

## LA CORRUZIONE NEGLI APPALTI PUBBLICI (\*)

FABIO DI CRISTINA

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il contesto normativo ed istituzionale. — 2.1. La disciplina europea ed internazionale. — 2.2. Gli orientamenti del legislatore nazionale. — 2.3. I poteri e la prassi dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici. — 2.4. I controlli e la vigilanza: alcuni cenni. — 2.5. I controlli sui prezzi e sui bandi di gara. — 3. Le norme e i rischi di corruzione. — 3.1. Il sistema delle attestazioni e delle qualificazioni. — 3.2. La «trattativa privata». — 3.3. Il subappalto ed i rapporti critici con l'avvalimento. — 3.4. Il contraente generale ed il «mercato» dei subaffidamenti. — 3.5. La disciplina delle varianti. — 4. Le prassi ed i fattori di contesto. — 4.1. L'area grigia degli appalti segreti. — 4.2. Alcune considerazioni in tema di procedure di emergenza e contratti pubblici. — 4.3. Le esternalizzazioni: i rischi del ricorso ai privati. — 5. La collusione tra imprese e la distorsione delle gare d'appalto a fini corruttivi.

### 1. Il fenomeno corruttivo si presenta in varie forme <sup>(1)</sup>: oltre ad

---

(\*) Questo lavoro è frutto dell'attività di ricerca legata alla borsa di perfezionamento in scienze amministrative assegnata dall'Istituto di Ricerche sulla Pubblica Amministrazione (IRPA) e finanziata dal Gruppo Manutencoop s.p.a. Al fine di sviluppare alcune riflessioni, è stato utile il primo ciclo di seminari organizzato dalla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione e svoltosi a Roma nel luglio 2010, promosso nell'ambito del progetto «Per una cultura dell'integrità nella pubblica amministrazione». L'autore ringrazia in modo particolare il prof. Bernardo Giorgio Mattarella, il dott. Luigi Fiorentino, il dott. Alberto Vannucci, il prof. Gustavo Piga e la dott.ssa Martina Coticelli per i commenti a versioni precedenti di questo scritto e per le indicazioni di metodo, nonché la prof.ssa Luisa Torchia, il prof. Alberto Massera, il Pres. Gaetano D'Auria, il prof. Lorenzo Saltari e la dott.ssa Elisa D'Alterio per i suggerimenti preliminari circa l'impostazione del lavoro.

<sup>(1)</sup> Un quadro ampio delle forme del fenomeno è offerto da W.A. NISKANEN, *Bureaucracy and Representative Government*, Chicago, Aldine-Atherton, 1971; E.C. BANFIELD, *Corruption as a Feature of Governmental Organization*, in *Journal of Law and Economics*, n. 18, 1975, 587-605; D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*, Bologna, il Mulino, 1994; D.

essere diversi, da caso a caso, il fatto corruttivo, i mezzi di influenza del corruttore nei confronti del corrotto, la ricorrenza dello «scambio occulto» <sup>(2)</sup>, possono variare gli istituti, le norme e gli atti in cui la corruzione si inserisce. In particolare, nel settore dei contratti pubblici, i vantaggi, per il corruttore, possono derivare dal ricorso a procedure ristrette e ad affidamenti diretti, dai subappalti, dalla mancata osservanza degli obblighi in materia di qualificazione delle imprese, dall'uso distorto delle varianti in corso d'opera al fine di far lievitare i costi e così via. La tipologia di corruzione tipica del settore degli appalti pubblici è quella che Susan Rose-Ackerman inquadra nel novero dei «*payments to exercise discretionary powers in favor of briber*» che mirano ad ottenere un «beneficio discrezionale» <sup>(3)</sup>.

---

DELLA PORTA, Y. MÉNY (a cura di), *Democrazia e corruzione*, Napoli, Liguori 1995; P. DAVIGO, *Il paradosso di Tangentopoli ovvero le colpe di «mani pulite»*, in M.A. CABIDDA, *Appalti e responsabilità*, Milano, Franco Angeli, 1995; M. GOLDEN, L. PICCI, *Corruption and the Management of Public Works in Italy*, in S. ROSE-ACKERMAN (a cura di), *International Handbook of Economic Corruption*, New York, Edward Elgar Publisher, 2006; P. DAVIGO, G. MANNOZZI, *La corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007; J.G. LAMBSDORFF, *The Institutional Economics of Corruption and Reform. Theory, Evidence and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.

<sup>(2)</sup> Gli elementi fondamentali dello «scambio occulto» sono riassunti in D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Corruzione politica e amministrazione pubblica: risorse, meccanismi, attori*, cit., 31-32 e in A. VANNUCCI, *Il mercato della corruzione: i meccanismi dello scambio occulto in Italia*, Milano, Società Aperta, 2007, 15 ss. Si legge in ATTI PARLAMENTARI - XIII LEGISLATURA, *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, documento CXI, n. 1 (CAMERA DEI DEPUTATI - COMITATO DI STUDIO SULLA PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE, *La lotta alla corruzione*, Roma-Bari, Laterza, 1998), presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996, che «la corruzione è [...] una forma di accordo fra una minoranza allo scopo di appropriarsi di beni che spettano alla maggioranza della popolazione, considerata questa, o come insieme di consumatori, o come insieme di cittadini elettori». La corruzione sarebbe originata da un «triangolo dei rapporti tra potere economico privato, pubblica amministrazione e personale politico».

<sup>(3)</sup> M.S. GIANNINI, *Tangenti ed appalti*, in *Politica e Mezzogiorno, Nuova serie*, n. 1/2, 1992, e S. CASSESE, *Appalti e tangenti*, in *La Repubblica*, 2 settembre 1992, 8. Sul punto, *ex multis*, S. ROSE-ACKERMAN, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge University Press, 1999, cit. in A. OGUS, *Corruption and Regulatory Structures*, in *Law and Policy, Baldy Center for Law and Social Policy*, n. 3, 2004, 332. Ciò che ha spinto, storicamente, la burocrazia a servirsi della corruzione come strumento di rendita e privilegi personali sarebbe «la perdita di quota della burocrazia come parte del corpo politico [...]. La burocrazia che si vede esclusa dal corpo politico è spinta da una forza interna a riacquistare lo spazio perduto attraverso la corruzione, che aumenta il suo potere e il suo reddito personale». Così S. CASSESE, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in G. MELIS, (a cura di), *Etica pubblica e amministrazione*, Napoli, Cuen, 1999, 183.

L'importanza del tema è strettamente legata alla sua dimensione economica, sia nazionale che europea, e all'ammontare di risorse che la corruzione drena dal sistema economico. Il settore dei contratti pubblici muove circa il sette per cento del PIL nazionale, il sedici per cento del PIL europeo e assegna ogni anno in Italia circa 125 mila contratti di importo superiore a 40 mila euro (4). Secondo le stime di *Transparency International*, del Servizio anticorruzione e trasparenza della Presidenza del Consiglio dei ministri e della Procura generale presso la Corte dei conti, la corruzione «costa» al sistema economico italiano circa 60 miliardi di euro all'anno (5).

Sebbene i dati sul numero di condanne (6), di denunce e di arresti per corruzione ne tratteggino un *trend* decrescente, almeno dal 2000 al 2007, sembra che questi stessi dati, dal 2008 in poi, abbiano fatto registrare una controtendenza (7) e che la «qualità» della corruzione,

---

(4) Sul punto, G. MELE, *La dimensione economica e il funzionamento del mercato degli appalti pubblici*, relazione presentata al Convegno Confindustria «Concorrenza come bene pubblico», Vicenza, marzo 2006. Si vedano anche l'Audizione del Presidente dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e I. FILIPPETTI, *Osservatorio appalti pubblici e legalità*, in *Urb. app.*, 2008, 913-916, in riferimento alla «Mappa della corruzione in Italia» a cura dell'Alto Commissario per la prevenzione e il contrasto della corruzione e delle altre forme di illecito nella pubblica amministrazione, resa pubblica nel 2007. Si precisa che dal 2 luglio 2010, il sen. Giuseppe Brienza ha assunto le funzioni di Presidente dell'Avcp, sostituendo Luigi Giampaolino e che dal 29 luglio 2011 Sergio Santoro ne ha assunto la reggenza.

(5) Riassume le stime della «tassa occulta» N. COTTONE, *Corte dei conti: «corruzione tassa occulta da 50/60 miliardi»*, in *IlSole24Ore*, 25 giugno 2009, consultabile su <http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/Economia%20e%20Lavoro/2009/06>. Per una ricostruzione generale del problema, si veda D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 1, 1997, 123-148.

(6) I dati cui si fa riferimento sono quelli resi disponibili dal Dipartimento di Giustizia, dal 1996 al 2006, e consultabili su <http://www.anticorruzione.it>. A titolo esemplificativo, il numero di sentenze di condanna per corruzione nel 2000 è stato di 968 mentre quello nel 2006 di 186.

(7) Si veda la *Relazione del Presidente della Corte dei conti* in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2010: «La regolazione disciplinatrice delle attività da svolgere è dettagliata e, talvolta, persino pervasiva. Ciononostante, le inosservanze sono frequenti, territorialmente diffuse, mettono a nudo l'insufficienza, nell'avversare le azioni elusive dei dettami di legge, del solo fattore normativo non accompagnato da protocolli interni specificamente programmati, elaborati e dedicati al contrasto preventivo di anomalie e di degenerazioni dannose». Nella *Relazione del Procuratore generale della Corte dei conti* si legge che: «emerge un deciso aumento delle denunce per fatti di

ossia la sua pervasività ai più alti livelli istituzionali, il suo utilizzo costante da parte delle organizzazioni criminali e la sua percezione sociale siano cresciuti notevolmente. Inoltre, i dati sul *Corruption Perception Index*, dal 2005 al 2011, mostrano come la corruzione percepita nel settore pubblico, legata principalmente al numero di casi esistenti ma non scoperti (c.d. «numero oscuro»), sia aumentata in maniera evidente <sup>(8)</sup>.

Il concetto di corruzione che sarà utilizzato nel prosieguo della trattazione è ampio, assimilabile a quello di *trading in influence* contenuto nel Trattato di Strasburgo del 1999 e nella Convenzione di Merida del 2003 <sup>(9)</sup>. In quest'ottica, lo scambio corruttivo si manifesta attraverso una serie di reati (dazione o sollecitazione di tangenti, riciclaggio, traffico di influenze, peculato, malversazione, abuso di poteri, illecito arricchimento). Le convenzioni internazionali sulla corruzione cercano di punire gli intermediari della corruzione e di dare rilievo, di conseguenza, ad un rapporto trilaterale (corrotto-corruttore-intermediario) <sup>(10)</sup> piuttosto che ad un rapporto bilaterale tradizionale

---

corruzione e concussione accertati nel 2009, rispettivamente +229% e +153%, rispetto al 2008». Di simile tenore sono le relazioni del 2011.

<sup>(8)</sup> La posizione dell'Italia è passata dal 45° posto su 180 Stati nel 2005 al 69° posto nel 2011. I dati sul *CPI* sono disponibili su <http://www.transparency.org>. Un inquadramento della corruzione nel contesto della criminalità economica è presente in S. MANACORDA, *La corruzione internazionale del pubblico agente: linee dell'indagine penalistica*, Napoli, Jovene, 1999, 15. Offre una sintesi degli effetti economici della corruzione G. MANNOZZI, *Combattere la corruzione: tra criminologia e diritto penale*, in *Dir. pen. e proc.*, 2008, 781. Sull'allineamento politico «strutturale» delle imprese e l'aumento del rischio di corruzione e di distorsione nell'utilizzo della spesa pubblica, si veda E. GOLDMAN, J. ROCHOLL, J. SO, *Political Connections and the Allocations of Procurement Contracts*, aprile 2008, consultabile su <http://ssrn.com/abstract=965888>.

<sup>(9)</sup> Firmata da 134 Paesi ed entrata in vigore il 14 dicembre 2005. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia con la legge 3 agosto 2009, n. 116.

<sup>(10)</sup> Nel citato *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione* si legge che «la corruzione è vista generarsi grazie alle possibilità che hanno i privati di accumulare ingenti somme in nero, che gli amministratori delle società sono in grado di utilizzare allo scopo sia di arricchimento personale, sia di proteggere la loro impresa, comprando l'aiuto di politici o funzionari. Gli appartenenti alla pubblica amministrazione vengono coinvolti sia per desiderio di arricchimento personale, sia per accrescere il loro potere nei confronti del personale politico. Questo, a sua volta, è interessato a trarre vantaggi da rapporti corrotti, sia per desiderio di arricchimento personale, sia per rafforzare la sua posizione, di partito, o di corrente, o personale, nei confronti di coloro con cui è in competizione».

(corrotto-corruttore) e di introdurre la fattispecie di «corruzione tra privati», sconosciuta all'ordinamento penale italiano <sup>(11)</sup>.

La trattazione farà perno su una valutazione concreta della normativa italiana degli appalti pubblici: in primo luogo (par. 2), verrà esaminato il quadro normativo ed istituzionale, con riguardo al dibattito interno ed internazionale sul tema e, in parte, alle soluzioni preventive proposte in sede nazionale e globale; in secondo luogo (par. 3), verrà considerato l'attuale assetto normativo del settore degli appalti pubblici, al fine di mettere in evidenza i maggiori rischi di corruzione legati ad alcuni istituti del Codice dei contratti pubblici sul cui utilizzo si sono concentrate tanto le corti quanto l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP); in terzo luogo (par. 4), sarà svolta una breve disamina di alcune prassi e di alcuni fattori di contesto che incidono sul mercato degli appalti pubblici, determinando, in alcune circostanze che saranno chiarite, l'aumento del rischio di corruzione; in quarto luogo (par. 5), le distorsioni delle gare d'appalto verranno trattate in relazione al grado di collusione tra imprese, fattore che facilita la corruzione e che può determinare la distorsione delle prime.

È opportuno precisare, in via preliminare, che la trattazione non ha la pretesa di essere esaustiva. Piuttosto, questa offre alcuni spunti ed una prospettiva sul tema: la selezione delle occasioni di corruzione più macroscopiche e ricorrenti intende sottolineare che molti degli sforzi compiuti dal legislatore, dagli anni Novanta ad oggi, non hanno risolto i nodi critici legati al rapporto tra configurazione delle regole e rischi di corruzione. Inoltre, è inteso che la corruzione non è l'unico «male» che affligge il settore degli appalti pubblici in Italia e che gli interventi legislativi correttivi, alcuni dei quali suggeriti nel par. 3, non rappresentano la panacea definitiva. Più modestamente, si sostiene che l'efficiente *design* di alcune norme del Codice dei contratti pubblici, l'utilizzo controllato di certi istituti, il rafforzamento delle istituzioni preposte al controllo e al monitoraggio, la contendibilità del mercato

---

<sup>(11)</sup> *Ex multis*, J. GARDINER, *Defining Corruption*, in A. HEIDENHEIME, M. JOHNSTON, *Political Corruption. Concepts & Contexts*, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 2002, 25-40; J. ANDVIG, O. FJELDSTAD, I. AMUNDSEN, T. SISSNER, T. SOREIDE, *Research on Corruption. A Policy Oriented Survey*, Bergen, Chr. Michelsen Institute 2000, cit. in V.V. COMANDINI, *Profili economici della corruzione*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze-Antella, Passigli editori, 2010, 74-75.

delle commesse pubbliche <sup>(12)</sup>, possono potenziare la prevenzione dei fenomeni corruttivi <sup>(13)</sup>, arginandone l'insorgenza.

2. La normativa sugli appalti pubblici, dopo l'emersione della corruzione di sistema negli anni Novanta e la riforma della disciplina, operata anche sotto la spinta del diritto europeo <sup>(14)</sup>, è stata ridefinita secondo alcuni principi fondamentali atti a prevenire il fenomeno corruttivo. Alcuni di essi erano peraltro già conosciuti dall'ordinamento italiano: si pensi, ad esempio, alla parità di trattamento di tutti i concorrenti, ai criteri per cui è il contraente migliore che la pubblica amministrazione deve scegliere quando conclude un contratto, alla trasparenza e pubblicità degli avvisi e delle procedure <sup>(15)</sup>, al principio della gara pubblica per l'assegnazione dei contratti, sovente disatteso. La stessa legge di contabilità dello Stato del 1923 <sup>(16)</sup> prevedeva, all'art. 3, la generalizzazione del pubblico incanto a tutti i contratti pubblici, attivi o passivi, e conferiva un margine di discrezionalità all'amministrazione circa la scelta tra pubblico incanto e licitazione privata per i soli contratti passivi.

