federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

2 SETTEMBRE 2015

Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane

di Giuseppe Piperata
Professore associato di Diritto amministrativo
Università IUAV di Venezia

Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*

di Giuseppe Piperata
Professore associato di Diritto amministrativo
Università IUAV di Venezia

Sommario: **1.** La corruzione amministrativa ed il sistema-Italia. **2.** La contrattazione pubblica: un settore ad alto rischio corruzione. **3.** Diritto amministrativo e lotta alla corruzione nei contratti pubblici: lo scenario di riferimento introdotto dalle riforme più recenti. **4.** Alcune misure specifiche per la prevenzione ed il contrasto della corruzione nei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione e le misure straordinarie di intervento. **5.** Conclusioni.

1. La corruzione amministrativa ed il sistema - Italia

La corruzione amministrativa, al pari di qualsiasi altro fenomeno sociale, appartiene alla storia dell'uomo, e al diritto è sempre spettato il compito di provare a reprimerla e, in seconda battuta, prevenirla.

In Italia, la corruzione amministrativa è un fenomeno che presenta una certa rilevanza [1]. I luoghi comuni sulla "familiarità" del popolo italiano e delle sue amministrazioni pubbliche con le dinamiche corruttive abbondano, e molte volte sono frutto di esagerate e ingiustificate enfatizzazioni di presunte caratteristiche o abitudini. Alcune volte, però, dati più o meno ufficiali e oggettivi registrano, in maniera preoccupante, il diffondersi di pratiche illecite nello svolgimento

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente lavoro, ora aggiornato alle novità legislative e regolative nel frattempo intervenute e rielaborato con l'aggiunta di riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, è stato presentato inizialmente come relazione al I Congreso Internacional de la RIDE *La nueva contratación pública*, Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, 13-14 novembre 2014. E' dedicato alla memoria del prof. Luis Ortega, che proprio in quel convegno aveva tenuto la relazione di chiusura. Si ringrazia la dott.ssa Barbara Neri per aver letto lo scritto e avermi dato utili consigli.

1 Cfr. F. MANGANARO, *La corruption en Italie*, in *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), 2014, n. 2, p. 3 ss., e N. FIORINO - E. GALLI, *La corruzione in Italia*, Bologna, 2013.

dei compiti pubblici. Si prenda, ad esempio, il *Corruption Perceptions Index* per il 2014, pubblicato recentemente [2]. Come ogni anno, oramai dal 1995, un'organizzazione non governativa, la *Transparency International*, registra il livello di corruzione percepita in tutti i paesi del mondo. Rispetto agli anni scorsi, l'Italia non solo è peggiorata, ma presenta un punteggio ben al di sotto della media europea e della sufficienza, collocandosi, infatti, al 69° posto con Senegal, Romania e Bulgaria. Sono dati che, come a tutti noto, hanno un notevole impatto a livello mediatico, sull'opinione pubblica, a proposito della credibilità delle istituzioni e delle economie dei singoli paesi di riferimento.

Che l'Italia non goda di ottima reputazione sotto il profilo del rispetto dei principi di etica pubblica non è una novità. Certo, non è solo un male italiano.

Sia ben chiaro. Non si vuole in questa sede sostenere in maniera assertiva che la pubblica amministrazione in Italia sia stata sempre inefficiente e profondamente corrotta; che esista un "lato oscuro" del settore pubblico che ha sempre contrastato e azzerato gli unici criteri che dovrebbero guidarne l'azione, ossia l'imparzialità ed il buon andamento. Anzi. A ben vedere, non solo non sono mancati nei percorsi evolutivi delle istituzioni momenti in cui gli impiegati pubblici hanno dato prove di alte virtù, ma, come ricordato, tra gli impiegati pubblici «gli onesti sono una larga maggioranza» [3].

Rimane, però, un dato di fatto: gli episodi di corruzione amministrativa sono molto diffusi; l'opinione più scontata, anche all'estero, sull'amministrazione italiana è che non sia ispirata da forti virtù; la corruzione appare, a volte, non come anomalia ma come costante del sistema.

Sulle cause di tale situazione si è molto discusso e si continua a discutere [4]. Non è soltanto l'effetto di una mancanza di «*noblesse d'Etat*», come la chiama Sabino Cassese [5], ossia di un corpo professionale di pubblici amministratori selezionati per merito, qualificati e adeguatamente formati, indipendenti e non assoggettati al potere politico, non intrisi di «familismo amorale», tutte condizioni ben lontane da quelle che caratterizzano la pubblica amministrazione italiana. Molto è dovuto anche ad alcuni caratteri che sono stati dati alla pubblica amministrazione e anche alla qualità e sovrabbondanza delle leggi che ne regolano il funzionamento, le quali hanno

2 http://www.transparency.org/.
3 Così B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, Bologna, 2007, p. 7.
4 Da ultimo, sulle cause della corruzione amministrativa si v. in part. A. VANNUCCI, *L'evoluzione della corruzione in Italia: evidenza empirica, fattori facilitanti, politiche di contrasto*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010, p. 37 ss.
5 S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, p. 95.

prodotto un effetto di – sono sempre parole di Cassese - «giuridicità debole» [6], fatta di norme spesso derogabili, disposizioni negoziabili tra amministrati e amministratori, regole applicabili con ampia discrezionalità.

2. La contrattazione pubblica: un settore ad alto rischio corruzione

E' opinione molto diffusa quella secondo la quale sarebbero quattro i settori di amministrazione pubblica in cui il rischio di avere eventi corruttivi è particolarmente elevato. Si tratta del sistema sanitario, dell'amministrazione finanziaria, del governo del territorio (urbanistica, edilizia e ambiente) e del settore degli appalti pubblici.

Quest'ultimo è l'ambito di azione dei pubblici poteri in cui è frequente l'emersione di casi di corruzione [7]. Le rassegne di giurisprudenza penale lo dimostrano. Inoltre, questa è la considerazione di quasi tutti gli italiani, dato che in una recente Relazione UE sulla lotta alla corruzione si afferma che il 97% degli italiani pensa che tutto il sistema di contrattazione pubblica sia corrotto [8]. E ancora, più volte è stato segnalato l'imponente impatto economico del fenomeno, che, secondo alcuni dati, in Italia ammonterebbe a oltre 60 miliardi di euro, pari al 3,8% del PIL, e determinerebbe un aumento del costo delle opere pubbliche del 40% [9].

