

## INTRODUZIONE

L'idea radicata nella società di un passato fin troppo recente era fondata sul comando che costituisce, nella maggior parte dei casi un divieto, il cui mancato rispetto provoca una punizione.

Ed è proprio da qui che bisogna partire per comprendere l'importanza del passaggio da un sistema fondato esclusivamente sulla repressione della corruzione – mediante un frequente ricorso all'organo giudicante – ad uno in cui la prevenzione costituisce la colonna portante.

Questo elaborato si pone, quindi, l'obiettivo di analizzare il fenomeno corruttivo all'interno della pubblica amministrazione ed in particolar modo nel settore degli appalti pubblici – pur nella piena consapevolezza della complessità che lo caratterizza –, per poi individuare i fattori di rischio che provocano la c.d. *maladministration* e la conseguente “cura” preventiva alla stessa.

In questo contesto, l'idea di un sistema che previene la corruzione non può prescindere da istituti quali i Piani di Prevenzione, il *wishleblowing*, la semplificazione procedimentale e da figure rappresentate dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, dal Responsabile della prevenzione della corruzione e dal Responsabile unico del procedimento.

Ma, come sottolineato da fonti autorevoli (S. Cassese) e secondo una convinzione radicata di chi scrive, una novità che costituisce il punto nevralgico del sistema preventivo nella lotta alla corruzione è l'introduzione nell'ordinamento italiano del principio di trasparenza amministrativa, utile per uscire da quel meccanismo che può essere definito come un edificio senza finestre, in cui ciò che accade al suo interno lì rimane, ponendo in essere un comportamento omertoso tipicamente mafioso.

In conclusione, è doveroso precisare, però, che il processo che mira al cambiamento non è di semplice attuazione; ma per guarire dalla corruzione è necessario, come afferma Papa Francesco, non temere la speranza, poiché questa non delude.



# CAPITOLO I

## LA DISCIPLINA ANTICORRUZIONE IN MATERIA DI CONTRATTI PUBBLICI

Sommario: 1. La disciplina anticorruzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il d.lgs. n. 50/2016 - 2. La legge n.190/2012 e gli elementi comuni con il d.lgs. 50/2016 - 3. La disciplina europea e internazionale in materia di corruzione e anticorruzione.

### *1. La disciplina anticorruzione nel nuovo Codice dei contratti pubblici: il d.lgs. n. 50/2016*

Il nuovo Codice dei contratti pubblici si inserisce in un contesto storico in cui il fenomeno della corruzione dilaga ampiamente<sup>1</sup>.

In tale contesto è importante tenere in considerazione il progetto del legislatore e gli obiettivi che si è posto. Infatti, lo stesso Codice nasce con l'obiettivo di semplificare la normativa in materia di contratti pubblici e anticorruzione<sup>2</sup>.

Il d.lgs. n. 50 del 2016, approvato dopo un lungo periodo di gestazione, recepisce le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE. Con le medesime l'Unione Europea ha consegnato agli Stati membri i principi su cui fondare la disciplina in materia di contratti pubblici.

Tra questi è importante evidenziare — in virtù del tema qui affrontato — il principio di trasparenza, contenuto nell'art. 29 del nuovo Codice. Di quest'ultimo si parlerà più avanti, per il momento è sufficiente tenerlo in considerazione come uno dei principi fondanti della materia anticorruzione all'interno del contesto della Pubblica Amministrazione<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Come si legge nelle Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, in <http://ec.europa.eu/anticorruption-report/>, Scheda tematica per il semestre europeo «Lotta alla corruzione».

<sup>2</sup> Tra i tanti lavori di semplificazione che sottolineano tale aspetto v. G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008.

<sup>3</sup> Cfr. art. 97 Cost. e art. 1 L. 241/1990. Quest'ultimo recepisce i principi comunitari.

Il legislatore, dopo il 2012, si è posto l'obiettivo di armonizzare le norme in materia di trasparenza, pubblicità, durata e tracciabilità delle procedure di gara e delle fasi ad esse strumentali, con l'ulteriore fine di prevenire il (triste) fenomeno della corruzione e migliorare il settore — considerato economicamente vantaggioso anche per il PIL<sup>4</sup> — degli appalti pubblici e dei contratti di concessione<sup>5</sup>.