Il legislatore italiano degli anni Novanta ha cercato di garantire che nella fase di aggiudicazione fossero rispettati i principi di imparzialità e trasparenza ed ha introdotto stringenti vincoli alla discrezionalità delle amministrazioni contraenti, ponendo in secondo piano le esigenze di apertura del mercato interno alla concorrenza europea. Vincolare l'amministrazione aggiudicatrice alla scelta di un solo criterio, quello del prezzo più basso <sup>(17)</sup>, costituiva, nell'ottica della legge

---

<sup>(12)</sup> M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel Codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 307.

<sup>(13)</sup> N. DIMITRI, G. PIGA, G. SPAGNOLO (a cura di), *Handbook of Procurement*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, *passim*.

<sup>(14)</sup> Le direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, in particolare la 2004/18/CE, contengono un esplicito richiamo alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblici, connesso al pericolo di infiltrazioni criminali e di corruzione negli appalti pubblici.

<sup>(15)</sup> Sul legame tra corruzione e trasparenza nelle procedure di aggiudicazione, secondo un approccio economico, R. COPPIER, G. PIGA, *Why Do Transparent Public Procurement and Corruption Go Hand in Hand?*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2006, 185-205.

<sup>(16)</sup> Regio decreto 18 novembre 1923, n. 2440, recante «Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità dello Stato».

<sup>(17)</sup> Ad eccezione di quelle gare in cui fosse risultato indispensabile l'apporto progettuale dei concorrenti.

Merloni <sup>(18)</sup>, il viatico per assicurare trasparenza e controllo dell'operato dei pubblici funzionari. La previsione di rigidi meccanismi di aggiudicazione e di compressione della discrezionalità, infatti, era volta a prevenire fenomeni di corruzione ed il legislatore italiano, per molto tempo, ne ha fatto un baluardo in difesa dell'attività vincolata <sup>(19)</sup>.

La prevenzione della corruzione così come intesa nella legge Merloni finì con il determinare la chiusura protezionistica, forse non voluta, del mercato delle commesse pubbliche, il rallentamento delle procedure di affidamento non adeguatamente flessibili, la generale inefficienza delle norme sui lavori pubblici. Il problema, oggi, sembra ancora presente: a detta della stessa AVCP, infatti, la iper-regolazione settoriale ha determinato un sostanziale irrigidimento delle regole ed un'eccessiva burocratizzazione di un mercato dinamico che richiede, per il suo corretto funzionamento<sup>(20)</sup>, strumenti normativi snelli e di agevole applicabilità <sup>(21)</sup>. La prevenzione della corruzione deve reggersi su strategie che contemperano regolazione pubblicistica ed effi-

---

<sup>(18)</sup> M. CLARICH, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 1401 ss., secondo cui si pone sempre «un equilibrio tra due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità, da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro». L'esigenza dei primi valori tende a «favore regole rigide tali da garantire al massimo grado la par condicio tra le imprese che aspirino a stipulare il contratto con l'amministrazione appaltante» che si risolve in «meccanismi di valutazione di tipo automatico» e in procedure che «non dovrebbero attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità».

<sup>(19)</sup> Sul punto, F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 630; M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, in F. MERLONI, L. VANDELLI (a cura di), *La corruzione amministrativa*, cit., 437 ss.

<sup>(20)</sup> R. TREPTE, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford University Press, 2004, 392-393.

<sup>(21)</sup> Il Codice dei contratti pubblici ha cercato di garantire maggiore flessibilità all'amministrazione nella gestione degli appalti mediante l'utilizzo di nuovi strumenti contrattuali ed organizzativi (accordo-quadro, dialogo competitivo, sistemi dinamici di acquisizione) ma di questi strumenti l'applicazione è ancora incerta e poco estesa, visti anche i prolungati differimenti della loro entrata in vigore. M. CLARICH, L. FIORENTINO, *Appalti e concessioni: regole e prassi per il mercato*, in I. CIPOLLETTA, S. MICOSI, G. NARDOZZI, *Appalti pubblici e concorrenza*, progetto a cura del Centro studi di Confindustria, aprile 2006. Sull'inefficienza dell'amministrazione italiana come fattore generatore di corruzione, G. D'AURIA, *La corruzione e le leggi*, in M. D'ALBERTI, R. FINOCCHI (a cura di), *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, il Mulino, 1994, 23 ss.

cienza di mercato <sup>(22)</sup>, accompagnate da strutturati sistemi di controlli e sanzioni.

La riforma della disciplina degli appalti pubblici, avviata successivamente agli anni Novanta, ha avuto l'obiettivo di combattere la corruzione con metodi di natura amministrativa e di specie procedimentale, quali l'aumento della trasparenza e la riduzione della discrezionalità amministrativa dei funzionari responsabili. L'introduzione del Codice dei contratti pubblici non ha tuttavia risolto appieno alcuni nodi critici, tra i quali spiccano la permanenza di schemi procedurali eccessivamente rigidi, fonte di costi per i privati se associati ai tradizionali tempi lunghi delle procedure di aggiudicazione nel nostro Paese <sup>(23)</sup>, nonché alcuni istituti <sup>(24)</sup> nati per finalità pro-concorrenziali o per ragioni di rapidità ed efficienza il cui utilizzo pone rilevanti problemi applicativi e determina frequenti comportamenti opportunistici da parte dei privati e rischi di corruzione.

2.1. Il dibattito internazionale sul tema della corruzione è aperto e centrato su interventi preventivi di sistema. Da un lato, l'evoluzione del diritto internazionale ha condotto alla stipula della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione, ratificata in Italia nel 2009, dall'altro, le organizzazioni internazionali hanno predisposto una serie di misure di *soft law* che i singoli Stati dovrebbero attuare per prevenire fenomeni corruttivi.

In particolare, il Titolo II della Convenzione delle Nazioni Unite sulla corruzione richiama, tra i rimedi preventivi che più si adattano a prevenire la corruzione nel settore dei contratti pubblici, la trasparenza e la rotazione degli incarichi.

---

<sup>(22)</sup> Sulla nozione, si rimanda a R. COASE, *The Firm, The Market, The Law*, University of Chicago, 1988, trad. it. *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, il Mulino, 2006 e a F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2002, in part. cap. 1.

<sup>(23)</sup> In Italia, la fase che va dall'affidamento dell'incarico di progettazione all'aggiudicazione dura in media 924 giorni. La fase che va dall'aggiudicazione alla fine dei lavori ha portato, nel periodo compreso tra il 2000 ed il 2005, alla conclusione del venti per cento rispetto al totale dei lavori assegnati con un importo superiore a 150 mila euro. I dati, rielaborati da quelli forniti dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, sono contenuti in C. GUCCIO, G. PIGNATARO, I. RIZZO, *Efficienza delle procedure di appalto dei lavori pubblici: un'analisi empirica del caso italiano*, relazione presentata alla XIX conferenza della Società italiana di economia pubblica, Pavia, settembre 2007.

<sup>(24)</sup> A tal proposito, si veda *infra* il par. 3.

I sistemi di rotazione del personale, tuttavia, non sono esenti da critiche. Sebbene questi nascano dall'esigenza di spezzare la relazione duratura tra corruttore e corrotto, il sacrificio dell'*expertise* e della professionalità dei funzionari che ne deriva deve essere bilanciato da alcune cautele di natura procedurale quali la temporaneità della rotazione e la limitazione della stessa al medesimo ufficio, in modo che le competenze specifiche dei funzionari non si disperdano, o ai soli procedimenti di gara di rilevante importo. La formazione dei funzionari oggetto di rotazione è un punto cruciale del problema: la dispersione delle competenze è un costo che la prevenzione della corruzione non dovrebbe determinare <sup>(25)</sup>.

Alcune iniziative globali volte alla repressione e al contrasto della corruzione sono condotte dall'Organizzazione mondiale del commercio (WTO) e dal Fondo monetario internazionale (FMI). In particolare, l'*Agreement on Government Procurement* (GPA) <sup>(26)</sup>, adottato durante l'*Uruguay Round* della WTO, contiene un esplicito richiamo alla trasparenza <sup>(27)</sup> nelle procedure di gara (art. XVII): questa deve essere funzionale alla chiara redazione degli schemi contrattuali contenuti nei bandi, alla diffusa pubblicazione degli inviti a partecipare, all'indicazione delle circostanze che giustificano il ricorso a procedure non competitive. I soggetti appaltanti dovrebbero assicurare la stabilità delle clausole contrattuali e, in caso di inevitabile modifica delle stesse, dovrebbero garantire adeguate forme di risarcimento ai concorrenti.

Il giudizio complessivo sugli sforzi dell'Organizzazione mondiale del commercio al fine di rendere il *government procurement* più

---

<sup>(25)</sup> La corruzione negli appalti pubblici è facilitata dalla debolezza dell'amministrazione come parte contrattuale e dalle carenze dei corpi tecnici al suo interno: durante l'iter contrattuale, alcune delle fasi della procedura di gara curate tradizionalmente dagli uffici tecnici, quali la progettazione o la direzione dei lavori, vengono affidate molto spesso a professionisti esterni. L'amministrazione si trova, pertanto, a dover affidare a privati compiti direttamente volti alla tutela del pubblico interesse e, parimenti, a non essere in grado di controllare la qualità delle prestazioni svolte in sede di progettazione, di collaudo o di direzione dei lavori.

<sup>(26)</sup> *Ex multis*, S. ARROWSMITH, *Towards a Multilateral Agreement on Transparency in Government Procurement*, in *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, n. 4, 1998; A. REICH, U. BAR ILAN, *The New Text of the Agreement on Government Procurement. An Analysis and Assessment*, in *Journal of International Economic Law*, vol. 12, n. 4, 2009;

<sup>(27)</sup> Sull'interpretazione in termini economici del concetto di «trasparenza» ed «evidenza pubblica» negli appalti pubblici, si veda R. TREPTE, *Regulating Procurement*, cit., 392-393.

trasparente è di difficile definizione. Come è noto, le negoziazioni in ambito WTO sono ferme: nel programma del *Doha Round*, infatti, non sono state inserite le questioni legate alla trasparenza negli appalti ed il *Working Group on Transparency in Government Procurement* è inattivo.

Maggiormente consolidate appaiono le iniziative intraprese dal FMI e dalla Banca mondiale. Il primo, secondo quanto previsto dalla *Guidance Note* del 1997 («*The Role of IMF in Governance Issues*»), può segnalare alle competenti autorità degli Stati membri (art. 10) casi di corruzione dall'impatto macroeconomico potenzialmente negativo, seppur non precisamente quantificabile. Gli altri casi di corruzione, di minore rilevanza, possono essere affrontati dal FMI nel quadro delle sue iniziative sulla trasparenza. La Banca mondiale (28), dal canto suo, subordina alcune forme di finanziamento all'adozione di misure volte a minimizzare i rischi di corruzione negli appalti pubblici. Queste sono legate, in sintesi, all'attuazione di progetti volti alla trasparenza delle procedure di aggiudicazione, alla corretta gestione dei flussi finanziari impiegati, alla costituzione di un *audit office* interno, alla predisposizione di protocolli etici per i funzionari impegnati (29).

2.2. L'ordinamento italiano prevede alcuni sistemi preventivi dei fenomeni corruttivi negli appalti pubblici, alcuni certamente da potenziare, altri ancora da attuare (30). Tra i primi, vi sono i poteri dell'AvCP (di segnalazione e di ispezione); i controlli interni, contemplati come

---

(28) THE WORLD BANK, *Helping Countries Combat Corruption. Progress at the World Bank Since 1997*, Washington, 2000, 12 ss.

(29) Anche l'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) ha suggerito alcune misure anticorruzione di ampio respiro. Ad un sistema efficace di sanzioni si aggiungono alcuni sistemi preventivi, quali il controllo parlamentare, la presenza di un organo stabile deputato alla vigilanza dei fenomeni corruttivi e di un *ombudsman*, i codici di condotta ed i codici etici, vari meccanismi di trasparenza quali la pubblicità e l'imparzialità dell'azione amministrativa, l'assenza di conflitti di interesse in capo a pubblici funzionari, l'*audit* interno alle pubbliche amministrazioni e in più in generale, a tutte le organizzazioni pubbliche e private. Sul ruolo delle organizzazioni internazionali nella lotta alla corruzione «di sistema», si veda B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, il Mulino, 2007, 49 ss.

(30) Sulla necessità di interventi «generali» ad ampio spettro, si veda M. D'ALBERTI, *Corruzione «soggettiva» e «oggettiva»*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., 21, secondo cui «[...] è subito chiaro che gli interventi sui contratti, sui procedimenti, sui controlli, presuppongono il rimedio generale di una rinnovata dirigenza amministrativa e tecnica» e secondo cui le cause «sistemiche» della corruzione italiana vanno ricercate

parziale bilanciamento dell'abolizione delle forme di controllo preventivo sugli atti e sull'attività amministrativa <sup>(31)</sup>; l'anagrafe patrimoniale dei dirigenti della pubblica amministrazione, prevista per impedire l'occultamento di pagamenti illeciti. Tra i secondi vanno annoverati la rotazione del personale, riferita in special modo ai responsabili unici del procedimento in materia di appalti pubblici, e la riforma dei sistemi di pagamento della pubblica amministrazione in direzione della tracciabilità dei flussi finanziari, solo recentemente introdotta dalle leggi 13 agosto 2010, n. 136 e 17 dicembre 2010, n. 217, della completa digitalizzazione delle fatture e dei mandati di pagamento <sup>(32)</sup>.

La normativa settoriale, nella previsione dei requisiti di carattere generale che i partecipanti ad una gara d'appalto ed i subaffidatari devono possedere, indica un «rimedio preventivo» generale, recepito da fonte comunitaria, alla permanenza di fenomeni corruttivi, così come di altri illeciti penali. In particolare, il Codice preclude, senza alcun margine di discrezionalità, la partecipazione alle gare in caso di pendenza di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione, di condanna penale per reati quali corruzione, associazione criminale, frode, riciclaggio, di violazione del divieto di intestazione fiduciaria, di gravi infrazioni giuslavoristiche, previdenziali, assistenziali, fiscali, di false dichiarazioni rese in passato in riferimento alle condizioni di partecipazione e di revoca dell'attestazione rilasciata da una delle Società Organismo di Attestazione (SOA). Le norme sui requisiti di carattere generale, pertanto, selezionano i soggetti che possono contrattare con la pubblica amministrazione, regolando sia l'accesso che la permanenza sul mercato degli operatori economici <sup>(33)</sup>.

---

nella «invasività e debolezza» dei partiti politici, nell'esteso ruolo dello Stato in economia, nello sviluppo tardivo del mercato.

<sup>(31)</sup> *Ibidem*, 362.

<sup>(32)</sup> Parte di questo processo è stato avviato dal d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, dalla deliberazione del Centro nazionale per l'informativa nella pubblica amministrazione del 19 febbraio 2004, n. 11, dal decreto del Ministero dell'economia e delle finanze del 23 gennaio 2004, dal d.lgs. 20 febbraio 2004, n. 52, concernenti la documentazione amministrativa, la riproduzione e conservazione di documenti amministrativi su supporto ottico, l'assolvimento degli obblighi fiscali concernenti tali documenti, la semplificazione in materia di assolvimento dell'IVA, in attuazione delle direttive comunitarie in materia.

<sup>(33)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, Bruxelles, 2011, 56-57, a proposito dell'art. 45 della direttiva 2004/18/CE e dell'esclusione degli offerenti «scorretti».

Il legislatore nazionale, rispetto ai rimedi suggeriti dalle istituzioni o dagli organismi internazionali, sembra prediligere soluzioni contingenti<sup>(34)</sup>. Si pensi, ad esempio, alle disposizioni del disegno di legge anticorruzione, approvato dal Consiglio dei Ministri nel marzo 2010 ed attualmente fermo in Parlamento dopo l'esame in commissione alla Camera dei deputati, recante «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» (di seguito, disegno di legge anticorruzione).