Quali sono le cause di tale situazione? Ovviamente, sono molteplici i fattori che potrebbero essere indicati come elementi condizionanti e presenti nelle pratiche registrabili all'interno delle strutture amministrative [10]. Pensare di richiamarli in questa sede è impossibile. Si deve, però, sottolineare la gravità del fenomeno, dato che alla corruzione in senso "soggettivo" (ossia, legato a comportamenti illeciti individuali) si accompagna una situazione di corruzione "oggettiva" (ossia, legata al disfacimento del quadro ordinamentale e della struttura istituzionale), i cui effetti

6 S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, cit., p. 82 ss.

7 V. F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, p. 177 ss.; G.M. RACCA - R. CAVALLO PERIN, *Corruption as a Violation of Fundamental Rights: Reputation Risk as a Deterrent Against the Lack of Loyalty*, in *Ius Publicum* (www.ius-publicum.com), 2014, n. 1; G.M. RACCA - C. YUKINS (eds), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Brussels, 2014; M.A. SANDULLI - A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI - L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, cit. , p. 437 ss.

8 Commissione UE, Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014, (COM) 38.

9 Sul "costo" della corruzione per la collettività, in generale, v. L. HINNA - M. MARCANTONI, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.

10 G. MELIS, *La burocrazia*, Bologna, 1998, p. 93 ss., ricorda il *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, Comitato nominato dal Presidente della Camera dei Deputati nel 1996, il quale indicava le principali cause dei fenomeni corruttivi nell'ambito dell'amministrazione pubblica italiana.

vanno ben al di là dei comportamenti e delle singole vicende [11]. Due di questi fattori oggettivi meritano di essere ricordati.

Il primo riguarda il quadro particolarmente complesso che spesso caratterizza il sistema, l'organizzazione ed il funzionamento della pubblica amministrazione. Da anni il legislatore italiano sta portando avanti una politica di forte promozione della semplificazione del sistema amministrativo [12]. Lo scopo non è solo quello di migliorare il rapporto tra cittadini e strutture pubbliche, ma anche quello di tentare di eliminare, più che possibile, opacità e complessità nei processi decisionali pubblici, condizioni che sono alla base di quelle dinamiche di intermediazione tra amministrati e potere, i cui contorni spesso rilevano per il diritto penale. In altri termini, più il linguaggio burocratico è oscuro, più l'azione amministrativa è articolata, più i tempi di intervento dei pubblici poteri sono lunghi e più il cittadino è spinto ad avvalersi di "facilitatori", soggetti cioè in grado di permettergli di conseguire dalla pubblica amministrazione l'utilità sperata attraverso iter rapidi, alternativi e non certo rispettosi dei principi e delle regole.

Il secondo fattore è rappresentato dalla tendenza del legislatore di prevedere ipotesi derogatorie rispetto alle discipline ordinarie in materia di contrattazione pubblica, spesso al fine di recuperare maggiore efficienza e rapidità nella realizzazione di opere pubbliche di particolare rilevanza strategica per il paese o tecnologicamente complesse ovvero anche per ragioni emergenziali [13]. L'esperienza italiana dimostra, però, che in molti casi l'allontanamento dal canonico percorso di aggiudicazione di un appalto pubblico genera comportamenti che corrompono l'esercizio della funzione pubblica. Recenti scandali italiani, come quelli che hanno interessato l'appalto per la costruzione e gestione del Mose di Venezia o per la realizzazione dell'Expo di Milano, hanno riguardato opere pubbliche la cui realizzazione era stata affidata a regimi giuridici derogatori rispetto a quanto previsto in generale dalla disciplina di derivazione comunitaria in materia di contratti pubblici. Derogare al regime generale, quindi, può permettere, a volte, di spostare la contrattazione delle pubbliche amministrazioni con gli operatori privati in un contesto di negoziazione con molte zone grigie e con la possibilità di seguire scorciatoie, il cui utilizzo – formalmente giustificato per il perseguimento dell'obiettivo in termini di maggiore celerità – in

11 Cfr. M. D'ALBERTI - R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994.

12 Tra i tanti lavori sulla semplificazione che sottolineano tale aspetto v. G. SCIULLO (a cura di), *La semplificazione nelle leggi e nell'amministrazione: una nuova stagione*, Bologna, 2008. Le politiche di semplificazione sono centrali anche nell'agenda politica di altri paesi, come dimostra lo studio di C.R. SUNSTEIN, *Semplice. L'arte del governo nel terzo millennio*, Milano, 2013.

13 Cfr., in part., F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, cit., p. 216 ss.

realtà cela la necessità di avvantaggiare alcuni dei soggetti interessati, in una prospettiva di reciproco e illecito scambio di utilità.

Gli effetti di questa situazione sono ovvi e, in parte, sono stati richiamati, a partire dalle ricadute sulla reputazione di un Paese e di un'amministrazione, fino alla lievitazione dei costi delle opere. Ma c'è un effetto della corruzione, indipendentemente dal settore in cui si manifesta, ancora più grave. Si tratta delle conseguenze negative sulla credibilità delle istituzioni. Infatti, come abbiamo detto, la corruzione amministrativa si trasforma in corruzione istituzionale e, quindi, determina una perdita di qualità del sistema delle istituzioni, con tutto quello che ne consegue dentro e fuori i confini dello Stato.

3. Diritto amministrativo e lotta alla corruzione nei contratti pubblici: lo scenario di riferimento introdotto dalle riforme più recenti

In Italia il fenomeno corruttivo rappresenta la matrice di comportamenti che possono configurare differenti reati, tutti oggetto di disciplina giuridica da parte del Codice penale (artt. 318 ss.). La corruzione, la concussione e altre dinamiche analoghe sono state sempre considerate fattispecie delittuose e, quindi, sempre è stato attribuito al diritto penale il compito di svolgere un ruolo attivo e preponderante nell'attività di contrasto. Tuttavia, è convinzione di molti che relazionarsi al fenomeno in termini esclusivamente repressivi implica un approccio insufficiente al problema e, di sicuro, tale approccio non è in grado, da solo, di impedirne il manifestarsi o di risolvere le tante conseguenze negative da questo prodotte [14]. Pertanto, da alcuni anni, il legislatore italiano ha potenziato anche i meccanismi di prevenzione, retti dal diritto amministrativo e funzionali ad un'azione idonea a contrastare "a monte" il possibile insorgere di quelle manifestazioni destinate a corrompere l'esercizio della funzione pubblica.