Da un'analisi approfondita del d.lgs. 50/2016 — che si compone di 220 articoli e 25 allegati — viene in evidenza come il legislatore abbia voluto prestare molta attenzione al problema della corruzione, a discapito dell'obiettivo di snellimento delle procedure. A tal riguardo si evince una critica diffusa relativa al mancato raggiungimento dell'obiettivo, così da indurre il Governo a prevedere il c.d. D.L. “semplificazione”<sup>6</sup>. Ma non solo, la dottrina ha più volte criticato il concentrarsi del legislatore sul tema della corruzione e lo ha fatto nuovamente con l'adozione del d.lgs 50/2016. Ciò che la dottrina critica è proprio la visuale del legislatore, infatti, la stessa afferma che «considerare la disciplina dei contratti pubblici dall'angolo visuale della lotta alla corruzione rischia di far perdere di vista gli altri obiettivi della disciplina e in particolare quello dell'efficienza»<sup>7</sup>.

Il Legislatore, nel Codice, concentra la sua attenzione, relativamente al contrasto del fenomeno corruttivo, nella figura dell'autorità di vigilanza e prevenzione della corruzione, ossia l'Autorità Nazionale Anticorruzione (il cui acronimo è ANAC).

Alcune funzioni dell'ANAC sono disciplinate negli artt. 212 e ss., d.lgs. 50/2016, dove si evince principalmente la centralità della medesima all'interno del sistema di *governance* e il suo ruolo di autorità di vigilanza e anticorruzione<sup>8</sup>.

Una novità rispetto al Codice dei contratti pubblici del 2006 è costituita da una funzione particolare riconosciuta all'Autorità Nazionale Anticorruzione, ossia quella di garanzia con riferimento al mercato dei contratti pubblici. Oggi, infatti, il

---

<sup>4</sup> Sul “costo” della corruzione per la collettività, in generale, v. L. HINNA - M. MARCANTONI, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.

<sup>5</sup> Come si legge dall'art. 1 lett. q, d.lgs “di attuazione” n. 11/2016.

<sup>6</sup> Bozza con relazione illustrativa, 1 luglio 2020.

<sup>7</sup> Così, M. CLARICH, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 751.

<sup>8</sup> Cfr. P. MANTINI, *La governance dei contratti pubblici*, in *Il nuovo diritto dei contratti pubblici. Commento organico al D. Lgs. 18 aprile 2016, n. 50*, diretto da F. CARINGELLA, P. MANTINI, M. GIUSTINIANI, Roma, 2016, pag. 547.

controllo e la regolazione dei contratti pubblici sono compiti spettanti alla stessa Autorità, il cui obiettivo consiste nel contrastare e prevenire l'illegalità e la corruzione (art. 213, comma 1, d.lgs. 50/2016)<sup>9</sup>.

Il Codice dei contratti, inoltre, prevede il c.d. Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (art. 213, comma 9). L'Osservatorio non è una novità del d.lgs. 50/2016, in quanto lo stesso è stato istituito già nel dicembre del 1993.

L'Autorità definisce i modi di funzionamento dell'Osservatorio, il quale è collegato con le banche dati e con altri sistemi informatici presso le amministrazioni pubbliche ed ha la funzione di gestire la medesima Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici, con lo scopo di creare una piattaforma unica per l'acquisizione di tutte le informazioni relative alle procedure di gara e alle fasi ad essa annesse, in virtù del più generale principio di trasparenza della Pubblica Amministrazione.

La disciplina di contrasto al fenomeno della corruzione, tuttavia, non si limita a quanto sopra descritto, bensì si evince da ulteriori norme all'interno dello stesso Codice, di cui se ne parlerà più avanti.

Infine, tra le novità introdotte nel testo normativo in esame vengono in rilievo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa<sup>10</sup> e la procedura sotto soglia inserita nell'art 36. Quest'ultima introduce tre procedure semplificate. Più nel dettaglio, si prevede l'affidamento diretto per importi fino a 40.000 euro, l'affidamento con procedura negoziata per importi pari o superiori a 40.000 € e inferiore a 150.000 euro e il ricorso alle procedure ordinarie per importi pari o superiori a 1.000.000 euro.

È necessario evidenziare che il legislatore, nel definire la disciplina anticorruzione contenuta nel Decreto legislativo 50/2016, volge lo sguardo alla L. 190/2012, la quale aveva già previsto delle disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione.

---

<sup>9</sup> Per ulteriori informazioni relative alla Legge istitutiva dell'ANAC e alle sue funzioni si rimanda al cap. 4.

<sup>10</sup> Criterio preferito nella scelta del contraente.

## 2. *La legge n.190/2012 e gli elementi comuni con il d.lgs. 50/2016.*

La legge 190/2012 è incentrata a modificare le modalità di contrasto alla corruzione, attraverso il passaggio da un sistema repressivo ad un sistema preventivo. Quest'ultimo, a discrezione di chi scrive, comporta un maggiore intervento della P.A. stessa, spostando l'asse mediano d'intervento, che tendeva verso il potere giurisdizionale, con le conseguenze che l'ambito penalistico comporta (prescrizione di reati e lentezza patologica dei processi)<sup>11</sup>.