Le norme ivi contenute affrontano il tema della prevenzione in materia timida<sup>(35)</sup>: anche se la logica di fondo è ispirata da alcune idee utili a prevenire il fenomeno corruttivi negli appalti pubblici (inasprimento delle sanzioni, maggiori controlli sui centri di spesa degli enti locali, modifiche ad alcune norme «sensibili» del Codice dei contratti pubblici), le norme a favore della prevenzione «di lungo periodo», quali la formazione o il parziale accentramento delle decisioni di spesa, sono quasi del tutto assenti o demandate al Piano nazionale anticorruzione a cura del Dipartimento della funzione pubblica. Il primo pilastro per efficaci politiche di prevenzione e contrasto della corruzione negli appalti potrebbe poggiare su elementi noti, già esistenti nel panorama comunitario ed internazionale. Al legislatore basterebbe mutuarli, dare attuazione a tutte le convenzioni in materia ed introdurre poche norme sulla corruzione tra privati e sul traffico di influenze illecite.

---

<sup>(34)</sup> In particolare, si veda M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Slegare l'Italia. Per liberare lo sviluppo da troppe norme e confuse*, Scenari economici-Centro studi Confindustria, Roma, giugno 2010, 60, nota 3. Vengono richiamate le modifiche al Codice dei contratti pubblici intervenute dopo la sua emanazione nel 2006: tre tramite i decreti correttivi previsti dalla legge delega e sei tramite decreto-legge successivamente convertito. Sul tema, più diffusamente, B.G. MATTARELLA, *La trappola delle leggi. Molte, oscure, complicate*, Bologna, il Mulino, 2011. Sull'efficacia della prevenzione, *ex multis*, F. GARRI, *La disciplina del mercato nel settore dei lavori pubblici, la vigilanza e la lotta alla corruzione*, in App. urb. ed., nn. 7/8, 2002, 387-392.

<sup>(35)</sup> L'art. 8 del disegno di legge, ad esempio, contiene alcune norme sulla formazione dei funzionari pubblici che modificano l'art. 234 del Testo unico degli enti locali. Il disegno di legge, tuttavia, non contiene alcun riferimento specifico alla formazione generale dei funzionari pubblici, né tantomeno a quelli responsabili dei procedimenti di gara: il Piano nazionale anticorruzione dovrà colmare tale vuoto, sebbene il legislatore non abbia definito neppure i criteri di fondo delle future scelte formative.

2.3. Nell'intento del legislatore del 1994 <sup>(36)</sup>, l'AVCP avrebbe dovuto assumere penetranti poteri di vigilanza su un settore attraversato da imponenti fenomeni corruttivi <sup>(37)</sup>, in modo da garantire e controllare la regolarità delle procedure di affidamento dei lavori pubblici <sup>(38)</sup>. Oggi, il Codice conferisce all'Autorità, tra le altre <sup>(39)</sup>, una funzione ispettiva dell'attività delle stazioni appaltanti nella fase di svolgimento della gara ed in quella successiva di esecuzione dei lavori <sup>(40)</sup>. L'AVCP può inoltre esercitare potestà informative, ispettive, sanzionatorie e di segnalazione agli organi di controllo amministrativo o all'autorità giudiziaria dei fatti che incidono sullo svolgimento delle gare pubbliche (art. 6, comma 5, del Codice), salvo quelle relative a contratti relativi al commercio di armi, segreti <sup>(41)</sup> o stipulati in base ad accordi internazionali. Tali attività, direttamente o indirettamente, prevengono o rilevano forme di corruzione negli appalti pubblici.

Nell'ambito del sistema di qualificazione, gestito da privati che esercitano una pubblica funzione, il legislatore ha previsto una serie di norme tecniche cui le SOA devono uniformarsi ed un potere di regolazione e di controllo in senso stretto affidato all'Autorità. In particolare, questa può annullare o sospendere in via cautelare le attestazioni rilasciate, intervenendo con misure interdittive o sanzioni pecuniarie

---

<sup>(36)</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109 (c.d. legge Merloni).

<sup>(37)</sup> L. GIAMPAOLINO, L. PONZONE, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 706 ss.

<sup>(38)</sup> C. GALLUCCI, *La riforma degli appalti pubblici*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., 189. L'autore sottolinea come il «modello» di autorità sia stato mutuato dal legislatore dall'esperienza francese: con la l. n. 3 gennaio 1991, n. 91-3, è stata istituita una *Mission interministérielle d'enquête* sulla regolarità ed imparzialità nella preparazione, conclusione ed esecuzione di contratti pubblici.

<sup>(39)</sup> L. GIAMPAOLINO, *Concorrenza e appalti pubblici negli orientamenti dell'Autorità di vigilanza*, in G.A. BENACCHIO, M. COZZIO (a cura di), *Appalti pubblici e concorrenza: la difficile ricerca di un equilibrio*, Atti dei seminari tenuti presso la Facoltà di Giurisprudenza di Trento, maggio-giugno 2007, 265 ss.; L. GIAMPAOLINO, *I compiti dell'Autorità nel Codice e la tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. app.*, 2007, 889-898.

<sup>(40)</sup> F. GARRI, F. GARRI, *Il mercato dei contratti pubblici; il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in M.A. SANDULLI, R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, cit., 630.

<sup>(41)</sup> Sul punto, si veda *amplius* il par. 4.1.

per le irregolarità commesse, secondo l'orientamento del Consiglio di Stato <sup>(42)</sup> che ha integrato le norme del Codice.

Ai sensi dell'art. 6, comma 9, del Codice, l'Autorità può richiedere informazioni e documentazione in relazione a contratti pubblici da eseguirsi o in corso di esecuzione a qualsiasi pubblica amministrazione o operatore economico che ne disponga. Il Regolamento in materia di attività di vigilanza e accertamenti ispettivi di competenza dell'Autorità, di cui all'art. 8, comma 3, del Codice, prevede che l'attività di indagine, affidata alla Direzione generale vigilanza, servizi e forniture, possa essere attivata sulla base di programmi annuali predisposti dal Consiglio dell'Autorità stessa. L'Autorità può richiedere informazioni e documenti (art. 3), condurre ispezioni (art. 6), monitorare il settore dei contratti pubblici al fine di individuare eventuali irregolarità (art. 8).

L'acquisizione delle informazioni inerenti il settore degli appalti pubblici ed il monitoraggio dello stesso avvengono mediante l'Osservatorio dei contratti pubblici <sup>(43)</sup>, le cui attribuzioni erano già state previste dalla legge Merloni <sup>(44)</sup>. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori, a partire dal 1° luglio 2007 (art. 257, comma 2, del Codice), sono obbligati a comunicare all'Osservatorio informazioni e dati sull'affidamento e sull'esecuzione di lavori di importo superiore a 150 mila euro nei settori ordinari e solo sull'affidamento nei settori speciali. Le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori devono desumere le informazioni relative ad alcune cause di esclusione dalle gare *ex art. 38* del Codice dai dati resi disponibili dall'Osservatorio ed è solo dal casellario informatico dell'Osservatorio che le SOA (art. 40, comma 3, del Codice) possono attestare alcuni requisiti tecnici ed organizzativi delle imprese partecipanti alle gare d'appalto.

---

<sup>(42)</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 2 marzo 2004, n. 991 e 30 marzo 2004, n. 993.

<sup>(43)</sup> L'Osservatorio ha una struttura centrale e ventidue strutture decentrate presso le Regioni e le Province autonome la cui organizzazione viene concertata dall'Autorità e dalla Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome. Con la Conferenza, nel 2008, è stato siglato l'accordo-quadro e sono stati stipulati i Protocolli attuativi con le Regioni. È stata altresì attivata una Commissione paritetica composta da rappresentanti delle Regioni e dell'Autorità.

<sup>(44)</sup> Raccolta ed elaborazione dati concernenti i contratti pubblici su tutto il territorio nazionale, determinazione e pubblicazione annuale dei costi standardizzati, pubblicazione semestrale dei programmi triennali dei lavori pubblici e dell'elenco dei lavori affidati predisposti dalle singole amministrazioni, promozione di un collegamento informativo con le altre amministrazioni accessibile a tutti, elaborazione dei dati statistici da inviare alla Commissione europea.

L'AvCP, inoltre, può emettere pareri circa la risoluzione di controversie *ex art. 6, comma 7, lett. n)*, del Codice, propugnando un'interpretazione delle norme sui contratti pubblici restrittiva, laddove si faccia questione, ad esempio, di cause di esclusione per l'applicazione di misure cautelari o per l'accertamento di reati in via preliminare, compreso quello di corruzione <sup>(45)</sup>.

L'Autorità ha intrapreso strette forme di collaborazione interistituzionale, relative specialmente al controllo e alla vigilanza sulla realizzazione delle grandi opere <sup>(46)</sup>. In particolare, la collaborazione è stata attivata con il Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere (CASGO), costituito presso il Ministero dell'interno <sup>(47)</sup>, nonché con le sue sezioni specializzate costituite presso la Prefettura dell'Aquila per la ricostruzione successiva al sisma del 2009 e la Prefettura di Milano per la realizzazione delle opere dell'*Expo 2015*.

L'Autorità si è espressa, di concerto con gli organi anzidetti, sui protocolli d'intesa sottoposti al CASGO da varie amministrazioni o soggetti aggiudicatori <sup>(48)</sup>; sulle linee guida sul monitoraggio finanziario, ottenendo l'inserimento nel bando di gara o nella lettera d'invito di un'apposita clausola e del conseguente obbligo di accendere un conto dedicato da parte dei vari soggetti esecutori al fine di esercitare il monitoraggio dei flussi di cassa; sulle c.d. *white list* nelle province abruzzesi interessate dal sisma, segnalando che l'istituzione degli elenchi avrebbe potuto trasformarsi in una limitazione del principio della libera concorrenza a sfavore degli operatori aventi la sede legale o

---

<sup>(45)</sup> Si vedano, a titolo di esempio, i pareri in merito alla legittimità dell'esclusione da procedure di gara in caso di misure cautelari emesse dall'autorità giudiziaria o in presenza di cause di esclusione legate a fatti di reato accertati in via preliminare (parere n. 47 del 4 ottobre 2007; parere n. 164 del 25 maggio 2008; parere n. 85 del 10 settembre 2009).

<sup>(46)</sup> AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, *Relazione annuale 2008*, Senato della Repubblica, Roma, 25 giugno 2009, 12 ss.

<sup>(47)</sup> Istituito ai sensi dell'art. 15, comma 5, del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190, con decreto del Ministero dell'interno del 14 marzo 2003.

<sup>(48)</sup> In particolare, sul protocollo d'intesa tra le Prefetture di Messina e Reggio Calabria e la Società Stretto di Messina s.p.a. per la realizzazione del Ponte sullo stretto e più di recente per la costruzione della c.d. «variante di Cannitello», nei pressi di Reggio Calabria; sul protocollo d'intesa proposto dalla *Metro C* di Roma per la sperimentazione del monitoraggio dei flussi finanziari, approvato e finanziato dal Comitato interministeriale per la programmazione economica.

operativa distante dai territori interessati dalla ricostruzione; sui progetti preliminari dei Piani di sicurezza antimafia <sup>(49)</sup>.

Il disegno di legge anticorruzione, sebbene non modifichi le competenze che l'AvCP e l'Osservatorio già posseggono, ne rimarca il ruolo ed incide sia sul versante della trasparenza che sull'attività delle Prefetture. In particolare, l'AvCP dovrà rendere pubblici gli elementi essenziali dei contratti stipulati in situazione di emergenza e, relativamente a tutti gli altri contratti pubblici, pubblicare per intero i bandi, gli avvisi di gara, l'identità degli aggiudicatari, l'elenco dei partecipanti alla procedura selettiva, la data di inizio di esecuzione del contratto, le sospensioni e le varianti, i dati delle imprese subappaltatrici, la durata effettiva e gli importi finali, i dati relativi al contenzioso, nonché ad eventuali arbitrati.

Inoltre, l'AvCP dovrà provvedere ad integrare i requisiti di partecipazione alle gare tramite schemi di valutazione oggettivi di parametri soggettivi relativi al comportamento tenuto dalle imprese nell'esecuzione dei contratti pubblici di cui sono state appaltatrici <sup>(50)</sup>. Presso le Prefetture saranno stilati appositi elenchi di imprese appaltatrici non soggette a potenziale inquinamento mafioso, aggiornati periodicamente a fronte di controlli mirati.

2.4. Il Codice disciplina, all'art. 12, i controlli sull'aggiudicazione e sul contratto <sup>(51)</sup>. Si tratta di norme ricognitive piuttosto che inno-

---

<sup>(49)</sup> L'Autorità, inoltre, invia annualmente al Parlamento e al Governo una relazione a proposito dello stato complessivo di efficienza del settore degli appalti pubblici, indicando le maggiori disfunzioni con particolare riferimento alla frequenza del ricorso a procedure di affidamento non concorsuali, alla non adeguatezza della pubblicità dei bandi o al numero delle sospensioni dei lavori o delle varianti in corso d'opera.

<sup>(50)</sup> Nell'Audizione del Presidente dell'AvCP alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, cit., si legge che «va segnalata l'opportunità di estendere anche ai servizi e forniture l'obbligo di trasmissione in forma digitale, da parte delle stazioni appaltanti, della relazione dettagliata sul comportamento delle imprese sulla falsa riga di quanto previsto per gli appalti di lavori [...]. Tale relazione assume una particolare rilevanza, offrendo molteplici informazioni sulla condotta dell'operatore economico che ha eseguito il contratto. Analogamente, si ritiene necessario estendere anche ai servizi e forniture l'obbligo di rilascio e trasmissione all'Autorità, in forma standardizzata e digitale, del certificato di regolare esecuzione».

<sup>(51)</sup> Sul più generale rapporto tra controlli, responsabilità penale dei funzionari pubblici e corruzione «sistemica», si veda S. CASSESE, *Le disfunzioni dei controlli*

vative: queste richiamano, in particolare, l'art. 3 della legge 14 gennaio 1994, n. 20<sup>(52)</sup> nonché, al comma 4, le norme vigenti che contemplano controlli sui contratti pubblici al fine di prevenire illeciti penali.

Il sistema dei controlli esterni è incardinato sulla Corte dei conti che svolge un controllo preventivo nella fase di approvazione dei contratti pubblici, ossia nella fase di integrazione dell'efficacia degli stessi. Sono sottoposti a questo tipo di controllo i decreti che approvano i contratti attivi delle amministrazioni dello Stato, quelli passivi di appalto d'opera sopra la soglia comunitaria; altri contratti passivi, se di importo superiore ad un decimo del valore della soglia. Le Sezioni di controllo, esercitando un controllo di tipo successivo ma strettamente connesso a quello preventivo di cui si è detto, sono tenute a segnalare alla Procura della Corte dei conti eventuali disfunzioni nella gestione di denaro pubblico a carico di pubblici funzionari affinché questa possa verificare i presupposti di un eventuale danno erariale.

Nel caso in esame, il danno derivante da attività contrattuale può essere integrato da molteplici fattispecie che possono presupporre un fenomeno corruttivo alla base: errate contabilizzazioni in eccesso di lavori pubblici, percezioni di tangenti, erogazione indebita di compensi a dipendenti pubblici per la partecipazione a commissioni di gara, omessi incameramenti di cauzioni definitive prestate da appaltatori inadempienti, comportamenti dilatori dei direttori dei lavori.

Una forma di controllo imparziale, quale quello della Corte dei conti, è svincolata dalla politica. Si potrebbe argomentare che proprio la terzietà del controllo sia alla base della sua efficacia<sup>(53)</sup>. L'esperienza statunitense smentisce, almeno in parte, queste affermazioni. Il sistema dei controlli che sovrintende il *procurement* statunitense è estremamente pervasivo. La struttura del mercato degli appalti degli Stati Uniti condivide con quella italiana l'estrema frammentarietà<sup>(54)</sup> e decentralizzazione. Ciononostante, il controllo sui contratti pubblici

---

*amministrativi*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella Pubblica Amministrazione*, Bologna, il Mulino, 1993, 20-21. Sui profili più generali, ancora S. CASSESE, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, il Mulino, 2011.