Ciò è avvenuto in particolare con riferimento al settore dei contratti pubblici. Per il diritto amministrativo, infatti, è stato sempre importante intervenire nella disciplina delle attività di prevenzione dei fenomeni corruttivi, non fosse altro per contribuire, sotto questo profilo, alla realizzazione del principio di imparzialità che la Costituzione indica come cardine portante della pubblica amministrazione (art. 97 Cost.). Si pensi, tanto per fare qualche esempio, alla disciplina della formazione e funzionamento delle commissioni di gara, chiamate a selezionare l'aggiudicatario, disciplina da sempre attenta all'individuazione dei criteri più idonei (sorteggio,

14 Sottolinea tale aspetto F. PATRONI GRIFFI, *Battere la corruzione: una sfida impossibile?*, in *Astrid Rassegna*, 2015, n. 9, p. 4 ss.

professionalità dei membri, ecc.) a prevenire forme di connivenza tra commissari e imprese partecipanti, ad assicurare l'imparzialità della struttura e ad evitare possibili conflitti di interesse.

Più recentemente, il sistema italiano di lotta alla corruzione nel settore dei contratti pubblici è stato interessato da processi di radicale trasformazione, i quali hanno riscritto e innovato sul versante penalistico e amministrativistico i tradizionali meccanismi di prevenzione, contrasto e repressione. Tale trasformazione è stata realizzata, in parte, per effetto di riforme di portata generale che hanno affrontato, in termini ampi e generali, il problema dell'illegalità nella pubblica amministrazione, in parte, invece, attraverso misure specifiche introdotte dal legislatore con riferimento al settore dei contratti pubblici.

Le riforme di portata generale, in questa sede, non possono che essere semplicemente richiamate per cenni. La più importante di queste è rappresentata dalla l. 6 novembre 2012, n. 190, la quale nel dare attuazione ad alcuni impegni assunti dall'Italia in sede internazionale (Convenzione ONU contro la corruzione del 31 ottobre 2003 e Convenzione penale sulla corruzione di Strasburgo del 1999), ha costruito un sistema integrato di politiche anticorruzione, articolato su tre linee di intervento: rafforzamento dell'impianto repressivo, miglioramento delle misure di prevenzione, promozione di una cultura della legalità e dell'etica pubblica nelle amministrazioni centrali e locali [15].

La l. n. 190/2012 costruisce un vero e proprio sistema organizzato con lo scopo di assicurare un'azione coordinata per favorire il controllo, la prevenzione ed il contrasto della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione. A tal fine, la legge configura un'apposita organizzazione, appronta specifici strumenti e regola anche processi e azioni che dovranno essere intrapresi nell'ambito delle differenti strutture in cui si articola il potere pubblico, anche a costo di risultare invadente rispetto agli ambiti di autonomia organizzativa spettanti alle amministrazioni [16]. Alcuni contenuti della l. n. 190/2012 sono di portata innovativa per il nostro ordinamento e le nostre pubbliche amministrazioni, a cominciare proprio dalla definizione dei soggetti chiamati a governare le politiche anticorruzione: a livello centrale, la l. n. 190/2012, istituisce l'Autorità nazionale anticorruzione, che – come vedremo – assorbe anche le funzioni della soppressa

15 Cfr. quanto affermato in tal senso da R. GAROFOLI, *Il contrasto alla corruzione. La. L. 6 novembre 2012, n. 190, il decreto trasparenza e le politiche necessarie*, in *www.giustizi-amministrativa.org*. Ma sulla l. n. 190/2012 v. anche i commenti contenuti nel numero monografico *La nuova disciplina anticorruzione*, *Ist. fed.*, 2013, n. 2, B. G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 123 ss., B.G. MATTARELLA - M. PELLISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione*, Torino, 2013, e R. ROLLI – G. ARABIA, *Come le termiti: corruzione e rimedi*, in *Giustamm.it*, 2015.

16 Sottolinea, in particolare, tale aspetto, F. MARTINES, *La legge 190/2012 sulla prevenzione e repressione dei comportamenti corruttivi nella Pubblica Amministrazione*, in questa *Rivista*, n. 5 del 2015, spec. p. 9 ss.

Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, mentre a livello decentrato di singolo ente si immagina l'individuazione obbligatoria di un responsabile della prevenzione della corruzione, al quale spettano importanti compiti di proposta rispetto alle politiche di lotta alla corruzione e di promozione della cultura della legalità nell'ambito dell'amministrazione di appartenenza.

Altrettanto importanti e innovativi sono gli strumenti e le dinamiche alle quali la riforma affida concretamente l'azione soprattutto preventiva e di lotta alla corruzione nelle amministrazioni pubbliche. Si tratta, in primo luogo, dell'attività di pianificazione dell'azione di contrasto, realizzata già a livello centrale mediante il *Piano nazionale anticorruzione*, approvato dall'Autorità, e poi esercitata anche nelle singole amministrazioni attraverso il *Piano triennale anticorruzione*, al quale spetta, in primo luogo, il compito di individuare i campi di azione dell'ente in cui i rischi di corruzione sono più elevati e, di conseguenza, immaginare un sistema di prevenzione e di intervento diretto a limitare tali rischi.

Tra i settori più esposti al pericolo di pratiche corruttive, come si è detto c'è il settore degli appalti pubblici. Ne discende, quindi, che l'attività negoziale delle pubbliche amministrazioni è destinata a diventare un campo privilegiato di osservazione da parte dei soggetti chiamati dalla l. n. 190/2012 a costruire un sistema di prevenzione della corruzione e anche a rappresentare con una certa frequenza l'ambito di applicazione di quegli strumenti di prevenzione e contrasto.