Un altro principio sul quale si fonda la legge in esame — che costituisce, inoltre, una novità — riguarda il compito assunto dallo Stato che mira ad uniformare la disciplina anticorruzione in ambito nazionale.

Il legislatore nazionale assume un ruolo centrale rispetto a quello regionale. La legge 190/2012 concilia, così, gli impegni assunti in ambito internazionale — di cui si parlerà a breve — e quanto disciplinato dall'art. 117 Cost., sulle competenze Stato-Regioni.

Una conferma riguardo al ruolo del legislatore nazionale è data dall'affidamento, nella legge in esame, del contrasto del fenomeno corruttivo ad un'autorità nazionale istituita appositamente e, inoltre, alla previsione di uno strumento altrettanto "nazionale" costituito dal Piano Nazionale Anticorruzione (P.N.A.).

Orbene, una tale azione ha l'obiettivo di dare maggiore rilievo alla c.d. *good administration*. Per il medesimo motivo si è scelto di dare attuazione ad un sistema preventivo del fenomeno, prevedendo come coordinatrice la stessa P.A.

Infine, è opportuno riportare l'intervento della Corte dei conti in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2013, che ha definito il fenomeno corruttivo come "*politico-amministrativo sistemico*", aggiungendo inoltre che, "*la risposta [...] non può essere di soli puntali, limitati interventi — circoscritti, per più punti, su singole norme del codice penale — ma deve essere articolata ed anch'essa sistemica. Da qui l'importanza della legge 190/2012 che assume la portata di una riforma delle pubbliche amministrazioni ai fini della prevenzione e della lotta alla corruzione*"<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti correttivi nella Pubblica Amministrazione*, n. 5/2015, in [federalismi.it](http://federalismi.it)

<sup>12</sup> In dottrina, G. DE VERGOTTINI, *Una road map contro la corruzione*, in *Percorsi cost.*, 1-2/2012, p. 2 ss.

È facilmente comprensibile come il legislatore del d.lgs. 50/2016 abbia preso ispirazione da quanto descritto. Il medesimo, infatti, ha posto al centro del suo progetto normativo il sistema preventivo, così come la previsione di un potere di intervento disciplinare e di vigilanza in capo alla già citata Autorità Nazionale Anticorruzione.

Il sistema preventivo della L. 190/2012 al fine di prevenire il fenomeno della corruzione — come già accennato — affida un ruolo di primaria importanza alla pianificazione del rischio. Tale pianificazione agisce a livello centrale con il P.N.A., mentre a livello periferico è stato previsto da parte di ciascuna P.A. il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione (P.T.P.C.).

Volgendo lo sguardo ai contenuti della programmazione, sia a livello centrale che periferico, questi si fondano sul monitoraggio e misurazione delle aree a maggiore rischio di potenzialità corruttiva.

Inoltre, la medesima legge ha previsto che ciascuna amministrazione pubblica nomini un Responsabile della prevenzione della corruzione, al quale sono attribuite molteplici funzioni, ossia l'elaborazione della proposta di P.T.P.C., l'organizzazione e la vigilanza sulle attività svolte dai dipendenti nelle aree a rischio, la verifica dello scambio di ruoli ed incarichi negli uffici, il rispetto delle norme relative alla inconvertibilità e incompatibilità degli incarichi stessi e l'individuazione di iniziative riservate ai dipendenti al fine di migliorare le loro conoscenze in materia di etica e legalità.

Il funzionario R.P.C. assume anche il ruolo di Responsabilità della Trasparenza<sup>13</sup>.

Per le articolate funzioni e responsabilità affidate al R.P.C. questo risponde sia sul piano dirigenziale che disciplinare per danno erariale e all'immagine della P.A.<sup>14</sup>

Da un'attenta analisi del d.lgs. 50/2016 e della Legge in esame, risulta inequivocabile comprendere l'obiettivo del legislatore, ossia affidare il ruolo di vigilanza, nonché funzioni consultive e ispettive all'A.N.A.C.

---

<sup>13</sup> In dottrina F. PIZZETTI, *Trasparenza e riservatezza nella pubblica amministrazione*, in F. PIZZETTI - A. RUGHETTI (a cura di), *La riforma del lavoro pubblico*, Roma, 2010.

<sup>14</sup> F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti correttivi nella Pubblica Amministrazione*, p. 22, in [federalismi.it](http://federalismi.it).

