¹⁰² I.Sales, S.Melorio, *Storia dell'Italia corrotta*, cit., p.21.

¹⁰³ M. Arnone, E. Iliopulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., p.55.

La corruzione si instaura in conseguenza di un patto tra corruttore e corrotto. I principali attori di questo “secondo Stato”, come ho enunciato in precedenza, hanno attraversato nel corso del tempo diverse evoluzioni. Nel sistema italiano si registrava una forte presenza di corruzione all’interno dei partiti, e non a caso l’attività di finanziamento di quest’ultimi ha ritratto i più alti scandali di corruzione¹⁰⁴. A differenza dei partiti più moderni, infatti, i partiti dell’epoca erano molto forti e riconosciuti da tutta la collettività, rendendo di conseguenza il fenomeno della corruzione poco percepito dai cittadini.

Successivamente, in pochissimo tempo le modalità di corruzione e l’espandersi del fenomeno resero la struttura molto complessa e ancor più difficile da gestire. L’estensione del fenomeno portò all’affinamento delle attività corruttive e l’insediarsi di attori nuovi, principalmente imprenditori e, in generale, di uomini del mondo economico, non più legati a singoli partiti o attività politiche. Il fondersi delle due realtà politico-economiche sfociò con le inchieste giudiziarie nella prima metà degli anni Novanta del secolo scorso, note anche come “Tangentopoli”¹⁰⁵. Nota negativa della politica e imprenditoria italiana, l’evento “Tangentopoli” ha segnato la storia della Repubblica con un sistema fraudolento, e quindi corrotto, che ha colpito tutta la collettività. È proprio a seguito di questo evento che gli attori coinvolti nel fenomeno delle corruzioni si ampliarono, determinando un grande impatto mediatico che aumentò notevolmente la percezione della corruzione tra la popolazione. I partiti furono messi in discussione. Si determinò così il c.d. “crollo della Prima Repubblica” che segnò proprio il dissolversi di partiti storici come la DC (Democrazia Cristiana) e il PSI (Partito Socialista Italiano).

2.2. Le convenzioni internazionali per il contrasto alla corruzione

¹⁰⁴ M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., p.26.

¹⁰⁵ Termine coniato proprio a seguito dell’elevata circolazione di tangenti per favoritismi tra pubblica amministrazione, partiti e l’imprenditoria italiana. Configura l’immagine di un sistema diffuso di corruzione politica iniziata a Milano del 1992 dopo l’arresto di Mario Chiesa amministratore socialista di una casa di riposo per anziani, fulcro della vicenda. Col passare del tempo, la terminologia è rimasta nel gergo italiano per identificare situazioni corruttive con scambi di denaro. Si riferisce ad una corruzione allargata, non limitata al singolo soggetto corrotto e corruttore ma in larga scala. Spesso, la vicenda viene identificata anche con il termine “mani pulite” coniato nel film del 1963 *Le mani sulla città*, in cui un consigliere comunale accusato di avere le mani sporche su una probabile speculazione edilizia, rispose con “le nostre mani sono pulite”.

I primi testi giuridici posti in essere a contrasto del fenomeno corruttivo risalgono al mondo anglosassone che, già a fine Ottocento, promulgò diversi testi il cui contenuto mirava alla prevenzione del fenomeno e non solo alla sua repressione. In particolare, *The Prevention of Corruption Act* (1906) all'art. 34 disciplinava le fattispecie corruttive imputabili ai funzionari della Corona, i quali, se avessero ricevuto doni in cambio di un esercizio scorretto delle proprie funzioni, sarebbero andati incontro a un'ammenda da 5 sterline fino alla detenzione non superiore ai 2 anni, elevata ad un massimo di 7 anni nel 1916¹⁰⁶. A susseguirsi di tali innovazioni normative, diversi Stati iniziarono l'ascesa verso la piena lotta della corruzione. Da citare è sicuramente il sistema statunitense che, seppur comunque ben più tardi delle normative anglosassoni, nel 1968 con l'emanazione del *Freedom of Information Act* rese la trasparenza un pilastro della democrazia e della modernità per la lotta alla corruzione.

La trasparenza e la libertà di accesso agli atti dell'operato pubblico è stata considerata come il principale repellente avverso i corrotti.

A differenza dei modelli anglosassoni, che già fin dagli albori esprimevano la loro natura preventiva e non unicamente repressiva, nel contesto internazionale solo negli ultimi decenni si è resa valida l'attività di prevenzione.

Nonostante non ci sia una norma che imponga a tutti gli Stati di recepire le direttive derivanti dai report delle convenzioni internazionali, le ratifiche di quest'ultime, (seppur con grandi tempi di attesa che ne pregiudicano l'effetto), rappresentano una fonte sovraordinata rispetto alla legge ordinaria. Occorre inoltre ricordare l'ipotesi di incostituzionalità di quest'ultime nel caso di contrasto con l'ordinamento sovranazionale¹⁰⁷.

Una delle prime convenzioni internazionali per la lotta alla corruzione mirava a combattere i malaffari transfrontalieri nelle operazioni economiche internazionali¹⁰⁸. Per la prima volta nel 1997 corrompere funzionari stranieri per ottenere vantaggi sul commercio estero divenne reato penale, sia per le persone giuridiche che per le persone

¹⁰⁶ *Prevention of Corruption Act* del 1916.

¹⁰⁷ A. Tortora, *La prevenzione della corruzione – Un sistema in continua evoluzione*, G. Giappichelli Editore, 2021, p.11.

¹⁰⁸ Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali firmata nel dicembre 1997 ed entrata in vigore nel febbraio 1999.

fisiche. La politica internazionale di contrasto alla corruzione continuò con la Convenzione penale di Strasburgo del 1999 nella quale lo scopo di ampliare il corretto funzionamento dei mercati rafforzò la lotta alla corruzione, riconosciuta come prima minaccia della cooperazione internazionale. Ratificata dall'Italia solo nel 2012¹⁰⁹, nel preambolo sottolinea l'importanza di una cooperazione più stretta fra i membri del Consiglio d'Europa per il perseguimento di una politica penale comune, sottolineando che «*la corruzione rappresenta una minaccia per lo Stato di diritto, la democrazia e i diritti dell'uomo*»¹¹⁰.

I sottoscrittori di tale Convenzione, tra cui Stati Extra Unione Europea come Stati Uniti e Messico, si impegnarono ad assumere come reato penale la corruzione sia attiva che passiva per i settori pubblici e privati, predisponendo sanzioni pecuniarie e interdittive efficaci.

La cooperazione internazionale è stata particolarmente implementata con la Convenzione delle Nazioni Unite, la Convenzione Merida. A seguito dell'istituzione della *Ad Hoc Committee for the Convention Against Corruption* del 2003 lunghe sono state le negoziazioni che hanno portato nel 2003 (ed in seguito con l'entrata in vigore nel 2005) alla definizione dei principi da seguire per la lotta e la prevenzione alla corruzione.

L'ambito di rilievo venne ritrovato nell'attività di prevenzione (Titolo II della Convenzione), incentivando gli Stati membri al coinvolgimento dell'opinione pubblica per la sensibilizzazione del tema. Viene posto come necessario per ogni Stato un organo istituito *ad hoc* per l'anticorruzione e la trasparenza. Al Titolo III viene richiamata l'attenzione, anche in questo caso, all'ambito penale, con l'obbligo posto ai sottoscrittori di estendere il carattere penale a tutte le sfaccettature di infrazioni che potessero ricondurre ad un qualche carattere corruttivo. L'aspetto innovativo di questa Convenzione risiede nel principio esposto al Titolo V, ovvero la restituzione dei beni o somme illecitamente ottenute allo Stato che ne faccia richiesta od a individui vittime di attività corruttive.

¹⁰⁹ L.110/2012.

¹¹⁰ Preambolo Convenzione penale sulla corruzione, Strasburgo, 27 gennaio 1999

2.2.1. Il GRECO

Lo sviluppo del GRECO, dall'acronimo francese *Groupe d'Etats Contre la Corruption* tradotto come Gruppo di Stati Contro la Corruzione, inizia nel 1981, anno in cui il Comitato dei Ministri¹¹¹ decise di adottare misure stringenti e univoche contro la criminalità, concordando poi nel 1994 che la corruzione avrebbe dovuto essere affrontata a livello europeo come minaccia alla democrazia. La creazione del gruppo multidisciplinare sulla corruzione (GMC) dello stesso anno stipulò il programma globale di strumenti da attuare in questo campo. Con la responsabilità di direzione del gruppo da parte del Comitato europeo per i problemi della criminalità e del Comitato europeo per la cooperazione giuridica, la corruzione divenne argomento di rilievo centrale per il Consiglio d'Europa. L'inserimento di meccanismi efficienti di vigilanza, in attuazione degli strumenti internazionali di lotta alla criminalità organizzata, portò nel 1997 alla centunesima Sessione di Strasburgo e alla definizione dei venti principi guida per la lotta alla corruzione.

Il GRECO, istituito il 1° maggio 1999 a seguito dell'approvazione del progetto redatto dal GMC del 1998, rappresenta dunque l'organo anticorruzione del Consiglio d'Europa. Costituito con lo scopo di monitoraggio mediante *flow-up* periodici, sancisce gli standard di anticorruzione mediante una serie di strumenti e una valutazione dinamica e paritaria reciproca tra Stati c.d. *peer review*¹¹². Tutti i membri sono chiamati a partecipare secondo il principio di uguaglianza e si sottopongono alle procedure di valutazione sotto descritte.

La valutazione avviene in due fasi. La prima è la fase orizzontale in cui tutti i membri sono sottoposti a un ciclo di valutazione chiamato "*evaluation round*". Suddetto ciclo è finalizzato ad essere una guida per la legislazione anti-corruttiva dei singoli Stati a seguito di raccomandazioni sulla legislatura. La seconda fase, invece, è preposta a permettere una

¹¹¹ Organo decisionale del Consiglio d'Europa composto dai Ministri degli Esteri di tutti gli Stati membri (o dai rappresentanti diplomatici con sede con Strasburgo).

¹¹² Procedura di valutazione e di selezione degli articoli o progetti di ricerca effettuata da specialisti del settore per verificare l'idoneità alla pubblicazione o al finanziamento (Oxford Dictionary Languages).

verifica valutativa dell'idoneità delle diverse misure adottate per il raggiungimento degli obiettivi individuati nella prima fase¹¹³.

Formalmente la valutazione ad opera del GRECO avviene mediante questionari e visite dirette nei Paesi in modo tale da ottenere considerazioni il più possibile reali, da poter successivamente inserire nelle redazioni dei rapporti di valutazione. Ad oggi sono stati cinque i cicli di valutazione attuati seguendo i venti principi guida tra cui ¹¹⁴:

- ❖ Indipendenza, specializzazione e mezzi necessari alla lotta alla corruzione;
- ❖ Estensione e portata delle immunità;
- ❖ Identificazione e sequestro dei proventi della corruzione;
- ❖ Sistemi di controllo e conflitti di interesse tra pubblica amministrazione e corruzione;
- ❖ Efficienza e trasparenza in materia di corruzione
- ❖ Prevenzione all'uso di persone giuridiche come scudi per la corruzione
- ❖ Legislazione fiscale e finanziaria
- ❖ Collegamenti tra corruzione, criminalità organizzata e riciclaggio di denaro
- ❖ Trasparenza del finanziamento dei partiti¹¹⁵.

La valutazione dell'Organizzazione lavora anche sui singoli membri del Parlamento, giudici e pubblici ministeri mediante i seguenti principi:

- ❖ Principi etici e regole di comportamento;
- ❖ Conflitto di interessi;
- ❖ Divieto o restrizione su determinate attività;

¹¹³ GRECO website, in <https://www.coe.int/en/web/greco>.

¹¹⁴About GRECO mutual evaluation, GRECO website, in <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/about>.

¹¹⁵ Riferimento alla *Raccomandazione del Comitato dei Ministri sulle regole comune contro la corruzione nel finanziamento dei partiti politici e delle campagne elettorali*, Rec (2003) n.4.

- ❖ Dichiarazione di attività, redditi, passività e interessi;
- ❖ Consapevolezza dell'operato¹¹⁶.

Il GRECO lavora mediante i c.d. cicli di valutazione¹¹⁷, ognuno dei quali si riferisce al rispetto di diverse fonti.

Tali fonti sono:

- a) Convenzione Penale sulla corruzione;
- b) Convenzione Civile sulla corruzione;
- c) Protocollo Addizionale alla Convenzione Penale sulla Corruzione;
- d) Venti Principi Guida contro la Corruzione;
- e) Raccomandazione sul Codice di Condotta per i funzionari pubblici;
- f) Raccomandazione sulle regole comuni sulla Corruzione del finanziamento ai partiti e nelle campagne elettorali.

La Convenzione Penale sulla corruzione

Il controllo dell'attuazione della Convenzione Penale sulla corruzione avviene nel rispetto dell'obiettivo di cooperazione tra gli Stati firmatari e il perseguimento di una politica penale univoca e comune nei confronti della corruzione¹¹⁸.

All'articolo 21 si cita proprio l'importanza della cooperazione tra le autorità nazionali mediante un'azione informativa e conoscitiva sui reati commessi e un'azione protettiva nei confronti dei soggetti che forniscono queste informazioni e dei testimoni diretti dei reati in questione. L'informazione avviene tramite la corrispondenza diretta tra le autorità centrali, soprattutto per le domande di assistenza giudiziaria, le quali possono essere trasmesse sia direttamente dall'autorità competente del Paese sia, in casi urgenti, dall'Organizzazione internazionale di polizia criminale¹¹⁹. A livello nazionale ogni singolo

¹¹⁶ Cfr. nota n.67.

¹¹⁷ How does GRECO work?, GRECO website, in <https://www.coe.int/en/web/greco>.

¹¹⁸ Convenzione Penale sulla corruzione, Strasburgo, 1999, Capitolo III.

¹¹⁹ Convenzione Penale sulla corruzione, Strasburgo, 1999, Capitolo IV, art. 30.

Stato deve adottare tutte le misure necessarie per permettere l'identificazione in termini penali di tutti i fatti commessi di corruzione attiva e passiva nei confronti dei pubblici ufficiali interni e stranieri, ma anche di appartenenti al settore privato¹²⁰. Il contributo reciproco avviene ugualmente per l'assistenza giudiziaria¹²¹. Nella Convenzione si riporta come la prestazione di assistenza giudiziaria, finalizzata all'accelerazione delle richieste di indagine o perseguimento dei reati applicabili alla presente, possa essere negata solo in presenza di situazioni particolari e accertate che potrebbero compromettere interessi, sovranità nazionale, sicurezza e ordine pubblico.

La Convenzione Civile sulla corruzione

Firmata nel 1999 ed entrata in vigore il primo novembre 2003, tale Convenzione assicura che nel diritto interno dei singoli Stati firmatari ci siano «ricorsi efficaci a favore delle persone che hanno subito un danno risultante da un atto di corruzione»¹²². La vigilanza di tale garanzia è ad opera del GRECO¹²³. Si prevede che nelle normative interne gli Stati assicurino la certezza della pena e dell'indennizzo, il quale può essere autorizzato dallo Stato o dalle autorità competenti di settore secondo dei termini prestabiliti.

Al Capitolo II, come nella Convenzione Penale sopracitata, si prescrive l'importanza della cooperazione nelle procedure civili, in particolare nell'ottenimento di prove, se derivate da un paese estero, nell'esecuzione delle sentenze, nelle spese processuali e in tutti gli strumenti di cooperazione internazionale.

Il Protocollo Addizionale alla Convenzione Penale sulla Corruzione

Con l'obiettivo di promuovere un'attuazione migliore del Programma d'azione contro la corruzione del 1996, atto in cui si insidiò il GREGO, il Protocollo, concluso il 15 maggio 2003, amplia l'applicazione della Convenzione Penale sulla Corruzione agli arbitri e giurati con misure che si amplificano in ambiti commerciali e civili.

I Venti principi Guida contro la Corruzione (Risoluzione (97) 24)

¹²⁰ Convenzione Penale sulla corruzione, Strasburgo, 1999, Capitolo II, Artt. 2- 11.

¹²¹ Convenzione Penale sulla Corruzione, Strasburgo, 1999 Capitolo IV, Art. 26.

¹²² Convenzione Civile sulla corruzione, 1999, Capitolo I, Art.1.

¹²³ Convenzione Civile sulla corruzione, Strasburgo, 1999, Capitolo II, Art.14.

Nel 1997, anno in cui si sono svolte la Ventunesima Conferenza dei Ministri della Giustizia europei e il Secondo Summit dei Capi di Stato e di Governo degli Stati membri del Consiglio d'Europa (fasi determinanti per l'istituzione del GRECO), sono stati elencati una serie di principi fondamentali per la lotta alla corruzione.

Sono sommariamente i seguenti:

1. Prevenzione efficace della corruzione
2. Coordinare il reato di corruzione a livello nazionale e internazionale
3. Indipendenza e capacità di chi indaga e giudica sulla corruzione
4. Misure appropriate per la confisca di proventi e beni ottenuti attraverso la corruzione
5. Misure appropriate per evitare l'utilizzo di scudi societari per nascondere i beneficiari della corruzione
6. Limitare le immunità delle indagini e incriminazioni sulla corruzione
7. Preparazioni e mezzi a disposizione di chi è incaricato della lotta alla corruzione
8. Efficacia e coordinamento delle legislazioni e autorità fiscali nella lotta alla corruzione
9. Trasparenza dei meccanismi e dei processi decisionali della pubblica amministrazione
10. Codici di condotta efficaci per i funzionari pubblici
11. Procedure di controllo e certificazione dei conti pubblici
12. Promuovere le procedure di controllo e verifica dei conti nella prevenzione e scoperta della corruzione al di fuori dell'amministrazione pubblica
13. Pubblica responsabilità delle amministrazioni e dei funzionari pubblici
14. Appalti trasparenti per promuovere la libera concorrenza e scoraggiare la corruzione
15. Codici di condotta per i politici e regole del finanziamento politico e delle campagne elettorali

16. Garantire la libertà dei media di ricevere e rendere pubbliche informazioni su affari corrotti
17. Rimedi efficaci nel diritto civile per le vittime della corruzione
18. Incoraggiare gli studi e le ricerche sulla corruzione
19. Nella lotta alla corruzione prendere in considerazione la criminalità organizzata e il riciclaggio di denaro sporco
20. Sviluppare la cooperazione internazionale nella lotta alla corruzione.

La Raccomandazione sul Codice di Condotta per i funzionari pubblici (Raccomandazione No. R (200)10)

La specifica Raccomandazione ha l'obiettivo di definire gli standard di integrità etico-morale che i dipendenti pubblici devono rispettare. I principali ambiti di applicazione e di valutazione sono incompatibilità, conflitto di interessi e impossibilità di accettare dei benefits economici, lavorativi o sotto forma di regalo.

Le Linee guida, approvate il 19 febbraio 2020 dall'ANAC in materia di Codici di comportamento delle amministrazioni pubbliche, disciplinano e aggiornano questo ambito all'interno della circoscrizione nazionale italiana¹²⁴. Riprendendo la legge 6 novembre 2012, n. 190 " *Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione*", l'ANAC ha previsto un Codice univoco di estensione nazionale valido per tutte le tipologie di amministrazioni pubbliche e un Codice specifico obbligatorio per ciascuna amministrazione¹²⁵. Le Linee guida emanate dall'ANAC non hanno però perso l'occasione di ricordare la fonte primaria dei Codici di comportamento che è rappresentata dalla Costituzione, la quale impone che le funzioni pubbliche siano svolte con imparzialità (cfr. Art. 97 Cost.). Inoltre, il rispetto della Raccomandazione europea rispecchia i già consolidati principi che l'operatore pubblico

¹²⁴ Cfr. G. Marotta, *La corruzione in Italia una prassi consolidata. Analisi etica educativa*, Mimesis Edizioni, 2022.

¹²⁵ Art. 1, c. 44 della l. n. 190/2012.

deve rispettare quali imparzialità e servizio esclusivo alla Nazione con disciplina e onore¹²⁶, principi citati nella Costituzione italiana.

La Raccomandazione sulle regole comuni sulla Corruzione del finanziamento ai partiti e nelle campagne elettorali (Raccomandazione Rec (2003)4)

L'obiettivo è quello di stabilire omogeneamente le regole comuni per il finanziamento dei partiti e delle campagne elettorali con misure di trasparenza, che includono l'onere da parte degli Stati sottoscrittori di inserire nell'ordinamento le necessarie normative in merito, nonché la loro applicabilità formale.

Tale raccomandazione si riferisce alla valutazione e al controllo di standard che i Paesi sottoscrittori devono mantenere verso i partiti al Governo e che si presentano alle elezioni. In particolare, i criteri da seguire fanno a capo a: diritto all'elettorato, periodicità delle elezioni politiche, revisione delle leggi elettorali nel sottofondo delle modalità di approvvigionamento delle fonti di finanziamento economico. I Paesi devono sottostare a obblighi di pubblicità sulla suddivisione percentuale tra finanziamenti pubblici e privati relativamente ai principali partiti politici. Particolare attenzione si pone anche ai giornali e alle emittenti radiofoniche, televisive e satellitari di partiti e alle loro risorse di finanziamento pubblico.

2.3. La corruzione nella Pubblica Amministrazione Italiana

Dopo aver esposto un quadro generale sulla corruzione nel suo complesso, è doveroso soffermarci sulla sua influenza all'interno delle pubbliche amministrazioni italiane. Seguendo un'analisi storica riferita alla Pubblica Amministrazione si possono trovare dei macro-fattori temporali i quali hanno determinato una carenza e inadeguatezza del sistema: il rapporto tra corruzione e forma accentrata o decentrata dell'ordinamento; la commistione tra politica e amministrazione; il ruolo della normazione in materia di pubblico impiego e l'impatto dello Stato nell'economia¹²⁷. La corruzione si caratterizza

¹²⁶ Artt. 97,98 e 54 Cost.

¹²⁷ R. Borsari, *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, cit., p.9.

per colpire diverse forme organizzative¹²⁸ della società. Occorre soffermarci sull'aspetto pubblico-privato in cui la corruzione, minando l'apparato burocratico, diviene il principale ostacolo alle decisioni degli operatori pubblici, degli organi decisionali e dell'intero sistema amministrativo nel suo complesso.

Come sostenuto da Cantone, «*la corruzione è la radice di un male che aggridisce la qualità della nostra vita. Distrugge il libero mercato, annulla la competizione economica, partorisce servizi scadenti per i cittadini, ci consegna infrastrutture tanto costose quanto inefficienti*»¹²⁹. I casi di corruzione nel nostro Paese sono diffusi territorialmente da Nord a Sud. Al Nord il fenomeno della corruzione è maggiormente legato ad associazioni e alla casta sociale; al Sud, invece, è connesso all'appartenenza alla famiglia, come accade nei casi di mafia a cui la corruzione è in questi casi direttamente collegata. Al Nord si è formato quello che Simona Melorio in *Storia dell'Italia corrotta* (2019) definisce come un «*particolarismo allargato*»: non è più l'appartenenza alla famiglia che stabilisce i rapporti di poteri tipici della corruzione, ma in gioco si insinuano gruppi di interessi principalmente di carattere economico egoistico che non si curano del bene comune.

Allo stesso modo è diffusa l'idea dell'elogio alla corruzione per il sistema italiano. Numerose sono le teorie secondo le quali la corruzione sarebbe stata la risposta alla crescita economica dell'Italia, in cui la corruzione svolge la funzione di velocizzare i lunghi procedimenti burocratici permettendo, mediante l'uso di tangenti, la crescita produttiva. Tali osservazioni non hanno riconoscimento scientifico ed economico, anzi al contrario, i principali studi dimostrano che il tasso di crescita economica è minore¹³⁰ rispetto ai diversi nostri *competitors* internazionali proprio a causa dei fenomeni corruttivi che, invece di velocizzare, rallentano il sistema economico.