<sup>(52)</sup> «Disposizioni in materia di giurisdizione e controllo della Corte dei conti».

<sup>(53)</sup> Sull'efficacia dei controlli esterni nel combattere la corruzione, A. BRANCASI, *I controlli. Profili generali*, in F. MERLONI, L. VANDELLI, *La corruzione amministrativa*, cit., 337 ss.

<sup>(54)</sup> K.V. THAI, D.A. DRABKIN, *US federal government procurement*, in L. KNIGHT et al., *Public Procurement. International Cases and Commentary*, Routledge, 2007, 89-103.

federali è in parte politico ed in parte affidato a regolatori di settori. Questo è infatti affidato ad alcune commissioni permanenti del Congresso e, *ratione materiae*, a tre *Acquisition Regulatory Councils* (*Federal Acquisition Regulatory Council*, *Defence Acquisition Regulatory Council*, *Civilian Acquisition Regulatory Council*) che uniformano le scelte di quantità e qualità degli affidamenti alle direttive dell'*Office of Management and Budget* (si tratta, anche in questo caso, di un *cabinet-level office* di emanazione politica).

Oltre che ad esigenze di centralizzazione del *procurement* federale, le scelte organizzative dell'amministrazione dei contratti negli Stati Uniti rispondono all'esigenza di minimizzare i rischi di corruzione e «cattura» dei decisori pubblici, anche fraudolenta, da parte di soggetti privati <sup>(55)</sup>. Non va dimenticato che oggi, come riconosciuto più volte dal *Government Accountability Office*, il monitoraggio dei contratti da parte della pubblica amministrazione statunitense rimane inadeguato, specialmente nella fase di esecuzione.

L'utilizzo delle centrali di committenza, così come sottolineato dalla dottrina giuridica italiana, permetterebbe un maggiore controllo sulle procedure di affidamento ed il raggiungimento di un grado più elevato di efficienza <sup>(56)</sup> e, proprio in ragione della terzietà dei funzionari preposti alle procedure di gara e della centralizzazione delle procedure, la minimizzazione dei rischi di corruzione <sup>(57)</sup>. Tuttavia, la

---

<sup>(55)</sup> Sul punto, J. FREEMAN, M. MINOW, *Government by Contract, Outsourcing and American Democracy*, Harvard University Press, 2009, in part. cap. 5.

<sup>(56)</sup> Alla centrale, composta da funzionari altamente specializzati ed indipendenti rispetto agli operatori economici, sarebbe affidata la gestione della gara, mentre alle stazioni appaltanti sarebbe affidata la gestione della fase esecutiva. Così M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, cit., 437 ss.

<sup>(57)</sup> Nell'Audizione del Presidente dell'AVCP alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, cit., si legge: «sul fronte della semplificazione si deve guardare con attenzione e fiducia all'istituto della Stazione Unica Appaltante, al fine di assicurare (come recita l'art. 10 del disegno di legge n. 3290 - Piano straordinario contro le mafie) la trasparenza, la regolarità e l'economicità della gestione dei contratti pubblici e di prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose. Oggi in Italia operano, come già ricordato, più di 13 mila stazioni appaltanti, spesso di piccole o piccolissime dimensioni, che a volte sono prive delle minime capacità tecniche per una corretta esecuzione delle procedure di gare e magari sono isolate sul territorio e quindi incapaci di opporsi a pressioni esterne, soprattutto se queste sono di tipo mafioso. Una riduzione ed una razionalizzazione delle stazioni appaltanti darebbe un forte impulso all'azione di qualificazione delle stesse e consentirebbe condizioni per una più efficace azione di vigilanza».

dottrina economica <sup>(58)</sup> è restia nel ritenere l'esperienza delle centrali di committenza italiane, segnatamente della Consip s.p.a., come virtuosa: il basso grado di coordinamento tra Consip e le altre istituzioni del settore (in particolare, Ministero dell'economia e delle finanze, AVCP, AGCM) ha avuto un impatto negativo sulla capacità di monitoraggio, verifica della correttezza gestionale, accertamento dell'effettiva concorrenzialità dei bandi. Se, da un lato, l'accentramento può potenzialmente consentire forme di controllo maggiormente puntuali e approfondite, dall'altro questo può determinare, in pratica, gli ulteriori pesanti costi di cui si è accennato, nonché la possibilità che gli scambi corruttivi aumentino in ragione dell'accentramento delle relazioni tra soggetti economici e pubblici funzionari.

Infine, l'attività del responsabile del procedimento, così come configurata dal regolamento attuativo del Codice dei contratti pubblici, soggiace ad una serie di obblighi procedurali legati ai controlli. Infatti, il responsabile deve, entro sessanta giorni dal collaudo di opere relative a contratti sopra soglia, redigere un rendiconto, depositarlo presso la stazione appaltante che lo indirizzerà alla sezione giurisdizionale della Corte dei conti del luogo dove è avvenuta la stipula del contratto, con le proprie osservazioni. Copia dei mandati di pagamento emessi a favore dell'appaltatore al fine di corrispondergli eventuali maggiori somme dovranno essere inviati dal responsabile alla Procura regionale della Corte dei conti.

2.5. Il sistema di verifica della congruità dei prezzi dei materiali e delle prestazioni, previsto dall'art. 89 del Codice, ha un duplice scopo: da un lato, esso consente alle stazioni appaltanti di verificare gli scostamenti di prezzo tra prestazioni fornite al mercato e prestazioni fornite alle pubbliche amministrazioni, dall'altro, esso dovrebbe consentire alle stazioni appaltanti di concludere il contratto al miglior prezzo possibile, raffrontando quello di mercato al prezzo base di

---

<sup>(58)</sup> Sul punto, G. PIGA, *E pluribus unum? Una valutazione dell'esperienza Consip s.p.a.*, in *L'industria*, n. 2, 2009, 225-243; G.L. ALBANO, R. CAVALLO PERIN, G. RACCA, *The Safeguard of Competition in the Execution Phase of Public Procurement: Framework Agreements as Flexible Competitive Tools*, Consip Working Paper, Roma, 2010; G.L. ALBANO, R. ZAMPINO, *The Integrity of Centralized Procurement Processes in Italy: What Do Data about the Management of National Frame Contracts Tell Us?*, Consip Working Paper, Roma, 2011.

bandi o inviti, al limite dell'anomalia nelle offerte, alla soglia di convenienza <sup>(59)</sup> dell'aggiudicazione (art. 89, comma 1, del Codice).

Proprio l'inosservanza di questo sistema determina, spesso, le enormi lievitazioni di costi delle opere e la possibilità di accumulare somme di denaro non utilizzate per l'esecuzione. La differenza tra il corrispettivo artificiosamente elevato ed i costi effettivamente sostenuti dall'appaltatore può rappresentare il prezzo di uno scambio occulto tra aggiudicatario e pubblici funzionari.

Uno dei sistemi che il legislatore ha scelto per temperare la lievitazione dei costi, fittizia o meno, è l'obbligo di adesione alle convenzioni nazionali stipulate dalla Consip, mediante procedure ad evidenza pubblica <sup>(60)</sup>, per l'acquisto di beni e servizi a prezzi e condizioni già determinate da fornitori selezionati <sup>(61)</sup>. L'obbligo è inderogabile per le amministrazioni statali. È invece derogabile per le altre amministrazioni, purché rispettino i relativi parametri di prezzo e qualità come tetto massimo per l'acquisto degli stessi beni o servizi <sup>(62)</sup>. Si suppone che la centralizzazione delle procedure di acquisto possa generare criteri di valutazione dei prezzi uniformi e rispondenti alla logica del costo *standard*, vicino al costo medio nazionale, in modo da evitare che il denaro pubblico sia accumulato in forme improduttive. Sulla parziale inefficienza di questo sistema si rimanda al paragrafo precedente.

Secondo una consolidata tendenza giurisprudenziale <sup>(63)</sup>, i requisiti di capacità economica, finanziaria, tecnica, professionale previsti dalle stazioni appaltanti nei bandi, ulteriori e maggiormente restrittivi di quelli previsti *ex lege*, sono legittimi purché logici e ragionevoli in

---

<sup>(59)</sup> La stazione appaltante, nel caso in cui accerti la non convenienza del corrispettivo risultante dalla procedura di affidamento, è legittimata a non aggiudicare la gara.

<sup>(60)</sup> G.D. COMPORI, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, n. 2, 2007, 240; D. GENNARI, *L'attività contrattuale della pubblica amministrazione e la vis espansiva della c.d. «evidenza pubblica comunitaria»*, in *App. contr.*, n. 5, 2009, 44-59.

<sup>(61)</sup> L'art. 89, comma 2, del Codice rimanda all'art. 26, comma 3, della l. n. 23 dicembre 1999, n. 488.

<sup>(62)</sup> Al di fuori di questi obblighi, l'art. 89, comma 2, richiama, a fini di orientamento sui prezzi «i costi standardizzati determinati dall'Osservatorio ai sensi dell'art. 7, gli elenchi prezzi del Genio civile, nonché listini e eventuali prezzari di beni, lavori, servizi, normalmente in uso nel luogo di esecuzione del contratto, eventuali rilevazioni statistiche e ogni altro elemento di conoscenza».

<sup>(63)</sup> Sul punto, R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 147 ss.

relazione all'oggetto e allo scopo dell'appalto<sup>(64)</sup>. I cosiddetti «bandi fotografia», ossia quelli predisposti in base alle caratteristiche specifiche di un determinato concorrente, possono celare un accordo occulto tra amministrazione ed imprenditore che sfocia nell'aggiudicazione per un importo fittiziamente elevato e non congruo rispetto a quello che si sarebbe raggiunto in condizioni di concorrenza. Il Codice non prevede una norma, ad integrazione del generale principio di proporzionalità dell'attività amministrativa che vieti espressamente la predisposizione di «bandi fotografia». Porre un vincolo alle stazioni appaltanti, nel senso appena descritto, si tradurrebbe in immediati vantaggi per i concorrenti. Il controllo sulla legittimità dei requisiti ulteriori e, di fatto, sull'applicazione del principio di proporzionalità da parte delle stazioni appaltanti nella predisposizione del bando, degli avvisi e dei capitolati sarebbe a carico del giudice amministrativo.

Il disegno di legge anticorruzione prevede che l'AVCP integri l'attuale sistema di qualificazione con «parametri reputazionali oggettivi» basati sul comportamento tenuto dalle imprese e con schemi di valutazione standardizzati ed utilizzabili da tutte le stazioni appaltanti. Senza dubbio, la strategia di prevenzione della corruzione in questione permetterebbe alle stazioni appaltanti un maggiore grado di conoscibilità dei contraenti con cui, verosimilmente, potranno instaurare rapporti contrattuali.

Il rapporto tra reputazione consolidata e piena concorrenzialità del mercato va, tuttavia, attentamente bilanciato: l'introduzione di parametri reputazionali oggettivi, locuzione dal senso quantomeno oscuro, può rappresentare una vera e propria barriera all'ingresso per i nuovi entranti e un fattore di rigidità dei bandi di gara. Inoltre, la predisposizione di parametri oggettivi non può basarsi solo ed esclusivamente sulla reputazione dei soggetti: se si accetta che la reputazione sia una mera valutazione sociale, deve accettarsi anche che i parametri della reputazione difficilmente potranno essere oggettivi.

L'esperienza del *procurement* statunitense suggerisce alcune delle condizioni necessarie affinché i sistemi valutativi della reputazione siano efficaci<sup>(65)</sup>. L'idea di fondo alla base della valutazione della *contractor performance*, fondata su una commistione di elementi og-

---

<sup>(64)</sup> Qualora non lo fossero, la tutela degli altri concorrenti sarebbe garantita in sede giurisdizionale invocando l'eccesso di potere.

<sup>(65)</sup> E. IOSSA, P. REY, *Building Reputation for Contract Renewal: Implications for Performance Dynamics and Contract Duration*, CEIS Research Paper, n. 155, 2010.

gettivi e soggettivi, è stata attuata negli anni Novanta negli Stati Uniti ad opera dell'*Office of Federal Procurement Policy* <sup>(66)</sup> e potrebbe rappresentare una soluzione facilmente recepibile dall'ordinamento italiano. Ogni pubblica amministrazione statunitense predispone valutazioni degli appaltatori sulla base delle precedenti relazioni contrattuali. Tali valutazioni considerano alcuni criteri oggettivi (qualità della prestazione eseguita, rapporto tra costo complessivo finale e costo iniziale stimato, rapporto tra tempi effettivi di esecuzione e tempi iniziali stimati) e, in parte minore, alcuni altri criteri soggettivi (comportamento complessivo dell'appaltatore). A questi elementi viene assegnato un certo punteggio ai fini dell'assegnazione dei futuri contratti. Questa specifica regola ha il vantaggio di affiancare all'oggettività del comportamento dell'appaltatore un parametro del suo contegno soggettivo e, parimenti, di rendere rilevanti entrambi questi aspetti ai fini dell'assegnazione del contratto.

3. La corruzione si presenta come uno degli strumenti <sup>(67)</sup> per mezzo dei quali singoli individui, organizzazioni criminali o di stampo mafioso <sup>(68)</sup> condizionano lo svolgimento delle gare pubbliche o cercano di evitarne lo svolgimento <sup>(69)</sup>. La disamina che segue tenta di far

---

<sup>(66)</sup> Il *Federal Acquisition Streamlining Act* del 1994 ed il *Federal Acquisition Reform Act* del 1995 hanno completato l'opera di riforma del *procurement* statunitense. Si veda, *amplius*, L. PICCI, *Reputation-Based Governance of Public Works*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2006, 174 ss.

<sup>(67)</sup> V.O. KEY JR., *The Techniques of Political Graft in the United States*, University of Chicago, 1936, *passim*. Si veda anche D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *The Hidden Order of Corruption. An Institutional Approach*, Burlington, Ashgate, 2012.

<sup>(68)</sup> Sul punto, occorre ribadire che «la corruzione resta perciò nei rapporti con le pubbliche istituzioni l'arma principale della mafia perché caratterizzata dal silenzio, dal coinvolgimento del destinatario [...]». Così L. VIOLANTE, *Corruzione e mafia*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, cit., 76. Sulla «mafia imprenditrice», P. ARLACCHI, *La mafia imprenditrice. L'etica mafiosa e lo spirito del capitalismo*, Bologna, il Mulino, 1983; M. CENTORRINO, F. OFRIA, *L'impresa mafiosa*, in *Segno*, vol. 243, 2002, 77-80, cit. in L. FIORENTINO, *Attività di impresa della criminalità organizzata e distorsioni della concorrenza*, intervento agli incontri seminariali «Cultura e legalità per lo sviluppo, l'impresa criminale organizzata e il libero mercato», Casal di Principe, 17 aprile 2009.

<sup>(69)</sup> J.S. HELLMAN, G. JONES, D. KAUFMANN, M. SCHANKERMAN, *Measuring Governance, Corruption, and State Capture. How Firms and Bureaucrats Shape the Business Environment in Transition Economies*, The World Bank, Policy Research Working Papers, n. 2312, 2000. In aggiunta, può richiamarsi la celebre frase di Piercamillo Davigo, citata in M.G. VIVARELLI, *Il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, n. 2, 2009, 359, che testimonia come il fenomeno della corruzione sia

luce sui principali rischi di corruzione legati all'attuale disciplina dei contratti pubblici <sup>(70)</sup>. Tali rischi, a ben guardare, possono sussistere anche nella fase «politica» di stanziamento di risorse economiche per il finanziamento degli appalti pubblici, antecedente a quella di progettazione dell'opera o di pubblicazione del bando, ma non direttamente regolata dalla normativa sugli appalti pubblici. La trattazione non si occuperà di questo tema, limitandosi ad esaminare la corruzione che ricorre nell'ambito dell'attività negoziale tra pubbliche amministrazioni e privati così come regolata dalla normativa italiana.