Entrambi i legislatori hanno abbracciato il progetto di predisporre un'Autorità che abbia lo scopo di garantire un controllo generalizzato sulle operazioni dell'amministrazione pubblica, così da prevenire la corruzione, soprattutto in aree a rischio<sup>15</sup>.

### *3. La disciplina europea e internazionale in materia di corruzione e anticorruzione.*

Il fenomeno corruttivo costituisce un “cancro” pervasivo nel contesto internazionale, in quanto è contraddistinto da una marcata transnazionalità.

Per tale motivo, il legislatore, europeo e internazionale, ha dedicato una disciplina articolata al fine di prevenire e contrastare la corruzione all'interno della Pubblica Amministrazione, ma non solo<sup>16</sup>.

È noto come l'Unione Europea, così come la comunità internazionale, mirino a tutelare il sistema politico-economico al loro interno, così da favorire i mercati internazionali, attraverso gli scambi fra Stati nel pieno rispetto della concorrenza internazionale.

La corruzione si inserisce principalmente in questo contesto, alterando gli equilibri e, talvolta, in casi estremi, la democrazia stessa.

I dati che *Transparency International* fornisce risultano incontrovertibili. La corruzione, da sola, costa all'economia dell'Unione Europea circa 120 miliardi di euro all'anno<sup>17</sup>.

In questo contesto, la lotta alla corruzione riveste un ruolo fondamentale per distruggere le barriere dell'illegalità e delle disuguaglianze che la stessa provoca all'interno dei mercati.

---

<sup>15</sup> Per area non si intende esclusivamente un territorio geografico, bensì anche settori dove la P.A. opera per fini di interesse pubblico, quale può essere quello delle opere pubbliche.

<sup>16</sup> La Convenzione di Merida prevede un richiamo alla disciplina dei rapporti fra privati.

<sup>17</sup>Cfr. *Scheda tematica per il semestre europeo. Lotta contro la corruzione* in [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file\\_import/european-semester\\_thematic-factsheet\\_fight-against-corruption\\_it.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_fight-against-corruption_it.pdf).

Il fenomeno corruttivo comporta, inoltre, un arresto degli investimenti pubblici; ciò si evince dal fatto che la corruzione si inserisce, principalmente, in due macro aree come la sanità e gli appalti pubblici.

Prendendo in considerazione il contesto dei contratti pubblici, questi rappresentano una parte significativa — sotto l'aspetto economico — delle economie nazionali ed internazionali. Questo dato si evince da una considerazione della Commissione Europea, infatti, secondo la medesima «il valore totale delle gare d'appalto al di sopra delle soglie [...] si aggira intorno al 14% del PIL dell'UE nel 2016»<sup>18</sup>.

I settori maggiormente privilegiati dalle organizzazioni criminali al fine del fenomeno corruttivo sono, infatti, quelli delle costruzioni, dell'energia, dei trasporti, della difesa e della sanità.

L'ordinamento internazionale ha intrapreso iniziative idonee ad elaborare principi e regole generali in tema di contrasto alla corruzione che hanno assunto la struttura del c.d. *soft law*<sup>19</sup>.

All'interno del contesto internazionale, per contrastare il fenomeno in esame, sono state utilizzate delle raccomandazioni non vincolanti emanate principalmente dall'OCSE, come la Raccomandazione per contrastare ulteriormente la corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle transazioni economiche internazionali del 26 novembre 2009, ovvero i *Principles for Integrity in Public Procurement* del 2009, in cui si raccomanda di prevenire i rischi di corruzione all'interno delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici.

Ma le *soft law* non sono l'unico strumento adottato per la lotta alla corruzione, a tal fine sono stati adottati strumenti pattizi riconducibili all'*international hard law*.

È necessario ricordare la Convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), già citata. La medesima allarga gli orizzonti del reato di corruzione, prevedendo la punibilità di quei soggetti (persone fisiche o giuridiche) che mirano a corrompere funzionari stranieri per ottenere indebiti vantaggi nel commercio internazionale.

---

<sup>18</sup> Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici.

<sup>19</sup> L'elenco delle iniziative intraprese può essere così sintetizzato: codici di condotta, linee guida, strumenti di *corporate social responsibility* (CSR).

Il controllo del rispetto del testo pattizio da parte degli Stati aderenti è affidato ad un gruppo di lavoro appositamente creato, ossia *il Working Group on Bribery in International Business Transactions (WGB)*<sup>20</sup>.