La corruzione si ripercuote negativamente sulla qualità della *governance* interna statale. Al tempo stesso una buona qualità di istituzioni pubbliche si riflette sull'esigenza necessaria di apparati di controllo che obblighino a rendere conto dell'operato delle istituzioni stesse (*accountability*) e che quindi ne limitino i comportamenti corruttivi. Tale

¹²⁸ M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., p.111.

¹²⁹ R. Cantone, *Il male italiano, Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Bur, 2016, p. 1.

¹³⁰ M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., pp. 72-73.

soluzione, però, viene spesso ostacolata da regolamenti interni alle Istituzioni che permettono poca trasparenza e accesso ai cittadini del loro operato. In questo senso, sembrerebbe che le leggi permettano l'istaurarsi di Istituzioni di bassa qualità con facile possibilità di episodi di corruzione¹³¹. La trasparenza e l'*accountability* rappresentano meccanismi che agiscono positivamente all'interno delle istituzioni e sono associati ad alti livelli di indice di corruzione percepita¹³² e dunque a bassi livelli di corruzione interna

Dal lato sociale, in Italia, si riscontra da parte di cittadini, operatori economici e organi statali un basso senso di appartenenza nazionale. Lo scarso sentimento di appartenenza allo Stato va a determinare una non curanza del fenomeno corruttivo. La responsabilità risiede nel basso livello di comprensione del fenomeno da parte di chi non ne fa parte. La carenza di interessamento da parte della collettività determina numerosi reati non denunciati, scarsa percezione della pena e poche condanne. Sono queste situazioni che permettono l'aumento delle posizioni di potere dei corruttori e la fiducia dei corrotti, creando così una spirale di fenomeni impuniti. Ciò ha comportato la nascita di statualità interne che possiedono una fiducia maggiore rispetto allo Stato stesso e hanno la capacità di farsi riconoscere un prezzo per la propria appartenenza, la mazzetta¹³³. In generale, all'interno del Paese viene meno il bene comune, con l'istaurarsi di questi particolarismi con scopi non sociali, non generalizzati ma validi solo per il singolo che ne usufruisce. La carenza nello scarso investimento sulla cultura della legalità, infine, causa la difficoltà di implementazione e riconoscimento delle norme statali stesse.

¹³¹ M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., pp.11-112.

¹³² M. Arnone, E. Iliopoulos, *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, cit., pp. 130-132.

¹³³ I. Sales, S. Melorio, *Storia dell'Italia Corrotta*, cit., p.47.

2.3.1. Il fenomeno nel settore degli appalti pubblici

Gli ultimi report stipulati dall'ANAC sulle inchieste giudiziarie avvenute tra agosto 2016 e agosto 2019 mostrano che le ordinanze di custodia cautelare per corruzione correlate agli appalti pubblici sono state 117¹³⁴.

La contrattualistica pubblica si conferma il terreno più fertile per le attività del malaffare. Il settore, definito una vera e propria giungla¹³⁵, con i lavori pubblici tra i settori più a rischio, dove l'attività corruttiva si esplica principalmente è quello dei lavori di riqualificazione e manutenzione, seguiti solo dal reparto del ciclo di raccolta dei rifiuti. A differenza di quanto si possa pensare, da queste analisi si evince che la discrezionalità della Pubblica Amministrazione sulla scelta del contraente risulta poco interferente. Nello studio del report ANAC già citato, solo il 18% delle misure adottate proveniva da affidamenti diretti, il restante mostra infatti delle modalità operative mediante procedure di gara aperta. Si conferma una spiccata abilità criminale nell'insidiarsi notevolmente all'interno dei procedimenti e delle modalità di scelta del contraente per commesse di importi molto elevati, che escludono quindi una piena discrezionalità dell'amministrazione. Diversamente si potrebbe pensare che, purtroppo, anche le procedure di gara non siano pienamente oggettive e che si nascondano all'interno diverse crepe che mettono in pericolo la legalità delle procedure stesse. Di maggior rilievo vengono poste tutte quelle procedure per l'affidamento di lavori "in urgenza". Nonostante il report sia precedente all'avvenimento della pandemia da Covid-19, già con i bandi di lavori per fronteggiare gli eventi sismici del centro-Italia, la situazione emergenziale su lavori e forniture pubblici mostrava le sue lacune. In emergenza diverse procedure e controlli vengono meno e l'attività corruttiva appare più forte. In particolare, si sottolineano casi come: bandi redatti su misura, gare deserte, assegnazioni pilotate e scarsa curanza dei ribassi anomali agli importi dei contratti. Tali lacune sono sicuramente da attribuite ai decisori pubblici, che nel periodo 2016-2019 sono stati coinvolti nelle procedure di custodia cautelare per un numero di 207 incaricati al pubblico servizio

¹³⁴ ANAC - Documents, *La corruzione in Italia. Numeri, luoghi e contropartite del malaffare*, 17 ottobre 2019, in <https://www.anticorruzione.it>.

¹³⁵ Cfr. L. Marinaro, P. Di Caterina, *Il sistema corruzione. Come rubano i nostri soldi e perché dobbiamo dire basta*, ADD Editore, 2013.

indagati per corruzione¹³⁶. Le figure maggiormente coinvolte sono dirigenti di settore, RUP (Responsabile unico del procedimento) e sindaci andando così a porre i comuni come principale ente pubblico a rischio di corruzione.

Nel settore degli appalti pubblici, il problema si ripercuote particolarmente sulla cittadinanza e sui grandi esborsi di spesa pubblica. La costruzione delle grandi opere in Italia è sempre nell'occhio del ciclone della corruzione. I progetti più importanti degli ultimi anni¹³⁷ mostrano delle opere che distano molto dai parametri dei prezzi europei. Questo non è dovuto alla particolarità dell'opera stessa, ma ad aumenti continui di importi per miliardi di euro che esprimono l'incapacità della gestione degli appalti pubblici.

La corruzione si può sconfiggere, o almeno contenere, oggi che sono disponibili veri strumenti per affrontare il problema. Uno tra i quali, in ambito pubblico, è stato ed è la trasparenza, pietra miliare della democrazia, che ha permesso negli appalti pubblici la piena comprensibilità dei bandi, dei contratti, dei programmi di spesa delle Pubbliche Amministrazioni, portando alla luce le zone grigie dove più si annidano i rischi.

I diversi strumenti necessari al contrasto della corruzione nel settore della contrattualistica pubblica possono sicuramente essere perfezionati come anche l'abitudine negativa alla corruzione che si è radicata all'interno di questo settore, mettendo da parte la concezione della corruzione unicamente collegata alle tangenti ma collegandola alla decadenza della vita pubblica in questo aspetto¹³⁸.

Nonostante la vicenda di Mani Pulite e la sua azione di moralizzazione, repressione e gli aspetti positivi che ha fatto emergere a seguito delle numerose inchieste, con la scoperta

¹³⁶ Cfr. nota n.82.

¹³⁷ Si veda il caso Expo Milano, Mose di Venezia, l'alta velocità Brescia-Verona-Padova o la costruzione e manutenzione della Metropolitana di Roma le quali hanno avuto perdite economiche dovute a tangenti e malaffare per miliardi all'anno.

¹³⁸ R. Cantone, *Il male italiano, Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, cit., p.6: «Nella mia attività di PM non ho mai avuto il bisogno di spiegare perché fosse necessario combattere le mafie. Da almeno venticinque anni, tutti in Italia sono convinti che la criminalità organizzata sia un'entità malefica e questa mobilitazione ha determinato la nascita di leggi e strutture che si sono dimostrate in grado di infliggere duri colpi ai clan d'ogni tipo. La stessa consapevolezza deve porsi anche nei confronti del malaffare, che ormai sta corrodendo gli equilibri della nostra democrazia.»

di modalità corruttive e giri di tangenti inimmaginabili, la situazione oggi è forse peggiore¹³⁹.

Il settore degli appalti pubblici, profondamente segnato dalla corruzione, vede il suo lato peggiore nei cantieri delle grandi opere che sono ormai divenute lo specchio dell'inefficienza italiana. Il meccanismo dell'aggiudicazione dell'appalto mediante il criterio del massimo ribasso permette all'azienda che offre la cifra più bassa la realizzazione dell'appalto, per poi sfruttare ogni pretesto per gonfiare i costi e rallentare quindi i lavori. È il sistema delle varianti, come esposto da R. CANTONE in *Il male italiano* (2015) «*il massimo ribasso è una patologia del sistema italiano (...) le modifiche al progetto iniziale che fanno lievitare la spesa. Attraverso le varianti si recupera il risparmio promesso e l'offerta iniziale diventa una voce puramente formale. A concederne gli aumenti sono uffici pubblici, nei quali la lusinga della corruzione può insinuarsi facilmente*». Il rimedio potrebbe essere riscontrato nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma, anche in questo caso, la mancanza di trasparenza e la presenza di commissari non pienamente indipendenti rischiano di diventare l'ennesima circostanza fertile per la corruzione, ricordando sempre che un sistema funziona solo attraverso il giusto equilibrio tra controlli e attività preventiva.

¹³⁹ La Corte dei Conti stima una spesa per tangenti di circa 60 miliardi di euro annui.

Capitolo 3. La prevenzione al fenomeno corruttivo in Italia

3.1. Il sistema di prevenzione

L'intento di scoraggiare le attività del malaffare, che sempre più diventano motivo di cattiva amministrazione, si è reso protagonista della salvaguardia dell'assetto democratico dei Paesi.

Nel caso italiano ciò che risulta più rilevante è la cosiddetta "corruzione delle regole"¹⁴⁰. È presente un'attitudine, sia nel settore privato che in quello pubblico, di predisporre dei testi normativi complessi, di difficile lettura e spesso in contrasto tra di loro, con la conseguenza di essere facilmente aggirati dal proprio obiettivo principale di regolazione e legalità. Tale situazione ha creato delle asimmetrie informative e il venir meno della coesione e della solidarietà sociale¹⁴¹. La corruzione porta alla luce una grande carenza di solidarietà, di rispetto e di fedeltà ai principi costituzionali, minando il prestigio riconosciuto alla Nazione.

Una volta venuta meno la credibilità di un Paese, le principali organizzazioni sovranazionali, come ad esempio il Consiglio di Europa, si sono attivate per la tutela degli Stati, dell'andamento del ciclo economico e sociale, decidendo così di adottare politiche di contrasto e prevenzione alla corruzione. Il *modus operandi* di tipo repressivo tradizionale attuato dalle istituzioni italiane per il contrasto alla corruzione non è stato sufficiente all'eliminazione del fenomeno e si è reso così necessario un approccio di tipo preventivo.

Alla luce di quanto esposto sinora, l'inversione di rotta verso un orientamento non più repressivo ma preventivo ha accomunato tutti i settori dell'ordinamento e, in particolare, quello degli appalti pubblici. Il progredire del fenomeno si è spinto sino all'impostazione di un approccio normativo molto più chiaro e omogeneo, anche grazie a un miglior coordinamento delle politiche comunitarie per la prevenzione della corruzione. La prevenzione come cardine delle politiche anti-corruttive ha consentito al legislatore di

¹⁴⁰ A. Tortora, *La prevenzione della corruzione – Un sistema in continua evoluzione* cit., p. 26

¹⁴¹ Art. 2 Cost. «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale.»

dedicarsi anche all'aspetto soggettivo del fenomeno, aspirando a sensibilizzare profondamente le istituzioni, le autorità e la collettività. Come vedremo nei prossimi capitoli, l'orientamento posto in essere ha permesso l'istituzione di un soggetto degno del suo ruolo di contrasto alla corruzione.

3.1.1. La Legge n° 241 del 1990

La Legge 7 agosto 1990, n. 241 dall'oggetto: "*Nuove norme in materie di procedimenti amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*" apre le porte a diverse soluzioni preventive per il contrasto ai comportamenti illeciti all'interno della Pubblica Amministrazione.

Di particolare rilievo l'istituzione della Conferenza dei servizi¹⁴² si configura come strumento per la risoluzione del problema degli interessi, sia pubblici che privati, coinvolti nei procedimenti amministrativi. Questa, infatti, può essere indetta per effettuare, nel ruolo di soggetto terzo rispetto ai detentori degli interessi in ballo, un esame più approfondito quando la conclusione del procedimento amministrativo o l'attività di un privato dipende da più pareri, intese, nulla osta o altri atti di assenso. Dal punto di vista processuale, la novità è rappresentata dall'impossibilità di notificare un dissenso postumo alla Conferenza. Le determinazioni della Conferenza annullano ogni atto di dissenso, perdendo così la possibilità di esprimere una contestazione nelle diverse forme di impugnazione giurisdizionale¹⁴³.

Altro elemento innovativo lo si ritrova nello strumento dell'autocertificazione. Tale documento può contenere atti, fatti, qualità e stati soggettivi utili per l'istruttoria del procedimento che possono essere sia acquisiti d'ufficio dall'amministrazione richiedente sia richiesti da privati o da altri soggetti di diritto pubblico¹⁴⁴.

¹⁴² Art. 14, L. 241/1990, modificato dall'art. 1, comma 1 del d.lgs. n. 127 del 2016.

¹⁴³ Art.14-quater comma 1, L. 241/1990: «*La determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati.*»

¹⁴⁴ Art. 18, L. 241/90.

Nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19 l'esigenza di efficienza a seguito della crisi economica e sociale, anche in previsione dei finanziamenti provenienti dal fondo PNRR, ha reso indispensabile un intervento nel campo dell'attività della Pubblica Amministrazione. L'obiettivo è stato ancora una volta quello di semplificare i rapporti tra cittadino e amministrazione.

Il D.L. n. 76 del 2020 ed il D.L. n. 77 del 2021 hanno portato alla revisione della legge n. 241 del 1990. Si riscontrano novità in tema di: termini procedurali per accelerare i processi; aggiornamento della normativa per l'autocertificazione e una spinta ancora più incisiva all'uso di strumenti telematici e digitali. L'intento di velocizzazione dei termini dei procedimenti ha comportato la revisione all'articolo 2 comma 4-bis, al quale è stato aggiunto l'obbligo di rendere pubblici i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti amministrativi di maggiore impatto, mediante una comparazione con i termini previsti dalla normativa. La pubblicità viene garantita mediante la pubblicazione nei siti online ufficiali delle singole amministrazioni. Inoltre, nel caso in cui l'amministrazione proceda a porre in essere provvedimenti oltre i termini stabiliti dalla normativa, questi saranno decretati inefficaci¹⁴⁵. Medesimo obiettivo di accelerazione del procedimento si è riscontrato anche per la Conferenza dei servizi. Nell'ambito delle semplificazioni l'articolo 13 del D.L. 76/2020 ha istituito la Conferenza di servizi straordinaria per le amministrazioni richiedenti fino al 31 dicembre 2021, prorogata poi sino al 30 giugno 2023. Le amministrazioni hanno avuto così la possibilità di procedere con una conferenza semplificata che prevede tempistiche più veloci per la conclusione del procedimento entro un termine perentorio di sessanta giorni.

Questi aggiornamenti citati meramente a titolo esemplificativo, seppur frutto di un periodo di emergenza, permangono all'interno dell'ordinamento e contribuiscono a rendere l'operato della Pubblica Amministrazione più efficiente e più efficace, aumentando gli strumenti necessari di prevenzione della corruzione e del malaffare interno.

¹⁴⁵ Il D.L. 76/2020 ha introdotto all'articolo 2 della legge n. 241 del 1990 il nuovo comma 8-bis. La normativa, non riguarda tutti i provvedimenti, ma principalmente quelli per i quali è previsto il meccanismo del silenzio-assenso ed in particolare per: le determinazioni amministrative rese in Conferenza dei servizi semplificata; gli atti amministrativi emessi in violazione del c.d. silenzio endo-procedimentale; nei procedimenti a istanza di parte; alle determinazioni adottate successivamente all'ultima riunione relativa alla Conferenza dei servizi simultanea.

3.1.2. La Legge anticorruzione del 2012

La legge n. 190 del 2012, c.d. “Legge Severino”, recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*”, emanata dopo vent’anni dal fenomeno “Tangentopoli” nel corso del governo tecnico di Mario Monti, decretò nuove misure di contrasto alla corruzione che furono un ottimo rilancio per l’immagine del Paese colpito anche dalla crisi economica sfociata nel 2008. La norma rispecchia le indicazioni fornite dal Rapporto GRECO dell’anno 2009¹⁴⁶ che valutò l’Italia come un sistema critico¹⁴⁷ per la prevenzione e repressione della corruzione. Per la prima volta in Italia una legge impiegò un approccio multidisciplinare, in cui lo strumento delle sanzioni venne posto in ombra rispetto all’obiettivo principale di prevenzione. I capisaldi della norma furono riscontrati nei confronti di tutti gli attori coinvolti nella Pubblica Amministrazione¹⁴⁸. L’introduzione del sistema, che poi diventerà il c.d. “*Whistleblowing*”, ha permesso di stimolare la prevenzione dall’interno. Attraverso questo meccanismo il dipendente pubblico che denuncia condotte illecite all’interno dell’ambito lavorativo della Pubblica Amministrazione ha il diritto alla massima tutela. Tale possibilità è stata inoltre estesa anche al settore privato, con l’assicurazione di protezione e riservatezza ai segnalanti¹⁴⁹.

La legge Severino statui così l’inizio di un processo riformatore profondo, comprendendo anche modifiche al codice penale sul versante dei delitti contro la Pubblica Amministrazione che si possono riscontrare principalmente in quattro revisioni¹⁵⁰:

¹⁴⁶ Rapporto GRECO emanato in occasione dell’Assemblea plenaria di Strasburgo svolta dal 29 giugno al 2 luglio 2009 la quale conteneva 22 raccomandazioni per l’Italia tra cui per l’appunto la necessità della creazione di un’autorità nazionali anticorruzione.

¹⁴⁷ L. Gelmini, *Piani contro la corruzione, modelli organizzativi e whistleblowing: l’esperienza italiana*, Universitas Studiorum, 2018, p.12.

¹⁴⁸ Cfr. G. Marotta, *La corruzione in Italia una prassi consolidata. Analisi etica educativa*, cit..

¹⁴⁹ A riguardo, di particolare interesse è la disciplina del d.lgs. 231/2001 che aveva già istituito, mediante il c.d. –“Modello di gestione” dei canali interni di segnalazione. Inoltre, di recente, in attuazione della Direttiva (UE) 2019/1937 è stato emanato il d.lgs n. 24 del 10 marzo 2023 riguardante “*La protezione delle persone che segnalano violazione del diritto dell’Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali*”. Quest’ultimo, emanato con lo scopo di estendere la portata delle protezioni di chi denuncia anche a quelle imprese che non adottano il modello organizzativo dettato dal d.lgs 231/2001.

¹⁵⁰ A. Tortora, *La prevenzione della corruzione – Un sistema in continua evoluzione* cit., p. 147.

- l'aumento delle pene previste per i delitti di corruzione;
- il delitto di concussione¹⁵¹ mantenuto solo per le ipotesi di concussione per costrizione;
- la modifica alla struttura dei delitti tradizionali di corruzione;
- istituzione di nuovi reati di "traffico di influenze illecite" e di "corruzione tra privati";

Vengono, inoltre, potenziati i trattamenti sanzionatori per alcune fattispecie di pene, tra le quali la pena di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio¹⁵², che è passata dalla reclusione da due a cinque anni e da sei a dieci anni; le corruzioni da atti giudiziari¹⁵³ sono passate dalla reclusione da tre a otto anni sino a quella da sei a dodici anni e dalla reclusione da quattro a dodici anni a quella da otto a venti anni.

L'influenza della norma in diversi ambiti e diversi codici dell'ordinamento ha permesso per la prima volta l'espandersi del fenomeno preventivo, anche dal punto di vista sanzionatorio ritenuto comunque secondario rispetto al cardine della prevenzione. Quest'ultima non deve assolutamente assumere un connotato puramente repressivo, ma collaborativo tra le diverse sfere di azione a contrasto della corruzione.

3.1.3. Il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 e la c.d. Riforma "Spazzacorrotti"

Il correttivo alla legge 190/2012 è avvenuto dapprima con il c.d. Decreto Trasparenza del 2013 e successivamente con il d. lgs 97/2016¹⁵⁴. Il legislatore si era posto il fine di

¹⁵¹ Art. 317 c.p.: «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri(1), costringe(2) taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o ad un terzo, denaro od altra utilità(3), è punito con la reclusione da sei a dodici anni». Si tratta di un reato proprio, commesso da un soggetto nell'esercizio delle sue funzioni in questo caso pubbliche. Nel caso di specie deve occorrere un abuso delle sue qualità o dei suoi poteri come funzionali al pubblico ufficiale e legittimati dalla competenza.

¹⁵² Art. 319 c.p., c.d. corruzione propria: «Il pubblico ufficiale, che, per omettere o ritardare o per aver omesso o ritardato un atto del suo ufficio, ovvero per compiere o per aver compiuto un atto contrario ai doveri di ufficio, riceve, per se' o per un terzo, denaro od altra utilità, o ne accetta la promessa, è punito con la reclusione da sei a dieci anni».

¹⁵³ Art. 319- ter c.p., «Se i fatti indicati negli articoli 318 e 319 sono commessi per favorire o danneggiare una parte in un processo civile, penale o amministrativo, si applica la pena della reclusione da sei a dodici anni.»

¹⁵⁴ «Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della Corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della legge 6 novembre 2012, n. 190 e del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 ai

adeguare la normativa italiana a quella sovranazionale del modello FOIA (*Freedom of Information Act*). La trasparenza diventa dunque ancor più dominante nella prevenzione alla corruzione, disponendo altresì di propria centralità anche a livello costituzionale¹⁵⁵ attraverso l'onere delle pubbliche amministrazioni di pubblicare nei siti ufficiali istituzionali informazioni, dati e documenti. A distanza di pochi anni il Ministro della giustizia Alfonso Bonafede presentò alle Camere un disegno di legge successivamente convertito nella legge n. 3 del 18 dicembre 2019¹⁵⁶.

La riforma mostrava la sua più importante applicazione sotto il profilo dell'inasprimento delle pene per reati di corruzione. Aveva l'obiettivo di includere tra le condotte penalmente rilevanti quelle dei reati contro la Pubblica Amministrazione con particolare rilievo alla corruzione, dando maggiore rilievo alla collaborazione del condannato con l'autorità giudiziarie e inasprendo la pena se quest'ultimo non collaborava¹⁵⁷. All'apparenza, l'inasprimento delle pene, considerando la partecipazione o meno dell'accusato a collaborare con la giustizia, diede i primi segnali di importanza al contrasto alla corruzione direttamente dalla parte del corrotto/corruptore, ma ebbe vita breve.

La complicazione avvenne con la denuncia di illegittimità costituzionale dell'articolo 1 comma 6 sopra indicato. Il legislatore non aveva presentato una norma transitoria, e ciò rendeva di difficile applicazione il principio di retroattività della legge che quindi andava a intaccare l'incompatibilità con la normativa vigente¹⁵⁸. La legge era in contrasto con l'art. 25 comma 2 Cost.¹⁵⁹ e con la Convenzione Europea dei diritti dell'uomo¹⁶⁰.

sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche".

¹⁵⁵ Legge n. 150/2009 stabiliva la trasparenza come competenza esclusiva statale ai sensi dell'art. 117 Cost..

¹⁵⁶ Misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione, nonché in materia di prescrizione del reato e in materia di trasparenza dei partiti e movimenti politici.

¹⁵⁷ A. Tortora, *La prevenzione della corruzione – Un sistema in continua evoluzione* cit., pp. 170-175.

¹⁵⁸ Cassazione sent. n. 57905/2019: «l'aver il legislatore cambiato in itinere le "carte in tavola", senza prevedere alcuna norma transitoria, presenta tratti di dubbia conformità con il principio di legalità».

¹⁵⁹ Art. 25, comma 2, Cost.: « Nessuno può essere punito se non in forma di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso».

