

INTRODUZIONE

La disamina che segue in questa trattazione intende sviluppare un'attenta riflessione su un fenomeno sociale dilagante: la corruzione in relazione alle attività svolte dalla pubblica amministrazione nella gestione degli appalti pubblici.

Partendo dall'analisi dei principi generali contenuti nel codice degli appalti, e di quelli fondamentali richiamati dalla Costituzione, si può notare come - anche a livello sovranazionale - si tenda a regolare la materia degli appalti attraverso gli strumenti di normazione.

La trattazione procede ad elencare le fasi relative all'aggiudicazione all'interno delle procedure ad evidenza pubblica con un'attenzione particolare al tema dei criteri di valutazione delle offerte in cui si concentra interamente la fase di selezione.

Viene dapprima focalizzato il criterio del prezzo più basso, seguito dal criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, approfondendo due aspetti essenziali al tema oggetto della tesi: a) la composizione della materia degli appalti; b) i criteri di valutazione e la relativa ponderazione. In merito a quest'ultimo punto si osserva la presenza di una serie di criteri generali elencati a titolo esemplificativo all'art. 83 comma 1 del Codice cui si affiancano, anche se la loro portata è controversa, criteri di natura ambientale e sociale. In questo contesto si propone la soppressione del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso e una riforma del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa che dovrebbe fondarsi sul principio della promozione della responsabilità sociale d'impresa come contrappeso dei vantaggi competitivi delle imprese mafiose.

Sulla base delle risultanze di siffatta analisi si è poi tentato di ricercare soluzioni di contrasto all'incidenza della corruzione e delle infiltrazioni mafiose nel settore degli appalti pubblici.

Nel corso del Capitolo II vengono, dapprima, individuate le fonti giuridiche della materia per poi, in seconda battuta, delineare i confini tra fattispecie normative affini attraverso uno studio delle principali incertezze che potrebbero caratterizzare l'azione penale.

Si pongono in evidenza le carenze e le ingerenze che minano l'interpretazione dei comportamenti posti in essere con preziosi riferimenti alla giurisprudenza talvolta risolutiva e talvolta disorientata.

Ed è in tale contesto che assume rilevanza fondamentale un approfondimento più articolato della corruzione pubblica che, diversamente da quella privata, si distingue per il rapporto tra una differente consapevolezza dell'organo decisionale pubblico dall'amministratore privato.

Giungendo al Capitolo III si affronta uno studio relativo all'Autorità Nazionale Anticorruzione in qualità di organo di prevenzione dei fenomeni corruttivi con doveri di vigilanza e di natura sanzionatoria.

Viene infine focalizzato lo studio dei mezzi di contrasto all'infiltrazione mafiosa che, alla luce dei dati emersi nei capitoli che precedono, risalta l'esigenza di alcune proposte di riforma nella prospettiva di contrasto alla corruzione e all'infiltrazione mafiosa nel ciclo del contratto pubblico.

In questo lavoro non desidero solo portare in evidenza i numerosi sforzi normativi volti al contrasto delle illegali rappresentazioni che spesso affliggono la materia degli appalti: è partendo dalla considerazione dei principi generali che fondano la materia e delle rappresentazioni comuni dei vari negoziati pubblici che intendo individuare i peculiari punti in cui spesso l'attività illecita si annida e miete le sue vittime.

CAPITOLO I

1.1 Principi generali del Codice degli appalti

Il codice dei contratti pubblici è uno strumento di semplificazione e di omogeneizzazione verso una disciplina frammentaria e settoriale, infatti, al di là dell'oggetto negoziale, il codice ed i suoi principi fondamentali sono applicabili a tutte le tipologie di contratti siano essi lavori pubblici, servizi pubblici o forniture.

Prima di inoltrarmi nello studio dei principi generali desidero citare la definizione di appalto secondo il codice civile all'articolo 1655. “L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di una opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”.¹

Tutte le forme di negoziato pubbliche sono tutelate da principi comuni atti a garantire la qualità della prestazione amministrativa pubblica così come dettato dall'articolo 97 della costituzione.²

Ma accanto alla trama delle regole enunciate dal legislatore si affianca anche l'analisi della giurisprudenza amministrativa che si accosta ai principi generali.

L'utilizzo di clausole generali in una materia come quella dei contratti pubblici sarebbe connaturato al suo carattere “multilivello”, dovuto all'assenza di uniformità normativa ed alla presenza di una molteplicità di

¹ Articolo 1655 Codice Civile.

² Art. 97 comma 1 della Costituzione Italiana. " I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione."

soggetti in grado di incidere, sia pure in modo diversificato, sullo svolgimento delle procedure di gara.³

La materia degli appalti rivela un'eccedenza di principi che nel Codice, e non solo, trovano espressa codificazione.

L'articolo 4 del DLgs 50/2016 che ha modificato il DLgs. 163/2006 prevede che dalla fase di affidamento a quella di esecuzione degli appalti pubblici si tenga ben saldo il rispetto di una serie di principi applicabili indistintamente a tutte le tipologie di appalti, alcuni maggiormente nella fase di affidamento altri a quella di esecuzione dell'appalto. A questi principi indicati dal Codice si aggiungono altri mutuati da fonti diverse come la giurisprudenza europea. Questi principi svolgono una funzione stabilizzatrice poiché rimanendo immutati, anche di fronte ad un'eccessiva normazione, raggiungono un carattere normativo tout court.

A questo proposito, nella prospettiva della teoria generale, i principi e le regole sono configurati come due diversi generi di norme, le prime a contenuto indeterminato, le seconde a contenuto specifico. I principi infatti come le norme sono oggetto di codificazione e vengono raccolti nel diritto positivo. I principi rimangono distinti dalle norme sia dal punto di vista strutturale, in quanto non pongono regole direttamente specifiche, ma qualificano soltanto giuridicamente e non concretamente gli atti e i comportamenti per valutarli sul piano ordinamentale.