Inoltre, la Convenzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione — Convenzione ONU di Merida — entrata in vigore a livello internazionale il 14 dicembre 2005, dispone l'obbligo, per ciascuno Stato contraente, di accogliere il principio di trasparenza dell'agire pubblico, così come la predisposizione di una semplificazione delle procedure nel settore degli appalti pubblici<sup>21</sup>.

La Convenzione di Merida prevede lo specifico presidio del settore dei contratti pubblici; in particolare, l'art. 9 dispone l'obbligo per gli Stati aderenti di dotarsi di una disciplina degli appalti pubblici basata sui principi di trasparenza, legittima concorrenza, efficacia ed efficienza.

Tale atto pattizio, inoltre, per contrastare la corruzione assume una duplice previsione, ossia risulta necessario — come disposto nel Titolo II — adottare misure di prevenzione per il settore pubblico e privato e la previsione di un organo anticorruzione indipendente.

Quest'ultima previsione viene identificata negli artt. 36 e 46 della medesima Convenzione<sup>22</sup>.

Tali organi devono essere dotati della necessaria indipendenza e competenza. Per quanto concerne l'indipendenza, questa — come definito in dottrina — deve essere «intesa come neutralità, ovvero terzietà, rispetto ai centri di interesse che sono coinvolti nell'attività affidata alla cura di questi enti»<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Il gruppo è composto da soggetti rappresentanti gli Stati membri e allo stesso è affidato il compito di monitoraggio dei lavori.

<sup>21</sup> Per una più ampia argomentazione in tema di trasparenza, N. PARISI, *La prevenzione della corruzione nel modello internazionale ed europeo*, in [federalismi.it](http://federalismi.it).

<sup>22</sup> L'art. 36 richiede agli Stati contraenti di assicurare l'esistenza di autorità nazionali di *law enforcement*; l'art. 46 stabilisce l'obbligo degli stessi Stati di individuare un'autorità centrale competente per la cooperazione giudiziaria penale.

<sup>23</sup> Cfr. N. PARISI, *il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in L. FOFFANI - D. LIMONE - V. MONGILLO - G. PIPERATA (a cura di), *Manuale dell'anticorruzione*, Bologna.

In ossequio a tale obbligo, l'Italia assume un ruolo cardine con l'ANAC. Quest'ultima viene definita dal GRECO<sup>24</sup> come un'istituzione che *«is playing a most valuable role with ius proactive and determined leadership»*<sup>25</sup>.

La lotta alla corruzione in ambito europeo riconosce come momento di particolare importanza l'apertura alla firma della Convenzione penale sulla corruzione, a Strasburgo, il 27 gennaio 1999.

Anche questo — come la Convenzione di Merida — costituisce un testo pattizio.

Seppure si concentra maggiormente su aspetti penali, all'art. 20<sup>26</sup> prevede l'istituzione del Gruppo di Stati Contro la Corruzione (GRECO) per «migliorare la capacità dei suoi membri di contrastare la corruzione monitorando, attraverso un processo dinamico di valutazione reciproca e di pressioni tra pari, la conformità agli impegni assunti in questo campo».

Il gruppo in esame ha il compito di gestire un sistema di valutazione periodica delle strategie adottate dagli Stati membri, il quale, in conclusione, stipula una serie di raccomandazioni e relazioni che hanno la funzione di fornire indicazioni agli Stati aderenti.

Il contrasto alla corruzione, all'interno del contesto europeo, è inserito nel Trattato di Maastricht, in quello di Lisbona e nella Convenzione sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali delle Comunità europee e degli Stati membri dell'Unione Europea.

La Convenzione viene stipulata a Bruxelles il 26 maggio 1997, ed è entrata in vigore nel 2005. La medesima è stata approvata sulla base dell'art. K3, par. 2, lett. c), TUE.

In un momento temporalmente successivo, l'UE ha adottato una serie di Direttive comunitarie che hanno portato alla nascita del Nuovo Codice dei Contratti pubblici italiano<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Acronimo di Groupe d'États contre la corruption.

<sup>25</sup> GRECO, Evolution Report - Italy (nell'ambito del Fourth Evaluation Round, 19 gennaio 2017), in [www.coe.int/en/web/greco](http://www.coe.int/en/web/greco).

<sup>26</sup> Secondo l'art. 20 della Convenzione, «Ciascuno Stato Parte assicura l'esistenza, conformemente ai principi fondamentali del proprio sistema giuridico, di uno o più organi o persone specializzate nella lotta alla corruzione mediante attività di individuazione e repressione. Tale o tali organismi si vedono attribuire l'indipendenza necessaria [...]».

<sup>27</sup> D. Lgs. 50/2016.