¹⁶⁰ Art. 7 CEDU: «Nessuno può essere condannato per un'azione o una omissione che al momento in cui fu commessa non costituisce reato secondo il diritto interno o secondo il diritto internazionale. Non può del pari essere inflitta alcuna pena superiore a quella che era applicabile al momento in cui il reato è stato commesso».

L'ammissione di incostituzionalità decretò quindi la non applicabilità dell'art. 1 determinando così il dissolversi delle principali misure penali di repressione e prevenzione alla corruzione. I profili di criticità si riscontrarono anche in altre tipologie di applicazione delle pene poste in essere dalla L.n. 3/2019 (tra cui anche la riforma in materia di prescrizione dell'art. 159 comma 3 c.p.), e si evidenziarono delle criticità plurime che avrebbero dovuto essere riformate eliminando gli ostacoli di lesione dei principi costituzionali¹⁶¹.

3.2. Dall'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici all'Autorità Nazionali Anticorruzione

I soggetti preposti alla lotta alla corruzione in Italia sono stati molteplici, a partire dalla legge 109/1994 sino all'istituzione dell'attuale Autorità Anticorruzione della legge 190/2012, e alle relative seguenti modifiche e integrazioni. La molteplicità degli attori coinvolti ha fatto sì che si instaurasse in Italia una cultura legislativa volta alla salvaguardia e al perfezionamento di queste figure per un livello massimo di efficacia alla lotta al fenomeno corruttivo.

3.2.1. L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici - AVLP

A seguito degli scandali del 1992¹⁶² che avevano travolto la Pubblica Amministrazione italiana, con la legge 11 febbraio 1994 n. 109 il legislatore propose una totale riorganizzazione del controllo sull'azione amministrativa con particolare attenzione alle procedure di affidamento ed esecuzione dei lavori pubblici. La c.d. Riforma Merloni recante "*Legge quadro in materia di lavori pubblici*" istituì una nuova autorità indipendente con i ruoli di vigilanza, ispezione e verifica. L'importanza di creare un'autorità con funzioni esclusive di controllo sul settore degli appalti pubblici è stata dichiarata anche a livello internazionale, tant'è che il legislatore europeo decise di

¹⁶¹ A. Tortora, *La prevenzione della corruzione – Un sistema in continua evoluzione* cit., p.181

¹⁶² Lo scandalo Tangentopoli, già citato in precedenza.

imporre a tutti gli Stati membri l'inserimento nel proprio ordinamento di sistemi di controllo per il settore dei contratti pubblici con le caratteristiche tipiche delle agenzie indipendenti¹⁶³.

Ai sensi dell'art. 4, che istituì l'Autorità, quest'ultima presentava una piena autonomia di giudizio e di valutazione. Era un organo composto da cinque componenti con durata della carica pari a cinque anni. I membri venivano nominati dai Presidenti della Camera e del Senato e il Presidente era scelto dai membri stessi.

Tra le principali funzioni vi era l'attività di vigilanza sull'economicità dell'esecuzione dei lavori pubblici, principio ad oggi ancora cardine del sistema del *public procurement* con l'istituzione dei due criteri circa la scelta delle offerte, quali offerta economicamente più vantaggiosa e il minor prezzo¹⁶⁴.

L'AVPL poneva in essere anche un'attività di verifica campionaria per la regolarità delle procedure, mansione di rilievo che permetteva una vera analisi delle problematiche interne della corruzione, spesso non pienamente rispecchiabili nella carta del testo normativo. Segnalava inoltre al Governo e al Parlamento i fenomeni più gravi, come diretta conseguenza al punto precedente, e quindi formulava delle proposte di revisione al regolamento.

Veniva infine riconosciuto all'AVLP il c.d. potere di "*advocacy*", ovvero la presentazione di una valutazione al Parlamento e al Governo di segnalazioni sulle diverse disfunzioni riscontrate nel settore dei lavori pubblici con particolare attenzione ai fenomeni di distorta applicazione della normativa di settore.

¹⁶³ Direttive n. 18/2004 e n. 17/2004.

¹⁶⁴ L'offerta economicamente più vantaggiosa prende in considerazione l'intero iter dei lavori da svolgere, dalla loro progettazione fino all'eventuale smaltimento. La valutazione riferisce soprattutto alle qualità tecnico-qualitative mediante un rapporto qualità prezzo. Il criterio del minor prezzo, di contro, si riferisce puramente al solo aspetto economico decretando l'aggiudicazione dell'appalto all'offerta che propone il prezzo più basso. Proprio per la sua mancanza di rapporto tra la qualità ed il prezzo è un criterio meno utilizzato specialmente in tema di grossi appalti in quanto potrebbe sfociare in una scelta economicamente svantaggiosa in futuro, nonché potrebbe rivelarsi frutto dei c.d. ribassi anomali e diverse propensioni ad attività del malaffare.

La legge in oggetto prevedeva ulteriormente diversi organi con poteri di vigilanza e contrasto, tra cui l'Osservatorio di lavori pubblici¹⁶⁵, il Servizio di ispezione tecnico e il ruolo del Responsabile Unico del Procedimento (RUP). La sezione centrale dell'Osservatorio dei lavori pubblici si occupava della raccolta e dell'elaborazione dei dati riguardanti i lavori pubblici; sanciva annualmente dei costi standard; pubblicava dei piani triennali dei lavori predisposti dalle amministrazioni e i relativi lavori affidati; promuoveva l'utilizzo di software informatici per l'acquisizione in tempo reale di informazioni sui lavori pubblici e ne assicurava l'accesso garantendo l'adempimento agli oneri di pubblicità e conoscibilità. Il Servizio di ispezione tecnico aveva il compito di effettuare accertamenti sulle attività svolte dagli amministratori pubblici e dagli imprenditori. Il RUP, d'intesa con quanto sopra descritto, avrebbe dovuto vigilare sul corretto espletamento delle gare, dalle progettazioni sino alle esecuzioni delle opere.

3.2.2. L'Alto Commissario per la prevenzione ed il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della Pubblica Amministrazione

Riprendendo l'art. 1 della legge 16 gennaio 2003 n. 3, che istituì l'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito all'interno della Pubblica Amministrazione, regolamentato in tutte le sue funzioni nel d.P.R. 6 ottobre 2004 n. 258 e istituito in seguito della sottoscrizione da parte dell'Italia di Convenzioni con organi sovranazionali¹⁶⁶, l'Organo adottò sin da primi albori funzioni di monitoraggio e sorveglianza. Anche se privo di poteri di regolazione e sanzionatori, l'Alto Commissario

¹⁶⁵ L. 190/1994, art. 4 comma 5: «Per l'espletamento dei propri compiti, l'Autorità si avvale dell'Osservatorio dei lavori pubblici di cui al comma 10, lettera c), delle unità specializzate di cui all'articolo 14, comma 1, del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, nonché, per le questioni di ordine tecnico, della consulenza del Consiglio superiore dei lavori pubblici e del Consiglio nazionale per i beni culturali e ambientali, relativamente agli interventi aventi ad oggetto i beni sottoposti alle disposizioni della legge 1^o giugno 1939, n. 1089»

¹⁶⁶ In merito si veda la Convenzione penale sulla corruzione sottoscritta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata dalla l. 28 settembre 2012 n.110; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione adottata all'assemblea generale dell'ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata dalla l. 3 agosto 2009 n. 116; la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997 ed entrata in vigore con la l. 29 settembre 2000 n. 300.

ottemperava agli obblighi internazionali assunti dall'Italia¹⁶⁷ per il contrasto alla corruzione. I compiti affidati all'Alto commissario si configuravano nel compiere delle analisi conoscitive ed elaborarle in dati di monitoraggio per le procedure contrattuali di spesa. Come espresso in precedenza, non vi erano poteri regolatori né tanto meno sanzionatori, ma aveva l'obbligo di denunciare all'Autorità giudiziaria i reati e alla Corte dei Conti possibili fatti nei quali fosse identificabile un danno erariale.

Nonostante l'importanza data a tale figura, l'operato non si è tradotto in interventi incisivi ma, di contro, si rese problematico solo dopo cinque anni. La sua istituzione non fu significativa per la predisposizione di strumenti concreti di prevenzione e contrasto alla corruzione¹⁶⁸, questo anche a causa della scarsa attenzione che le Pubbliche Amministrazioni riposero nell'Alto Commissario.

Nel 2008, «*per provare a colmare le lacune dell'Alto commissario*»¹⁶⁹, venne istituito il Servizio Anticorruzione e Trasparenza del Dipartimento della funzione pubblica (SAET)¹⁷⁰. Quest'ultimo possedeva poteri funzionali più ampi tra cui l'onere di predisporre annualmente una Relazione al Parlamento sull'attività svolta e un Piano annuale per la trasparenza dell'azione amministrativa. La nota dolente risiedeva ancora una volta nella mancanza di poteri sanzionatori e nell'assenza di una piena autonomia dall'indirizzo politico. L'organismo rappresentava ancora un ramo del Dipartimento della funzione pubblica e quindi del Ministero per la Pubblica Amministrazione.

3.2.3. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici dei lavori servizi e forniture – AVCP

¹⁶⁷ La Convenzione penale sulla corruzione, sottoscritta al Strasburgo il 27 gennaio 1999, n. 110; la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione del 2003 e la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione del 1997.

¹⁶⁸ C. Benetazzo, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC ne sistema europeo delle Autorità indipendenti*, Federalismi.it, 5/2018, p.32 in www.federalismi.it.

¹⁶⁹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., p. 76.

¹⁷⁰ Art. 68 della Legge 6 agosto 2008 n. 113 recante «Conversione del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112 – Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria»

L'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici (AVLP), istituita nel 1994, venne successivamente riformata nel 2006¹⁷¹ in "Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (AVCP). Come traspare dalla coniazione del nuovo nome l'Autorità non era più unicamente legata al singolo settore dei lavori pubblici, ma estese la sua supremazia in tutti i settori del *public procurement*.

Rispetto alla lacuna lasciata dall'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto alla corruzione e dalla SAET, l'Autorità era connotata da piena indipendenza funzionale, di giudizio, di valutazione e di autonomia organizzativa, con funzioni pressoché simili alla antecedente autorità. La novità risiedeva principalmente nella possibilità, previa richiesta alla stazione appaltante o dei concorrenti di gara, di esprimere un parere non vincolante in materia di svolgimento dell'appalto e nella possibilità di irrogare sanzioni.

Il primo passo verso un'autorità con pieni poteri diversificati in diversi settori era stato compiuto. La necessità di commutare in capo a un unico organo i mezzi necessari alla repressione e prevenzione alla corruzione derivò anche dallo spunto normativo di affiancare il più possibile l'autorità di contrasto alla corruzione alla già esistente modalità organizzativa di organi come l'Autorità Garante della concorrenza e del mercato (istituita nel 1990) con pieni poteri di indipendenza.

La prevenzione alla corruzione non può essere slegata dal concetto di indipendenza: se l'organo che ne detiene la responsabilità fosse legato all'indirizzo politico rischierebbe di entrare esso stesso nel circolo della corruzione.

3.2.4. La Commissione per la valutazione, l'integrità e la trasparenza nelle pubbliche amministrazioni (CIVIT) e l'Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC)

Istituita dalla Riforma Brunetta nel 2009 e disciplinata dall'art. 13 del d.lgs. n. 150 del medesimo anno, la Commissione nasceva con l'onere di adempimento in materia di valutazione e misurazione della *performance*. La Commissione non si configurava ancora

¹⁷¹ D.lgs. 163/2006 che configurò il Codice di contratti pubblici (abrogato nel 2016 con l'emanazione del d.lgs 50/2016). All'art. 6 di seguito si cita: «L'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, con sede in Roma, istituita all'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994 n. 190, assume la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

nell'ottica delle Autorità amministrative indipendenti, era molto legata all'indirizzo politico e al controllo da parte del Dipartimento della funzione pubblica (di seguito Dipartimento)¹⁷².

Il connotato di indipendenza è stato "rivendicato" dalla Commissione stessa alla quale si deve l'aggiunta della prima "i" nella sigla, ma purtroppo ancora con scarsi risultati nella realtà dei fatti. La mancanza d'indipendenza la si ritrovava principalmente nella mancanza di un organico proprio, con personale ridotto e sottomesso ad altre amministrazioni, inoltre, vi era l'assenza di possibilità di entrate autonome¹⁷³.

Secondo quanto previsto dall'art. 13 della legge sopracitata, la CIVIT era stata istituita come organo anticorruzione in sostituzione del Dipartimento. Svolgeva funzioni di raccordo con le altre autorità nazionali ed esercitava poteri di vigilanza e controllo per l'effettiva applicazione delle misure di prevenzione alla corruzione all'interno delle amministrazioni pubbliche, nonché in materia di trasparenza dei processi all'intero di quest'ultime. Alle funzioni di controllo sopra descritte, si aggiunsero anche quelle sulla gestione dell'uso delle risorse pubbliche e sulla qualità dei servizi.

L'identificazione della Commissione quale Autorità nazionale anticorruzione avvenne ai sensi dell'art. 1 comma 2 della legge 190 del 2012 (La legge anticorruzione già sopracitata), la quale, tuttavia, non espone limpidamente i compiti in materia di anticorruzione affidati alla Commissione, che ancora una volta vide la sua caratteristica di indipendenza sottratta dal ruolo del Dipartimento.

Riprendendo i piani di prevenzione alla corruzione quali PNA e PTPC, questi erano sì approvati dalla CIVIT ma la predisposizione era ancora affidata alla responsabilità politica del Dipartimento e del Ministro della Pubblica Amministrazione. Stesso iter valeva anche per le attività di controllo e di vigilanza sui PTPC. Ancora una volta la carenza di chiarezza nei testi normativi, nonché la mancanza di una definizione concreta dei connotati di tale Commissione, sembrò minare lo scopo iniziale del legislatore di adempiere alle richieste provenienti da enti sovranazionali per il contrasto alla corruzione nella amministrazione

¹⁷² Struttura della Presidenza del Consiglio dei Ministri ed in particolare al Ministro delle pubbliche amministrazioni.

¹⁷³ R. Cantone, F. Merloni, *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, G. Giappichelli Editore, 2012, p. 2.

pubblica italiana. Un'importante riforma normativa in merito giunse con la legge 30 ottobre 2013, n. 125. Il decreto legislativo dal quale la legge derivò aveva l'intento di rinnovare interamente i componenti della Commissione, separando nettamente le funzioni di valutazione della *performance* (affidate all'ARAN¹⁷⁴) da quelle di anticorruzione e trasparenza che sarebbero rimaste all'Autorità nazionale anticorruzione per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (ANAC)¹⁷⁵. Il decreto legge n. 101 del 2013 in sede di conversione verrà però modificato nettamente. A seguito della sua entrata in vigore, infatti, la CIVIT/ANAC mantenne tutte le sue funzioni (compresa quella sulla valutazione della *performance*), slegando così l'Autorità dal ruolo cardine univoco di contrasto alla corruzione.

3.3. Misure per la prevenzione alla corruzione

L'inserimento di un sistema organico di prevenzione, stimolato con la legge 6 settembre 2012, n. 190, ha generato la creazione di strategie di pianificazione e programmazione per la lotta alla corruzione. Si tratta di misure di trasparenza, verifica e controllo attuate per mezzo dell'inserimento di una forte disciplina sui conflitti d'interesse, sulle incompatibilità, sull'esubero di impieghi e incarichi dei dipendenti pubblici nonché sui codici di comportamento degli stessi.

La pianificazione e la programmazione degli interventi di prevenzione alla corruzione si articola su due livelli: il primo livello è quello centrale, a livello nazionale si provvede alla predisposizione del Piano Nazionale Anticorruzione, attività ad oggi affidata all'ANAC; il secondo livello è quello decentrato e viene affidato alle singole amministrazioni mediante l'obbligo di predisporre i Piani Triennali di prevenzione della corruzione. Di particolare rilievo sono quest'ultimi piani, considerando che il decentramento dei compiti e

¹⁷⁴ Agenzia per la rappresentanza Negoziabile delle Pubbliche Amministrazioni, istituita dal d.lgs 26/1993. Rappresenta l'Agenzia tecnica dotata di personalità giuridica di diritto pubblico e di autonomia organizzativa, gestionale e contabile, che rappresenta le pubbliche amministrazioni nella contrattazione collettiva nazionale di lavoro.

¹⁷⁵ Art. 5, comma 1, L. 125/2013: «*Ai sensi dell'articolo 1, comma 2, della legge 6 novembre 2012, n. 190, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche assume la denominazione di Autorità nazionale anticorruzione e per la valutazione e la trasparenza delle amministrazioni pubbliche (A.N.A.C.).*»

dell'analisi dei rischi aumenta la veridicità delle informazioni valutate, ma soprattutto esso rispecchia l'indirizzo legislativo di un'amministrazione il più possibile orizzontale, permettendo così una più attenta prevenzione al fenomeno della corruzione negli enti locali, che come espresso in precedenza, registrano i più alti tassi di corruzione.

3.3.1. Il Piano nazionale anticorruzione (PNA)

Il PNA rafforza l'integrità pubblica fornendo supporto per la programmazione efficace di misure per la prevenzione alla corruzione, seguendo l'obiettivo del legislatore di accelerare le procedure amministrative. Il traguardo non è unicamente di aumentare i controlli, con il conseguente rischio di rendere le procedure più lente, ma di agire in prevenzione ai piani di spesa e sviluppo delle amministrazioni, operando dai comparti interni sino alle esternalizzazioni di appalti di forniture e servizi o concessioni. Tradizionalmente affidato al Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio e approvato dall'autorità anticorruzione, il Piano era adottato dalla CIVIT che è divenuta ANAC solo nel 2013¹⁷⁶. Il Piano anticorruzione viene dunque ad oggi approvato dall'ANAC, una volta sentito il parere del Comitato interministeriale e la Conferenza unificate Stato-Regioni. Il PNA individua i maggiori rischi di corruzione e i rispettivi rimedi, fissando obiettivi, tempistiche e modalità di attuazione delle misure a contrasto della corruzione. Il Piano evidenzia le aree più a rischio dove, successivamente, le singole amministrazioni seguiranno le indicazioni per predisporre i Piani Triennali di prevenzione alla corruzione (PTPCT)¹⁷⁷.

¹⁷⁶ Con il d.l. 90/2014, all'art. 19, il ciclo di vita del Piano viene integralmente rimesso agli oneri dell'ANAC.

¹⁷⁷ I PTPC, sono obbligatori per la maggior parte delle amministrazioni pubbliche. Secondo l'articolo 1 comma 8 della legge 190/2012, ogni amministrazione deve adottare entro il 31 gennaio di ogni anno il Piano a pena di una sanzione amministrativa tra 1.000 e 10.000 euro. Le amministrazioni tenute ad adottare il PTPCT sono in particolare: gli Enti pubblici economici, comprese l'Agenzia del demanio e l'Agenzia delle entrate; Ordini professionali; Autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione e le scuole di ogni ordine e grado ed istituzioni educative. Inoltre, in ordine alla legge n. 190/2012 sono tenute all'adozione di misure di prevenzioni ai fenomeni corruttivi di cui al "modello 231" che si riferisce al PTPCT: le società a controllo pubblico, anche congiunto ed anche di diritto privato, escluse le società quotate; associazioni, fondazioni ed enti di diritto privato anche prive di personalità giuridica in possesso dei requisiti dell'art. 2-bis comma 2 lettera c) del d.lgs. 33/2013.

Lo schema del PNA relativo agli anni 2022-2024 è stato elaborato con il compito di supportare le amministrazioni pubbliche per la realizzazione degli impegni assunti con il PNRR ed in vista dell'attuazione del Piano integrato di attività e organizzazione (PIAO)¹⁷⁸.. Gli impegni assunti con il PNRR fanno confluire all'interno delle casse dello Stato importanti somme di denaro per la realizzazione di opere pubbliche, con la necessità che queste vengano concluse in tempi celeri, coinvolgendo significativamente le pubbliche amministrazioni. Tutt'al più le diverse riforme attuate in ambito di *public procurement* richiedono «*il rafforzamento dell'integrità pubblica e la programmazione di efficaci presidi di prevenzione della corruzione per evitare che i risultati attesi con l'attuazione del PNRR siano vanificati da eventi corruttivi, con ciò senza incidere sullo sforzo volto alla semplificazione e alla velocizzazione delle procedure amministrative*»¹⁷⁹.

Il PNA 2022-2024 si articola in due parti: la parte generale e la parte speciale¹⁸⁰. La parte generale fornisce indicazioni sui processi e attività prioritarie per l'individuazione delle misure necessarie alla realizzazione, monitoraggio e semplificazione delle modalità di prevenzione della corruzione. La parte generale è preposta ad una funzione di indirizzo

¹⁷⁸ Istituito con il d.l. 9 giugno 2021, n. 80, convertito in legge 6 agosto 2021, n. 113. Si tratta di un documento unico di programmazione e di *governance* volto ad assicurare la qualità e la trasparenza dell'attività amministrativa, dei servizi ai cittadini e alle imprese, semplificando i processi. Ogni anno le pubbliche amministrazioni adottano una pianificazione in cui vengono confluiti anche il Piano per la Performance, il Piano triennale per la prevenzione della corruzione e della trasparenza, il Piano per il lavoro agile, il Piano dei fabbisogni del personale ed il Piano della formazione. Il Piano 2023-2025, e seguito di perplessità nel merito, sollevate dai giudici di Palazzo Spada, non si deve configurare come un "Piano dei piani" dove si unificano in un unico scritto le diverse pianificazioni sopracitate, ma, in un'ottica di piena efficienza, efficacia ed effettività, si promuove un'ampia integrazione fra le varie parti del Piano in modo da agevolare ed orientare le scelte di programmazione, organizzazione e gestione dei processi strategici. (*Piano integrato di attività e organizzazione del Ministero dell'Interno - Triennio 2023-2025*). Il PIAO deve essere adottato da: Amministrazioni dello Stato, Aziende ed amministrato dello Stato ad ordinamento autonomo; Regioni, Province, Comuni, Città Metropolitane, Comunità montane e loro consorzi ed associazioni, Enti territoriali di area vasta; Istituzioni universitarie e AFAM; Istituti autonomi case popolari, se non enti pubblici economici; Camere di commercio, industria, artigianato, agricoltura e loro associazioni; Enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali; Amministrazioni, aziende ed enti del SSN; ARAN; Agenzie di cui al d.lgs. 300/1999 ad esclusione di quelle che hanno natura di enti pubblici economici; Autorità del sistema portuale e CONI.

¹⁷⁹ Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2023. Schema in consultazione con i relativi allegati, p.16 in <https://www.anticorruzione.it/-/piano-nazionale-anticorruzione-2022-2024-schema-in-consultazione>.

¹⁸⁰ Schema di Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2024 in <https://www.anticorruzione.it/-/piano-nazionale-anticorruzione-2022-2024-schema-in-consultazione>.

per i RPCT¹⁸¹ nei loro ruoli di coordinatori strategici della prevenzione della corruzione, soprattutto in vista del coordinamento con il PIAO. La parte speciale, invece, è completamente dedicata al settore dei contratti pubblici, ma anche in questo caso, con particolare riferimento al PNRR e agli aggiornamenti legislativi attuati negli ultimi anni. Proprio a seguito delle diverse norme derogatorie intervenute in questo ambito negli ultimi anni, l'Autorità si è assunta l'onere di offrire un sostegno alle stazioni appaltanti per l'individuazione di tutte le misure necessarie per il contrasto del malaffare precitate. Per il settore dei contratti pubblici, l'intenzione sta nel potere dell'Autorità di fornire misure di prevenzione della corruzione e della trasparenza mirate alle procedure di gara e di esecuzione dei contratti.