3.1. Il vigente sistema di attestazione tecnico-organizzativa degli appaltatori è intrinsecamente debole, nonostante sia finalizzato a ridurre le asimmetrie informative tra operatori economici e stazioni appaltanti, affidando ad organismi specializzati tale compito e superando il tradizionale sistema basato sull'Albo nazionale costruttori <sup>(71)</sup>. Tale debolezza è il risultato, secondo l'AVCP, del perdurante utilizzo di personale esterno non inquadrato nell'organico delle SOA <sup>(72)</sup> (a cui si possono attribuire, in massima parte, le numerose falsificazioni delle attestazioni) e delle continue cessioni di aziende o rami d'azienda atte a far «rivivere» i requisiti di società estromesse dal mercato per irregolarità fiscali, amministrative o penali, in nuove società che acquisiscono il diritto ad utilizzare le certificazioni.

Secondo una prospettiva più generale, il punto di maggiore tensione e criticità del sistema di attestazione è la sua configurazione privatistica, imperniata su società *profit* che competono tra loro per guadagnare quote di mercato, ma la cui attività è volta all'esercizio di una pubblica funzione <sup>(73)</sup>.

---

ancora forte e diffuso, nonostante la stagione di «Mani pulite»: «gli organi repressivi esercitano sulla devianza criminale la funzione tipica dei predatori: migliorano la specie predata. Abbiamo acchiappato le specie più lente, lasciando libere quelle più veloci».

<sup>(70)</sup> G. CASTRONOVO, *Corruzione nel campo degli appalti pubblici: i termini del problema*, in *Amm. it.*, n. 3, 1993, 391-410.

<sup>(71)</sup> A. MALTONI, *Il conferimento di potestà pubbliche ai privati*, Torino, Giappichelli, 2005, 344-356.

<sup>(72)</sup> AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, *Relazione annuale 2008*, Senato della Repubblica, Roma, 25 giugno 2009, 10. I «promotori», a detta della AVCP, compongono il personale esterno di cui le SOA si avvalgono.

<sup>(73)</sup> Sulla natura privatistica delle SOA si era espresso il Consiglio di Stato in sede consultiva, chiamato a pronunciarsi sullo schema di regolamento istituito il sistema di qualificazione. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, con propria determi-

La SOA, infatti, è una società di capitali titolare di una potestà pubblica, ovvero l'attività di attestazione da espletarsi su autorizzazione revocabile dell'AvCP, e dei relativi controlli tecnici sull'organizzazione e sulla produzione delle imprese appaltatrici, nonché quelli sulla loro capacità operativa, economica e finanziaria. Un nodo ancora da sciogliere a tal proposito è rappresentato dalla mancanza di vincoli sulla composizione azionaria delle SOA: il conflitto di interessi che può ingenerarsi dalla possibilità che soci di una società operante nel settore dei lavori pubblici possano contemporaneamente essere soci di una SOA è potenzialmente foriero di distorsioni gestionali e rischi di corruzione. Sul punto, un intervento legislativo al fine di regolare le partecipazioni azionarie sarebbe auspicabile.

Il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici ha cercato di rafforzare il sistema delle SOA seguendo due direttrici principali: in primo luogo, è stato previsto il riconoscimento della loro natura pubblicistica, con conseguente applicazione delle sanzioni penali a carico dei pubblici funzionari nell'espletamento della loro funzione e degli effetti dell'azione di responsabilità davanti alla Corte dei conti; in secondo luogo, è stata potenziata l'attività dell'AvCP<sup>(74)</sup>. In secondo luogo, quale forma di collegamento con le misure inerenti la risoluzione discrezionale del contratto fra appaltatore e stazione appaltante nel caso di misure di prevenzione o sentenze passate in giudicato a carico dell'appaltatore, il correttivo ha previsto che se l'appaltatore ha prodotto falsa documentazione ed ha indotto in errore la SOA al fine del rilascio dell'attestazione, il responsabile del procedimento sarà obbligato a risolvere il contratto.

L'AvCP esercita, nel campo delle attività di attestazione, poteri di

---

nazione del 27 luglio 2000, n. 41, ha invece preferito porre l'accento sul rilievo pubblicistico delle funzioni ad esse attribuite, da esercitarsi secondo i principi fondamentali che regolano l'attività amministrativa. Il secondo decreto correttivo (art. 3, lett. f), n. 1) ha modificato l'art. 40, comma 3, del Codice prevedendo che «le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica» e che, in caso di certificazioni false, queste sono soggette alle norme del Codice penale in materia di falso materiale e falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico (artt. 476 e 479 c.p.). Sul punto, G. CIAGLIA, *La disciplina dei contratti pubblici tra innovazioni introdotte dal secondo decreto correttivo e (almeno parziali) conferme della Corte costituzionale. Le norme regolamentari in materia di Durc e Soa*, in *Uff. tec.*, n. 1, 2008, 72.

<sup>(74)</sup> Sul punto, C. LACAVA, *Il secondo correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Gior. dir. amm.*, n. 12, 2007, 1263 ss.; G. CHINÉ, *Il secondo correttivo al Codice dei contratti pubblici*, in *Corr. mer.*, n. 10, 2007, 1199 ss.

amministrazione attiva che possono prevenire i rischi di corruzione. Questa, infatti, autorizza le SOA a svolgere la loro attività, può dichiarare la decadenza dell'autorizzazione, può segnalare alla competente autorità giudiziaria in caso di comportamento illecito a rilevanza penale da parte di una SOA, può accertare il contenuto della qualificazione e, può, inoltre, sospendere in via cautelare l'efficacia delle attestazioni, annullarle o revocarle in caso di inerzia della SOA rispetto ad un invito a provvedere atto ad accertare la reale sussistenza dei requisiti o in caso di dichiarazioni mendaci o produzione di falsa documentazione che risultino dal casellario informatico, sanzionare gli organismi di attestazione <sup>(75)</sup>.

I documenti di attestazione e qualificazione che l'AvCP vaglia sono oggetto di una ulteriore e specifica forma di trasparenza. La banca dati dei certificati esecuzione lavori (CEL), informatizzata e centralizzata, è nata per contrastare il fenomeno dell'utilizzo di certificati falsi per il conseguimento dell'attestazione di qualificazione e ha permesso di sostituire al CEL prima rilasciato in forma cartacea quello predisposto in via telematica, da redigere e trasmettere *on line* all'AvCP sulla base di modelli predefiniti. La banca dati permette di conoscere quali opere pubbliche sono in fase di esecuzione e quali criticità emergono dall'esecuzione <sup>(76)</sup>.

Ad oggi, i certificati relativi all'esecuzione delle prestazioni di servizi e forniture (CEP) non devono essere trasmessi all'AvCP e non confluiscono in un'unica banca dati elettronica, sebbene il settore dei servizi e delle forniture conosca, similmente a quello dei lavori, il fenomeno delle false certificazioni. Le regole predisposte in vista di una maggiore forma di trasparenza, utile strumento per prevenire la corruzione, non sembrano sufficienti a garantirla: non è chiara, infatti, la ragione alla base della differente disciplina dei CEL e dei CEP che è stata brevemente richiamata.

---

<sup>(75)</sup> L'AvCP può irrogare sanzioni pecuniarie graduabili a carico delle SOA inadempienti, a carico di imprese che si sono avvalse della qualificazione di un'altra impresa se non ne ricorrevano i presupposti o a carico di imprese che non dimostrino in sede di gara, qualora richiesto, i requisiti di partecipazione dichiarati prima della procedura.

<sup>(76)</sup> Categorie di lavorazione, stazioni appaltanti, ambito territoriale, subappaltatori, zone territoriali sensibili.

3.2. Il Codice, all'art. 54, indica nella procedura ristretta una modalità di scelta ordinaria del contraente <sup>(77)</sup>. È proprio sulle procedure ristrette che possono addensarsi gli interessi dei corruttori, volti a ricercare la partecipazione alle gare pubbliche con il minor numero possibile di concorrenti e, spesso, previo accordo occulto con i pubblici funzionari. L'estensione applicativa della «trattativa privata» sembra essere in aumento: sono intervenute, negli ultimi anni, disposizioni di legge che consentono espressamente il ricorso a procedure ristrette. Ad esempio, l'Ente Comitato di candidatura Expo-Milano 2015, in base alla legge 6 aprile 2007, n. 46, può derogare alle disposizioni di cui alla parte II, titolo II, del Codice dei contratti pubblici <sup>(78)</sup>.

La legge Merloni disciplinava la trattativa privata in maniera restrittiva, certamente in ragione della *ratio* della riforma degli appalti pubblici volta a regolare più rigidamente il settore. In materia di procedura negoziata senza bando, il Codice ha recepito quasi integralmente l'art. 31 della direttiva 2004/18/CE e alcune modifiche sono state apportate tramite il secondo decreto correttivo <sup>(79)</sup>. Inoltre, il Codice, oltre a ribadire il carattere facoltativo della procedura, tuttavia non utilizzabile per la scelta del concessionario, indica alcune garanzie procedurali, non presenti nella direttiva 2004/18/CE, che devono essere rispettate, quali trasparenza, concorrenza, qualificazione necessaria dei concorrenti.

---

<sup>(77)</sup> La c.d. «licitazione privata» per i lavori pubblici, disciplinata dalla legge Merloni, prevedeva che, a fronte di una richiesta da parte dell'operatore economico in possesso di tutti i requisiti richiesti, la stazione appaltante avesse l'obbligo di invitarlo a presentare un'offerta. Il Codice mantiene ferma questa impostazione (art. 55, comma 6). Due le eccezioni, in recepimento della procedura ristretta «comunitaria», già in vigore per servizi e forniture nei settori ordinari e per lavori, servizi e forniture nei settori speciali: l'obbligo di partecipazione non sussiste per l'affidamento di lavori di importo superiore ai 40 milioni di euro (art. 55, comma 6) e se si tratta di infrastrutture strategiche (art. 177). In questi due casi, secondo quanto introdotto dal secondo decreto correttivo, la stazione appaltante può ricorrere, solo per le procedure che prevedono la pubblicazione di un bando di gara, alla c.d. «forcella».

<sup>(78)</sup> Inoltre, ad esempio, la legge 24 dicembre 2007, n. 244, prevede che le cooperative ed i loro consorzi che operano prevalentemente in comuni montani e che si occupano, da loro statuto, di sistemazione e manutenzione agraria, forestale e del territorio, possono ricevere in affidamento diretto lavori riguardanti valorizzazione e manutenzione dell'ambiente, del paesaggio, di difesa del suolo, di bonifica, di produzione di fonti di calore alimentate da fonti rinnovabili di origine agricolo-forestale per un importo non superiore a 190 mila euro annui.

<sup>(79)</sup> Sul punto, si veda *amplius* R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 567 ss.

Tuttavia, l'assenza di disposizioni sul procedimento e sulle modalità di individuazione del contraente possono favorire il ricorso incontrollato all'istituto: «in linea generale, nella trattativa privata, a differenza di quanto si verifica per le altre procedure di scelta del contraente pubblico, aperte o ristrette, [...] il legislatore non ha tipizzato alcun procedimento amministrativo né una particolare modalità di individuazione dell'affidatario: essa avviene quindi con caratteri per molti versi analoghi a quelli delle trattative intercorrenti tra privati»<sup>(80)</sup>.

La sussistenza di condizioni di estrema urgenza improvvisi, imprevedibili, non imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici, nonché lo svolgimento di un'analisi di mercato<sup>(81)</sup> che accerti la necessità di ricorrere alla procedura ristretta rappresentano le principali occasioni di corruzione: le due circostanze, dichiarabili direttamente dalle stazioni appaltanti, non soggiacciono a controlli di sorta. L'unica tutela riservata ai concorrenti invitati potrebbe risiedere, in tal caso, nella richiesta di misure cautelari al giudice amministrativo. Ciononostante, l'assegnazione efficiente delle risorse pubbliche non può fondarsi unicamente su rimedi giurisdizionali: lo stesso quadro regolatorio deve proteggere i concorrenti da comportamenti opportunistici o illeciti da parte degli altri operatori economici, obbligando eventualmente le stazioni appaltanti a motivare il ricorso a procedure ristrette.

Non va certamente dimenticato che, in contesti ad elevata penetrazione criminale ed in condizioni di natura eccezionale, il ricorso alla specie della trattativa privata, associato ad alcune cautele procedurali come, ad esempio, l'affidamento della commissione di gara al Prefetto, può rappresentare un utile strumento per garantire trasparenza negli affidamenti e per scoraggiare le imprese colluse a presentare offerte.

3.3. Il subappalto è un istituto centrale dei rapporti tra pubblica amministrazione ed imprenditori nel settore degli appalti pubblici, capace di far nascere, in capo all'aggiudicatario, la possibilità di distribuire subcontratti in maniera largamente discrezionale. Un appaltatore, qualificato ed in regola con la disciplina antimafia, potrebbe

---

<sup>(80)</sup> Così M.A. SANDULLI, A. CANCRINI, *I contratti pubblici*, cit., 437 ss.

<sup>(81)</sup> Il caso più noto, a tal proposito, è la condanna da parte della Corte di Giustizia dell'Italia che affidava all'Augusta, senza esplicitare le ragioni che la spingevano a non cambiare fornitore, la produzione di elicotteri. L'affidamento non rientrava neppure nei casi tassativi di appalti di armi previsti dal diritto comunitario.

permettere a soggetti terzi, non altrettanto qualificati, di essere gli esecutori materiali <sup>(82)</sup>, in tutto od in parte, di opere finanziate con l'impiego di risorse pubbliche <sup>(83)</sup>. Come è stato rilevato dalla dottrina <sup>(84)</sup>, il subappalto contempera alcune esigenze del diritto comunitario, quali la garanzia della libertà nell'utilizzo dell'istituto e la trasparenza dell'operazione, ed alcune del diritto interno, volte ad evitare gli illeciti (corruzione o infiltrazioni mafiose). D'altra parte, l'esigenza di consentire alla stazione appaltante una sufficiente discrezionalità nella valutazione della qualità dei subappaltatori è sentita tanto dal diritto comunitario quanto dal diritto interno <sup>(85)</sup>.

La nozione di subappalto contenuta nel Codice, specie della più ampia figura del subaffidamento, è di natura sostanziale <sup>(86)</sup> ed ha applicazione generale: costituisce subappalto qualsiasi tipo di contratto di lavori, servizi, forniture, nei settori ordinari, speciali o per la realizzazione di infrastrutture strategiche, stipulato tra l'appaltatore ed un terzo per mezzo del quale alcune prestazioni appaltate sono eseguite da soggetti giuridici distinti dall'appaltatore stesso, con propria manodopera ed organizzazione <sup>(87)</sup>. Per tali motivi, anche i subappal-

---

<sup>(82)</sup> Nell'Audizione del Presidente dell'AvCP alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, cit., si legge, a proposito delle criticità dell'istituto del subappalto a livello concorrenziale, che: «alcune forniture come il calcestruzzo, non configurabili come subappalti, risultano rilevanti economicamente e richiedono particolare attenzione in relazione alla posizione dominante delle società che effettuano tali forniture. La presenza in Sicilia della società Calcestruzzi s.p.a. come unico fornitore di calcestruzzo [...] può verosimilmente attribuirsi all'esistenza di: [...] barriere di tipo "ambientale", create cioè da infiltrazioni criminali che impediscono ad altre imprese di operare nel settore [...]. Nei mercati in regime di monopolio l'unica impresa presente, detenendo l'intera quota di mercato, può operare con piena discrezionalità nello stabilire qualità e prezzo del prodotto fornito, cercando sostanzialmente di massimizzare i propri profitti imponendo prezzi elevati ed approfittando così dell'elevata concentrazione del mercato».

<sup>(83)</sup> F. CARINGELLA, L. TARANTINO, *Subappalto e normativa antimafia negli appalti pubblici*, Milano, Ipsoa - Urbanistica e appalti, 2001.

<sup>(84)</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 1078.

<sup>(85)</sup> F. GARRI, F. GARRI, cit., 635, a proposito della sentenza della Corte di Giustizia, 17 settembre 2002, C-513/99. Come precisato dalla stessa Corte, in riferimento alle direttive 1992/50/CE e 1993/38/CE, i fattori che la stazione appaltante deve valutare ai fini dell'aggiudicazione possono non essere di mera natura economica: altri valori «non economici» possono incidere sul valore dell'offerta presentata in sede di gara.