La legge del 2012 conteneva anche alcune deleghe al governo per definire per via legislativa o regolamentare il quadro di riferimento per le specifiche politiche di lotta alla corruzione. In particolare, le politiche hanno riguardato, in primo luogo, l'introduzione di numerosi obblighi di pubblicità per le pubbliche amministrazioni e di rimodulazione del principio di trasparenza dell'azione pubblica, declinato, oggi, in termini innovativi (ossia, di trasparenza intesa come obbligo generalizzato di conoscibilità dell'azione dei pubblici poteri, anche in chiave di maggiore controllo da parte dei cittadini sul loro operato) e supportato dal nuovo istituto dell'accesso civico (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 33) [17]. Obblighi di pubblicità successivamente rafforzati attraverso l'attribuzione legislativa all'ANAC del compito di promuoverne l'applicazione mediante specifici poteri di intervento, a conferma dello stretto legame esistente tra cultura della trasparenza e lotta alla corruzione [18]. In secondo luogo, il legislatore delegato ha anche disciplinato il sistema di

17 Cfr. il numero monografico *La nuova declinazione del principio di trasparenza*, *Ist. fed.*, 2013, n. 3/4, il lavoro collettaneo A. NATALINI - G. VESPERINI (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, e M. SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, p. 795 ss.

18 Su questi aspetti si sofferma ampiamente I. NICOTRA, *La dimensione della trasparenza tra diritto alla accessibilità totale e protezione dei dati personali: alla ricerca di un equilibrio costituzionale*, in questa *Rivista*, 2015, n. 11.

incandidabilità e dei divieti a ricoprire cariche pubbliche per effetto di condanne definitive (d.lgs. 31 dicembre 2012, n. 235, c.d. legge Severino), e il sistema di inconferibilità e incompatibilità ai fini dell'assunzione di incarichi presso amministrazioni pubbliche o enti da questi controllati (d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39). Infine, è stato anche emanato un codice di comportamento per i pubblici dipendenti, con il quale sono stati fissati i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che questi sono tenuti a rispettare nell'esercizio dei loro compiti (d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62).

Il quadro non può ritenersi completo e definitivo, non solo perché molti apporti integrativi arriveranno – come vedremo – dall'intervento regolativo spettante all'Autorità, ma soprattutto poiché la recente l. 7 agosto 2015, n. 124, nel conferire al Governo numerose deleghe in tema di riorganizzazione della pubblica amministrazione, ha previsto anche una messa a punto della disciplina legislativa in materia di anticorruzione. Infatti, l'art. 7 della legge citata riapre la delega con riferimento al d.lgs. n. 33/2013 in materia di pubblicità e trasparenza, indicando principi e criteri direttivi integrativi rispetto a quelli in precedenza fissati dalla l. n. 190/2012, e autorizza anche la modifica della disciplina riguardante il Piano nazionale anticorruzione e i piani di prevenzione della corruzione, in modo da rendere, tra le altre cose, più efficaci i controlli, meglio identificabili i principali rischi e i relativi rimedi, maggiormente definiti i ruoli dei vari organi e soggetti che intervengo nei relativi processi.

Sistema di prevenzione e contrasto alla corruzione; obblighi di pubblicità e trasparenza nell'operato delle amministrazioni pubbliche; sistema di incandidabilità e incoferibilità degli incarichi pubblici: sono gli oggetti più significativi di varie riforme di portata generale, che interessano tutte le amministrazioni pubbliche (e anche gli enti di natura privata dalle stesse partecipati e controllati) e i loro molteplici campi di azione. Ovviamente, interessano anche il settore dei contratti pubblici, per il quale, però, sono state introdotte anche apposite misure con l'intenzione di contrastare quei fenomeni corruttivi che in tale settore trovano un ambito ideale di manifestazione.

Alcune di queste misure sono già presenti nella l. n. 190/2012 o anche nelle altre riforme di carattere generale ricordate, le quali, nel disciplinare uno strumento, un istituto o un'azione, prendono in considerazione specifiche peculiarità o esigenze del settore negoziale delle pubbliche amministrazioni. Si pensi alla definizione di quelli che sono i compiti spettanti al *Piano triennale anticorruzione*, da elaborare in ogni amministrazione, tra i quali rientra proprio quello di "monitorare i rapporti tra l'amministrazione e i soggetti che con la stessa stipulano contratti o che sono interessati a procedimenti di autorizzazione, concessione o erogazione di vantaggi

economici di qualunque genere, anche verificando eventuali relazioni di parentela o affinità sussistenti tra i titolari, gli amministratori, i soci e i dipendenti degli stessi soggetti e i dirigenti e i dipendenti dell'amministrazione" (art. 1, c. 9, lett. *e)*, l. n. 190/2012). Oppure, si pensi agli importanti obblighi di pubblicità con riferimento ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture che le amministrazioni debbono rispettare (art. 1, c. 32, l. n. 190/2012; art. 37, d.lgs. n. 33/2013).

In altri casi, invece, il legislatore si occupa specificatamente del settore dei contratti pubblici, introducendo innovativi meccanismi pensati proprio per ridurre i rischi di corruzione in tale settore. Anche in questo caso gli esempi potrebbero essere numerosi, ma appare opportuno richiamare almeno due interessanti novità contenute nella l. n. 190/2012. Innanzitutto, bisogna ricordare la c.d. *white list*, l'elenco, cioè, al quale volontariamente possono aderire i fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, al fine di dimostrare di non essere soggetti a tentativi di infiltrazione mafiosa; elenco che è presente in ogni prefettura e ha il compito di rendere più efficaci i controlli antimafia nei confronti degli operatori economici attivi in quei settori maggiormente esposti a rischi di infiltrazione da parte di gruppi criminali (art. 1, cc. 52 ss.; e d.P.C.M. 14 agosto 2013).

Interessante, inoltre, è anche il riconoscimento legislativo dei protocolli di legalità, ossia quei patti stipulati dagli operatori economici e dagli attori istituzionali pubblici e privati per contrastare fenomeni corruttivi e criminali nel settore degli appalti pubblici (Min. Interno, dir. 23 giugno 2010), che ora possono essere richiamati dalle stazioni appaltanti nei documenti di gara, con la conseguenza che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli determina una causa di esclusione dell'operatore dalla gara (art. 1, c. 17, l. n. 190/2012) [19].