Riprendendo ora la parte generale, l'Autorità nello Schema ha cercato di massimizzare l'uso delle risorse a disposizione delle pubbliche amministrazioni per raggiungere gli obiettivi posti dal PNRR nei tempi prestabiliti, riducendo gli oneri amministrativi ed evitando le duplicazioni di adempimenti per le pubbliche amministrazioni. L'Autorità ha sottolineato questo aspetto ponendo dei criteri che non vadano a decrementare l'iniziativa di prevenzione alla corruzione e della trasparenza.¹⁸² Lo Schema, nella parte generale, si riferisce alla nozione di "valore pubblico" in tema di anticorruzione: «Ad avviso di ANAC va privilegiata una nozione ampia di valore pubblico intesa come miglioramento della qualità della vita e del benessere economico, sociale, ambientale delle comunità di riferimento, degli utenti, degli stakeholder, dei destinatari di una politica o di un servizio. Si tratta di un concetto che non va limitato agli obiettivi finanziari/monetizzabili ma comprensivo anche di quelli socio-economici, che ha diverse sfaccettature e copre varie dimensioni del vivere individuale e collettivo»¹⁸³.

Una grande rilevanza è stata dedicata al divieto di *pantouflage*¹⁸⁴. L'Autorità ha, infatti, rilevato che tale istitutivo presenta una valenza molto importante, se correttamente

¹⁸¹ Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza. L'RPCT è individuato tra i dirigenti di ruolo nell'organo di indirizzo di riferimento. Assume un incarico in piena autonomia ed effettività. È responsabile della predisposizione del PTPC e vigila sul rispetto delle prescrizioni in esso contenute.

¹⁸² Schema del Piano Anticorruzione 2022-2024, cit., p.21.

¹⁸³ Schema del Piano Anticorruzione 2022-2024, cit, pp.21-22.

¹⁸⁴ Indica i passaggi di dipendenti pubblici al settore privato. Tale fenomeno potrebbe sfociare in situazioni critiche d'ipotesi di conflitto di interessi, nonché causa di incompatibilità.

applicato, per evitare il rischio che possibili posizioni lavorative diventino fonti di fenomeni corruttivi. Lo Schema permette di fornire dei chiarimenti sull'applicazione e sulle misure da inserire nei Piani triennali. L'ANAC svolge in questo caso una funzione consultiva e di verifica sull'inserimento della vigilanza all'interno dei PTPCT e nella sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO. Come si evince dal Piano, «*tutte le amministrazioni pubbliche sono pertanto tenute a prevedere nei propri PTPCT o nella sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO adeguati strumenti e modalità per assicurare il rispetto di tale istituto anche attraverso un'attività di verifica*» affidata al RPCT il quale, in caso di esito negativo sull'obbligo di divieto di *pantouflage*, segnala direttamente all'ANAC. Le misure proposte da inserire nei Codici di comportamento dei dipendenti pubblici istituiscono il dovere di comunicazione da parte del dipendente pubblico di eventuali proposte lavorative pervenute dal settore privato e, nel caso di cessazione dall'incarico, di sottoscrivere una dichiarazione ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000 attestante l'assenza di violazione del divieto di *pantouflage* per il triennio successivo alla cessazione del rapporto di lavoro.

Per quanto concerne le misure di possibile inserimento dei PTPCT o nel PIAO, il Piano fornisce un elenco dettagliato in cui ad esempio emergono le ipotesi di: inserimento di clausole nei documenti di assunzione che prevedono in modo esplicito il divieto di *pantouflage* e una dichiarazione simile a quella prevista dal Codice di comportamento sopra descritta con la possibilità di un'azione risarcitoria per i dipendenti che abbiano violato il divieto; introdurre nei bandi di gara e negli atti per gli affidamenti di contratti pubblici e negli atti di autorizzazione e concezione di sovvenzioni o contributi l'obbligo per l'operatore economico partecipante di dichiarare di non avere stipulato contratti di lavoro o attribuito incarichi ad ex dipendenti pubblici¹⁸⁵. La parte generale, dunque, affronta le misure di anticorruzione concentrandosi sulla creazione del valore pubblico trasversale nelle attività della pubblica amministrazione per prevenire fenomeni di cattiva amministrazione, riducendo gli sprechi e perseguendo obiettivi di imparzialità.

In riferimento alla parte speciale, il contenuto è interamente dedicato al settore dei contratti pubblici in materia di conflitto di interessi e trasparenza e alla funzione dei Commissari straordinari. Nel Piano 2022-2024 l'Autorità si è concentrata sulla disciplina

¹⁸⁵ Schema del Piano Anticorruzione 2022-2024, cit., pp.68-69.

regolatoria e sui relativi profili critici. Anche in questo caso, il punto focale del Piano lo si riscontra nella prevenzione alla corruzione con l'individuazione e gestione dei conflitti d'interesse di cui all'art.42 del d.lgs n. 50/2016, di grande rilevanza per l'attuazione del PNRR. Le raccomandazioni per le misure da inserire nei Piani fanno principalmente riferimento alle dichiarazioni che la parte privata e pubblica, in sede di gara ed esecuzione del contratto, trasmettono al responsabile dell'ufficio competente e al RUP. Le verifiche sulle dichiarazioni vengono effettuate dagli uffici della stazione appaltante in contraddittorio con il soggetto interessato mediante l'utilizzo di banche dati. L'Autorità nello Schema presenta un modello da cui il RPCT potrebbe trarre spunto, con l'indicazione delle macroaree principali: attività professionale e lavorativa pregressa (ad esempio elencazione degli impieghi presso oggetti pubblici o privati); interessi finanziari (elencazione delle partecipazioni in società di capitali pubbliche o private) e rapporti e relazioni personali. Tali esemplificazioni dovranno però essere integrate a seconda di specifiche peculiarità.

Per quanto concerne la trasparenza dei contratti pubblici, caposaldo in materia di prevenzione della corruzione, l'indicazione che si evince è quella di rafforzare la trasparenza, potenziando la BDNCP gestita dall'ANAC e digitalizzando i contratti. La misura da attuare è proposta dal bando-tipo n. 1/2021 recante il disciplinare di gara per procedure svolte totalmente mediante strumenti informatici, per l'acquisto di servizi e forniture di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza comunitaria, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (delibera n. 773 del 24 novembre 2021)¹⁸⁶. Vista l'attuazione del PNRR per il settore degli appalti pubblici, con la modernizzazione attraverso la digitalizzazione delle amministrazioni pubbliche, le diverse norme derogatorie funzionali alle esigenze di semplificazione e accelerazione attuate negli ultimi anni devono avere un riscontro dal lato della trasparenza. Le amministrazioni titolari di interventi da fondi PNRR devono istituire, nella sezione "Attuazione Misure PNRR" dei propri siti web ufficiali, tutti gli atti legislativi e amministrativi adottati, comunicando il numero di protocollo, la data di pubblicazione nonché quella di entrata in vigore, l'oggetto e tutte le diverse documentazioni approvate e le rispettive note informative. A ciò si aggiunge l'obbligo di conservare e archiviare

¹⁸⁶ Schema del Piano Anticorruzione 2022-2024, cit., p.107

tutta la documentazione di progetto, nonché il particolare riferimento diversificato delle operazioni contabili per l'utilizzo delle risorse PNRR.

Riprendendo la missione del PNRR di intervenire con investimenti finalizzati allo sviluppo di infrastrutture moderne e digitalizzate, il ruolo di spicco è attribuito ai Commissari straordinari nominati per la realizzazione di opere strategiche come da art. 4 del d.l. n. 32/2019¹⁸⁷. In particolare, il procedimento per le nomine dei Commissari straordinari è contenuto nel PNA 2017. In sede di aggiornamento della figura, all'interno del PNA 2022-2024 l'indicazione più sostanziale di misure da adottare per le amministrazioni pubbliche risiede nella decisione dell'Autorità di svincolare il ruolo del RPCT da quello del Commissario. All'interno del PNA 2017, vi era la possibilità che il ruolo del RPCT all'interno dell'amministrazione potesse essere svolto dal Commissario stesso, questione che però ha posto in rilievo diverse criticità sulla gestione dell'attività dei contratti pubblici già esposta ad alto rischio, compromettendo l'autonomia e l'indipendenza delle figure. Si configurano così, all'interno dello Schema, due opzioni per le gestioni commissariali: nella prima, il Commissario straordinario nomina il RPCT tra i dirigenti della struttura commissariale e, dunque, l'adozione del PTPCT è onere del Commissario straordinario; la seconda opzione si instaura nel caso in cui, in mancanza di un dirigente interno per la nomina di RPCT, quest'ultimo ruolo può essere assunto dal Commissario straordinario nominato dal Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibile e, dunque, il PTPCT verrà ad opera del Ministro.

La misura dell'adozione del PNA risulta infine un connubio tra le diverse attività e funzioni che l'ANAC, come vedremo in seguito, esegue ed esprime perfettamente nell'attività di indirizzo per le amministrazioni pubbliche verso un miglior approccio preventivo alla corruzione. Le misure suggerite hanno infatti un carattere esemplificativo e derivano dall'esame dei rischi dei livelli di corruzione calcolati dall'Autorità all'interno delle amministrazioni nel settore di contratti pubblici per supportare quest'ultime all'individuazione dei migliori strumenti contestualizzati in ordine alle diverse esigenze.

¹⁸⁷ C.d. decreto "sblocca-cantieri".

Capitolo 4. L'Autorità Nazionale Anticorruzione

La nascita dell'attuale ANAC è dovuta alla deresponsabilizzazione degli organi prettamente di indirizzo politico nel settore «sensibile»¹⁸⁸, quale quello della concorrenza e della lotta alla corruzione negli appalti pubblici. I ruoli che assume l'ANAC sono diversificati ma convergono verso un unico obiettivo di contrasto alla corruzione, presentano connotati appartenenti a diversi ambiti del sistema governativo nazionale e hanno avuto un'evoluzione storica e normativa a seconda dell'instaurarsi nel settore di riferimento di nuove sfide. Le varie modifiche legislative hanno coniato diverse funzioni attribuite all'ANAC la quale ha tuttavia dimostrato un'abile capacità di adattamento.

4.1. Il ruolo, le funzioni e l'attività dell'ANAC

Il decreto legge n. 90 del 2014¹⁸⁹ (c.d. decreto Madia), sopprimendo l'AVCP, definì permanentemente l'ambito delle Autorità amministrative indipendenti con l'attribuzione in capo all'ANAC di considerevoli poteri di prevenzione e repressione della corruzione, nonché di vigilanza e di tutela della concorrenza in diversi settori¹⁹⁰.

L'attuale autorità anticorruzione nasce sull'onda degli scandali per fatti corruttivi connessi all'Expo Milano 2015 e alla costruzione del Mose di Venezia, nonché alla più recente ricostruzione delle zone del Centro-Italia colpite dal sisma nel 2016. L'ANAC assunse immediatamente i compiti di monitoraggio dei fenomeni corruttivi nelle amministrazioni pubbliche con l'onere di superare le inefficienze del sistema degli appalti pubblici lasciate dall'ACVP e diventando, finalmente, l'unico organo preposto ad acquisire un profilo repressivo completo¹⁹¹.

¹⁸⁸ Cfr. C. Benetazzo, *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC ne sistema europeo delle Autorità indipendenti*, cit..

¹⁸⁹ Decreto Legge 24 giugno 2014, n.90 convertito con modificazioni in Legge 11 agosto 2014 dal titolo «Misure urgenti per la semplificazione trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari».

¹⁹⁰ A. Peloso, *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, Rivista della regolazione dei mercati, n. 1/2017, p.123.

¹⁹¹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., p. 82.

Il Codice dei contratti pubblici del 2016¹⁹² rafforza il ruolo dell'ANAC con poteri innovativi, i quali hanno permesso l'avvio di un'attività più marcata sia *ex ante* che *ex post* sull'operato delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, modificando drasticamente l'anticorruzione. L'intenzione del legislatore di aggiornare la figura dell'anticorruzione italiana aveva le sue fondamenta già nella legge delega n. 11 del 2016¹⁹³, che, recependo le direttive europee, aveva coniugato l'anticorruzione con la regolazione e la vigilanza del mercato¹⁹⁴. Le direttive europee in questione sono le Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE che contenevano indicazioni per l'aggiudicazione dei contratti di concessione, per gli appalti pubblici e per le procedure d'aggiudicazione nei settori speciali quali acqua, energia, trasporti, servizi postali nonché il riordino delle procedure di lavori, servizi e forniture. Queste direttive ampliarono l'obiettivo di conseguire una maggiore semplificazione, efficienza e flessibilità all'interno del settore degli appalti pubblici.

Ad avvalorare l'importanza del malaffare all'interno degli appalti pubblici si sottolinea che l'Italia è l'unico Paese nel cui ordinamento giuridico si prevede un reato specificatamente collegato a questo settore. All'art. 416 bis del codice penale, infatti, si definisce l'associazione di tipo mafioso come l'associazione i cui membri «*si avvalgono della forza di intimidazione del vincolo associativo e della condizione di assoggettamento e di omertà che ne deriva per commettere delitti, per acquisire in modo diretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti e servizi pubblici o per realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per gli altri(...)*».

La centralità dell'ANAC si evince, infine, dall'art. 213 del codice dei contratti che le affidava la vigilanza e la regolazione sui contratti pubblici. Tale articolo intitolato per l'appunto:

¹⁹² Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹⁹³ Il nuovo Codice dei contratti pubblici approvato successivamente con il d.lgs. n. 50/2016. All'art. 1, comma 1 lettera t) la legge prevede «*attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché di adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impugnabilità di tutte le decisioni e gli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*».

¹⁹⁴ Il mercato in questione è quello caratterizzato da scambi commerciali in cui un contraente possiede personalità giuridica di carattere pubblicistico.

«Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)» sancisce definitivamente per la prima volta le finalità dell’Autorità e i compiti ad essa attribuiti. Presenta una descrizione molto minuziosa e specifica, rispecchiando il fine del legislatore di chiarezza e completezza della figura preposta all’anticorruzione in Italia.

L’ANAC si serve di linee guida, bandi-tipo e contratti-tipo, tutti rientranti nella categoria delle regolamentazioni flessibili¹⁹⁵, fornendo così, nell’ottica dell’efficienza, un ausilio alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, in una prospettiva di omogeneità e miglioria delle pratiche e dei procedimenti amministrativi. La revisione del comma 8, così come dell’art. 53, comma 1 lettera f) legge n. 108 del 2021, ha predisposto per l’esecuzione di tali attività di *soft law*, la gestione da parte dell’Autorità della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici¹⁹⁶. In questa Banca Dati, che garantisce l’accessibilità alle procedure di gara e la loro trasparenza e tracciabilità, sono presenti tutte le informazioni acquisite tramite i sistemi informatici delle altre banche dati esistenti. La BDNCP è gestita dall’Osservatorio dei contratti pubblici¹⁹⁷ il quale segue le modalità di funzionamento ad

¹⁹⁵ C.d. “Soft Law” dal diritto internazionale, si riferisce a quelle strumenti normativi diversi dalle forme classiche di diritto statale, privi di effetti vincolanti e identificati come “atti di indirizzo”. Nell’ordinamento italiano sono tipici delle Autorità indipendenti.

¹⁹⁶ Di seguito semplicemente “Banca dati” o “BDNCP”.

¹⁹⁷ Istituito dall’art. 7 d.lgs. 16 aprile 2006 n. 163: « a) provvede alla raccolta e alla elaborazione dei dati informativi concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale e, in particolare, di quelli concernenti i bandi e gli avvisi di gara, le aggiudicazioni e gli affidamenti, le imprese partecipanti, l’impiego della mano d’opera e le relative norme di sicurezza, i costi e gli scostamenti rispetto a quelli preventivati, i tempi di esecuzione e le modalità di attuazione degli interventi, i ritardi e le disfunzioni; b) determina annualmente costi standardizzati per tipo di lavoro in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale; c) determina annualmente costi standardizzati per tipo di servizio e fornitura in relazione a specifiche aree territoriali, facendone oggetto di una specifica pubblicazione, avvalendosi dei dati forniti dall’ISTAT, e tenendo conto dei parametri qualità prezzo di cui alle convenzioni stipulate dalla CONSIP, ai sensi dell’articolo 26, legge 23 dicembre 1999, n. 488; d) pubblica annualmente per estrema i programmi triennali dei lavori pubblici predisposti dalle amministrazioni aggiudicatrici, nonché l’elenco dei contratti pubblici affidati; e) promuove la realizzazione di un collegamento informatico con le stazioni appaltanti, nonché con le regioni, al fine di acquisire informazioni in tempo reale sui contratti pubblici; f) garantisce l’accesso generalizzato, anche per via informatica, ai dati raccolti e alle relative elaborazioni; g) adempie agli oneri di pubblicità e di conoscibilità richiesti dall’Autorità; h) favorisce la formazione di archivi di settore, in particolare in materia contrattuale, e la formulazione di tipologie unitarie da mettere a disposizione dei soggetti interessati; i) gestisce il proprio sito informatico; l) cura l’elaborazione dei prospetti statistici di cui all’articolo 250 (contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi di rilevanza comunitaria) e di cui all’articolo 251 (contenuto del prospetto statistico per i contratti pubblici di lavori, forniture e servizi nei settori di gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica); l-bis) provvede a monitorare l’applicazione dei criteri ambientali minimi di cui ai decreti attuativi del decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare 11 aprile 2008, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 107 dell’8 maggio 2008, e successive modificazioni, e il raggiungimento degli obiettivi prefissati dal Piano d’azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione, di cui al medesimo decreto, e successive modificazioni.»

esso attribuite in virtù dei poteri conferiti all'ANAC. L'Autorità ha il compito di individuare le modalità e i tempi, entro i quali i titolari delle banche dati devono far confluire tutte le informazioni necessarie¹⁹⁸. L'istituzione di questa tipologia di banca dati risulta molto importante considerando che negli anni si è cercato sempre più di digitalizzare il settore del *public procurement*, allontanandolo dai tradizionali "mali" che hanno colpito il settore. Tramite la BDNCP è possibile ridurre gli oneri delle amministrazioni aggiudicatrici e aumentare il monitoraggio delle diverse fasi di gara, con l'annessa possibilità di controllo e di tracciamento dei flussi finanziari, in un'ottica di prevenzione al malaffare. L'Autorità gestisce inoltre il precitato Casellario Informatico dei contratti pubblici dei lavori, servizi e forniture, che incamera tutte le informazioni sugli operatori economici così come previste dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016¹⁹⁹, stabilendo la tipologia di dati che devono essere contenute nel Casellario per la verifica di illeciti professionali, per l'attribuzione del rating d'impresa e la gestione del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di cui all'art.84 del d.lgs. 50/2016²⁰⁰.

Ai sensi del comma 3 dell'art 213 l'attività di vigilanza si esplica sui contratti pubblici di qualsiasi categoria con particolare rilievo alla garanzia di economicità dell'esecuzione di quest'ultimi, sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse dalle tipologie riscontrate nella normativa di settore, sul sistema di qualificazione degli esecutori pubblici (nonché gestisce il sistema di qualificazioni delle stazioni appaltanti e

¹⁹⁸ All'art. 213 comma 8 si prevede che « per le opere pubbliche, l'Autorità, il Ministero dell'economia e delle finanze e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Presidenza del Consiglio dei Ministri e le Regioni e le Province autonome quali gestori dei sistemi informatizzati di cui al comma 4 dell'articolo 29 concordano le modalità di rilevazione e interscambio delle informazioni nell'ambito della banca dati nazionale dei contratti pubblici, della banca dati di cui all'articolo 13 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, della banca dati di cui all'articolo 1, comma 5, della legge 17 maggio 1999, n. 144 e della banca dati di cui all'articolo 36 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 agosto 2014, n. 114, al fine di assicurare, ai sensi del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33 e del presente codice, il rispetto del principio di unicità dell'invio delle informazioni e la riduzione degli oneri amministrativi per i soggetti di cui all'articolo 1, comma 1, l'efficace monitoraggio dalla programmazione alla realizzazione delle opere e la tracciabilità dei relativi flussi finanziari o il raccordo degli adempimenti in termini di trasparenza preventiva.».

¹⁹⁹ L'articolo pone un elenco dei motivi di esclusione della gara dell'operatore economico tra cui: delitti consumati o tentati per organizzazione criminale, mafiosa, terroristici o più generalmente riconducibile ad attività di corrottive. Con l'introduzione del nuovo codice dei contratti in vigore dal 1 luglio 2023 l'articolo ha mantenuto i suoi contenuti nell'art. 94.

²⁰⁰ Per i lavori pari o superiori all'importo di euro 150.000, è necessario che i soggetti esecutori comprovino il possesso dei requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziarie e le capacità tecniche (di cui all'art. 83), comprovati da organismi di attestazione (tipo SOA) autorizzati esclusivamente dall'ANAC.

delle centrali di committenza²⁰¹) e sugli affidamenti di particolare rilievo, attuando dei protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti per la gestione dell'intera procedura di gara. Per quanto concerne l'economicità dell'esecuzione dei contratti, inoltre, l'ANAC provvede alla disposizione di linee guida con la determinazione di costi standard e prezzi di riferimento anche con l'affiancamento da parte dell'ISTAT e delle banche dati presenti presso altre Amministrazioni pubbliche che operano nel settore della contrattualistica.

Nei confronti di Governo e Parlamento l'Autorità segnala gli avvenimenti più rilevanti di inosservanza o di applicazione scorretta delle normative di settore e formula proposte di modifica alla normativa vigente, predisponendo una relazione²⁰² annuale sull'attività ed evidenziando le alterazioni riscontrate.

Come vedremo successivamente, con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici²⁰³ l'attività dell'ANAC è stata limitatamente riformata, ma ha mantenuto le sue peculiari funzioni e poteri che ora andremo a descrivere.

4.1.1. poteri di vigilanza e controllo

Uno degli aspetti più rilevanti che emerge dall'analisi dell'art. 213 d.lgs. n. 50/2016, nonché dalla recente riforma ai sensi dell'art. 222 del d.lgs. n. 36/2023²⁰⁴, è la volontà del legislatore di conferire all'Autorità pieni poteri all'interno del settore dei contratti pubblici. Il ruolo affidato all'ANAC comprende una vigilanza sull'intero processo del *public procurement* legittimata dal Codice stesso.

Il monitoraggio degli obblighi di trasparenza, informazione e controllo rientrano per lo più nella fase esecutiva del contratto, la più delicata. Come già sottolineato anche nei

²⁰¹ D.lgs. 50/2016. Art. 213 comma 4.

²⁰² L. 190/2012, art. 1 comma 2 lett. g): «*riferisce al Parlamento, presentando una relazione entro il 31 dicembre di ciascun anno, sull'attività di contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione e sull'efficacia delle disposizioni vigenti in materia.*».

²⁰³ D.lgs. 36/2023. In particolare l'art. 222 dal titolo "ANAC".

²⁰⁴ A seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, l'ANAC con Delibera n. 270 del 2023 ha adottato un nuovo regolamento per la disciplina di tale attività recante Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza in materia di contratti pubblici, a seguito di interventi legislativi concernenti il d.lgs. n. 36/2023.

paragrafi precedenti, la possibilità delle varianti in corso d'opera comporta un alto livello di rischio dettato dalle modifiche contrattuali e dall'inserimento di attività criminali e, ancor di più, dallo scenario del subappalto, che affida parte delle lavorazioni a imprese esterne rispetto a quella aggiudicataria. Si ricorda come ai sensi dell'art. 106 comma 8 le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di comunicare all'ANAC (ovvero all'Osservatorio dei contratti pubblici) le modifiche al contratto o le varianti in corso d'opera. Allo stesso modo all'art. 107 si prevede l'obbligo per il responsabile del procedimento di comunicare all'ANAC la sospensione dei lavori qualora superino il quarto del tempo contrattuale complessivo.