<sup>(86)</sup> Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2006, n. 518.

<sup>(87)</sup> In particolare, il Codice indica, all'art. 118, comma 11, che il subappalto è

tatori sono soggetti alla disciplina antimafia a carattere preventivo. Ad esempio, l'art. 118, comma 2, n. 4, non consente l'affidamento in subappalto o in cottimo qualora sussista nei confronti del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo, uno dei divieti<sup>(88)</sup> contenuti nell'art. 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575<sup>(89)</sup>. Il divieto vale anche in relazione ai raggruppamenti temporanei di imprese e alle società consortili, nelle ipotesi in cui le imprese riunite o consorziate non intendano eseguire direttamente le prestazioni scorporabili; alle associazioni in partecipazione, quando l'associante non intende eseguire direttamente le prestazioni assunte in subappalto; alle concessioni di opere pubbliche; agli affidamenti con procedura negoziata.

Gli ultimi due decreti correttivi hanno introdotto rilevanti modifiche alla disciplina del subappalto contenuta nel Codice. In generale, esso mostra un *favor* nei confronti dell'appaltatore che esegue in proprio i lavori, ossia con propri mezzi e personale<sup>(90)</sup> e pone una serie di limiti all'utilizzo dell'istituto, volti a renderlo trasparente. Il subappalto, infatti, deve essere autorizzato e soggiace a precisi limiti rispetto alle quote dei lavori subappaltabili o alle modalità con cui si possono subaffidare interi contratti. L'appaltatore dovrà necessariamente eseguire in proprio almeno il settanta per cento della categoria prevalente dei lavori ed almeno il settanta per cento dei servizi e delle forniture, in relazione all'importo complessivo del contratto. L'offerente, in sede di gara, è tenuto ad indicare quali prestazioni intenderà subappaltare in modo che la stazione appaltante sia in grado di

---

rappresentato da qualsiasi figura contrattuale che comprenda prestazioni, quali l'impiego di manodopera, che singolarmente costituiscano un importo superiore del due per cento rispetto alle prestazioni appaltate o di importo superiore a 100 mila euro qualora l'incidenza del costo della manodopera risulti superiore al cinquanta per cento dell'importo dell'intero contratto da affidare.

<sup>(88)</sup> Le persone alle quali è stata applicata, con provvedimento definitivo, una misura di prevenzione non possono ottenere concessioni di costruzione, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione, iscrizioni negli albi appaltatori o di fornitori di opere, beni e servizi riguardanti la pubblica amministrazione e nell'albo nazionale costruttori, hanno il divieto di concludere contratti di appalto, di cottimo fiduciario, di forniture di opere, beni o servizi riguardanti la pubblica amministrazione e relativi subcontratti, compresi i cottimi di qualsiasi tipo, i noli a caldo e le forniture con posa in opera.

<sup>(89)</sup> Così come sostituito dall'art. 3 della legge 19 marzo 1990, n. 55, ed integrato dalla legge 12 luglio 1991, n. 203 e dalla legge 7 agosto 1992, n. 356.

<sup>(90)</sup> L. MANZELLA, *Il subappalto alla luce del d.lgs. 152/2008 c.d. «terzo decreto correttivo» al codice degli appalti*, in *App. contr.*, n. 3, 2009, 25-29.

individuare ma non è tenuto ad indicare, in sede di offerta, i nominativi dei subappaltatori.

Tuttavia, con il terzo decreto correttivo, che ha abrogato il secondo periodo del comma 2 dell'art. 118 in seguito alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro l'Italia <sup>(91)</sup>, ogni vincolo in relazione alle categorie subappaltabili è venuto meno, così come alcune garanzie di trasparenza. Infatti, i lavori che non rientrano nella categoria prevalente sono liberamente subappaltabili ed i lavori ad elevato contenuto tecnologico ed alto grado di complessità tecnica che superino il quindici per cento del totale dei lavori sono subappaltabili se gli affidatari non sono in grado di eseguirli e se sussistono evidenti ragioni di convenienza economica.

Come detto, l'art. 118 subordina l'autorizzazione del subappalto al rispetto di alcune condizioni: indicazione da parte degli offerenti prima e dell'appaltatore poi dei lavori o delle parti dei lavori, servizi o forniture che si intendono subappaltare o concedere in cottimo, deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima dell'effettivo inizio dell'esecuzione delle prestazioni subappaltate e trasmissione della certificazione attestante che i subappaltatori posseggono i requisiti tecnici e quelli *ex art. 38* del Codice, non sussistenza, a carico del subappaltatore o dell'affidatario del cottimo uno dei divieti *ex art. 10* della legge 31 maggio 1965, n. 575. Nonostante ciò, sebbene ricorrano tutte le condizioni sopra elencate, è la stazione appaltante che deve autorizzare il subappalto o il cottimo: il subappalto di opere non autorizzato si configura come reato <sup>(92)</sup>. Invero,

---

<sup>(91)</sup> Sulle origini del terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, M. GRECO, A. MASSARI, *Gli appalti dopo il terzo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Rimini, Maggioli, 2008, 9-15; R. DE NICOLIS, *Le novità del terzo (e ultimo) decreto correttivo al codice dei contratti pubblici*, in *Urb. app.*, 2008, 1225. Alla procedura di infrazione (n. 2007/2309 e nota di costituzione in mora inviata il 1° febbraio 2008 dalla Commissione europea alla Rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea), si sono aggiunte una condanna da parte della Corte di Giustizia (15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, relativamente all'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia comunitaria), una sentenza della Corte di Giustizia (21 febbraio 2008, C-412/04) avverso alcune disposizioni della legge Merloni ed una lettera della Commissione europea (3 giugno 2008, n. 5455) che ha rilevato che talune disposizioni della legge Merloni, censurate dalla Corte di Giustizia, erano state riprodotte pedissequamente dal Codice dei contratti pubblici.

<sup>(92)</sup> Chi concede, anche di fatto, in subappalto o a cottimo le opere è punito con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è compreso tra un terzo

uno dei principali punti deboli della disciplina è costituito dai tempi del sub-procedimento di autorizzazione del subappalto. Decorsi quarantacinque giorni dalla ricezione della richiesta di informazioni prefettizie o immediatamente, se ricorrono ragioni di urgenza, le stazioni appaltanti possono concedere il subcontratto sotto condizione risolutiva costituita dall'accertamento successivo delle cause ostative *ex art. 10 della legge antimafia*. L'art. 118, comma 8, del Codice consente alle stazioni appaltanti trenta giorni, eventualmente prorogabili di altri trenta, per rilasciare la necessaria autorizzazione al subappalto. Scaduto il termine, maturano le condizioni per il silenzio-assenso. Se il termine di trenta giorni non fosse prorogato, l'assenso della stazione appaltante maturerebbe prima della scadenza del termine previsto per la ricezione dell'informativa antimafia. Ovvero, la stazione appaltante autorizzerebbe il subappalto senza conoscere l'eventuale presenza di una delle cause ostative previste dalla vigente legislazione antimafia <sup>(93)</sup>.

Meritano menzione, infine, il difficile coordinamento tra le norme in materia di avvalimento e l'art. 118 del Codice ed il rischio di corruzione legato alle prime. Quanto al primo punto, l'impresa ausiliaria potrebbe stipulare con la principale un contratto di affitto di azienda o di ramo d'azienda e, pertanto, non essere sottoposta alla disciplina del subappalto. Tuttavia, a prescindere da questa ipotesi, occorre chiedersi se i limiti <sup>(94)</sup> e la necessaria autorizzazione del

---

dell'opera concessa in subappalto o a cottimo ed un terzo dell'opera ricevuta in appalto. Il subappaltatore e dell'affidatario del cottimo sono puniti con l'arresto da sei mesi ad un anno e con un'ammenda il cui valore è pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo. È facoltà della stazione appaltante richiedere la risoluzione del contratto.

<sup>(93)</sup> Le linee tendenziali della giurisprudenza hanno tuttavia confermato la sussistenza della condizione risolutiva e della necessità di autorizzazione del subappalto da parte della stazione appaltante. Ciò detto, la soluzione generalmente accettata è quella che prevede, una volta scaduto il termine di trenta giorni non prorogato e, quindi, una volta maturato il silenzio-assenso, il decorrere di altri quindici giorni, utili per il recepimento dell'informativa antimafia, affinché l'esecuzione dei lavori possa essere avviata.

<sup>(94)</sup> In sintesi, è fatto divieto di subappaltare le prestazioni della categoria prevalente in misura superiore al trenta per cento del relativo importo, le opere oggetto di subappalto devono necessariamente essere individuate dal concorrente in sede di offerta, per le prestazioni oggetto di subappalto vanno applicati gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione con un ribasso massimo pari al venti per cento, l'esecuzione delle prestazioni subappaltate non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

subappalto da parte della stazione appaltante si applicano anche se il subappalto rientra nel rapporto di avvalimento e se, in ultima analisi. Una soluzione alla questione può essere approntata se si considera che, nel caso di avvalimento, impresa principale ed impresa ausiliaria sono solidalmente responsabili nei confronti della stazione appaltante per le prestazioni oggetto del contratto. Così non è nel caso di subappalto: l'impresa appaltatrice è l'unica responsabile verso la stazione appaltante e l'impresa subappaltatrice è responsabile solo ed esclusivamente nei confronti dell'appaltatrice. Pertanto, almeno sul piano della responsabilità, l'ipotesi di subappalto nell'ambito della figura dell'avvalimento appare di natura «speciale», ossia estranea all'ipotesi ordinaria prevista dall'art. 118 del Codice.

In merito al secondo punto, un operatore economico potrebbe cercare di «comprare», tramite uno scambio corruttivo, od ottenere illecitamente i requisiti di un'altra impresa <sup>(95)</sup> o, più semplicemente, diventarne subappaltatrice sfruttando le modifiche dell'art. 49 del Codice contenute nel primo decreto correttivo.

Quanto appena descritto determina almeno due conseguenze: la prima è che i limiti quantitativi previsti per il subappalto *ex art.* 118 vengono a cadere <sup>(96)</sup>; la seconda è che l'autorizzazione del subappalto, essendo doverosa, sottoposta a tutela penale e riferibile a qualsiasi istituto giuridico che permetta il subaffidamento, non viene meno. In caso di corruzione, la soluzione appena descritta comporta la permanenza del potere di autorizzazione in capo all'amministrazione rispetto all'utilizzo del subappalto «speciale». Ne derivano una maggiore tutela in capo alla stazione appaltante ed un margine di controllo maggiormente esteso. Parimenti, l'utilizzo dell'istituto tende ad espandersi, poiché cadono i limiti quantitativi imposti alle prestazioni subappaltabili, così come diventano più evidenti tutti i rischi di corruzione descritti di cui si è detto.

---

<sup>(95)</sup> L. FIORENTINO, *Attività di impresa della criminalità organizzata e distorsioni della concorrenza*, cit., 12, a proposito dei legami tra concorrenza ed azione amministrativa e delle criticità del meccanismo dell'aggiudicazione competitiva.

<sup>(96)</sup> Se l'avvalimento, come previsto, configura la necessità che l'impresa ausiliaria divenga subappaltatrice nei limiti dei requisiti prestati e questi superino il trenta per cento dell'importo delle prestazioni della categoria prevalente, il limite dell'art. 118 non può essere invocato.

3.4. L'art. 173 del Codice prevede che la realizzazione delle infrastrutture strategiche<sup>(97)</sup>, in deroga all'art. 53, possa essere oggetto di «concessione di costruzione e gestione» o di «affidamento unitario a contraente generale». Le procedure di progettazione, approvazione dei progetti e realizzazione di queste opere volevano essere, nell'intento del legislatore, più rapide di quelle ordinarie<sup>(98)</sup>. Il modello del contraente generale (*general contractor*) è mutuato dal diritto comunitario e si applica esclusivamente alla realizzazione delle infrastrutture strategiche e al *leasing* finanziario di opere pubbliche<sup>(99)</sup>. L'aggiudicazione degli affidamenti non può che avvenire mediante procedura ristretta. Il contraente generale realizza un'opera con piena discrezionalità circa i mezzi, rispettando le indicazioni «di scopo» della stazione appaltante, ma non la gestisce, come farebbe in regime di concessione di lavori pubblici.

Al contraente generale, così come al concessionario di lavori pubblici, è assegnata sostanziale autonomia nell'esecuzione dei lavori ad essi assegnati che gli permette di creare un vero e proprio mercato dei subaffidamenti e di gestire una rilevante rendita di posizione, suscettibile di scambi occulti. Il contraente generale può gestire l'esecuzione dell'opera, i subaffidamenti, le dovute attività collaterali e di progettazione, nonché le necessarie espropriazioni tramite delega in maniera libera, assoggettando i rapporti con i terzi a norme civilistiche, salvo quanto previsto dalle verifiche antimafia per i lavori pubblici (art. 176, comma 8, del Codice), quali la tracciabilità dei flussi finanziari<sup>(100)</sup> delle risorse totalmente o parzialmente utilizzate dal contraente

---

<sup>(97)</sup> Le infrastrutture di interesse nazionale sono individuate dall'art. 1, comma 1, della legge 21 dicembre 2001, n. 443, la c.d. «legge obiettivo sulle grandi opere», recante delega al governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive. Fatto salvo il rispetto della normativa comunitaria, la *ratio* della disciplina era quella di introdurre specifiche deroghe alla normativa vigente in materia di aggiudicazione e realizzazione di lavori pubblici.

<sup>(98)</sup> R. DE NICTOLIS, *Manuale degli appalti pubblici*, cit., 954.

<sup>(99)</sup> Come previsto dalla legge finanziaria per il 2007.

<sup>(100)</sup> La l. n. 13 agosto 2010, n. 136 ha introdotto, all'art. 3, l'obbligo di tracciabilità dei flussi finanziari connessi agli appalti pubblici o alle concessioni di lavori pubblici, imponendo ai soggetti interessati (appaltatori, subappaltatori, subcontraenti, concessionari di finanziamenti pubblici) l'obbligo di tenere conti bancari o postali sui quali devono transitare tutti i flussi finanziari collegati alle commesse pubbliche. Le stazioni appaltanti, compreso il contraente generale, dovranno inserire nel contratto una clausola risolutiva nel caso in cui la controparte non adempia al suddetto obbligo.

(ma non dai subaffidatari). Pertanto, oltre ad essere un appaltatore e a svolgerne pienamente il ruolo, il *general contractor* funge da amministrazione pubblica.

Nella fase di esecuzione, il contraente generale non subisce i poteri ispettivi e di verifica di un ufficio di direzione dei lavori interno all'amministrazione. Gli effetti che ne derivano sono almeno due: in primo luogo, l'aumento della concentrazione del mercato, ossia il plausibile verificarsi del fenomeno delle cordate e dell'utilizzo frequente del collegamento tra servizi ed esecuzione dei lavori pubblici; in secondo luogo, l'aumento della possibilità delle infiltrazioni mafiose <sup>(101)</sup> che possono esercitare pressioni corruttive non più sull'amministrazione appaltante ma direttamente sull'affidatario.

Il Codice (artt. 186-193 <sup>(102)</sup>) è intervenuto per temperare l'elevato grado di discrezionalità affidato al contraente generale, disciplinandone il sistema di qualificazione, nettamente distinto da quello ordinario gestito dalle SOA. L'attestazione del possesso dei requisiti del *general contractor* è affidata direttamente dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. I requisiti richiesti sono più stringenti, in relazione al sistema di qualità aziendale, alla durata della validità dei requisiti (tre anni anziché cinque), all'avvalimento (escluso), alla partecipazione ad un'ATI <sup>(103)</sup> (consentita se tutti i partecipanti sono qualificati come contraenti generali), alle garanzie globali di esecuzione di cui all'art. 129, comma 3, del Codice (da prestare obbligatoriamente), alla disciplina delle varianti (a carico del contraente generale se emendano i vizi del progetto d'opera o per integrarne il contenuto).