Al di là dell'impatto delle singole misure introdotte, si ha l'impressione che la legislazione anticorruzione pensata per il settore dei contratti pubblici lasci intravedere tre tratti caratteristici: in primo luogo, si assiste in generale ad un potenziamento dell'attività e delle misure di prevenzione della corruzione in tale settore, come abbiamo avuto modo di vedere ricordando alcuni di questi interventi; in secondo luogo, un altro elemento distintivo è rappresentato dal potenziamento dell'attività di vigilanza e garanzia svolta in tale settore soprattutto da strutture amministrative, come dimostra la vicenda della trasformazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici in Autorità nazionale anticorruzione; infine, si registra anche l'aumento degli

19 Sui protocolli di legalità cfr. G. FERRARI, *Il c.d. protocollo di legalità nell'affidamento degli appalti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, 2011, p. 86 ss., e S. FOÀ, *Le novità della legge anticorruzione*, *Urb. app.*, 2013, p. 301 ss. Secondo la giurisprudenza, la violazione dei protocolli di legalità sottoscritti dall'impresa rileva, ai fini dell'esclusione dell'impresa stessa dalla gara, solo fino all'aggiudicazione definitiva della stessa: cfr. Cons. St., sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143.

strumenti amministrativi straordinari di lotta alla corruzione, come ad esempio quelli previsti dall'art. 32, d.l. 24 giugno 2014, n. 90, conv. in l. 11 agosto 2014, n. 114. Sugli ultimi due esempi richiamati è opportuno soffermarsi brevemente.

4. Alcune misure specifiche per la prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione e le misure straordinarie di intervento

Per provare a risolvere il fenomeno dilagante della corruzione negli appalti pubblici, subito dopo l'emergere di quella stagione che la storia giudiziaria italiana ha definito Tangentopoli, il legislatore con la l. 11 febbraio 1994, n. 109 (cd. legge Merloni), oltre ad altre misure, aveva istituito l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici. La previsione legislativa, in pratica, definiva una nuova funzione di vigilanza, circoscrivendola al solo settore dei contratti di lavori pubblici, e ne affidava l'esercizio ad un'amministrazione pubblica *ad hoc* e con alcuni caratteri di autorità amministrativa indipendente. Successivamente anche l'Unione europea ha condiviso la scelta legislativa italiana. Con le direttive n. 18/2004 e n. 17/2004, infatti, il legislatore europeo ha riconosciuto l'importanza della funzione di vigilanza nel settore degli appalti pubblici e dell'autorità chiamata a garantirne l'esercizio, a tal punto da imporre agli Stati membri di predisporre sistemi di controllo sui contratti della pubblica amministrazione, potendone affidare il funzionamento a agenzie indipendenti.

Forte dell'apertura comunitaria, il d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ha rivisto completamente la figura dell'autorità di vigilanza, cambiandone persino la denominazione rispetto a quella precedente: non più Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ma Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (art. 6, comma 1). La ragione di tale mutazione definitoria è evidente, ed è riconducibile al fatto che il Codice estende le funzioni dell'Autorità anche ai settori dei servizi e delle forniture, che in passato erano, invece, sottratti ad un possibile intervento di vigilanza o regolazione.

Con il Codice del 2006 cambiano non solo il nome e l'estensione dell'ambito di intervento, ma anche il ruolo dell'Autorità. Si tratta di un aspetto importante, in quanto si inizia a riconoscere in capo all'Autorità una più ampia funzione di garanzia rispetto al settore dei contratti pubblici, a metà strada tra regolazione e prevenzione e contrasto dei vari fenomeni che ne possono pregiudicare il funzionamento.

Ora, sappiamo che, con riferimento al settore in questione, l'ordinamento giuridico appronta diversi rimedi soprattutto per far fronte a disfunzioni patologiche, frutto del mancato rispetto del

paradigma legislativo ed in grado di generare situazioni di illecito penale, illegittimità amministrative o anche di danno erariale. Sono rimedi che intervengono successivamente al verificarsi del fatto o dell'evento e quasi sempre prevedono un coinvolgimento del potere giudiziario per ripristinare l'ordine violato. Il mercato dei contratti pubblici, tuttavia, è un settore di intervento dei pubblici poteri rispetto al quale la prospettiva di correzione appena richiamata svolge un ruolo importante, ma non esaustivo. Il settore, infatti, è un ambito di intervento particolarmente complesso, con attori pubblici chiamati a operare secondo un quadro giuridico di riferimento stratificato, molto dettagliato e spesso in movimento, che assorbe denaro pubblico in ingenti quantità, che coinvolge anche interessi privati di operatori economici e aspettative dei cittadini, a volte, equiparabili a veri e propri utenti. In altri termini, la fase *ex post*, repressiva o ripristinatoria appare insufficiente ad assicurare tutte le finalità e gli interessi che si intrecciano nello svolgimento dell'azione contrattuale pubblica. Tale dinamica di azione pubblica ha bisogno anche di momenti preliminari di indirizzo e di controllo o di interventi correttivi da affidare alla stessa amministrazione o, in ogni caso, a soggetti indipendenti, ma diversi dai giudici, cui consegnare la salvaguardia di quei principi e interessi che abbiamo detto essere molto rilevanti in tale settore. Si tratta di momenti che potrebbero essere ricondotti ad una amplissima funzione di garanzia [20]: garanzia offerta a tutti i soggetti che a diverso titolo compongono il quadro della negoziazione pubblica (le stesse amministrazioni, gli operatori economici, i cittadini e gli utenti), avente ad oggetto la pluralità di beni che nelle dinamiche contrattuali vanno tutelati (il denaro pubblico, la concorrenza, l'imparzialità e la correttezza degli amministratori, ecc.) e realizzabile attraverso altre funzioni e molteplici strumenti (di regolazione, di controllo, di vigilanza, ecc.).

Questa funzione di garanzia si è affermata nel sistema italiano della contrattazione pubblica ed è stata riconosciuta e disciplinata dal legislatore, che ne ha affidato l'esercizio ad un'autorità amministrativa indipendente. Gli obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire in questo modo sono molteplici e, tra questi è sicuramente rilevante quello di favorire la prevenzione di alcuni fenomeni corruttivi o di possibili infiltrazioni da parte della criminalità organizzata, idonei a contaminare negativamente le operazioni di contrattazione e di arrecare un *vulnus* ai principi richiamati[21].

20 Per un approfondimento del ruolo dell'ANAC e della funzione di garanzia svolta nel settore dei contratti pubblici, sia consentito rinviare a G. PIPERATA, *L'attività di garanzia nel settore dei contratti pubblici tra regolazione, vigilanza e politiche di prevenzione*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *Diritto dei contratti pubblici*, Torino, 2014, p. 33 ss.