Non si può escludere il caso di conflitti tra principi in contrasto, in questo caso è utile operare un bilanciamento, con la conseguenza che la prevalenza di un principio rispetto ad un altro, incompatibile con il primo, andrà Giustizia UE, (ex multis Sentenza 22/10/2015 nella causa C-425/14) la Corte ha disposto che *“Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole*

³ CASSESE S., *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, 2010, p. 361.

contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara”. Si specifica che è ammissibile prevedere nei bandi di gara l’esclusione automatica da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico di un candidato o di un offerente per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un’accezione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità, nello specifico con finalità di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. Volendo approfondire le origini del principio di non discriminazione dovremmo considerare il comune principio di uguaglianza sia in senso sostanziale che formale così come si legge all'articolo 2 della costituzione⁴, e proprio sulla base di questo dettato che viene fatto discendere l'obbligo per le stazioni appaltanti di predisporre sistemi di aggiudicazione caratterizzati da obiettività, mettendo a punto una selezione dei contraenti ed una aggiudicazione non discriminatoria.⁵ Il non rispetto di questo principio confliggerebbe anche con il principio della concorrenza, posto alla base rispetto alle idee che uniscono l'Unione Europea, ovvero libertà di circolazione di persone, merci, capitali e servizi posti alla base dell'attività tras-nazionale. Da questo ne deriva l'obbligo di pubblicità e trasparenza dello stato membro nell'indizione di procedure di gara, estese ad una sfera di operatori economici comunitari⁶. Il principio di trasparenza è

⁴ Art. 2 Costituzione: *"Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese."*

⁵ A livello di normazione secondaria, fanno riferimento in via generale al principio di non discriminazione in base alla nazionalità il 2° considerando della direttiva 2004/18/CE e l'art. 2 del codice dei contratti, unitamente a molteplici disposizioni applicative.

⁶ Consiglio di Stato, Sez. VI, I aprile 2000, n. 1885.

richiamato anche dall' Organizzazione mondiale del commercio (WTO) e dal Fondo monetario internazionale (FMI). In particolare, l'Agreement on Government Procurement (GPA) adottato durante l'Uruguay Round della WTO contiene uno specifico riferimento alla trasparenza nelle procedure di gara, in quanto in funzione di essa i bandi di gara devono avere chiarezza degli schemi contrattuali.⁷

Ciò implica che le informazioni tecniche pertinenti per la buona comprensione del bando di gara o del capitolato d'onori siano messe, appena possibile, a disposizione di tutte le imprese che partecipano alla procedure di aggiudicazione dell'appalto pubblico, in modo da consentire, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e di interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di verificare effettivamente se le offerte presentate dagli offerenti rispondono ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.⁸

Sicuramente i principi sin qui espressi si applicano per tutto l'iter partendo dalla fase di preselezione iniziale sino a quella di aggiudicazione finale, passando per l'analisi dei requisiti soggettivi e così via. In merito ai requisiti oggettivi invece grava l'obbligo del mutuo riconoscimento di certificati, diplomi, attestati e qualifiche richiesti al momento dell'adesione delle imprese che intendono partecipare, considerando quindi equipollenti i titoli rilasciati da uno stato membro piuttosto che un altro.⁹

Il **principio di parità di trattamento** al pari del principio di non discriminazione discende dal diritto comunitario, andando a disciplinare casi

⁷ DI CRISTINA F., *La corruzione negli appalti pubblici*, contenuto in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, fasc. 1, p.185.

⁸ Trib. I grado CE, 12 Marzo 2008, T-345/03.

⁹ A tale scopo si legga la Direttiva 2004/18/CE, Capo VII, sezione II, agli artt. 46, par. 2, 47, par. 4 e 5, 49, 50 e dalle relative disposizioni di recepimento contenute nel codice.

in cui in situazione analoghe non vi siano trattamenti diversi, a mio avviso questo principio è affine agli ordinamenti di common law, ma nella sua accezione generica è fatto discendere anch'esso dal principio di uguaglianza. La prima sfera di operatività implica la fissazione ed il mantenimento di requisiti di aggiudicazione uguali per tutti gli operatori economici, sia per quanto concerne le condizioni di presentazione delle offerte che sotto il versante dei requisiti di valutazione da parte dell'amministrazione.¹⁰ Sotto il secondo profilo, il rilievo formale della parità di trattamento va collegato all'osservanza dei principi di pubblicità e di trasparenza, che assumono, ad avviso delle fonti comunitarie, valenza strumentale rispetto ad esso, mettendo i partecipanti in condizioni di poter valutare in anticipo le proprie chances partecipative in relazione ad un determinato affidamento. In concreto la parità di trattamento si traduce nel dovere delle amministrazioni di garantire la massima concorrenzialità tra i partecipanti, ed in relazione alla fase di selezione dei contraenti e di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in via preliminare, di distinguere due criteri di aggiudicazione:

-criterio soggettivo;

-criterio oggettivo.

I criteri soggettivi fanno riferimento alla idoneità degli operatori partecipanti e alla loro capacità economica, finanziaria e tecnica (titoli in possesso del medesimo comportanti iscrizione in albi professionali) utili a valutare l'idoneità soggettiva e l'affidabilità economica e finanziaria; nel secondo

¹⁰ PARISI E., *Appalti pubblici (principio di parità di trattamento - principio di non discriminazione - principio di trasparenza - tassatività delle cause di esclusione - mancata accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità)*, *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2015, fasc. 6, pp. 1778-1781, 2015.