Secondo l'art. 176, comma 3, lett. e), il contraente generale è

---

Secondo quanto rimarcato dall'AVCP, l'obbligo di tracciabilità non sussiste per le società *in house* nei confronti dell'amministrazione che esercita il controllo analogo, per le società che realizzano prestazioni di lavori, servizi o forniture in economia rispetto all'amministrazione committente.

<sup>(101)</sup> ALTO COMMISSARIO PER LA PREVENZIONE E IL CONTRASTO DELLA CORRUZIONE E DELLE ALTRE FORME DI ILLECITO NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE, *Studio su i pericoli di condizionamento della pubblica amministrazione da parte della criminalità organizzata*, Roma, giugno 2006, 50 ss.

<sup>(102)</sup> La disciplina era originariamente contenuta nel d.lgs. 10 gennaio 2005, n. 9, che ha integrato la disciplina del d.lgs. 20 agosto 2002, n. 190.

<sup>(103)</sup> La norma è disapplicata per contrasto con il diritto comunitario sotto il profilo della proporzionalità e della non discriminazione: le restrizioni in tema di ATI avrebbero escluso dalle gare i contraenti generali di minori dimensioni che non avrebbero potuto associarsi con altre imprese, anch'esse di piccole dimensioni. Si veda, sul punto, Tar Lazio-Roma, sez. III, 2 ottobre 2007, n. 9630.

tenuto a stipulare appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza, prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori e al successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. Tali accordi vengono definiti dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) in base alle indicazioni del CASGO, insieme al Ministro della giustizia e al Ministro delle infrastrutture. Il CIPE delinea specifici «protocolli di legalità» che comportano l'impegno da parte dell'impresa aggiudicataria, che deve trasferire tale obbligo anche alle imprese interessate alla realizzazione dei lavori, di denunciare tentativi di influenze indebite. È effettuata una valutazione del comportamento dell'impresa aggiudicataria ai fini dell'ammissione ad eventuali future procedure ristrette in caso di mancata ottemperanza del suddetto obbligo. Inoltre, il CIPE definisce misure di monitoraggio <sup>(104)</sup> per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa includenti il controllo dei flussi finanziari legati alla realizzazione dei lavori, quello dei flussi finanziari connessi a risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori, indicando i soggetti sottoposti al controllo, le modalità attraverso le quali espletarlo, il valore-soglia delle transazioni finanziarie oggetto del controllo <sup>(105)</sup>.

---

<sup>(104)</sup> Il reperimento dei fondi destinati all'attività di monitoraggio è a carico del soggetto aggiudicatore che predispone, nel bando, un'aliquota forfetaria, non sottoposta al ribasso d'asta, ragguagliata all'importo complessivo dell'intervento, secondo valutazioni preliminari che il contraente generale è tenuto a recepire nell'offerta formulata in sede di gara. Con riferimento alle opere strategiche *ex art.* 180, gli oneri relativi alle procedure per il monitoraggio delle infrastrutture e degli insediamenti industriali al fine di prevenire e reprimere tentativi di infiltrazione mafiosa sono posti a carico dei fondi del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Pertanto, quando si tratta di un insediamento con le caratteristiche di cui all'art. 253 o di cui all'art. 274, alla normativa antimafia che l'art. 247 mantiene «ferma», si affiancano una serie di obblighi di natura contrattuale in capo all'aggiudicatario e alle altre imprese interessate ad eseguire parte dei lavori, contenuti in accordi-quadro elaborati dal CIPE allo scopo di prevenire i tentativi di estorsione, l'impiego di risorse finanziarie di provenienza illecita o forme di corruzione.

<sup>(105)</sup> L'art. 274, comma 1-*bis*, richiama la disciplina fin qui esposta che si estende, ricomprendendo anche i progetti individuati dal Ministro delle infrastrutture di importo superiore a 250 milioni di euro interconnessi con altri sistemi di collegamento su scala europea o particolarmente complessi, dal punto di vista progettuale e tecnico, tali da richiedere un'unica logica realizzativa e gestionale, secondo quanto disposto dall'art. 253, comma 7, lett. f).

3.5. Per le varianti in corso di esecuzione vige il principio della tassatività: le stazioni appaltanti possono consentire varianti in corso d'opera unicamente se ricorre uno o più casi elencati nel Codice (art. 132, comma 1). Il rischio di corruzione è elevato, in relazione alle varianti, poiché il funzionario corrotto o il responsabile dei lavori possono certificare la necessità di una variante non supportata da verificabili ragioni di fatto: la diretta proporzionalità tra aumento di spesa da parte dell'amministrazione e prezzo dello scambio occulto rappresenta un indice del rischio.

Per quanto concerne le varianti c.d. «migliorative», ossia quelle varianti in aumento o in diminuzione che hanno lo scopo di migliorare la funzionalità dell'opera, escluse per l'appalto misto di progettazione ed esecuzione e disciplinate similmente per gli appalti di servizi e di forniture, sono ammesse solo se ricorrono circostanze sopravvenute ed imprevedibili che le rendono obiettivamente necessarie. La loro disciplina è, perlopiù, demandata al regolamento attuativo del Codice. Sono queste varianti che, se approvate, consentono o un aumento del prezzo della prestazione o un risparmio per l'appaltatore, il quale potrebbe accordarsi occultamente con il direttore dei lavori e con il responsabile unico del procedimento al fine di ottenere i vantaggi del caso.

Si può facilmente immaginare come le varianti, comportando l'aumento dell'importo da corrispondere all'appaltatore mediante l'utilizzo di somme già accantonate per imprevisti o generate dai ribassi ottenuti in sede di gara, possano prestarsi ad utilizzi occulti e al pagamento di tangenti. Per l'appunto, sia l'AvCP che la Corte dei conti sono concordi nel ritenere che l'uso smodato delle varianti copra parte della corruzione nel settore degli appalti pubblici: buona parte delle risorse che fanno lievitare i costi delle opere alimenta gli scambi occulti tra imprenditori, funzionari e politici. Nella *Relazione annuale* del 2009, l'AvCP ha fornito alcuni dati sugli scostamenti di costo a seguito di varianti in corso d'opera <sup>(106)</sup>, in tendenza crescente rispetto al quinquennio precedente: lo scostamento medio, per ogni classe di importo, è stato di circa il dodici per cento sul valore totale dell'affidamento, con un picco di circa il quattordici per cento per la classe con i valori compresi tra cinque e quindici milioni di euro.

L'utilizzo delle varianti in corso d'opera, come accennato, ha uno

---

<sup>(106)</sup> Escluse quelle disposte dal direttore dei lavori e di valore pari o inferiore al cinque per cento dell'importo dell'affidamento.

stretto legame con i ribassi in sede di svolgimento della gara. In particolare, l'adozione del criterio del massimo ribasso rispetto al prezzo a base d'asta può favorire le cordate <sup>(107)</sup>, ossia i gruppi di imprese che partecipano separatamente ad una gara. Le imprese, in forza di un accordo preventivamente formulato al fine di favorirne una, possono abbandonare la gara, parteciparvi con il solo intento di far lievitare il prezzo rispetto a quello a base d'asta e permettere così all'impresa aggiudicataria di offrire il massimo ribasso possibile. Questa, in forza di un successivo accordo di natura corruttiva, può facilmente ottenere elevati margini di profitto grazie alla concessione di varianti ingiustificate.

4. Il paragrafo seguente cercherà di far luce su alcune occasioni di corruzione <sup>(108)</sup>, legate in modo non specifico a singoli istituti del Codice dei contratti pubblici, bensì a particolari condizioni contestuali, a prassi o a precise scelte delle amministrazioni. L'adozione di un provvedimento di segretazione o di ordinanze contingibili e urgenti, così come la scelta di esternalizzare servizi strumentali all'amministrazione, sono le occasioni prescelte. La loro presenza nel mercato degli appalti pubblici italiano, come più volte ribadito dalla magistratura contabile e dall'AVCP, comportano specifici rischi di corruzione, facilitati dall'assenza di controlli e dalla loro ricorrenza, spesso ingiustificata.

4.1. Gli appalti c.d. «segretati», ossia quelli che le amministrazioni mantengono «segreti» e sottraggono alla disciplina dei contratti pubblici, non sono soggetti all'evidenza pubblica e alla vigilanza dell'AVCP. Le deroghe alla disciplina dell'evidenza pubblica non riguardano unicamente la segretezza. Queste interessano anche il regime dell'aggiudicazione: la pubblicità delle procedure di affidamento, secondo quanto espressamente disposto dall'art. 17 del Codice, non è obbligatoria. Il regime dei controlli si sostanzia, inoltre, unicamente in

---

<sup>(107)</sup> Il punto è sottolineato dalla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare nella sua *Relazione conclusiva* del 19 febbraio 2008.

<sup>(108)</sup> Le occasioni di corruzione vengono definite «luoghi della corruzione» nel *Rapporto del Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione*, cit., 7.

quello successivo da parte della Corte dei conti che si pronuncia sulla «regolarità, correttezza ed efficacia della gestione» <sup>(109)</sup>.

Con il secondo decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici, l'ambito di applicazione delle deroghe è stato esteso anche all'amministrazione della giustizia. L'art. 17 del Codice, escludendo che le norme ivi contenute siano applicabili a questo genere di appalti, non fa altro che recepire gli artt. 14 e 57 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 21 della direttiva 2004/17/CE, nonché la disciplina contenuta nella l. 11 febbraio 1994, n. 109, che ne estende l'ambito di applicazione anche ai servizi e alle forniture. Tuttavia, è l'ordinamento italiano che ha mancato di predisporre, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia <sup>(110)</sup>, forme di contendibilità degli affidamenti segreti ma non urgenti ed indifferibili e, parimenti, un sistema di minima trasparenza che, seppur esterno alla disciplina dei contratti pubblici, avrebbe contribuito ad aumentare il regime della tutela, come sarà precisato tra breve.

Si pensi, a tal proposito, all'art. 33 della legge quadro sui lavori pubblici e all'art. 82 del suo regolamento generale di attuazione <sup>(111)</sup> che, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, avrebbero potuto sottoporre gli appalti segreti a procedure di gara se l'oggetto fosse stato sì necessariamente segreto ma non urgente ed indifferibile, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di scegliere procedure concorsuali per l'aggiudicazione <sup>(112)</sup>, secondo quanto affermato dalla magistratura contabile.

Il Codice dei contratti pubblici consente l'applicazione dell'art. 17 se l'oggetto del contratto deve essere mantenuto segreto, eliminando ogni riferimento all'urgenza e all'indifferibilità, e non prevede una

---

<sup>(109)</sup> In tal caso, il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS) della Presidenza del Consiglio dei Ministri dovrà autorizzare il subappalto e verificare che tutte le imprese subappaltatrici siano in possesso della necessaria abilitazione di sicurezza.

<sup>(110)</sup> Corte di giustizia europea, 13 marzo 1984, C-16/83 e, in ultimo, 2 ottobre 2008, C-157/06.

<sup>(111)</sup> D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il «Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni».

<sup>(112)</sup> L'art. 17, comma 1, contiene la disposizione per cui le opere, i servizi e le forniture in questione «possono» essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici. Per una ricostruzione interpretativa, si veda V. REALE, *La disciplina degli appalti segreti o connessi a speciali misure di sicurezza*, in *Nuova rass.*, n. 9, 2007, 947-953.

pre-gara informale. Pertanto, i soggetti richiamati al comma 1 possono avvalersi della disciplina degli appalti segreti per tutte le attività «di istituto», non essendo più necessaria l'urgenza e l'indifferibilità dell'oggetto del contratto da stipulare.

La possibilità di avvalersi della disciplina della segretezza è incardinata su presupposti sia soggettivi che oggettivi che ne dovrebbero limitare la portata. Il corollario dei limiti è, tuttavia, l'alto grado di discrezionalità politica che ne li rende estremamente flessibili: il legislatore può ampliare il novero dei soggetti che possono avvalersi degli appalti segreti (si pensi all'art 4, comma 4-*bis*, della legge 3 agosto 2009, n. 102 <sup>(113)</sup>); la segretezza può essere attivata nei casi in cui disposizioni di fonte secondaria prevedano speciali misure di sicurezza o di segretezza per determinati appalti oppure se lo esiga la protezione di interessi essenziali alla sicurezza o alla difesa dello Stato; il Ministro competente può dichiarare, con provvedimento motivato ad elevato contenuto discrezionale, le opere, i servizi o le forniture da considerarsi «segreti» <sup>(114)</sup> o «eseguibili con speciali misure di sicurezza».

Il disegno di legge anticorruzione, all'art. 6, propone una modifica minima in tema di segretezza, affidando ai soli dirigenti di uffici dirigenziali generali l'adozione di provvedimenti motivati circa le opere, i servizi e le forniture da considerarsi oggetto di applicazione dell'art. 17 del Codice dei contratti pubblici. Appare evidente che la modifica proposta non vada nella direzione di un deciso aumento della trasparenza, ma di un timido accentramento delle decisioni in materia di segretezza dei contratti di enti o amministrazioni usuarie, peraltro già confermato dal legislatore nel 1993 e dalla successiva giurisprudenza contabile ed amministrativa <sup>(115)</sup>.

Infine, vanno rimarcati due aspetti del problema in questione: la

---

<sup>(113)</sup> R. DE NICOLIS, *Le novità dell'estate in tema di appalti pubblici*, in *Urb. app.*, 2009, 1161.

<sup>(114)</sup> Il regio decreto 11 luglio 1941, n. 1161, contiene la nozione di «segretezza» e degli obblighi di segreto, soprattutto di quelli riguardanti il divieto di divulgazione di notizie. La legge 3 agosto 2007, n. 124, che ha abrogato la legge 24 ottobre 1977, n. 801, disciplina il segreto di Stato.

<sup>(115)</sup> Un filone consolidato di giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte dei conti ha ribadito che, da un lato, è l'amministrazione usuaria dell'opera in costruzione che deve condurre la procedura di gara, così come indicato dall'art. 17, comma 2, e, dall'altro, alla procedura non può applicarsi il regime derogatorio contenuto nel Codice dei contratti pubblici se il Ministro non emana un decreto di segretezza. Si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. III, 14 luglio 1987, n. 884: la dichiarazione di segretezza per la realizzazione di un carcere non compete al Comune proprietario

tutela giurisdizionale e la qualificazione degli operatori economici. Sul primo punto, va detto che il regime del provvedimento di segretezza diverge da quello del provvedimento di sicurezza: gli effetti del primo non sono opponibili all'autorità giudiziaria in quanto questa non può acquisire od utilizzare le informazioni sulle quali viene apposta la segretezza mentre quelli del secondo possono essere fatti valere in giudizio. In questo caso, l'autorità giudiziaria dovrà curarne la conservazione e dovrà garantirne l'accesso alle parti. Sul secondo punto, va precisato gli operatori che eseguono i contratti segreti, così come gli incaricati della progettazione, della direzione dell'esecuzione e del collaudo, se esterni all'amministrazione, devono essere comunque in possesso dei requisiti di qualificazione disciplinati dal Codice dei contratti pubblici, nonché dell'abilitazione di sicurezza (art. 17, commi 3 e 6) disciplinata dal d.P.C.M. 7 giugno 2005 e dal d.P.C.M. 3 febbraio 2006. Da un lato, il legislatore ha negato la tutela giurisdizionale piena, dall'altro, ha predisposto un sistema di qualificazione incardinato sulle garanzie del «nulla osta di sicurezza» <sup>(116)</sup>.

4.2. Una delle maggiori «criticità sistemiche» che contraddistinguono il mercato degli appalti pubblici italiano è costituita dalla legislazione di emergenza. Questa permette alle stazioni appaltanti di derogare alle procedure contenute nel Codice, specialmente in forza di un'ordinanza di protezione civile <sup>(117)</sup>. Le ordinanze vengono utilizzate non solo come strumento per far fronte ad emergenze e a fatti imprevedibili che richiedono una risposta rapida, non sempre sottoponibile ai tempi lunghi dell'evidenza pubblica, ma anche per la gestione dei c.d. «grandi eventi», per i quali, spesso, non è ravvisabile

---

dell'edificio, bensì al Ministro di grazia e giustizia, ossia al Ministro che è vertice dell'amministrazione usuaria del bene.