La vigilanza si rende protagonista anche nell'eventualità di agire in situazioni di emergenza. Nel caso di azioni in deroga al codice, come avvenuto nel corso dell'emergenza sanitaria da Covid-19, il rischio di infiltrazioni criminali e, in questo caso, di attività corruttive, aumenta e quindi dovranno attivarsi dei meccanismi fondati sulla garanzia di concorrenza, trasparenza e correttezza. Stesso meccanismo particolare avviene per la c.d. vigilanza collaborativa. La vigilanza collaborativa, di cui all'art. 213 comma 3 lett. h) del d.lgs n. 50/2016 che ha mantenuto la medesima ratio all'art. 222 comma 3 lett. h) del d.lgs. 36/2023, viene attuata dall'ANAC per specifici affidamenti di singolare interesse e in collaborazione con le stazioni appaltanti richiedenti, per attuare un supporto nella predisposizione degli atti di gara e nell'intera gestione di quest'ultima. Tale attività di vigilanza, istituita a seguito della particolare legislazione per l'esecuzione dei lavori dell'Expo Milano 2015, ha interamente un carattere preventivo interno alle singole stazioni appaltanti, le quali hanno così la possibilità di autocorrezione dei procedimenti di gara prima della stipula di atti finali. Le stazioni appaltanti che sottoscrivono il protocollo di vigilanza possono richiedere un "servizio di tutoraggio" all'ANAC, la quale non può negarsi, diventando difatti a tutti gli effetti un co-gestore del contratto finale²⁰⁵. Di recente, con la delibera del Consiglio ANAC del 30 marzo 2022 n. 160, nonché mediante l'ultima delibera in tema di vigilanza²⁰⁶ recante «*Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici*» riferita al nuovo Codice dei contratti 2023, lo strumento di vigilanza collaborativa è stato ampliato anche

²⁰⁵ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., pp. 107-108

²⁰⁶ ANAC, Delibera n. 269 del 20 giugno 2023.

all'induzione di gare, appalti e procedure di importi inferiori alle grandi opere nonché per appalti e concessioni anche al di fuori dei programmi di acquisizione delle amministrazioni pubbliche.

Inizialmente la possibilità di ricorso alla vigilanza collaborativa veniva prevista nel caso di affidamenti necessari post calamità naturali, di grandi infrastrutture strategiche, di lavori di importo superiore ai 100 milioni di euro e di forniture superiori a 15 milioni di euro. Attualmente, allo scopo di ampliare la possibilità di richiesta volontaria a questo istituto, è possibile rivolgersi ad essa nei casi in cui ci siano degli affidamenti di lavori superiori a 50 milioni di euro e per forniture superiori a 5 milioni di euro, se rientranti nei programmi di spesa e facenti parte di investimenti ottenuti tramite l'utilizzo di fondi comunitari²⁰⁷.

Il procedimento di vigilanza comprende: la pubblicazione del bando o avviso di gara, l'ammissione o l'esclusione dei partecipanti, la valutazione delle offerte, la proposta di aggiudicazione, la verifica di anomalie nelle offerte e la stipulazione del contratto finale. In questa tipologia di strumento è centrale il ruolo del Presidente dell'ANAC, il quale approva l'iniziale proposta di osservazioni derivante dall'ufficio competente. Le osservazioni verranno successivamente comunicate alla stazione appaltante che non ha un obbligo di ottemperare alle osservazioni dell'Autorità, ma dovrà a sua volta motivare l'eventuale mancata adesione a quanto proposto. Solo in casi estremi di mancanza di adeguamento l'Autorità ha la possibilità di procedere allo scioglimento del protocollo di vigilanza²⁰⁸.

Dall'esame sopra riportato emerge la funzione di indirizzo assunta dall'attività di vigilanza verso il soggetto esecutore del contratto nonché verso uno specifico interesse pubblico²⁰⁹. La vigilanza, in questo modo, diviene parte integrante della "mera attività" di controllo, sostanziandosi in una funzione attiva con azioni ispettive, poteri di indirizzo e di gestione nonché di rimozione diretta e indiretta di singoli atti amministrativi. L'attività

²⁰⁷ Il regolamento ANAC sull'attività di vigilanza collaborativa. Scheda illustrativa e Delibera n. 160 del 30 marzo 2022, *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratto pubblici*.

²⁰⁸ L'adesione al protocollo di vilanza ha di norma una durata pari ad un anno.

²⁰⁹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., p.101

di vigilanza è attivata dall'ufficio competente, ovvero dal Consiglio dell'Autorità, ma può provenire anche dall'esterno. Un ruolo di rilevanza è affidato al responsabile del procedimento, il dirigente dell'ufficio competente, che può affidare lo svolgimento dell'istruttoria a uno o più funzionari dell'ufficio stesso. Il responsabile effettua la comunicazione di avvio del procedimento indicando l'oggetto, le informazioni o i documenti contenuti e il termine del procedimento istruttorio e ha il compito di trasmettere al Consiglio l'elenco dei procedimenti avviati nel trimestre di riferimento per l'analisi delle istruttorie in corso o concluse, per un'indagine sull'andamento dei contratti pubblici, e ha la possibilità di attuare soluzioni alternative ai diversi casi. Diventano fondamentali in questo campo le segnalazioni da parte di amministrazioni, di Autorità o in generale da parte di soggetti sia di diritto pubblico che di diritto privato. Le segnalazioni possono infatti derivare da: l'autorità giudiziaria, il pubblico ministero, l'Avvocatura dello Stato o da ogni altra amministrazione, ma si pone anche l'attenzione circa il c.d. *whistleblower* che rientra nella tipologia di segnalazioni anonime e tutelate dalla legge. In quest'ultimo caso, la trattazione della segnalazione viene affidata all'ufficio competente dell'organo che seguirà il procedimento adottato dalle linee guida ANAC per il rispetto della tutela e della riservatezza del segnalante.

4.1.2. La funzione sanzionatoria

L'ANAC ha il potere di erogare sanzioni amministrative, interdittive e pecuniarie a seguito di violazione degli obblighi informativi e di comunicazione verso l'Autorità, di falsa dichiarazione o esibizione di documenti non veritieri anche verso le S.O.A.²¹⁰. La funzione sanzionatoria, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, è regolamentata dal *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di contratti pubblici, ai fini dell'adeguamento alle nuove disposizioni del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36*²¹¹.

²¹⁰ Società Organismo di Attestazione. Sono soggetti privati autorizzati al rilascio delle certificazioni SOA necessarie per partecipare a gara d'appalti pubbliche con importo superiore a 150.000,00 euro.

²¹¹ANAC, Delibera n. 271 del 20 giugno 2023.

I soggetti facenti parte di una procedura ad evidenza pubblica o di un contratto pubblico sono tenuti all'obbligo di fornire informazioni e/o di esibire documenti all'Autorità, all'Amministrazione ed alle S.O.A. ed in caso di violazione di tale obbligo l'ANAC potrebbe intervenire con delle sanzioni. Anche se il potere di richiesta di documenti è direttamente riconducibile alla funzione di vigilanza e controllo, l'eventualità che la loro mancanza o la falsità del contenuto possa determinare la esclusione dalla procedura di gara, fa attribuire a tale eventualità descritta un connotato sanzionatorio a tutti gli effetti²¹². Oltre agli effetti propri dell'esecuzione del procedimento di gara e quindi della stipula ed esecuzione del contratto stesso, la sanzione assume anche la fattispecie tipica di sanzione amministrativa pecuniaria. Infatti, nel caso di mancata esibizione dei documenti richiesti, l'ANAC ha la possibilità di erogare sanzioni pecuniarie da un minimo di 250,00 euro sino a 25.000,00 euro, mentre nel caso di esibizione di documenti con contenuti non veritieri la sanzioni ammonta da un minimo di euro 500,00 ad un massimo di euro 50.000,00²¹³.

La funzione sanzionatoria si esplica ugualmente nell'ambito della gestione dell'Osservatorio dei contratti pubblici. L'Autorità applica le sanzioni amministrative pecuniarie sopra descritte al soggetto che, senza giustificato motivo, non adempie agli obblighi di comunicazione, ovvero fornisce informazioni non veritiere in merito alle varianti in corso d'opera, una volta accertata l'illegittimità delle stesse.

Un caso particolare di potere sanzionatorio lo si riscontra nell'inserimento del soggetto nel casellario informatico dell'ANAC per segnalazione di illecito. In questo caso non si riscontra la natura sanzionatoria tipica, ma unicamente un onere di pubblicità di illeciti o fattispecie similari, servizio reso alle stazioni appaltanti per l'acquisizione di informazioni sugli operatori economici nel settore degli appalti pubblici²¹⁴.

Il procedimento sanzionatorio viene disciplinato direttamente dall'Autorità, che adotta un regolamento unico per la disciplina dei procedimenti sanzionatori di propria competenza²¹⁵. Esso viene intrapreso a seguito di segnalazioni direttamente dall'Autorità

²¹² Cons. Stato, Sez. V, 20/003/2023, n. 2790.

²¹³ Art. 213 comma 13, d.lgs. N. 50/2016 nonché art. 222 comma 13, d.lgs. n. 36/2023.

²¹⁴ T.A.R. Lazio Roma, Sez. stralcio, 03/02/2023, n. 1984.

²¹⁵ Delibera n. 920 del Consiglio dell'Autorità nell'adunanza del 16 ottobre 2019 *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, in <https://www.anticorruzione.it/documents/91439/246200/Regolamento+sull%27esercizio+del+potere+>

in caso di mancanza di documenti richiesti o nel caso di false dichiarazioni; dall'ufficio competente a seguito di segnalazioni pervenute dall'Osservatorio dei contratti pubblici per mancanza di obblighi informativi di cui all'art. 213 comma 9 del d. lgs 50/2016 (art. 222 comma 9, d.lgs. n. 36/2023); da una stazione appaltante in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione oppure da una S.O.A. nel caso di mancanza dei titoli di qualificazione da questa richiesti ovvero nel caso di false dichiarazioni anche riguardanti i C.E.L.²¹⁶. La segnalazione viene successivamente valutata dal dirigente di settore che ne disporrà l'archiviazione oppure l'avvio dell'istruttoria per la contestazione di addebito che verrà inviata al soggetto inadempiente ad al segnalante²¹⁷. Una volta definiti gli elementi per la sussistenza del dolo o della colpa grave, la questione viene rimessa al Consiglio, il quale può chiedere un'ulteriore istruttoria oppure, in alternativa, procedere con il provvedimento finale. Questo può avere diversi esiti: il non luogo a procedere; l'irrogazione della sanzione pecuniaria e della sanzione interdittiva con iscrizione al Casellario Informatico e l'inserimento in quest'ultimo dei fatti che hanno determinato l'esclusione dell'operatore economico dalla gara²¹⁸.

4.1.3. Precontenzioso dinanzi all'Anac

Il Codice del 2016 ha riformato radicalmente l'aspetto giudiziario degli appalti con l'inserimento del precontenzioso, atto a limitare le liti giudiziarie. Inizialmente il Codice introdusse per di più una forma di "*controllo collaborativo*" che permetteva all'Autorità di emanare delle raccomandazioni significativamente vincolanti con l'istituzione

[sanzionatorio+-+Testo+consolidato+-+Del.n.95-08.2023.pdf/ba286548-cff5-7d47-0288-5bba57c6fce1?t=1679049713963](https://www.anticorruzione.it/-/regolamento-sull-esercizio-del-potere-sanzionatorio-dell-autorit%C3%A0-in-materia-di-contratti-pubblici-del-n.-271-20.06.2023), abrogato dal *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di contratti pubblici, ai fini dell'adeguamento alle nuove disposizioni del decreto legislativo 31 marzo 2023 n.36*, Delibera 271 del 20 giugno 2023, in <https://www.anticorruzione.it/-/regolamento-sull-esercizio-del-potere-sanzionatorio-dell-autorit%C3%A0-in-materia-di-contratti-pubblici-del-n.-271-20.06.2023>(visitato il 18/08/2023),

²¹⁶ Certificato Esecuzione Lavori. I certificati sono emessi dalle stazioni appaltanti con funzione di convalida per l'effettiva esecuzione delle opere da parte dell'impresa aggiudicataria del contratto.

²¹⁷ La fase pre- istruttoria si avvia con la comunicazione di avvio del procedimento trasmessa dall'Autorità al soggetto interessato. Istituisce il primo momento di contraddittorio procedimentale. (Cons. Stato, sez. V, 16/06/2023 n. 5969).

²¹⁸ U. Frangipane, La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC, cit., pp.114-115.

dell'obbligo di autotutela da parte delle stazioni appaltanti nei casi di violazione della legalità²¹⁹. Tale istituto è stato, però, da subito abrogato con il correttivo ad opera del d.lgs. 56/2017²²⁰.

All'art. 211 del d.lgs. n. 50/2016 è rimasta la prevedibilità che l'ANAC possa esprimere un parere su richiesta della stazione appaltante o dalle altre parti, a seguito di un contraddittorio sorto durante lo svolgimento della procedura della gara, entro trenta giorni dalla comunicazione di richiesta. Si tratta di un parere vincolante che obbliga dunque le parti a seguirne il contenuto, ma con una *ratio* notevolmente complessa. È infatti un potere quasi giudiziario, vista la possibilità dell'Autorità di esprimersi nel merito della controversia e di configurare il parere come impugnabile dinanzi ad organi di giustizia amministrativa²²¹. Tali prescrizioni seguivano il contenuto della legge delega per il Codice del 2016, in attuazione dell'intento del legislatore di razionalizzare i metodi di risoluzione delle controversie con metodi alternativi al classico ricorso giurisdizionale, anche per le vicende concernenti l'esecuzione del contratto. Di particolare rilievo è la situazione che si instaura con l'emissione da parte dell'Autorità di un parere (su richiesta di parte). Quest'ultimo non diviene immediatamente vincolante, ma assume la caratteristica di vincolatività solo nel momento in cui una delle parti si attiene a quanto descritto. A questo proposito, è importante rilevare come ciò assolve appieno l'intento della riforma all'anticorruzione di rendere protagonista l'Autorità nei propri ambiti di applicazione, dapprima con l'istituzione dell'ANAC, successivamente con l'intervento normativo del d.lgs. n. 50/2016 e, come vedremo in seguito, con il d.lgs. 36/2023.

La possibilità di affiancare sempre più l'Autorità ai soggetti protagonisti del settore del *public procurement*, prendendo parte diretta all'interno delle diverse fasi dei contratti

²¹⁹ F. Caringella, M. Protto, *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike giuridica, 2017 pp. 875 ss.. Il codice stabiliva che l'ANAC nel momento in cui ritenesse la sussistenza di un vizio di legittimità a carico di uno degli atti della procedura di gara, "raccomandava" la stazione appaltante ad agire in autotutela, procedendo anche con sanzioni pecuniarie in caso di dissenso. Il Consiglio di Stato (Cons. Stato, Comm. spec, 28 dicembre 2016, n. 2777 che escludeva un "autotutela doverosa" all'interno dell'ordinamento) era intervenuto proponendo la sostituzione di tale opzione per le criticità dell'istituto in quanto si trattava di una norma di difficile applicabilità e di ardua interpretazione all'interno dell'ordinamento, nonché in contrasto con le previgenti azioni di autotutela e azioni giurisdizionali nei confronti degli atti amministrativi.

²²⁰ Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

²²¹ Cfr. Art. 120 del Codice del processo amministrativo.

pubblici, permette di aumentare le possibilità di coesione e collaborazione verso un male comune, la corruzione. Tale tesi viene supportata dal Consiglio di Stato²²² che ha inquadrato il precontenzioso dell'ANAC come un sistema basato sulla volontà delle parti (o meglio, di quella parte del rapporto che sceglie di seguire il parere) che sfocia in un vero e proprio atto amministrativo, con la conseguente possibilità di impugnazione.

Per la definizione del funzionamento di tale istituto, ciò che ha suscitato maggiori dubbi interpretativi risiede nel “dubbio lessicale”, in particolare nel fatto di identificare se il parere acquisiti un’efficacia vincolante solo nei confronti di chi l’abbia “accettato”, oppure verso tutti i soggetti attori del contenzioso. La risposta viene data ancora una volta dal Consiglio di Stato che riprende la disposizione codicistica secondo la quale: «*il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente consentito ad attenersi a quanto in esso stabilito*», affermando così che il parere è vincolante solo da chi ne trae il consenso. La «*variabilità soggettiva di effetti*»²²³ rende il procedimento più complesso ma lo rende altresì più realistico in quanto sarebbe poco funzionale credere che tutte le parti coinvolte nel procedimento di gara possano far riferimento alla risoluzione della questione da parte dell'ANAC. È proprio quest’ultima caratteristica che rende il precontenzioso dinanzi all'ANAC peculiare e diverso rispetto alle classiche forme di risoluzione del contenzioso. Non deve essere considerato un nuovo grado di giudizio, ma “solamente” un’alternativa al ricorso giurisdizionale. I diversi dubbi sorti nella giurisprudenza e nella dottrina sono stati dunque diversi nel corso degli anni. Per far fronte a ciò, l’Autorità, con la Delibera n. 10 del 2019²²⁴, ha emanato un regolamento in merito che prevede, nel caso di presentazione dell’istanza singolarmente, che il parere effettuato sia da ritenersi vincolante solo nel caso in cui il richiedente approvi il contenuto e solo se dopo 10 giorni le altre parti prendano la medesima decisione di aderirvi.

Altro caso si instaura se l’istanza viene presentata congiuntamente dalla stazione appaltante e da una e più parti interessate che decidono di attenersi al parere, in tale ipotesi quest’ultimo diverrà generalmente vincolante per tutte le parti. In entrambi i casi

²²² Cons. Stato, comm. spec. 14 settembre 2016, n. 1920.

²²³ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., pp. 118-119.

²²⁴ *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all’art. 211 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, adottato dal Consiglio con Delibera n. 10 del 9 gennaio 2019 e modificato con Delibera n. 528 del 12 ottobre 2022.

il ruolo assunto dell'ANAC risiede nell'indirizzo per l'attività amministrativa, con connotato tipico dell'interpretazione e della consulenza assunta dall'Autorità. Come rileva la dottrina, il connotato interpretativo diviene uno strumento efficace per eludere questioni interpretative rischiose all'interno del procedimento di gara. Nel caso in cui, però, l'oggetto sia un provvedimento amministrativo già adottato, lo strumento del precontenzioso si avvicinerebbe molto più ad una funzione giudiziale e quindi ad una vera e propria decisione amministrativa che risolve una controversia.

Successivamente all'entrata in vigore del nuovo Codice, decreto legislativo 31 marzo 2023 n.36, l'Autorità con la Delibera n. 267 del 20 giugno 2023, recante «*Regolamento in materia di pareri di precontenziosi di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36*»²²⁵, ha nuovamente disciplinato il procedimento per l'adozione di pareri di precontenzioso. In particolare, si riscontra una modifica sulla vincolatività del parere e quindi sull'adeguamento allo stesso. A differenza del precedente regolamento, non vi è più la separazione dell'effetto vincolante del parere, non vi è dunque la separazione tra presentazione dell'istanza congiunta e istanza singola. L'istanza può essere presentata singolarmente o congiuntamente le parti possono aderirvi entro un termine di cinque giorni. Inoltre, la stazione appaltante o l'ente concedente entro 15 giorni devono comunicare all'Autorità la decisione di conformarsi o meno al parere di precontenzioso. Pare dunque che, nel caso di un parere ANAC, la vincolatività non sia più esplicitamente dichiarata.

Seppure regolata diversamente, l'ANAC mantiene la sua funzione di tipo contenzioso con i pareri e i loro effetti conformativi. L'istituto, però, non è ampiamente utilizzato, sarebbe stato forse più efficiente prevedere all'interno del nuovo testo normativo e regolamentare del nuovo codice la possibilità di mera consulenza per i contenziosi, amplificando così il ruolo di sostegno affidato all'Autorità. La Delibera n. 267/2023 abroga il Regolamento adottato nel 2019 a partire dal 1° luglio 2023, ma le sue disposizioni continueranno ad applicarsi esclusivamente alle istanze di precontenzioso relative alle procedure di affidamento disciplinate dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

²²⁵ *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Delibera n. 267 del 20 giugno 2023*, in <https://www.anticorruzione.it/-/regolamento-in-materia-di-pareri-di-precontenzioso-del-n.-267-20.06.2023>, (visitato il 20/08/2023)

Alla luce di tutto ciò è da rilevare che il parere vincolante non influisce direttamente sul procedimento di gara in quanto non possiede effetti costitutivi, modificativi o estintivi sul procedimento ma permette all'amministrazione di agire, se necessario, in autotutela.

4.1.4. I poteri autonomi del Presidente dell'Autorità

La collegialità è la caratteristica principale delle autorità indipendenti. La stessa, infatti, permette di garantire il massimo livello di imparzialità e ponderatezza nelle decisioni. Nel caso dell'ANAC, invece, il ruolo del Presidente ha assunto (con il D.l. n. 90/2014 art. 19) una posizione autonoma come organo monocratico²²⁶ ma senza sviare dai principi tipici della autorità indipendenti.

In linea generale il Presidente ANAC ha un ruolo di rappresentanza verso gli organi dello Stato e le diverse istituzioni nazionali o sovranazionali, convoca le riunioni del Consiglio stabilendo l'ordine del giorno e dirigendo i lavori, assegna ai Consiglieri le diverse problematiche o criticità, assume un potere di vigilanza sulla corretta attuazione da parte del Segretario Generale degli indirizzi e decisioni prese dal Consiglio e sottoscrive ogni provvedimento dell'Autorità. Tra le funzioni speciali di caratteristica monocratica si sottolinea l'art. 32 del d. l. n. 90 del 2014 ovvero egli collabora con il Prefetto per la corretta esecuzione dei lavori in caso di illegalità, permettendo il ripristino dei lavori senza compromettere le tempistiche di realizzazioni. Ricordo che il decreto sopracitato rientra tra le misure a carattere speciale adottate per la disposizione dell'Unità operativa speciale dell'evento Expo 2015²²⁷ e rimasto in vigore nel nostro ordinamento. Tra le misure previste un posto di particolare rilevanza è rivestito dal commissariamento a fini anticorruzione che consente di commissariare le imprese in funzione di prevenzione nel

²²⁶ Cfr. F. Di Cristina, *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di contratti pubblici in funzione anticorruzione*, *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2014.

²²⁷ Art. 30 decreto legge 24 giugno 2014, n. 90, convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114. All'interno dell'Unità Operativa Speciale Expo 2015, si individuano due ambiti funzionali principali costituito dall'ufficio di staff e dell'ufficio per la vigilanza ed il controllo, coordinati al Segretario Generale. Tali organi possiedono funzioni di analisi per l'applicabilità della normativa in materia di trasparenza, funzioni di supporto giuridico per l'applicabilità delle norme, nonché attività di referenza nei rapporti con l'OCSE e controllo ed ispezioni di documenti anche mediante il personale formato appartenente alla Guardia di Finanza.

caso in cui l'autorità giudiziaria proceda per delitti contro la Pubblica Amministrazione²²⁸. Il Presidente ANAC, in presenza dunque di «rilevate situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali» attribuibili ad un'impresa aggiudicataria, informa il Procuratore della Repubblica e propone al Prefetto la sostituzione degli organi societari coinvolti o, in alternativa, di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice per la completezza dell'esecuzione dell'appalto o concessione. Inoltre, nei casi in cui le indagini coinvolgano componenti estranei agli organi societari con poteri di amministrazione (come, ad esempio, il diretto tecnico), viene attuata la possibilità di nomina di uno o più esperti con compiti di monitoraggio e sostegno che forniscono all'impresa indicazioni per gli ambiti organizzativi, di controllo interno agli organi amministrativi²²⁹. Il compito del Prefetto risiede nella fattispecie di atto illecito anche nella possibilità di istituire la gestione commissariale e di nominare degli amministratori (massimo tre) con requisiti di professionalità e onorabilità, stesso iter che è previsto nei casi di grandi imprese in stato di insolvenza. Come rilevato dalla *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia*²³⁰ ad opera dell'ANAC, in questi casi si verifica una grande influenza nel processo di esecuzione del contratto pubblico, nonché penetrante nei confronti dell'autonomia imprenditoriale

Si evince dunque che per mantenere l'oggetto del contratto pubblico il Presidente ANAC e il Prefetto possiedono la facoltà di intervenire direttamente nella gestione del contratto, evitando così scostamenti dalla qualità, legalità e correttezza della fase esecutiva contrattuale. Per realizzare tale funzione e quindi procedere alla misura di commissariamento²³¹, vengono attuate due fasi: la prima ad iniziativa del Presidente

²²⁸ Di cui al *Libro II – Dei delitti in particolare, Titolo II – Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, c.p.