21 I due fenomeni sono fortemente intrecciati e, come segnalato dalla dottrina, la «ingerenza delle associazioni di stampo mafioso nel settore degli appalti pubblici, ma soprattutto il repentino quanto

E proprio questo rapporto stretto tra funzione di garanzia e vigilanza e funzione di prevenzione di fenomeni corruttivi nel settore dei contratti pubblici sta alla base della scelta compiuta dal legislatore italiano di intervenire nuovamente sulla questione, concentrando su di un medesimo soggetto amministrativo entrambe le funzioni. Infatti, il d.l. 24 giugno 2014, n. 90, all'art. 19, ha soppresso l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), finora incaricata dello svolgimento delle principali funzioni di regolazione e vigilanza sul settore di riferimento, e ne ha trasferito compiti e funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), alla quale invece l'art. 13, d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, riservava compiti diretti a favorire la valutazione, la trasparenza e l'integrità nelle amministrazioni pubbliche [22].

Per effetto di tale novità legislativa, oggi, l'ANAC è chiamata ad esercitare un ruolo molto ampio rispetto all'attività contrattuale della pubblica amministrazione, che può essere scomposto in numerose funzioni così come disciplinate dalla legge. Tra le funzioni in questione rientrano, per prima cosa, le funzioni di prevenzione e contrasto della corruzione nell'ambito dell'attività negoziale dell'amministrazione, che trovano la propria fonte di riferimento nella l. n. 190/2012, ma anche in altri testi legislativi – come venderemo subito dopo a proposito dei poteri straordinari di intervento sui contratti già stipulati -. A queste si aggiungono tutte le funzioni che connotano il ruolo di garanzia nel settore dei contratti pubblici – ruolo che il Codice del 2006 assegnava alla soppressa AVCP e che ora, invece, è stato trasferito all'ANAC -: una generale e ampia funzione di vigilanza, tipica funzione amministrativa che si collega al carattere indipendente dell'organismo titolare; altre funzioni di verifica, controllo e accertamento, al fine di riscontrare eventuali irregolarità nel processo negoziale; e ancora una specifica funzione di vigilanza sul sistema di qualificazione delle imprese (art. 6, d.lgs. n. 163/2006). Sempre il Codice del 2006 attribuisce all'Autorità anche poteri di proposta e di segnalazione al Parlamento e al Governo e poteri sanzionatori nei confronti delle amministrazioni e delle imprese.

Inoltre, anche se il legislatore non si esprime esplicitamente al riguardo, è opinione condivisa oramai quella secondo la quale sia possibile riconoscere all'Autorità anche un potere di

---

dilagante e diffuso manifestarsi dei fenomeni di collusione fra imprenditori e potere politico in ordine all'affidamento di lavori pubblici, quale sistema di illecito finanziamento occulto dei partiti politici o di loro esponenti a livello nazionale o locale» spesso stanno alla base di processi di riforma legislativa proprio finalizzati a porvi rimedio: così F. MASTRAGOSTINO, *L'appalto di opere pubbliche*, Bologna, 1993, p. 9.

22 Segnalano M. CORRADINO - B. NERI, *L'ANAC nella riforma della disciplina dei contratti pubblici: il recepimento delle direttive appalti*, in R. CANTONE - F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, p. 179, che la scelta operata dal d.l. n. 90/2014, va inquadrata "nel più ampio contesto di una strategia organica, attuata già a partire dal 2011, e tesa a considerare unitamente la lotta alla corruzione e alla criminalità organizzata e la vigilanza sull'affidamento degli appalti pubblici".

regolazione, da esercitare attraverso atti con i quali l'Autorità affronta questioni di interesse generale o fornisce soluzioni interpretative a questioni di massima [23]. La stessa Autorità, del resto, ha rivendicato la titolarità di un generale potere di regolazione, che ha esercitato per l'adozione di linee guida, ad esempio a proposito della definizione delle condizioni di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d. *whistleblower*) o per l'applicazione della normativa anticorruzione alle società e agli enti di diritto privato controllati o partecipati dalle amministrazioni pubbliche [24]. Diversa è, invece, la funzione precontenziosa che l'art. 6, comma 7, lett. *n)*, d.lgs. n. 163/2006, attribuisce all'Autorità, in quanto è un potere esercitabile per risolvere una controversia riguardante questioni sorte durante la procedura di gara e sottoposte all'ANAC.

All'Autorità nazionale anticorruzione non solo sono stati trasferiti i compiti in precedenza svolti dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, ma interventi legislativi più recenti le hanno riconosciuto nuovi poteri di intervento proprio con specifico riferimento al settore negoziale pubblico. L'esempio più interessante è rappresentato dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, il quale ha introdotto un sistema di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione, il cui funzionamento ruota su due soggetti: il Presidente dell'ANAC ed il prefetto territorialmente competente. Secondo la disposizione ricordata, infatti, il Presidente dell'Autorità può proporre al prefetto competente *ratione loci* l'adozione di misure straordinarie nei confronti di un'impresa esecutrice di un appalto pubblico, nel caso in cui, da elementi concreti e qualificati, sia possibile desumere la presenza di attività illecite nell'ambito dell'appalto stesso. Le misure in questione sono particolarmente incisive, dato che possono consistere:

a) in un ordine di rinnovo degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto in attività illecite;

b) nella nomina di amministratori che provvederanno direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa appaltatrice, limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto o della concessione [25].

---

23 L'ANAC ha recentemente emanato il regolamento 8 aprile 2015, contenente *Disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, www.anticorruzione.it.

24 Il riferimento è a due recenti determinazione dell'ANAC, rispettivamente, la n. 6 del 28 aprile 2015, *Linee guida in materia di tutela del dipendente pubblico che segnala illeciti (c.d.* whistleblower*)*, in G.U., 14 maggio 2015, n. 110, e la n. 8 del 17 giugno 2015, *Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*, entrambi in www.anticorruzione.it.