²²⁹ *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, del 28/01/2015 in <https://www.anticorruzione.it/-/seconde-linee-guida-per-l-applicazione-delle-misure-straordinarie-di-gestione-sostegno-e-monitoraggio-di-imprese-nell-ambito-della-prevenzione-anticorruzione-e-antimafia>.

²³⁰ *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32 comma 1 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114* in <https://www.anticorruzione.it/-/consorzio-venezias-nuova-proposta-di-straordinaria-e-temporanea-gestione>.

²³¹ A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Diritto e processo Amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Anno IX – n. 4/2015, pp. 1098.

ANAC che comunica la presenza di fatti illeciti e la seconda ad opera del Prefetto che decide l'applicazione della misura disponendo il commissariamento. Il Prefetto informa quindi il Presidente ANAC per l'urgente necessità di assicurare «*il completamento dell'esecuzione del contratto, ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità delle funzioni e servizi indifferibili per la tutela dei diritti fondamentali, per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici*»²³². La ratio della disciplina si muove verso l'esigenza di evitare che le indagini ad opera della magistratura penale, possano in qualche modo influire negativamente e penalizzare l'esecuzione delle opere, scongiurando pertanto la possibilità di causare ritardi sulla conclusione del contratto. Tale principio elude inoltre la possibilità che, a seguito delle attività illecite sottoposte ad indagini, l'esecutore possa comunque trarre un vantaggio indiretto e quindi conseguire il profitto derivante dall'aggiudicazione del contratto mediante scorrettezze, fattore che graverebbe negativamente sulle casse dello Stato.

La giurisprudenza ha sollevato dei dubbi su tale fattispecie normativa, ipotizzando che in tale concezione verrebbe lasciato in secondo piano il principio della concorrenza nel rispetto delle altre imprese partecipanti alla fase di gara che potrebbero così subentrare a seguito di una risoluzione del contratto del contraente vincente (illecitamente) per favorire unicamente l'esecuzione del contratto²³³. Tale tesi, però, potrebbe essere risolta unicamente prevedendo la possibilità da parte del Prefetto di risoluzione del contratto laddove non si proceda al commissariamento.

L'ANAC ha adottato diverse linee guida, d'intesa principalmente con il Ministro dell'Interno e il Ministro della Salute, per coordinare al meglio tali attività riferite all'art. 32, in particolare per delimitare i confini del potere e coordinarsi con la disciplina antimafia e quella che riguarda le imprese che svolgono attività legate alla sanità pubblica. Codeste linee guida perseguono l'interesse pubblico non solo per la mera esecuzione del contratto pubblico, ma per tutte quelle situazioni che necessitano urgenza e garanzia di

²³² Art. 32 comma 10 d.l. n. 90/2014.

²³³ Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143: l'art. 32 del d.l. n. 90/2014 pone in rilievo l'intento del legislatore di bilanciare «unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara a monte»

continuità²³⁴ delle funzioni esercitate, nonché di salvaguardia dei livelli occupazionali. All'interno del Protocollo d'intesa tra il Ministro dell'interno e l'ANAC²³⁵ del 15 luglio 2014 si sottolinea il potere di proposta da parte del Presidente dell'ANAC come il potere discrezionale amministrativo di individuazione ad opera del Prefetto della misura idonea alla risoluzione del problema, questo per congiurare ogni possibilità di disposizione del commissariamento da parte del Presidente ANAC. L'attività di valutazione viene dunque rimessa al Prefetto che elabora la misura da attuare sulla base della gravità della situazione e in riferimento ad uno studio complessivo del comportamento dell'autore del fatto illecito ovvero al livello di coinvolgimento dell'impresa nel suo complesso nella gestione dell'appalto.

L'analisi finora svolta ha dato la possibilità di far emergere il lato atipico dell'ANAC rispetto alla sua precedente identificazione ma anche nei confronti delle altre Autorità amministrative indipendenti dl ordinamento. La spinta verso una migliore ponderazione dell'interesse pubblico alla prevenzione della corruzione²³⁶ per una buona procedura interna al settore dei contratti pubblici ha assicurato una corretta esecuzione di quest'ultimi, nonché il rispetto del principio della concorrenza e legalità. In questo contesto di "anomalie" dell'ANAC, centrale risulta il ruolo delle linee guida che fornisce all'Autorità un ruolo prevalentemente e tradizionalmente politico-governativo, ma di cui l'ANAC si è resa protagonista.

²³⁴ A. Salerno, *Le misure straordinarie, di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte dall'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, Nuovo diritto amministrativo, 2/2015, p.61.

²³⁵ *Prime Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture – UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa* del 15 luglio 2014, in <https://www.anticorruzione.it/-/prime-linee-guida-per-l-avvio-di-un-circuito-stabile-e-collaborativo-tra-anac-prefetture-utg-e-enti-locali-per-la-prevenzione-dei-fenomeni-di-corruzione-e-l-attuazione-della-trasparenza-amministrativa>.

²³⁶ C. Benetazzo, *ANAC e il sistema europeo dei contratti pubblici*, cit., p.188.

Capitolo 5. L'ANAC protagonista del public procurement

Dopo avere illustrato le funzioni tipiche di vigilanza e controllo attribuite all'ANAC in materia di prevenzione alla corruzione, nel seguente capitolo si proseguirà con l'analisi della figura protagonista nell'attività di regolazione riferita al settore degli appalti pubblici. L'ANAC, infatti, assolve due diversi ruoli come Autorità, da un lato quello di anticorruzione e dall'altro di figura perno all'interno del *public procurement*.

A partire dal Codice dei contratti pubblici del 2016, all'ANAC era stato attribuito un ampio spazio di potere e, rispetto alla normativa previgente, ad essa erano stati attribuiti funzioni quali ad esempio:

- a) l'adozione di linee guida vincolanti;
- b) la gestione della qualifica per le stazioni appaltanti;
- c) la gestione del *rating* d'impresa;
- d) la vigilanza sul rispetto degli obblighi di esternalizzazioni dei concessionari.

5.1. La natura giuridica delle Linee Guida ANAC - Il ricorso alle linee guida come fenomeno di delegificazione

L'intento di dare forma all'istituto delle linee guida ANAC trova il suo punto di partenza nel contenuto dell'art. 1 comma 1 lett. t della legge delega 28 gennaio 2016 n. 11, il quale cita: «*attribuzione all'ANAC di più ampie funzioni di promozione dell'efficienza, di sostegno allo sviluppo delle migliori pratiche, di facilitazione allo scambio di informazioni tra stazioni appaltanti e di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, comprendenti anche poteri di controllo, raccomandazione, intervento cautelare, di deterrenza e sanzionatorio, nonché adozione di atti di indirizzo quali linee guida, bandi-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, anche dotati di efficacia vincolante e fatta salva l'impunibilità di tutte le decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa*».

L'esame delle linee guida ANAC deve partire dal presupposto che quest'ultime non possono essere considerate con delle indicazioni univoche, non si può darne, infatti, una

definizione generica proprio perché rappresentano «un'etichetta di contenitori diversi»²³⁷ e meritano uno specifico approfondimento. La loro natura giuridica ha messo a dura prova le tesi della dottrina e della giurisprudenza. Il sistema delle linee guida è stato considerato come “multilivello”, un sistema in cui vengono coinvolte diverse fonti dell'ordinamento giuridico interno e comunitario²³⁸.

Ai sensi dell'art. 213 comma 2 del Codice dei contratti pubblici del 2016, per l'emanazione delle linee guida l'ANAC rispetta i criteri di pubblicità e di qualità della regolazione e il divieto di introduzione di regolamenti superiori a quelli predisposti dalle Direttive europee²³⁹. Il recepimento di queste Direttive (2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE) indicava, tra le tante disposizioni, anche l'adozione di linee guida nelle modalità sopraindicate, caratterizzandole con una peculiarità di dinamismo²⁴⁰ nei confronti del sistema e di analisi e verifica dell'impatto di queste sulla regolamentazione. La forza di legge delle linee guida ANAC si collocava all'interno delle fonti del diritto a seguito del d.lgs. 50/2016, il quale, delegando ad atti successivi a sé subordinati, permetteva l'integrazione rispetto alla normativa primaria²⁴¹. Le linee guida diventarono così il principale strumento di cui l'Autorità si è fatta carico per integrare e/o completare alcune lacune normative del settore, nonché per dare un senso pratico e puntuale al quadro normativo di riferimento.

L'utilizzo delle linee guida si era reso necessario per definire puntualmente diversi ambiti e procedimenti del ciclo degli appalti pubblici, tra i quali a titolo esemplificativo: compiti e requisiti del RUP; supporto alle stazioni appaltanti per le procedure sotto-soglia; le indagini di mercato e la formazione di elenchi degli operatori economici; individuazione dei mezzi per la dimostrazione delle circostanze di esclusione degli operatori economici di cui all'art. 80 del d.lgs. 50/2016; individuazione puntuale dei requisiti di partecipazione

²³⁷ G. Morbidelli, *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, 2016, III, p. 278.

²³⁸ C. Benetazzo, *ANAC e il sistema europeo dei contratti pubblici*, cit., p. 127. «(...) benché le disposizioni che autorizzano l'ANAC ad emanare linee guida siano contenute in un decreto legislativo, questo risulta a sua volta emanato dal Governo in adempimento delle deleghe legislative ricevute dal Parlamento (...) la quale, a sua volta, rappresenta lo strumento normativo attraverso il quale lo Stato ha adempiuto, (...) agli obblighi comunitari di recepimento delle Direttive del Parlamento Europeo e del Consiglio (...)»

²³⁹ C.d. *gold plating*.

²⁴⁰ Cons. Stato, Commissione speciale, parere n. 966 del 13 aprile 2018.

²⁴¹ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., p. 158.

alle procedure di aggiudicazione da parte dei contraenti generali, delle capacità economiche e finanziarie nonché tecniche- organizzative e dirigenziali ed altre ancora.

Le linee guida venivano in ogni caso sottoposte alla valutazione da parte del Consiglio di Stato²⁴² a seguito dell'impatto *erga omnes* della regolazione posta in essere, nonché della generalità di quest'ultime. Assunte con determinazione del Consiglio dell'Autorità, infine, miravano a standardizzare e semplificare i procedimenti ad evidenza pubblica.

È proprio così che si instaura all'interno dell'ordinamento la forza della regolamentazione flessibile. Seppur il termine "regolamentazione flessibile" appare una contraddizione, quest'ultima non lo è affatto²⁴³. Ciò che si è andato a creare, invece, è una nuova metodologia di suggestione attraverso il metodo dell'induzione rispetto alla coercizione diretta tipica e classica della tradizione normativa e regolamentare. Come già osservato e sostenuto dal Consiglio di Stato, in questa sede si cercherà di sostenere l'idea secondo cui l'ANAC svolge a tutti gli effetti un'attività normativa secondaria che conferma gli effetti vincolanti *erga omnes* che derivano dalle indicazioni delle linee guida. La delegificazione si esprime proprio in questa caratteristica, che ha portato nel tempo al superamento dell'uso esclusivo della legge come unica fonte del diritto. Di contro, però, l'utilizzo delle linee guida non ha determinato una vera e propria riorganizzazione delle fonti del diritto²⁴⁴, ma ha fatto semplicemente emergere la necessità di rinnovamento delle disposizioni per la riorganizzazione delle molteplicità dei nuovi centri di potere e di decisione creatasi all'interno del sistema. A sostegno di tali indicazioni, l'identificazione di "atti di indirizzo" qualifica direttamente le linee guida come "regolamentazione flessibile"²⁴⁵.

Il Consiglio di Stato aveva ritenuto che le linee guida approvate con decreti ministeriali (o interministeriali) avessero a tutti gli effetti le caratteristiche di regolamenti ministeriali con le relative conseguenze all'interno dell'ordinamento. Infatti, «*con decreto ministeriale possono essere adottati regolamenti nelle materie di competenza del ministro o di autorità*

²⁴² Cfr. Cons. Stato, Comm. spec. parere del 1° aprile 2016, n. 00855/2016.

²⁴³ Cfr. S. Valaguzza, *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Rivista della regolazione dei mercati, 1, 2016.

²⁴⁴ C. Benetazzo, ANAC e il sistema europeo dei contratti pubblici, cit., p. 218.

²⁴⁵ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, cit., p. 160.

*sottordinate al ministro, quando la legge espressamente conferisca tale potere»*²⁴⁶. Tali conseguenze, determinate dai regolamenti, attribuivano loro a tutti gli effetti una natura regolatoria e normativa tipica delle disposizioni generali ed astratte.

C'è da sottolineare, però, che le linee guida ANAC non erano tutte vincolanti. Le caratteristiche di astrattezza e generalità le accomunava tutte, ma non ne determinava automaticamente il carattere vincolante a priori²⁴⁷. Diverso è stato infatti l'esito del parere per quanto riguardava le linee guida adottate direttamente dall'Autorità. Quest'ultime sono state riconosciute come atti amministrativi tipici del carattere regolamentare delle Autorità amministrative indipendenti e, quindi, non riconducibili alla figura dei regolamenti, ma piuttosto inserite nell'alveolo della regolazione flessibile²⁴⁸.

A loro volta si distinguono le linee guida adottate dall'ANAC in vincolanti e in non vincolanti. Quest'ultime, inquadrare come atti amministrativi, ricoprono il ruolo del provvedimento amministrativo tipico degli atti di indirizzo generale. Tali linee guida forniscono indirizzi ed istruzioni operative, ad esempio, per le stazioni appaltanti, le quali ricoprono un alto grado di discrezionalità nel proprio operato. A sostegno di quanto appena enunciato è intervenuta la Commissione Speciale del Consiglio di Stato sottolineando che, nel caso in cui le stazioni appaltanti intendessero allontanarsi da quanto prescritto all'interno delle linee guida ANAC, esse avrebbero successivamente l'onere di rilevare tempestivamente le motivazioni che le hanno portate alla diversa applicazione della prassi amministrativa²⁴⁹.

5.1.1. L'identificazione delle linee guida dotate di efficacia vincolante

La distinzione effettuata dalla dottrina è stata complessa. Per alcuni le linee guida si considerano vincolanti solo nel caso in cui esse vengono espressamente identificate dal legislatore come tali. In questo senso, l'individuazione avviene soprattutto considerando

²⁴⁶ Ai sensi dell'art. 17, comma 3 della l. n. 400/1988.

²⁴⁷ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, cit., pp. 181 ss.

²⁴⁸ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, cit., p. 160.

²⁴⁹ Cfr. Cons. Stato Comm. Spe. 6 luglio 2016, n. 1767.

la nozione letterale di “linee guida” che non ne specifica affatto la loro vincolatività ma unicamente una tipizzazione di indirizzo. Allo stesso modo, tale tesi è sostenuta dall’analisi dell’art. 231 comma 2 del codice che attribuisce loro la caratteristica di *soft law* e quindi esclude la natura vincolante. Contrariamente la dottrina basata sulle fonti del diritto ha fatto rientrare la natura vincolante delle linee guida basandosi proprio sulla loro genesi normata all’interno del codice dei contratti pubblici del 2016.

Nel caso in cui le linee guida ricoprano il compito di integrare le disposizioni del codice stesso, in virtù della forza di legge che gli è stata attribuita da un decreto legislativo, allora vengono considerate vincolanti. Nel caso in cui, però, la linea guida si riferisca ad una mera attività di dettare una c.d. “buona prassi” e non integri quindi la legge (in quanto quest’ultima è considerata già completa), in questo caso si conclude con la determinazione della sua natura non vincolante²⁵⁰. Altra dottrina, sostenuta dal Consiglio di Stato²⁵¹, ha esplicitato la definizione delle linee guida vincolante esaminando caso per caso il contesto e l’applicabilità di riferimento²⁵². È proprio il parere del Consiglio di Stato che ha posto in rilievo la specificità della vincolatività delle linee guida ANAC, le quali devono essere considerate sotto il punto di vista delle conseguenze che pongono in essere all’interno dell’ordinamento. Le conseguenze in questione riguardano le limitazioni delle posizioni giuridiche soggettive e/o interessi legittimi dei destinatari che, solo se chiaramente specificato e sostenuto da una legge primaria, si qualificano con la vincolatività e normatività.

Per quanto riguarda le linee guida vincolanti adottate con provvedimento da parte dell’ANAC, esse rientrano nel connotato più ampio di atti di regolazione²⁵³ (tipici delle Autorità amministrative indipendenti come sopra descritto²⁵⁴), diverse quindi dal provvedimento amministrativo. È proprio la natura dell’ANAC, in quanto Autorità

²⁵⁰ M. Trimarchi, *Le fonti del diritto dei contratti pubblici*, Diritto e processo amministrativo, Edizioni Scientifiche Italiane 2/2017, pp. 861 ss.

²⁵¹ Cons. Stato, Atti normativi, parere n. 2189/2019

²⁵² G. Morbidelli, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, cit., pp. 282 ss.

²⁵³ M. P. Chiti, *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giornale di diritto amministrativo n. 4, 2016, pp. 436 ss.

amministrativa indipendente, che dà forza alla regolazione delle linee guida in esame²⁵⁵. Allo stesso modo, anche dal Consiglio di Stato è stato inizialmente escluso l'inserimento delle linee guida vincolanti nell'alveolo delle fonti di natura normativa, ritenendole attività proprie della funzione di regolazione, separando così la potestà regolatoria tipica del Ministero da quella di regolazione della Autorità indipendenti²⁵⁶. La vincolatività delle linee guida ANAC non deve però essere confusa con l'aspetto normativo. Le linee guida, infatti, non ricoprono un ruolo normativo di fonte del diritto, ma ne costituiscono il contenuto attuativo. A sostegno di tale tesi la giurisprudenza si è esposta soprattutto sulla forma di quest'ultime: l'ANAC utilizza una modalità di struttura delle linee guida di tipo discorsivo, completamente coerente con la natura non normativa²⁵⁷.

5.1.2. I correttivi al d.lgs. 50/2016: il d.lgs. n. 56/2017 e le linee guida

Neanche un anno dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, il legislatore si trovò costretto ad attuare un nuovo intervento normativo noto come "decreto correttivo".

Per quanto d'interesse in questa sede, si verificò una marcia indietro rispetto alle linee guida ANAC e, in particolare, in riferimento ai soggetti destinatari di quest'ultime²⁵⁸, vale a dire gli operatori economici. La principale questione sollevata fu quella della costituzionalità delle linee guida relative alla qualificazione degli operatori economici. Il Codice prevedeva la possibilità di emanare linee guida sulla qualificazione previo parere delle commissioni parlamentari. Il dubbio è sorto nel momento in cui, di norma, è l'organo tecnico (in questi casi l'ANAC) che fornisce dei pareri al potere legislativo ed esecutivo e non il contrario, in forza del principio di indipendenza dell'organo tecnico vero le posizioni politiche²⁵⁹. Il decreto correttivo si è reso protagonista del ridimensionamento del riparto di competenza tra le varie istituzioni che attuano una regolazione riferita al

²⁵⁵ L. Torchia, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, Giornale di diritto amministrativo nr. 5/2016, pp. 607-608.

²⁵⁶ Cons. Stato, Comm. spec. parere del 1° aprile 2016, n. 00855/2016.

²⁵⁷ U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, cit., p. 193.

²⁵⁸ R. De Nicolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, 1° luglio 2017, p.15, in www.sipotra.it.

²⁵⁹ Cfr. C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, 2019 in www.giustizia-amministrativa.it.

settore degli appalti pubblici. Il legislatore con il correttivo ha deciso di ridurre i poteri affidati all'ANAC, in particolare quelli riferiti alle qualificazioni degli operatori economici, affidando quest'ultime ad un regolamento ministeriale e lasciando all'Autorità l'onere riferito al *rating d'impresa* ed alla qualifica SOA²⁶⁰. Si riscontra che, però, non vi sia stata una piena riorganizzazione e definizione del quadro delle linee guida ANAC che, anzi ancora una volta, si è ritrovata a dover istituire numerose linee guida, nonché i relativi aggiornamenti, inerenti alla disciplina del *public procurement*, delineando così un quadro molto complesso della tematica che sarà poi nuovamente rivalutato alla luce del d.lgs. 32 del 18 aprile 2019, il decreto Sblocca Cantieri.

5.1.3. Il decreto Sblocca cantieri e il riordino delle linee guida dell'ANAC

Il D.L. 32/2019, recante *Disposizione urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici*, c.d. "decreto Sblocca Cantieri", ha inciso profondamente sulle fonti che regolavano il settore degli appalti pubblici. Con tale Decreto, il legislatore ha voluto eliminare il sistema delle linee guida adottate dall'ANAC a favore di un regolamento unico con l'obiettivo di fornire una maggior chiarezza del diritto²⁶¹. La difficoltà di orientamento rispetto alla vincolatività ed applicabilità delle linee guida ANAC aveva posto all'interno dell'ordinamento un sistema di normativo frammentato nel quale, secondo la dottrina, si era reso difficile l'identificazione dell'aspetto normativo rispetto ai semplici consigli operativi della c.d. "buona amministrazione".

Il decreto Sblocca cantieri, però, lasciava comunque spazio alla possibilità d'inserimento di linee guida nei casi in cui il Codice indicasse espressamente il rinvio dell'operatività del contenuto a linee guida²⁶². Il legislatore ha provveduto all'introduzione nell'art. 216 del Codice del nuovo comma 27 *octies*, il quale cita: «*Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni*

²⁶⁰ R. De Nicolis, *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, cit., p.14.

²⁶¹ M. Corradino, *Gli appalti pubblici dopo la Legge sblocca cantieri. Una guida per operatori economici e stazioni appaltanti*, Diritto per l'economia, Franco Angeli, 2019, p. 13.

²⁶² Cons. di Stato, Sez. Consuntiva per gli Atti Normativi, n. 3235/2019.

dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'art. 17, comma 1, lettere a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province Autonome di Trento e Bolzano, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2 e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma, in quanto compatibili con il presente codice e non oggetto delle procedure di infrazione n. 2017/2090 e 2018/2273. Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le linee guida adottati in materia».

L'entrata in vigore del decreto Sblocca cantieri ha costretto ancora una volta il Consiglio di Stato a far chiarezza sulla questione delle linee guida ANAC. Fermo restando il mero potere regolamentare delle linee guida non vincolanti, in ultima battuta i giudici di Palazzo Spada hanno riconosciuto il carattere normativo delle linee guida a carattere vincolante, con la condizione che esse siano chiare e derivate da un dettato preciso contenuto nella norma primaria²⁶³.

Si sottolinea, quindi, che il permanere di una chiarezza limitata delle norme e dei regolamenti ha sicuramente determinato la loro difficoltà di applicazione e la mancanza di eterogeneità dell'operato all'interno del mercato del *public procurement*. L'intento del legislatore è stato certamente quello di accomunare la certezza del diritto con l'indicazione univoca all'interno del Regolamento.

²⁶³ C. CHIARIELLO, *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, in www.federalismi.it, 4 Novembre 2020, p. 65

5.2. L'emergenza sanitaria da Covid- 19, i decreti semplificazione ed il nuovo Codice dei contratti pubblici

L'ANAC ha svolto un ruolo centrale nella gestione dell'emergenza pandemica causata dall'espandersi del virus Covid-2019 a partire dall'anno 2020. In particolare, si sottolinea l'importanza affidata a tale autorità in materia di contrasto e di miglior gestione dei problemi legati all'espandersi del fenomeno corruttivo e, più in generale, di attività criminali, dato che non possiamo non evidenziare come la situazione d'incertezza sia diventata terreno fertile per l'insinuarsi del malaffare tra gli atti principali della contrattualistica pubblica. I compiti sopra descritti di ponderazione dell'interesse pubblico, prevenzione della corruzione e buon funzionamento dell'intero ciclo del contratto pubblico si sono resi necessari durante la pandemia, tornando un passo indietro, all'alba del decreto Sblocca cantieri che, di contro, mirava ad una diminuzione delle responsabilità affidata all'Autorità.

A seguito dello stato emergenziale e dell'evolversi delle problematiche legate a quest'ultimo, il legislatore, molto provato dal periodo storico in corso all'epoca, ha voluto definire una serie di nuove riforme nel settore degli appalti pubblici. L'obiettivo era quello della "semplificazione", come reca l'omonimo aggettivo che è stato attribuito al Decreto legge n. 76/2020 (seguito dalla legge n. 77/2021 c.d. decreto semplificazioni bis). Il c.d. Decreto semplificazioni, emanato il 16 luglio 2020 e convertito in legge nel settembre del medesimo anno, ha suscitato diverse critiche e riflessioni circa l'effettività delle semplificazioni attuate²⁶⁴. L'emanazione del citato decreto è stata incentivata a causa della necessità di misure urgenti da attuare per gli investimenti pubblici, difficili da realizzare a seguito dell'emergenza pandemica. In linea generale, il decreto ha sollevato diverse criticità sulla semplificazione, dovute al testo complesso e molto articolato e ben poco esaustivo relativamente alle riforme da portare a termine. Il contesto normativo vedeva il decreto Sblocca cantieri ai primi arbori e con diverse tematiche, come, ad esempio, l'eliminazione delle Linee guida ANAC a favore di un regolamento unico non ancora del tutto attuate, mentre nessuno sapeva esattamente il momento preciso in cui

²⁶⁴ Cfr. C. Contesa, *Le novità del "Decreto semplificazioni" ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, Urbanistica e appalti 6/2020, in <https://onegale.wolterskluwer.it/>.

questo sarebbe avvenuto. I provvedimenti normativi del Governo, intervenuti a seguito dell'emergenza, hanno portato nuovamente a galla gli strumenti di regolazione flessibile²⁶⁵ come linee guida e raccomandazioni, nonché tutti i dubbi già esplicitati nel precedente paragrafo.

Fin dalla pubblicazione del decreto, l'obiettivo di semplificazione è apparso assai confuso, considerando l'esistenza di 420 articoli che forniscono già così un quadro abbastanza farraginoso della "semplificazione", tenuto conto d'altra parte che la chiarezza e la sinteticità dovrebbero guidare l'azione amministrativa. Come già precedentemente enunciato, la difficoltà e poca chiarezza dei testi normativi accrescono significativamente il rischio sia di raggiramento della norma che dell'instaurarsi nella sua applicazione di attività tipiche della corruzione. Inoltre, la totalità delle questioni citate all'interno del decreto Sblocca cantieri, come l'istituzione del regolamento a sfavore delle linee guida ANAC, fu ancora una volta messo in pausa. Altro fattore assai discusso è stato quello inerente alla permanenza delle indicazioni disciplinate dal decreto 76/2020, il quale si fondava in una «*pletora di deroghe ad tempus, ispirate alla pura logica emergenziale*»²⁶⁶, senza prevedere delle disposizioni che sarebbero successivamente diventate "a regime".

In questo quadro di estrema indeterminatezza del diritto, sicuramente aumentata dall'insicurezza del periodo storico, operatori economici e stazioni appaltanti si sono ritrovati in forte difficoltà. Ad esempio, nel caso, previsto dal decreto, dell'ampliamento dell'utilizzo per "emergenza" delle procedure negoziate senza bando, l'ANAC ha riscontrato sin da subito diverse perplessità in capo ai rischi correlati all'eccessiva discrezionalità affidata alle stazioni appaltanti nei casi ritenuti di "estrema urgenza". Ciò che l'ANAC contestava risiedeva nel dissentire dal ricorso a una deroga di una norma già chiara²⁶⁷, considerando che l'utilizzo della procedura negoziata senza bando era già previsto nell'art. 63 del d. lgs 50/2016. A seguito dei recepimenti delle direttive comunitarie del 2014, il Codice del 2016 prevedeva già ampiamente la fattispecie

²⁶⁵ D.Martire, *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, Corti supreme e salute 2021, 1, pp.88 ss., in www.cosrtisupremeesalute.it.

²⁶⁶ C. Contensa, *Le novità del "Decreto semplificazioni" ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, cit., p. 759.

²⁶⁷ Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, p. 6, in www.anticorruzione.it

dell'urgenza, dell'estrema urgenza e della c.d. "somma urgenza" con riferimento all'esecuzione dei contratti pubblici. L'ANAC si è posta nel merito anche di tale questione, sottolineando che la gestione delle emergenze deve in ogni modo garantire la tutela dei valori riconosciuti per evitare il rischio di corruzione. La possibilità di affidare direttamente l'esecuzione dei lavori, infatti, deve essere concessa unicamente nel caso in cui gli interessi in gioco non ledano principi come l'imparzialità del procedimento²⁶⁸.

La direzione intrapresa durante l'emergenza epidemiologica nell'ambito della contrattualistica pubblica è stata quindi un susseguirsi di deroghe al Codice dei contratti, le quali non hanno fatto altro che esaltare i problemi di fragilità del sistema amministrativo nel suo complesso. Lo stesso Decreto Semplificazioni non aveva inciso positivamente su questa tematica che, anzi, a livello pratico non sembrava per nulla aver ottenuto gli obiettivi sperati²⁶⁹. Fu proprio l'ANAC a porre in rilievo i diversi dubbi sull'efficacia dei provvedimenti derogatori al Codice, esprimendo verso tali provvedimenti un'opinione di *«un quadro normativo poco chiara, in alcune parti quasi confuso e difficilmente in grado di prevenire eventuali fenomeni di natura illecita»*²⁷⁰.

L'ANAC ha proceduto con l'emanazione di diverse indicazioni necessarie rivolte alle pubbliche amministrazioni e al contrasto di fenomeni corruttivi durante l'emergenza. L'Autorità si è resa protagonista di un periodo molto difficile per il Paese e ha messo a dura prova l'intero sistema economico e sociale. L'Italia si è ritrovata, infatti, a dover fronteggiare diverse sfide per potersi rialzare e l'Autorità ha sempre fornito il suo prezioso contributo. Come enunciato dal Presidente Giuseppe Busia: *«gli affidamenti pubblici non devono rappresentare un ostacolo, ma uno strumento per consentire alle imprese di rialzarsi»*²⁷¹.

²⁶⁸ ANAC, delibera n.286/2016, in www.anticorruzione.it, 9 marzo 2016.

²⁶⁹ E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, Astrid-Rassegna n. 1, 2021, p.3-4.

²⁷⁰ Testo scritto presentato dal Presidente f.f. dell'ANAC, Prof. Francesco Merloni, in occasione dell'audizione presso le Commissioni riunite 8^a Lavori pubblici, comunicazioni e 1^a Affari costituzionali del Senato della Repubblica, in www.anticorruzione.it

²⁷¹ ANAC, *Appalti pubblici e Covid-19: dall'ANAC suggerimenti alle PA per garantire la partecipazione alle gare delle imprese in difficoltà*, in www.anticorruzione.it, 19 aprile 2021, p.1.

5.2.1. D.lgs. 36 /2023

Con la legge delega 21 giugno 2022 n. 79 la Camera dei Deputati e il Senato della Repubblica hanno approvato la delega al Governo in materia di contratti pubblici. Per quanto d'interesse in questa sede, il punto focale lo si ritrova nella revisione delle competenze dell'Autorità nazionale anticorruzione, con lo scopo di riformarne le funzioni di vigilanza e di supporto alle stazioni appaltanti²⁷². Il Codice, composto da 229 articoli e 38 Allegati, è entrato in vigore lo scorso 1° luglio 2023. L'aspetto fondamentale lo si ritrova proprio negli Allegati i quali sanciscono il definitivo abbandono delle Linee guida ANAC che saranno definitivamente sostituite da un successivo regolamento unico emanato dai diversi ministeri di competenza.

Il nuovo Codice degli appalti conferma l'assetto regolatorio dei poteri attribuiti all'ANAC. Le già enunciate funzioni di vigilanza e controllo pongono ancor di più le proprie fondamenta nel settore delle concessioni e degli appalti pubblici, per potervi svolgere, con un obiettivo migliorativo, le attività di prevenzione e contrasto alla corruzione²⁷³. Come precedentemente sottolineato,²⁷⁴ resta ferma la vigilanza collaborativa²⁷⁵ a sostegno delle stazioni appaltanti e/o enti aggiudicatori, chiaro segnale del verificarsi di diverse incapacità nel gestire la fase di aggiudicazione del contratto tanto quanto la fase dell'esecuzione dello stesso²⁷⁶. Parimenti, e per il medesimo obiettivo, l'ANAC si è soffermata su una più ampia applicazione dei bandi-tipo, resi immediatamente disponibili e accessibili a tutti attraverso l'obiettivo ultimo di digitalizzazione del ciclo di vita del contratto pubblico, e sulla gestione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

²⁷² Art. 1 comma 2, lett. b), Legge 21 giugno 2022 n. 78

²⁷³ D. C. Paternò, A. Mandara, *Il ruolo dell'ANAC nel D.lgs. n. 36/2023: elementi di continuità e novità*, in <https://www.altalex.com/documents/2023/06/22/ruolo-anac-d-lgs-n-36-2023-elementi-continuita-novita>, pubblicato il 22/06/2023.

²⁷⁴ Cfr. Cap. 4.

²⁷⁵ D.lgs. 36/2023 art. 222 comma 3, lett. h).

²⁷⁶ D. C. Paternò, A. Mandara, *Il ruolo dell'ANAC nel D.lgs. n. 36/2023: elementi di continuità e novità cit.*

Si sottolinea, dunque, come gli obiettivi di trasparenza dettati dagli obblighi di pubblicazione rientrino a pieno titolo nel rafforzamento della prevenzione alla corruzione.

5.2.2. Il problema del c.d. “subappalto a cascata” e la problematica delle infiltrazioni criminali

Una delle principali novità che ha introdotto il nuovo codice è quella del c.d. subappalto a cascata, la possibilità, cioè, di poter subappaltare i lavori creando un subappalto del subappalto. L’art. 105 del Codice dei contratti del 2016 prevedeva che «*l’esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto*». Tale divieto è stato superato dalla vigente normativa inserita a seguito degli adeguamenti a quanto richiesto dalla Ue.

Il subappalto a cascata presenta diverse difficoltà soprattutto per quanto riguarda l’aspetto della corruzione. In particolare, la problematica si espande in una più ampia visione dell’intero processo dei lavori visto che il subappalto permette l’esecuzione dei lavori ad altra ditta, la quale deve presentare tutte le dovute documentazioni e/o certificazioni necessarie all’esecuzione dell’opera. La molteplicità di diversi subappalti era stata negata proprio per evitare che nella fase di esecuzione dell’appalto venissero in qualche modo elusi i controlli sullo stesso, eliminando così il problema che i soggetti preposti ai lavori non avessero i necessari requisiti morali e tecnici richiesti, evitando al contempo la possibilità di infiltrazioni criminali all’interno dell’appalto²⁷⁷. Il subappalto a cascata non è ancora usualmente previsto all’interno dei bandi di gara, anche a seguito della nota inserita nel d.lgs. 36/2023 che permette, infatti, alle stazioni appaltanti di decidere discrezionalmente per quale tipologia di lavori prevederlo e per quali invece no. Inoltre, la maggior parte dei contratti di lavoro in essere ad oggi sono disciplinati dai regolamenti inerenti il PNRR, i quali escludono tuttora a priori la possibilità di subappalti concatenati. Resterà quindi da verificare nel corso di nuove esecuzioni come si

²⁷⁷ F. D’Alessandri, *I limiti quantitativi al subappalto, il subappalto a cascata e la differenza tra subappalto e avvalimento*, in <https://www.altalex.com/documents/2019/12/23/i-limiti-quantitativi-al-subappalto-il-subappalto-a-cascata-e-la-differenza-tra-subappalto-e-avvalimento>, pubblicato il 23/12/2019.

comporteranno le stazioni appaltanti e quale saranno le eventuali modifiche ad opera del legislatore.

5.3. La digitalizzazione: aspetti e competenze dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

La digitalizzazione si è resa protagonista nel corso degli ultimi anni dell'impulso alla trasparenza, alla concorrenza, alla partecipazione, all'informazione ed all'efficacia delle procedure ad evidenza pubblica, nonché dell'amministrazione pubblica in generale. La tappa fondamentale del processo di digitalizzazione della pubblica amministrazione è rappresentata dal d.lgs. n. 82 del 2005 "Codice dell'amministrazione digitale". Questo Codice, oltre a focalizzarsi sull'operato della pubblica amministrazione, introdusse anche una serie di strumenti e nozioni che esplicano la loro efficacia verso i cittadini e in generale gli operatori economici privati (posta elettronica certificata, firma digitale, pagamenti con modalità elettroniche, la carta d'identità digitale, lo SPID, ecc.).

Le sfide del futuro e la necessità di innovazione spingono sempre più ad affidare alla digitalizzazione un ruolo *«strategico in termini di trasparenza, efficienza, semplificazione, contrasto alla corruzione, sicurezza giuridica, risk management, concorrenza (anche transfrontaliera) e accessibilità, spinta all'innovazione, qualità dei dati e degli indicatori di monitoraggio, risparmi di spesa. Ciò vuol dire che la stessa costituisce una condizione necessaria - tuttavia non sufficiente - per operare sul mercato come stazione appaltante»*²⁷⁸.

In concomitanza con la situazione emergenziale pandemica, si è resa ancora più necessaria la digitalizzazione del settore degli appalti pubblici. Essa era già presente all'interno del Codice dei contratti pubblici del 2016 che così recitava: *«entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti*

²⁷⁸ S. Cocchi, *La digitalizzazione dei contratti pubblici come strumento di ripresa della vita economica e sociale del Paese*, Azienditalia 1/2022, p.29, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

*pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto»*²⁷⁹. Successivamente è stata regolamentata e attuata con innovazioni mediante il Decreto 12 agosto 2021 n. 148, il quale ha istituito il Regolamento per le modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, che, entrato in vigore l'11 novembre 2021, ha ceduto poi il testimone per l'attuazione all'Agenzia per l'Italia Digitale (AgID) che ha definito le linee guida da adottare per le stazioni appaltanti²⁸⁰.

Riprendendo ora le misure di semplificazione adottate a seguito della crisi pandemica del 2020 e in previsione dell'attuazione del PNRR, l'accelerazione del processo di digitalizzazione è necessariamente diventata centrale per il legislatore. Il decreto n. 77/2021 ha puntato sulla digitalizzazione come primo passo verso l'innovazione del settore pubblico, con particolare riferimento alle piattaforme digitali, alle banche dati dei contratti pubblici e all'intero ciclo di vita di quest'ultimi. La digitalizzazione, infatti, è stata destinata protagonista di tutte le fasi dell'affidamento dei lavori e dell'acquisto di beni e servizi pubblici.

Il periodo di crisi pandemica per certi versi ha sicuramente mosso il legislatore verso questi obiettivi, che si sono resi successivamente indispensabili. L'aumento dello *smart working* a causa delle diverse restrizioni dovuto al Covid-19, ad esempio, ha condotto le amministrazioni pubbliche ad affacciarsi al mondo della informatica e della digitalizzazione dei processi. Sul punto l'ANAC²⁸¹ aveva già sollecitato le stazioni appaltanti a mettere in atto procedure di gara telematiche anche senza l'esplicita

²⁷⁹ Art. 44, d.lgs n. 50/2016.

²⁸⁰ L'Agenzia per l'Italia Digitale è l'agenzia tecnica della Presidenza del Consiglio che ha il compito di garantire la realizzazione degli obiettivi dell'Agenda digitale italiana e contribuire alla diffusione dell'utilizzo della tecnologia. L'Agenzia è titolare dell'emanazione di linee guida riferite al Codice dell'amministrazioni digitale ed ha il compito di attuare il Piano Triennale per l'informatica della Pubblica amministrazioni, incentivando la digitalizzazione del Paese.

²⁸¹ Delibera n. 312 del 9 aprile 2020.

definizione all'interno dei bandi di gara, facilitando l'accostamento tra *e-procurement* e *smart working*.

Anche nel codice del 2016 si prevedevano diverse misure a favore della digitalizzazione, come, ad esempio, la Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici. All'art. 81, infatti, si enunciava: «*la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico è acquisita attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici, gestita dal Ministero delle Infrastrutture*»²⁸². Questa ha sviluppato l'acquisizione per via telematica del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di carattere pubblicistico, racchiudendo in un unico strumento i requisiti di ordine generale e speciale. Per un certo senso, si può pensare al primo passo verso quello che poi negli anni è diventato il PassOE e il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico (FVOE). Lo scopo cardine di queste misure si trova sicuramente nella velocità di reperimento delle informazioni e nell'automazioni di quest'ultime.

Dal 1° gennaio 2024 è entrata in vigore la digitalizzazione prevista nel nuovo Codice, in particolare agli articoli 16 e 36. Ha preso così vita il c.d. Ecosistema nazionale di approvvigionamento digitale (*e-procurement*)²⁸³. Questo "ecosistema" permetterà l'approvvigionamento unicamente attraverso piattaforme di approvvigionamento digitale utilizzate dalle stazioni appaltanti. Tale disciplina si applica a tutti i contratti riferiti alla disciplina del Codice nonché alle procedure appartenenti ai PNRR. A seguito di tali disposizioni l'ANAC ha proceduto alla modifica del proprio sito istituzionale, inserendo le sezioni "Digitalizzazione contratti pubblici" e "Pubblicità a Valore Legale (PVL)". In particolare, quest'ultima sostituirà la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana per la pubblicazione di bandi e avvisi relativi ai contratti pubblici, che, pertanto, avranno effetti giuridici dalla data di pubblicazione sulla PVL²⁸⁴.

²⁸² D.lgs. n. 50/2016, art. 81.

²⁸³ D.lgs. n. 36/2023 art. 22. Al comma 2 si cita: « Le piattaforme e i servizi digitali di cui al comma 1 consentono, in particolare: a) la redazione o l'acquisizione degli atti in formato nativo digitale; b) la pubblicazione e la trasmissione dei dati e documenti alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici; c) l'accesso elettronico alla documentazione di gara; d) la presentazione del documento di gara unico europeo in formato digitale e l'interoperabilità con il fascicolo virtuale dell'operatore economico; e) la presentazione delle offerte; f) l'apertura, la gestione e la conservazione del fascicolo di gara in modalità digitale; g) il controllo tecnico, contabile e amministrativo dei contratti anche in fase di esecuzione e la gestione delle garanzie.»

²⁸⁴ Cfr. delibera ANAC n. 263 del 20 giugno 2024

5.3.1. La Banca dati nazionale dei contratti pubblici

Uno strumento necessario a favorire l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'Amministrazione sulla spesa pubblica, nonché il rispetto della legalità e della prevenzione alla corruzione è la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (di seguito BDNCP)²⁸⁵. Nella BDNCP confluiscono tutte le informazioni contenute nelle banche dati esistenti, anche a livello territoriale, con lo scopo di garantire accessibilità unificata, trasparenza, pubblicità e tracciabilità delle procedure di gara, nonché delle fasi ad esse prodromiche e successive. La BDNCP rappresenta l'infrastruttura digitale di riferimento per la gestione delle informazioni di interesse per i contratti e comprende: la Piattaforma dei contratti pubblici, il Fascicolo virtuale dell'operatore economico (FVOE), l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (AUSA), la Piattaforma per la pubblicità legale, il Casellario informativo e l'Anagrafe degli operatori economici.

La BDNCP assolve gli obblighi di pubblicazione in materia di contratti pubblici che sono a carico delle stazioni appaltanti. A seguito di diverse riforme in materia lo strumento è stato inizialmente amplificato con il decreto legge n. 77/2021, il quale ha affidato un "doppio ruolo" di vigilanza e di correzione di eventuali criticità sorte nelle fasi di affidamento e di monitoraggio dell'andamento generale della contrattualistica pubblica. La Banca Dati contiene tutti i contratti stipulati tra la pubblica amministrazione e le imprese a partire dal 2007 con un complessivo di 60 milioni di contratti censiti per un valore di quasi tre miliardi di Euro²⁸⁶.

Tale Banca è direttamente collegata con la Piattaforma dei Contratti Pubblici (PCP) ed assicura una piattaforma di approvvigionamento digitale che è disciplinata dal Codice del

²⁸⁵ Cfr. E. Guarnaccia, M. Mancarella, *Il codice dell'amministrazione digitale 2018. Alla luce del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, in vigore dal 27 gennaio 2018*, Diritto in chiaro, collana diretta da G. Cassano, Dike Giuridica Editrice, 2018.

²⁸⁶ Cfr. G. P. Sellito – ANAC Ufficio Relazioni Internazionali, *I dati sugli appalti come fattore abilitante per il monitoraggio del piano*, in Webinar I dati aperti nel 5° piano d'Azione Nazionale OGP: uno strumento di monitoraggio civico degli appalti pubblici dei progetti PNRR, 18 maggio 2022.

d.lgs. 36/2023, agli articoli 25²⁸⁷ e 26²⁸⁸. La digitalizzazione in questo caso si verifica in modo completo a seguito dell'accesso da parte di stazioni appaltanti ed enti concedenti a un collegamento ipertestuale direttamente all'interno del sito ANAC, il quale permette di consultare uno specifico contratto e assicura la trasparenza dell'intera procedura contrattuale²⁸⁹. Allo stesso modo i contratti pubblici devono essere pubblicati dalle stazioni appaltanti o enti concedenti sul medesimo portale. Tale misura, oltre a incrementare la trasparenza del settore degli appalti pubblici, permette una maggiore conoscenza del sistema nel suo complesso da parte delle stazioni appaltanti.

La BDNCP, istituito incrementato grazie al Dl Semplificazioni, dal 1° gennaio 2024 affida a pieno titolo all'ANAC tutta la gestione della Banca Dati e, in seguito all'entrata in vigore delle intere disposizioni del d.lgs. 36/2023, prevede l'esecuzione della gara tramite "piattaforme digitali certificate" e direttamente riconducibili alla BDNCP, rendendo in questo modo interamente digitale l'intero ciclo di vita del contratto e le verifiche sullo stesso.

5.3.2. Il Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico

Il primo passo verso la verifica on-line dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche nei confronti degli operatori economici è avvenuto in attuazione dell'art. 6 bis del d.lgs. 163/2006, norma che prevedeva il sistema AVCpass. Questo sistema permetteva alle stazioni appaltanti di verificare i requisiti nonché la veridicità delle dichiarazioni

²⁸⁷ D.lgs. n. 36/2023, art. 25, Piattaforme di approvvigionamento digitale: «Le piattaforme di approvvigionamento digitale sono costituite dall'insieme dei servizi e dei sistemi informatici, interconnessi e interoperanti, utilizzati dalle stazioni appaltanti e dagli enti concedenti per svolgere una o più attività di cui all'articolo 21, comma 1, e per assicurare la piena digitalizzazione dell'intero ciclo di vita dei contratti pubblici. A tal fine, le piattaforme di approvvigionamento digitale interagiscono con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'articolo 23 nonché con i servizi della piattaforma digitale nazionale dati di cui all'articolo 50-ter del codice dell'amministrazione digitale, di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

²⁸⁸ D.lgs. n. 36/2023, art. 26, Regole tecniche, comma 1: «I requisiti tecnici delle piattaforme di approvvigionamento digitale, nonché la conformità di dette piattaforme a quanto disposto dall'articolo 22, comma 2, sono stabilite dall'AGID di intesa con l'ANAC e la Presidenza del Consiglio dei ministri, Dipartimento per la trasformazione digitale, entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del codice». Comma 3: «La certificazione delle piattaforme di approvvigionamento digitale, rilasciata dall'AGID, consente l'integrazione con i servizi della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. L'ANAC cura e gestisce il registro delle piattaforme certificate».