25 In realtà, l'articolo in questione prevede anche una terza misura, che può essere disposta dal prefetto, nei casi in cui le indagini riguardino componenti di organi societari diversi dagli organi sociali. Si tratta

L'applicazione delle misure in questione presuppone l'esistenza di un'indagine in corso per quei delitti previsti dagli artt. 317 ss. del codice penale o di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite, attribuibili ad un operatore economico esecutore di un appalto pubblico. Infatti, scopo della disposizione è quello di consentire la prosecuzione del rapporto contrattuale, salvaguardando i tempi di esecuzione dell'appalto, ma allo stesso tempo eliminando quei condizionamenti illeciti riconducibili all'operato degli amministratori dell'impresa aggiudicataria.

La dottrina ha evidenziato le numerose difficoltà applicative che la disposizione incontra, ma soprattutto ha già segnalato la delicatezza del potere riconosciuto al Presidente ANAC e al prefetto dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, sottolineando l'impatto pregiudizievole che il suo esercizio ha nei confronti delle imprese che lo subiscono. Si tratta, in pratica, di «misure estreme», con una portata afflittiva, disposte, però, da autorità amministrative e senza le garanzie offerte dalla "materia penale": con la conseguenza che si potrebbero persino sollevare dubbi di compatibilità di tale impianto afflittivo rispetto ai canoni nazionali e internazionali in tema di diritto di difesa e di libertà di impresa [26].

Non sono mancate, per altro verso, letture interpretative che hanno ritenuto le misure in questione - e soprattutto quella del commissariamento dell'impresa a fini anticorruzione – del tutto compatibili e legittime. Infatti, secondo tale orientamento, anche il commissariamento dovrebbe essere interpretato come una misura *ad contractum*, ossia riguardante il singolo rapporto contrattuale in esecuzione, rispetto al quale sono stati registrati alcuni condizionamenti illeciti, e non la gestione globale dell'impresa, che, invece, resterebbe affidata agli organi sociali [27].

Sono già numerosi i casi di applicazione delle misure straordinarie previste dall'art. 32, d.l. n. 90/2014, e hanno riguardato importanti appalti pubblici, come nel caso del Mose di Venezia o dell'Expo di Milano. Si deve, tuttavia, segnalare che l'ANAC ha dato un'interpretazione garantista alla disposizione in questione, cercando cioè di circoscriverne l'applicazione ad ipotesi caratterizzate da una presenza oggettiva di condotte illecite. Infatti, come specificato in alcuni provvedimenti adottati, la prassi maturata in sede di Autorità nazionale anticorruzione è quella per la quale il Presidente si attiva per «avanzare al prefetto competente la richiesta del provvedimento cautelare solo allorché la notizia di illecito abbia raggiunto una consistenza

---

della misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa, attuata da uno o più esperti, nominati dal prefetto (comma 8).

26 In questo senso L. GIAMPAOLINO, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in *Giustamm.it*, 2014. Ma cfr. anche le osservazioni svolte da R. MAGNANI, *Corruzione negli appalti, revoca dei contratti, commissariamento: brevi note anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90*, *ivi*.

27 In questi termini, R. CANTONE - B. COCCAGNA, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in R. CANTONE - F. MERLONI (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, *op. cit.*, p. 106 ss.

oggettiva, ossia un suo "spessore probatorio", sulla base del quale egli ritenga sussistenti "fatti gravi ed accertati"» [28].

E' utile ricordare che una precisazione dei poteri spettanti all'ANAC in virtù della disposizione richiamata potrà derivare anche dall'approvazione del disegno di legge delega per l'attuazione delle nuove direttive comunitarie in materia di appalti e concessioni, attualmente in discussione in Parlamento [29]. Tale disegno di legge, infatti, immagina l'introduzione di misure legislative che consentano al presidente dell'ANAC di far precedere la richiesta dell'applicazione delle misure straordinarie di cui all'art. 32, dall'invito alla stazione appaltante di verificare se sussistono le condizioni per procedere in autotutela per la gara (art. 1, c. 1, lett. *rr)*, AS 1678). Inoltre, sempre il medesimo testo è fortemente orientato a potenziare il ruolo dell'ANAC come autorità anticorruzione nel settore dei contratti pubblici, non solo enfatizzando i poteri che già l'autorità possiede (come ad esempio, quello di regolazione o di promozione dell'efficienza delle procedure), ma anche attribuendole nuovi compiti, alcuni del tutto innovativi (come ad esempio, quello di regolazione e vigilanza di un nuovo sistema amministrativo di penalità e premialità per la denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di appalti pubblici).

5. Conclusioni

Le numerose riforme introdotte nell'ordinamento italiano tra il 2010 e il 2015 stanno a dimostrare la volontà del nostro legislatore di ampliare gli strumenti di lotta alla corruzione nei pubblici appalti, provando anche a dar vita ad un sistema anticorruzione incentrato su linee organizzative e di azione finalizzate alla prevenzione rispetto a possibili comportamenti illeciti e all'eliminazione dei rischi di condotte poco trasparenti o penalmente rilevanti.

La scelta di privilegiare l'approccio preventivo è sicuramente apprezzabile. Se l'evento delittuoso si è verificato, vi è poco da fare, in quanto l'unica reazione è quella prevista dal diritto penale ed è di tipo repressivo. Ma sul piano della prevenzione è affidato, *in primis*, al legislatore il compito di perfezionare alcuni strumenti o di definire alcune condizioni idonee ad evitare l'insorgere di

28 Cfr. ANAC, provv. 1 aprile 2015, prot. nr. 39130, in www.anticorruzione.it.
Ma soprattutto, si v. anche il Protocollo d'intesa sottroscritto il 28 gennaio 2015, da ANAC e Ministero dell'Interno contenente le *Seconde Linee guida per l'applicazione di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia.*

29 Si tratta del d.d.l. AS 1678, contenete la delega al Governo per il recepimento delle due direttive comunitarie, ossia la dir. 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, e la dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

pratiche contrarie all'etica pubblica o veri e propri reati. Si pensi, ad esempio, all'importanza dei controlli, della trasparenza, delle regole di condotta e dei doveri di comportamento, della soluzione dei conflitti di interesse o delle ipotesi di incompatibilità.

Il ruolo del legislatore, in questo particolare momento, appare ancora più importante al fine di costruire un efficace sistema di contrasto alla corruzione nel settore dei contratti pubblici, stante la necessità di recepire in Italia le nuove due direttive comunitarie, le quali, come già segnalato, hanno riscritto il diritto degli appalti e delle concessioni. Le citate direttive non mancano di ricordare, in alcuni passaggi, che la lotta alla corruzione è un obiettivo da perseguire per rendere più efficienti i mercati pubblici e di indicare, a tal fine, possibili strumenti da valorizzare, quali la tracciabilità e la trasparenza dei percorsi decisionali delle procedure di appalto. Ma, soprattutto, le nuove direttive introducono innovative dinamiche di negoziazione tra pubbliche amministrazioni e imprese fin dal momento della predisposizione del bando e potenziano istituti già noti, come il dialogo competitivo, che riducono la distanza tra le parti e consentono anche di rivedere le offerte presentate. Nel nuovo contesto giuridico europeo, elasticità e flessibilità nella negoziazione, in alcuni casi e in chiave di maggiore efficienza e qualità degli appalti pubblici, sembrano essere privilegiati rispetto a meccanismi rigidi ed asettici di selezione dei concorrenti [30]. Come giustamente già evidenziato, la possibilità di dar vita ad una vera e propria «sartoria dell'appalto» si presta ad un duplice, antitetico utilizzo: potrà virtuosamente essere sfruttata come occasione di innovazione e per recuperare efficienza nel sistema oppure, al contrario, rappresentare un canale legale per coprire e far passare furbescamente pratiche corruttive [31]. Per evitare ciò, molto dipenderà dagli accorgimenti e dai rimedi che il legislatore italiano saprà prendere in sede di recepimento della disciplina comunitaria, oltre che da un'attenta vigilanza che l'ANAC dovrà svolgere sulle singole procedure.

Ma la lotta alla corruzione non è solo "una questione legislativa". Come abbiamo visto, il legislatore ha fatto la sua parte impostando un quadro ordinamentale di riferimento, immaginando attori, regole e strumenti. Ora spetta alle amministrazioni "prendere sul serio" le novità introdotte e cominciare ad applicarle. Nel farlo bisogna evitare di cadere in due possibili

30 Sottolinea molto bene tale aspetto E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, in *Giustamm.it*, 2015, in quale ricorda quanto disposto nel considerando n. 42 della direttiva 2014/24/UE, ove si afferma che "è indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione".

31 Il riferimento è alle osservazioni svolte da M. CORRADINO, *La disciplina degli appalti e le strategie di prevenzione della corruzione*, in C. FRANCHINI - F. SCIAUDONE (a cura di), *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni. Elementi critici e opportunità*, Napoli, 2015, p. 217 ss. Ma il rischio è segnalato anche da E. FOLLIERI, *I principi generali delle Direttive comunitarie 2014/24/UE e 2014/25/UE*, cit.

errori di metodo e prospettiva, tra loro antitetici. Da un lato, infatti, sarebbe sbagliato enfatizzare (quasi ideologicamente) le funzioni di controllo e vigilanza e gli strumenti amministrativi di lotta alla corruzione, fino al punto di fornire alle amministrazioni e ai suoi funzionari una valida ragione per giustificare inerzie e blocchi funzionali: come è stato detto di recente, bisogna fare in modo che i controlli siano «capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l'azione» [32]. Ma sarebbe altrettanto errato ridurre il sistema amministrativo anticorruzione ad una mera dinamica organizzativa e funzionale da rispettare solo formalmente, attraverso meccanici adempimenti - consistenti nella nomina di qualche responsabile o nell'adozione di qualche piano -, che alla fine, però, lasciano inalterata la sostanza di una amministrazione non in grado di intercettare con anticipo e prevenire condotte illecite dei suoi dipendenti.

Le amministrazioni pubbliche (e i loro dipendenti), come recentemente segnalato, dovrebbero essere responsabilizzate sui risultati raggiunti piuttosto che essere minacciate di una responsabilità per mancato rispetto (formale) di standard, obblighi e puntuali regole di condotta, il cui numero tende sempre di più a crescere e anche ad essere ulteriormente rafforzato da un pesante apparato sanzionatorio [33]. E altrettanto opportuno sarebbe proseguire – con i mezzi più idonei – nell'azione di diffusione di una accettata e condivisa cultura dell'anticorruzione, della legalità e dell'etica pubblica nelle pubbliche amministrazioni [34].

E' stata citata più volte l'etica pubblica. Essa è fortemente legata alla lotta alla corruzione amministrativa, anche se i due fenomeni non sempre coincidono: si possono violare i principi dell'etica pubblica anche senza violare le regole del codice penale [35]. L'etica pubblica, in altri termini, è un concetto più ampio, è fortemente connessa all'art. 97 Cost., in quanto presuppone i due principi di imparzialità e buon andamento che in tale articolo vengono affermati. E per tale ragione, come è stato notato, il concetto di etica pubblica è bidirezionale, nel senso che, per un verso, esso fa riferimento all'etica della legalità e dell'imparzialità, per un altro verso, invece, fa riferimento all'etica dell'economicità e del buon andamento. Come giustamente sottolineato, «l'etica pubblica non ammette che le scelte e i comportamenti delle amministrazioni pubbliche

32 Così F. PATRONI GRIFFI, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in questa *Rivista*, 2014, n. 14.

33 Cfr. S. BATTINI, *Responsabilità e responsabilizzazione dei funzionari e dipendenti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015.

34 Cfr. C.E. GALLO, *Legge anticorruzione e funzione amministrativa*, in *Giustamm.it*, 2013. Ma cfr. anche B.G. MATTARELLA, *Controllo della corruzione amministrativa e regole di etica pubblica*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2002, p. 1029 ss.

35 Come giustamente fa notare V. CERULLI IRELLI, *Per una politica dell'etica pubblica: controlli e disciplina delle funzioni amministrative*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione*, Milano, 2009, p. 28 s.

possano essere condizionate impropriamente da interessi particolari; ma, al tempo stesso, l'etica pubblica non può non opporsi a sprechi, inerzie e a quel complesso di fenomeni che vengono inclusi nella *maladministration*»[36].

Tutto ciò implica un cambiamento nell'amministrazione italiana che, immaginiamo, non sarà privo di difficoltà e non potrà avvenire in poco tempo. Siamo sicuri, però, che difficilmente si potrà tornare indietro: le rotte di alcune riforme amministrative sono ormai frutto di scelte che l'Italia (come altri paesi) non è più in grado di assumere da sola.

36 L. VANDELLI, *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, in L. VANDELLI (a cura di), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli?*, cit., p. 14 s.