²⁸⁹ Delibera ANAC, n. 264 del 20 giugno 2023, così modificata e integrata dalla Delibera ANAC n. 601 del 19 dicembre 2023.

presentate dall'operatore economico che, registrandosi al servizio di AVCpass, poteva così ottenere il PassOE, letteralmente un pass di accesso al sistema delle gare pubbliche per l'operatore economico.

A seguito del provvedimento del 21 dicembre 2021, l'ANAC ha istituito il Fascicolo Virtuale per l'Operatore Economico (di seguito FVOE). Tale strumento si pone nell'ottica della razionalizzazione e semplificazione degli appalti pubblici²⁹⁰ e in sostituzione del precedente servizio AVCpass, avvenuta con la delibera n. 465 del 27 luglio 2022, con la quale l'ANAC, oltre a sospendere l'operatività di AVCpass, ha fornito le prime indicazioni operative per l'utilizzo e le funzioni del nuovo sistema.

Il FVOE è entrato ufficialmente in vigore il 9 novembre 2022²⁹¹ come strumento di arricchimento per la Banca Nazionale dei Contratti Pubblici. Nella delibera ANAC, infatti, vengono elencati i punti principali delle finalità dei dati contenuti nel FVOE, i quali consentono di compiere una verifica, attraverso la banca dati ANAC, sia dell'assenza dei motivi di esclusione sia del possesso dei requisiti generali e speciali degli operatori economici nonché di controllo della dichiarazione del subappaltatore riguardante i motivi di esclusione; senza dimenticare che è previsto il controllo della permanenza dei suddetti requisiti dichiarati per tutta la durata del contratto.

5.4. Contrattualistica pubblica e prospettive future

Gli investimenti programmati e resi disponibili a seguito delle risorse ottenute con il Piano di Ripresa e Resilienza configurano sicuramente una storica occasione per raggiungere gli obiettivi pubblici sperati da tempo. Sicuramente si renderà indispensabile un'ottima collaborazione tra pubblico e privato, nonché un efficiente utilizzo delle risorse a disposizione.

A tal proposito la dottrina si è espressa proprio su queste necessità sollecitando come «*ci sarà bisogno di un'amministrazione all'altezza sia attingendo alle migliori competenze*

²⁹⁰ M. Panato, *Appalti: l'ANAC approva il Fascicolo digitale per gli operatori economici*, in www.altalex.com pubblicato il 25/01/2022.

²⁹¹ Delibera ANAC n. 262/2023.

disponibili nelle amministrazioni sia arricchendo l'amministrazione di nuove competenze, in grado di implementarla e irrobustirla anche nel futuro»²⁹². Non di meno deve essere reale l'applicazione al settore del nuovo Codice dei contratti, il quale, raggruppando la maggior parte delle disposizioni rese nel periodo pandemico, risulta il principale attore protagonista della contrattualistica attuale. A seguito del Codice dei contratti ex d.lgs. 36/2023 è stata a sua volta istituito un nuovo servizio FVOE cd. FVOE 2.0 per tutte quelle procedure istituite a partire dal 1° gennaio 2024 tramite la piattaforma dei contratti pubblici (PCP)²⁹³, ma ad oggi è ancora in fase di applicazione sostanziale.

L'ANAC, chiave di volta all'interno del *public procurement*, sarà chiamata a sconfiggere i due mali che più minano il sistema, vale a dire le inefficienze e la corruzione, e avrà sicuramente un ruolo centrale per la creazione di una struttura normativa ponderata sulla semplificazione e sulla chiarezza, senza mai essere d'ostacolo agli obiettivi dell'Autorità stessa.

²⁹² E. Carloni, *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, cit., p.28.

²⁹³ Delibera ANAC, n. 582/2023

CONCLUSIONI

Al termine di questo elaborato urge riconoscere l'importanza del ruolo delle autorità amministrative indipendenti, finora esaminate, nella lotta alla corruzione e, *in primis*, nelle diverse modalità di contrasto a quest'ultima, che ha visto come protagonista l'ANAC.

Partendo dall'analisi dell'importante nozione di indipendenza che caratterizza questa Autorità, essa, con le proprie funzioni, mira a sviluppare questo concetto come indipendenza verso l'esterno ma anche verso l'interno. Ogni settore istituzionale, pur dipendendo da altri settori pubblici e/o privati, deve cercare di rimanere estraneo a quelle condizioni che potrebbero minare l'efficienza dell'operato dove in particolare si insinua la corruzione.

Le possibilità che hanno le autorità indipendenti di sottrarsi alle "sporche regole" del mercato e far venir alla luce le situazioni più critiche deve permettere l'instaurarsi di un sistema ancora più forte e collaborativo per la lotta alla corruzione. I cittadini di ogni Paese, e in particolare gli italiani, hanno l'onere di compiere un cambio di rotta. È necessario far germogliare l'idea che i dipendenti pubblici, i burocrati e chiunque sia al potere non debba essere visto come un "fannullone" ma esclusivamente come risorsa dello Stato e della sua efficienza, il cui merito va premiato.

Agli imprenditori si chiederà di collaborare per far divenire conveniente la legalità anziché la corruzione.

Il luogo in cui il contrasto alla corruzione deve aver voce è quello delle collettività. Non si può pensare di limitare ideologicamente la corruzione come qualcosa che non ci appartiene, qualcosa che riguarda solo un aspetto penale e giuridico, in quanto la corruzione è presente nella nostra vita di tutti i giorni e va a disgregare il patto sociale in essere tra cittadini e istituzioni estendendosi in ogni confine del nostro Paese. L'Italia è un Paese che non si è mai unificato completamente, non vi è stata un'integrazione nazionale. Le frammentazioni che la caratterizzano, partendo da quelle comunali sino a quelle regionali, per poi passare alle frammentazioni linguistiche e culturali, rendono il tessuto nazionale di difficile gestione da parte dello Stato, che con difficoltà è riuscito a

imporsi sui cittadini. Proprio a seguito di tale problematica si sono resi protagonisti eventi come quello della corruzione, che come già ampiamente discusso, è diventata essa stessa un'istituzione riconosciuta, seppur segreta, ma valutata dai corruttori e corrotti come uno strumento di governo alternativo. I danni, però, sono incommensurabili e hanno così determinato la nascita di autorità poste a contrastarla.

La parola chiave, che dovrebbe smuovere gli animi di chi è al potere, è "efficienza", termine cardine dell'attività della Pubblica Amministrazione, che perde completamente la propria efficacia nei casi di corruzione. Lo Stato è debitore verso i cittadini dell'efficienza del proprio operato, di conseguenza non ci dovrebbero essere attività che mirano a massimizzare i profitti con gestioni di spesa che mirano a ottenere illeciti vantaggi. È proprio qui che il principio di efficienza diventa esso stesso il contrasto alla corruzione. L'apparato legislativo ha l'onere di divenire più preciso e unificato, eliminando spazi di discrezionalità e scelte non oggettive per il bene del Paese.

Le diverse analisi normative, procedurali e i rapporti con i rappresentanti degli operatori economici offrono ora la possibilità di ovviare a tutte quelle situazioni negative intercorse dagli anni Novanta fino agli anni Duemila. Gli accordi non devono avere un connotato occulto, ma sfociare in situazioni efficienti e positive come quella della creazione dell'Autorità nazionale anticorruzione che, come ho esaminato nel fulcro di questo elaborato, ha conosciuto una grande evoluzione, sebbene non ancora sufficiente. Le linee guida, i contratti e i bandi-tipo rappresentano proprio l'emblema dell'unificazione delle procedure e della diminuzione della discrezionalità della Pubblica Amministrazione.

L'esame posto in essere delle diverse riforme, di cui ANAC si è fatta carico, dimostra la grande possibilità delle Autorità indipendenti di intervenire nei loro ambiti di riferimento, agendo in autonomia (ma con riconoscimento dell'ordinamento), per colmare quei vuoti che aprono la strada ad attività criminali ed illecite. Nei paragrafi precedenti si sono sinteticamente ripercorse le disposizioni legate alle linee guida ANAC che esplicano sicuramente un'efficacia sia pratica che giuridica tutt'altro che trascurabile. Allo stesso modo sarà da ritenersi per il Regolamento unico in materia di contratti pubblici, il quale necessariamente dovrà essere seguito da una tutela giurisdizionale ed un contenuto posto all'interno di una cornice di legalità.

Il grande balzo in avanti che si era cercato di compiere con il c.d. Sblocca cantieri, ma subito stroncato dall'episodio del Covid-19 che ha fortemente colpito il Paese, ha enfatizzato l'inefficienza dell'operato pubblico ed in particolare del *public procurement*. L'esigenza di adattare il Paese alle nuove tecnologie e alla problematica del cambiamento climatico si sono aggiunte alla profonda crisi economica dovuta alla pandemia e hanno così reso necessario per le istituzioni i piani di rilancio. Le possibilità di investimento pubblico fornite da PNRR e PNC devono però essere un'occasione per rilanciare il settore della contrattualistica pubblica italiana, eliminando gli errori del passato, orientandosi ad un migliore operato della Pubblica Amministrazione attraverso i principi cardine della digitalizzazione e della trasparenza che porteranno così, si auspica, a un'efficienza più completa.

Ruolo centrale ancora è quello dell'ANAC, che si stabilirà come *primis inter partes* ancor di più a seguito del d.lgs. 36/2023, il quale renderà centrali per il settore del *public procurement* i fattori di digitalizzazione come la Banca dati nazionali dei contratti pubblici e il Fascicolo virtuale dell'operatore economico, e il PassOe.

Come ampiamente riportato nei capitoli di questo elaborato si può certamente affermare che l'ANAC, soprattutto per la delicatezza della materia seguita, sarà considerata come *sui generis* rispetto alle altre autorità amministrative indipendenti e la sua storia verrà segnata da grande prestigio, ma sicuramente anche da molte critiche. Considerando che nell'anno in corso è in attuazione il nuovo Codice dei contratti pubblici, resterà da verificare nel corso del tempo l'effettivo compimento degli obiettivi posti in essere dal legislatore, nonché le diverse sfide in ambito di *public procurement* per quanto riguarda i finanziamenti concessi dall'Unione europea, nonché la salvaguardia delle riforme postulate in questi ultimi anni per aumentare l'efficienza di spesa e di controllo in contrasto alle attività del malaffare.

Come suggerisce il Presidente della Repubblica:

«(...) sconfiggere la corruzione, spezzare le catene della complicità, liberare la vita sociale da questo cancro è possibile. Corruzione, complicità e illegalità non sono fenomeni

connaturati alle nostre società. È vero piuttosto che occorre essere attivi in questo campo, che dobbiamo porci obiettivi elevati sul piano della moralità pubblica e del senso civico.»

(S. MATTARELLA, 2015)

La lotta alla corruzione è un dovere morale, la guerra può essere vinta con la collaborazione della collettività.

BIBLIOGRAFIA e SITOGRAFIA

AMATO G., *Autorità semi indipendenti ed autorità di garanzia*, in Riv. trim. dir. Pubbl., 1997

AMATO G., *Il mercato nella Costituzione*, in Quad. Cost, 1992

ANAC, *Il regolamento ANAC sull'attività di vigilanza collaborativa. Scheda illustrativa*, www.anticorruzione.it

ANAC, *Piano Nazionale Anticorruzione 2022-2023. Schema in consultazione con i relativi allegati*, www.anticorruzione.it

[ANAC](http://www.anticorruzione.it), *Prime Linee Guida per l'avvio di un circuito stabile e collaborativo tra ANAC – Prefetture- UTG e Enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l'attuazione della trasparenza amministrativa del 15 luglio 2014*, [in www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

[ANAC](http://www.anticorruzione.it), *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32 comma 1 del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*, www.anticorruzione.it

[ANAC](http://www.anticorruzione.it), *Regolamento in materia di pareri di precontenzioso di cui all'art. 220, commi 1 e 4 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, Delibera n. 267 del 20 giugno 2023*, www.anticorruzione.it

[ANAC](http://www.anticorruzione.it), *Regolamento sull'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici, Delibera n. 269 del 20 giugno 2023*, www.anticorruzione.it

ANAC, *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità di cui al d.lgs. 16 aprile 2016, n. 50*, www.anticorruzione.it

ANAC, *Regolamento sull'esercizio del potere sanzionatorio dell'Autorità in materia di contratti pubblici, ai fini dell'adeguamento alle nuove disposizioni del decreto legislativo 31 marzo 2023 n.36, Delibera n. 271 del 20 giugno 2023*, www.anticorruzione.it

ANAC, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, del 28/01/2015, www.anticorruzione.it

ARGENTATI A., *Mercato e costituzione. Il giudice delle legge di fronte alla sfida delle riforme*, G. Giappichelli Editore, 2017

ARNONE M., ILIOPULOS E., *La corruzione costa. Effetti economici, istituzionali e sociali*, Vita e Pensiero, Milano, 2005

Astrid, www.astrid.online.it

Autorità garante della concorrenza nel mercato, www.agcm.it

Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), www.anticorruzione.it

BARRA CARACCILO L., *Funzione amministrativa e amministrazione neutrale nell'ordinamento USA. Profili comparativi con l'esperienza italiana*, G. Giappichelli Editore, 2001

BENETAZZO C., *ANAC e sistema europeo dei contratti pubblici*, G. Giappichelli Editore, 2020

BENETAZZO C., *I nuovi poteri regolatori e di precontenzioso dell'ANAC nel sistema europeo delle Autorità indipendenti*, Federalismi.it, 5/2018, www.federalismi.it.

BORSARI R., *La corruzione pubblica. Ragioni per un cambiamento della prospettiva penale*, G. Giappichelli Editore, 2020

CANTONE R., *Il male italiano, Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, RCS Libri S.p.A. Bur, 2015

CANTORE R. , MERLONI, F., *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, G. Giappichelli Editore, 2015

CARINGELLA F., PROTTO M., *Il codice dei contratti pubblici dopo il correttivo*, Dike giuridica, 2017

CARLONI E., *Quale idea di pubblica amministrazione tra emergenza e Piano di ripresa e resilienza: note critiche*, in www.accademia.edu.it, Astrid-Rassegna n. 1, 2021

CARRETTI P., *Introduzione*, in *Osservatorio sulle fonti 2003 – 2004, I poteri normativi delle Autorità indipendenti* a cura di P. CARRETTI, G. Giappichelli Editore, 2005

CERULLI IRELLI V., *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, www.astred.eu

- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2008
- CHIARIELLO C., *L'inquadramento delle Linee Guida nel sistema delle fonti alla luce dell'interpretazione del Consiglio di Stato successiva all'entrata in vigore del d.l. n. 32/2019: dubbi interpretativi e questioni aperte*, 4 Novembre 2020, www.federalismi.it
- CHIEPPA R., *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, Riv. Sc. Sup. econ e fin., 2005, n. 7
- CHITI M. P., *Il nuovo codice dei contratti pubblici – Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, Giornale di diritto amministrativo n. 4, 2016
- CLARICH M., *Autorità indipendenti: bilancio e prospettive di un modello*, il Mulino, 2005
- CLARICH M., *Indipendenza e autonomia delle autorità Amministrative indipendenti*, intervento al convegno “Le Autorità amministrative indipendenti – Bilancio di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati”, Roma, 28 febbraio 2013
- COCCHI C., *La digitalizzazione dei contratti pubblici come strumento di ripresa della vita economica e sociale del Paese*, Azienditalia 1/2022, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>
- COLOMBO G., *Lettera a un figlio su mani pulite*, Garzanti, 2015
- CONTESSA C., *Le novità del “Decreto semplificazioni” ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un “Codice”?*, Urbanistica e appalti 6/2020, in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>
- CORRADINO M., *Gli appalti pubblici dopo la Legge sblocca cantieri. Una guida per operatori economici e stazioni appaltanti*, Diritto per l'economia, Franco Angeli, 2019
- D'ALESSANDRI F., *I limiti quantitativi al subappalto, il subappalto a cascata e la differenza tra subappalto e avvalimento*, in <https://www.altalex.com/documents/2019/12/23/i-limiti-quantitativi-al-subappalto-il-subappalto-a-cascata-e-la-differenza-tra-subappalto-e-avvalimento>, pubblicato il 23/12/2019
- DEODATO C., *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto*, www.giustizia-amministrativa.it, 2019
- DE NICOLIS R., *I poteri dell'ANAC dopo il correttivo*, www.sipotra.it, 1° luglio 2017

DI CRISTINA F., *La nuova vita dell'ANAC e gli interventi in materia di contratti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giornale diritto amministrativo*, n. 11/2014

DI DONATO L., *Il finanziamento delle Autorità amministrative indipendenti*, 2015, www.amministrazioneincammino.luiss.it.

FOA S., *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura del mercato*, *Diritto Amministrativo Fasc. 4 del 1 dicembre 2020*

FOA S., *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo, Il Governo. Prospettive organizzative e funzionali*, *Rivista di diritto pubblico italiano, comparato europeo.*, 12 ottobre 2020, www.federalismi.it.

FRANGIPANE U., *La controversa natura giuridica delle Linee Guida ANAC*, Edizioni scientifiche italiane, 2022

FRUNZI R., *Autorità amministrative indipendenti e profili problematici comuni. Le soluzioni prospettate da dottrina e giurisprudenza*, Aracne, 2021

GELMINI L., *Piani contro la corruzione, modelli organizzativi e whistleblowing. L'esperienza italiana*, Universitas Studiorum, 2018

GIRAUDI G., RIGAETTINI M. S., *Le autorità amministrative indipendenti. Dalla democrazia della rappresentanza alla democrazia dell'efficienza*, Laterza, 2001

GRASSO G., *Le autorità indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimità democratica*, Giuffrè editore, 2006

GREGO, website www.coe.int

GUARNACCIA E., MANCARELLA M., *Il codice dell'amministrazione digitale 2018. Alla luce del d.lgs. 13 dicembre 2017, n. 217, in vigore dal 27 gennaio 2018*, *Diritto in chiaro*, collana diretta da G. Cassano, Dike Giuridica Editrice, 2018

INSOLERA G., *La criminalità politico-amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. Pen.*, 2011

LONGOBARDI N., *Il sistema politico amministrativo e le riforme mancate. Temi, sintesi, approfondimenti, considerazioni*, G. Giappichelli Editore, 1999

LONGOBARDI N., *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, *Amministrazione in cammino. Rivista elettronica di diritto pubblico*, di diritto

dell'economia e di scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet", 2019
www.amministrazioneincammino.luiss.it

LONGOBARDI N., *Autorità indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, seconda edizione, Torino, 2009

MALTONI A., *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private*, in *Diritto e processo Amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane, Anno IX – n. 4/2015

MAROTTA G., *La corruzione in Italia una prassi consolidata. Analisi etica ed educativa*, Mimesis Edizioni, 2022

MARTIRE D., *Le linee guida alla prova della pandemia. Atti di normazione flessibile e sistema delle fonti del diritto*, Corti supreme e salute 2021, 1,
www.cosrtisupremeesalute.it

MEOLI L. e SORBELLO P., *Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. Riflessioni sull'analisi economica del diritto*, in *Rivista della Guardia di Finanza* 2/2015, pubblicazione sulla *Rivista di Diritto Tributario Internazionale*, 2015

MORBIDELLI G., *Le autorità indipendenti nei sistemi istituzionali ed economici. Sul regime amministrativo delle autorità indipendenti*, Passigli Editore, 1997

MORBIDELLI G., *Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Dir. Amm.*, III, 2016

NICOTRA I.A., *L'autorità Nazionale Anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I.A. NICOTRA, prefazione di F. PATRONI GRIFFI, G. Giappichelli Editore, 2016

One Legale <https://onelegale.wolterskluwer.it/>

ORLANDO L., *Genesi delle autorità amministrative indipendenti: natura e funzioni principali. Il diritto amministrativo*, *Rivista giuridica* Anno XIV n.11 – Novembre 2022

PANATO M., *Appalti: l'ANAC approva il Fascicolo digitale per gli operatori economici*, www.altalex.com

PATERNÒ D. C., MANDARA A., *Il ruolo dell'ANAC nel D.lgs. n. 36/2023: elementi di continuità e novità*, in <https://www.altalex.com/documents/2023/06/22/ruolo-anac-d-lgs-n-36-2023-elementi-continuita-novita>, pubblicato il 22/06/2023

PATRONI GRIFFI A., *L'indipendenza del Garante*, Rivista di diritto pubblico italiano, comparato, europeo, n. 4, 14/02/2018, www.federalismi.it

PELOSO A., *La regolazione flessibile e le nuove linee guida ANAC: il caso degli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, in Rivista delle regolazioni del Mercato, n. 1/2017

POLITI F., *La potestà normativa delle Autorità Indipendenti: nuovi profili di studio*, in N. Longobardi, *Autorità indipendenti e sistema giuridico-istituzionale*, seconda edizione, Torino, 2009

RAND, www.rand.org

Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo, www.federalismi.it

SALERNO A., *Le misure straordinarie, di gestione, sostegno e monitoraggio introdotte dall'art. 32 del d.l. n. 90 del 24 giugno 2014*, Nuovo diritto amministrativo, 2/2015

SALES I., MELORIO S., *Storia dell'Italia corrotta*, Rubbettino Editore, 2019

SAN MAURO C., *La disciplina della golden share dopo la sentenza della Corte di Giustizia C-326/07*, in Rivista annuale di concorrenza, Concorrenza e mercato, Giuffrè editore, 2010

SELLITO P. – ANAC Ufficio Relazioni Internazionali, *I dati sugli appalti come fattore abilitante per il monitoraggio del piano*, in Webinar I dati aperti nel 5° piano d'Azione Nazionale OGP: uno strumento di monitoraggio civico degli appalti pubblici dei progetti PNRR, 18 maggio 2022

STEECK W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata dal capitalismo democratico*, Feltrinelli, 2013

TITTOMANILO R., *Autonomia e indipendenza delle Authorities: profili organizzativi*, Giuffrè editore, 2000

TITTOMANILO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Giuffrè editore, 2007

TORCHIA L., *Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, Giornale di diritto amministrativo nr. 5/2016

TORTORA A., *La prevenzione della corruzione. Un sistema in continua evoluzione*, G. Giappichelli Editore, 2021

Trasparency International Italia, www.trasparency.it

TRIMARCHI M., *Le fonti del diritto dei contratti pubblici, Diritto e processo amministrativo*, Edizioni Scientifiche Italiane 2/2017

VALAGUZZA S., *La regolazione strategica dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Rivista della regolazione dei mercati, 1, 2016.

VILLANELLI G., *Troppo burocrazia nella lotta alla corruzione*, *Corriere della sera*, 18 agosto 2015

ZAMMARTINO F., *Le Autorità amministrative indipendenti: aspetti problematiche nuove prospettive*, *Dirittifondamentali.it-Fascicolo 1/2020*, 31 marzo 2020, www.astridonline.it

GIURISPRUDENZA

Cassazione, sent. n. 57905/2019

Cons. Stato, Comm. speciale, sent. n. 1920/2016

Cons. Stato, Comm. speciale, sent. n. 2777/2016

Cons. Stato, Sez. VI, sent., n. 1271/2006

Cons. Stato, Sez. IV, sent. n. 566/1993

Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 2790/2023

Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5969/2023

Corte Cost. Sent. n. 24/2004

Cons. Stato, parere n. 00855/2016

Cons, Stato, Comm. Spec. Parere n. 1767/2016

Cons. Stato, Atti normativi, parere n. 2189/2019

Cons. Stato, Comm. speciale, parere n. 966/2018

T.A.R. Lazio Roma, Sez. stralcio, sent. n. 1984/2023