<sup>(116)</sup> È il Dipartimento delle Informazioni per la Sicurezza (DIS, ex CESIS) della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Ufficio centrale per la segretezza (UCSE) che rilascia il c.d. «nulla osta di sicurezza» (NOS), preventivo (NOSP) o complessivo (NOSC), che autorizza una persona fisica o giuridica a trattare informazioni riservate e classificate. Il NOSP abilita l'operatore economico a partecipare a gare d'appalto, compresa la gara informale di cui all'art. 17, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, di lavori, servizi o forniture classificate come «eseguibili con speciali misure di sicurezza» o a trattare informazioni «classificate».

<sup>(117)</sup> AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, *Relazione annuale 2009*, Roma, 22 giugno 2010, 167 ss.

alcuna urgenza <sup>(118)</sup>. In tal caso, il ricorso alle procedure di emergenza può essere visto tanto come un «surrogato dell'inefficienza» <sup>(119)</sup> e delle carenze in fase di programmazione dei tempi di realizzazione delle opere <sup>(120)</sup>, quanto come un modo per celare scambi occulti, non mediati dal diritto, e per aumentare al massimo grado la discrezionalità dell'amministrazione a detrimento della trasparenza e delle garanzie per i terzi. La stessa AvCP, nella *Relazione annuale* del 2009, ha segnalato, tra le disposizioni del Codice maggiormente derogate per ragioni di urgenza, quelle relative alla figura del responsabile del procedimento, alla qualificazione, ai criteri di selezione delle offerte, alla verifica delle offerte anomale, alla pubblicazione degli avvisi e dei bandi, alle garanzie in fase di gara e ai subappalti. Le tendenze quantitative mostrano un sensibile aumento del numero delle ordinanze, quasi raddoppiato dal 2001 al 2009. La spesa globale, nello stesso lasso di tempo, è quasi triplicata.

In taluni casi, la deroga all'evidenza pubblica è stata pressoché costante nel tempo, così come l'aumento delle risorse pubbliche destinate a quei procedimenti: si pensi al caso dell'emergenza rifiuti in Campania che ha visto l'emanazione di un'ordinanza emergenziale per ogni anno, dal 2001 al 2005, oppure, ancora, all'applicazione della nozione di «grande evento» a fattispecie estremamente eterogenee tra loro (tra le tante, i lavori per il G8 del 2009 inizialmente previsto alla Maddalena, i mondiali di nuoto a Roma nello stesso anno, i lavori per l'*Expo* di Milano del 2015) ma prive dei necessari requisiti di urgenza.

L'AvCP ha statuito alcuni principi con riguardo alla deroga alla disciplina ordinaria sugli appalti pubblici già prima che il Codice fosse

---

<sup>(118)</sup> Si veda, a tal proposito, l'Audizione del Presidente dell'AvCP alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere.

<sup>(119)</sup> Così A. FIORITTO, *L'amministrazione delle emergenze tra autorità e garanzia*, Bologna, il Mulino, 2008, 230 ss. Sulle deroghe eccezionali al principio di pubblicità negli appalti pubblici secondo l'orientamento giurisprudenziale della Corte di Giustizia, si veda R. NOVELLI, *Urgenza ed imprevedibilità come deroghe eccezionali al principio di pubblicità negli appalti*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2005, 1787-1791.

<sup>(120)</sup> Le ordinanze di protezione civile trovano il loro fondamento normativo nell'art. 5 della legge istitutiva del servizio nazionale della Protezione Civile (legge 24 febbraio 1992, n. 225). Le ordinanze riportano sia gli importi massimi stanziati per gli interventi ritenuti necessari, sia la specifica indicazione delle norme di legge alle quali è consentito derogare. In diversi casi gli importi dei finanziamenti originariamente ed immediatamente stanziati sono stati successivamente integrati da provvedimenti di analoga natura.

emanato. In primo luogo, la deroga alla disciplina ordinaria degli appalti pubblici non può essere *sine die* e deve essere circoscritta alla specifica situazione di fatto in virtù della quale si procede all'avvio della procedura di emergenza. In secondo luogo, le deroghe non possono interessare tutte le disposizioni ordinarie ma solo alcune, espressamente indicate. In terzo luogo, la deroga è sempre e comunque limitata da alcuni principi generali quali la ragionevolezza, la proporzionalità, l'obbligo di motivazione. Inoltre, non potrebbe mai essere ammessa una deroga alle norme sui controlli e, soprattutto, sulla vigilanza, poiché non sussiste il nesso di strumentalità tra le esigenze del rapido ed immediato intervento ed il procedimento di controllo dettato dalle norme. Pertanto, l'affidamento di lavori o servizi mediante procedura ristretta può rivestire profili di illegittimità se avviene dopo la fine dell'emergenza, in un momento in cui lo stato di fatto è consolidato. In altri termini, venuto meno il tempo dell'emergenza, la deroga perde valore e l'*iter* procedurale di affidamento, così come le esigenze di trasparenza e concorrenza <sup>(121)</sup>, si riespano. Gli stretti vincoli alla temporaneità della gestione delle emergenze, se non intervenissero disposizioni di legge dilatorie, rappresenterebbero un efficace deterrente per la corruzione, volto ad innalzarne i costi <sup>(122)</sup>.

4.3. Molte delle grandi riforme amministrative degli anni Novanta hanno cercato nel *contracting out* un mezzo per limitare le influenze esterne sull'amministrazione, comprese quelle corruttive. Tuttavia, l'evidenza empirica e l'analisi giuridica ed economica dell'*outsourcing* pubblico suggeriscono cautela in merito alle virtù delle esternalizza-

---

<sup>(121)</sup> Offre un quadro sintetico delle determinazioni n. 20/02 e n. 1/04 V. SALAMONE, *Le ordinanze di protezione civile ed il rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario con riguardo alle procedure di affidamento dei contratti pubblici*, in *Foro amm. C.d.S.*, n. 3, 2008, 952 ss.

<sup>(122)</sup> Il già citato disegno di legge anticorruzione dovrebbe aumentare la trasparenza degli appalti gestiti dalla Protezione civile in situazione di emergenza tramite l'inclusione della stessa nella banca dati nazionale dei contratti pubblici, sebbene lo stesso disegno di legge rimandi ad un regolamento attuativo l'effettivo funzionamento della banca dati e le tipologie di informazioni che vi saranno inserite, a seconda dell'amministrazione appaltante. L'utilizzo dell'informazione a fini regolatori, in tal caso, dovrebbe essere di specifica competenza dell'AVCP: una verifica in tempo reale dei costi e dei documenti di gara potrebbe rappresentare un disincentivo alla corruzione nel settore ed un utile strumento per l'autorità giudiziaria. Sull'impianto generale del disegno di legge, si veda B.G. MATTARELLA, *Come non combattere la corruzione*, 16 aprile 2010, consultabile su <http://www.nelmerito.com>.

zioni. Secondo una lettura giuseconomica del tema, la pubblica amministrazione che esternalizza non è, per definizione, in grado di verificare pienamente la qualità, l'affidabilità e la competenza dell'impresa delegata, l'impegno profuso da questa, l'incidenza di eventuali fattori esogeni sul rapporto contrattuale <sup>(123)</sup>. Pertanto, l'amministrazione appaltante soffre la presenza di asimmetrie informative che aumentano la difficoltà della scelta del contraente migliore <sup>(124)</sup>. Nel costituendo rapporto contrattuale possono instaurarsi i maggiori rischi di corruzione: l'amministrazione ed il privato, infatti, possono negoziare le informazioni che mancano alla prima in sedi diverse da quelle di gara. Lo scambio che ne deriva può apportare vantaggi sia al privato, in termini di assegnazione del contratto, che ai funzionari, i quali possono ricevere benefici materiali.

Le asimmetrie informative comportano che l'amministrazione non possa osservare alcune caratteristiche del privato e fissi condizioni contrattuali che riflettono valori medi presunti, scoraggiando le imprese migliori a partecipare alla gara, e che non riesca a monitorare costantemente le prestazioni rese dal privato successivamente alla fase di aggiudicazione. Non va dimenticata, infine, l'ipotesi di deterioramento della qualità delle prestazioni (*quality shading*) se queste vengono affidate a privati, specialmente se selezionati sulla base di uno scambio corruttivo. Se al privato è affidata l'esecuzione di più prestazioni (*multi-tasking contract*), specialmente di servizi, questo concentrerà i propri sforzi su quella più remunerata e sarà incentivato a ridurre i costi delle prestazioni più di quanto non tenda ad aumentarne il livello qualitativo <sup>(125)</sup>. Inoltre, le esternalizzazioni di servizi sconta-

---

<sup>(123)</sup> A. ALBANESI, C. MARI, G. MAZZANTINI, G. OLIVA, L. ZANETTINI, *Scenari e tendenze*, in *Primo rapporto sulle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni*, Maggioli editore, Rimini, 2007, 14 ss.; D.E.M. SAPPINGTON, J.E. STIGLITZ, *Privatization, information and incentives*, Nber working paper n. 2196, 1987, 4 ss. Vanno altresì considerati, quali fattori esterni, la presenza di imprese monopolistiche e, quali fattori interni all'amministrazione, la debolezza dei controlli sulla *performance* degli appaltatori, il *patronage* politico, l'esternalizzazione di funzioni «inerentemente pubbliche».

<sup>(124)</sup> Nel rapporto di agenzia che scaturisce dall'esternalizzazione possono presentarsi, inoltre, problemi di selezione avversa (*adverse selection*) e azzardo morale (*moral hazard*): questi rendono il controllo dell'amministrazione sulle prestazioni dell'impresa aggiudicataria estremamente difficile da effettuare.

<sup>(125)</sup> Si vedano, *ex multis*, B. HOLMSTROM, P. MILGROM, *Multitask principal-agent analyses: incentive contracts, asset ownership, and job design*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, n. 7, 1991, 24-52; S. DOMBERGER, C. HALL, *The determinants of price and quality in competitively tendered contracts*, in *Economic Journal*, n.

no l'assenza di un sistema di qualificazione esterno alle amministrazioni, simile a quello analogo ai lavori pubblici, che determina una «zona d'ombra» sottratta alla trasparenza <sup>(126)</sup>.

Un esempio tratto dalla cronaca giudiziaria potrà chiarire la ricostruzione fin qui effettuata a proposito dei rischi legati alle esternalizzazioni nelle pubbliche amministrazioni <sup>(127)</sup>. Il *global service* è uno strumento contrattuale complesso, definito «contratto misto di diritto pubblico». È un modo per esternalizzare servizi avente ad oggetto gestione delle infrastrutture, manutenzione, supporto alle imprese o alle amministrazioni, gestione di immobili e di sistemi tecnologici <sup>(128)</sup>. Le note vicende che, tra il 2007 ed il 2008, hanno interessato la gestione del *global service* del Comune di Napoli si presentano come cartina al tornasole dei rischi che l'affidamento ai privati dei servizi sopra richiamati comporta se lo strumento contrattuale prescelto è quello in questione.

Corrotti e corruttori avevano dato vita ad un «vero e proprio «sistema» illecito, dai contorni surreali, per le logiche clientelari cui sembra ispirarsi, che non può non sorprendere per i metodi sfacciatamente irregolari con cui veniva esercitato e per gli scopi perseguiti, che in altro non possono identificarsi se non nella acquisizione e mantenimento di posizioni di potere e di profitti economici» <sup>(129)</sup>, facilitato

10, 1995, 1454-1470; S. BURGESS, M. RATTO, *The role of incentives in the public sector: issues and evidence*, in *Oxford Review of Economic Policy*, n. 2, 2003, 285-300.

<sup>(126)</sup> «Per quanto riguarda gli operatori economici interessati ai contratti di servizi e forniture, non esistendo un sistema di qualificazione analogo a quello previsto per i lavori pubblici, non è possibile determinarne con precisione il loro numero». Così l'ex Presidente dell'AVCP, Luigi Giampaolino, nell'Audizione alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010.

<sup>(127)</sup> Le considerazioni seguenti sono svolte a margine dell'ordinanza cautelare del Gip del Tribunale di Napoli, sez. XXV, reg. mis. caut. n. 1126/2008.

<sup>(128)</sup> Per un quadro generale del tema, si veda E. D'ALTERIO, *Il global service: profili giuridici e problematiche applicative*, in L. FIORENTINO e B.G. MATTARELLA (a cura di), *L'esternalizzazione delle gestioni amministrative nelle Pubbliche Amministrazioni*, Rimini, Maggioli, 2007, 127-148. Sul «mercato» del *facility management*, CRESME - CENTRO RICERCHE ECONOMICHE SOCIALI DI MERCATO PER L'EDILIZIA E IL TERRITORIO, *Il Global Service e il mercato del Facility Management in Italia*, Roma, 2001.

<sup>(129)</sup> «Una precisa compagine soggettiva», cooperava «metodicamente» in differenti settori della pubblica amministrazione «al precipuo scopo di garantire ad un unico imprenditore [...] e/o alle società e imprese a quest'ultimo riconducibili, l'aggiudicazione di appalti milionari di opere che enti pubblici (quali il Comune o la Provincia), napoletani e campani, avevano deliberato o bandito».

dalle specifiche scelte contrattuali. Il *global service* genera, infatti, un tipo di gestione del rapporto contrattuale che, per il suo carattere complesso, comporta un notevole sforzo economico da parte dell'amministrazione che l'affida e che, per ciò stesso, può rientrare nella sfera degli interessi illeciti di soggetti privati. Inoltre, la durata del contratto (nove anni) e l'importo (circa 400 milioni di euro) ne sottolineano la rilevanza in termini di impiego di denaro pubblico.

La scelta per la modalità di gestione in questione risponde a ragioni di efficienza, quali la necessaria programmazione sistematica e a lungo termine degli interventi affidati ad un'unica impresa o ad un consorzio di imprese o la ricerca di un *modus operandi* unitario e rapido nel caso di interventi straordinari. Ciò nonostante, proprio per il carattere unitario dell'affidamento, la presenza di un legame corruttivo tra imprenditore, decisori politici e pubblici funzionari fa sì che la procedura di gara, se condotta illecitamente, porti ad un risultato largamente inefficiente, ben peggiore rispetto a quello che si sarebbe ottenuto con affidamenti singoli a parcellizzati. Il rischio di corruzione, evidentemente, non risiede nella possibilità di esternalizzare i servizi, bensì nelle condizioni di contesto alla base del ricorso alle esternalizzazioni e nelle caratteristiche delle clausole contrattuali prescelte, in particolare l'unitarietà dell'affidamento e la sua considerevole durata.

5. La letteratura economica <sup>(130)</sup> sottolinea che la collusione e la corruzione sono fenomeni strettamente legati ed aumentano proporzionalmente in relazione al grado di discrezionalità del responsabile del procedimento se questi mira ad ottenere una rendita dalla gara <sup>(131)</sup>. Il rischio aumenta esponenzialmente se i criteri di aggiudica-

---

<sup>(130)</sup> Per una disamina dell'argomento, si vedano gli studi più recenti di S. ATHEY, K. BAGWELL, C. SANCHIRICO, *Collusion and Price Rigidity*, in *Review of Economic Studies*, n. 2, 2004; O. COMPTE, A. LAMBERT-MOGILANSKY, T. VERDIER, *Corruption and Competition in Procurement*, in *Rand Journal of Economics*, n. 1, 2005; A. LAMBERT-MOGILANSKY, K. SONIN, *Collusive Market-Sharing and Corruption in Procurement*, in *Journal of Economics and Management Strategy*, n. 4, 2006.

<sup>(131)</sup> Se si escludono i reati di cui agli artt. 416 e 416-bis c.p., rilevano il reato di turbata libertà degli incanti ex art. 353 c.p. ed il reato di rivelazione del segreto d'ufficio ex art. 326 c.p. L'art. 13, comma 2, del Codice dei contratti pubblici prevede, oltre ad alcune ipotesi di differimento del diritto d'accesso agli atti, la sussistenza del reato di cui all'art. 326 c.p. in alcuni casi specifici (rivelazione dell'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte prima della scadenza del termine di presentazione, rivelazione dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito per procedure ristrette o negoziate, rivelazione delle offerte prima dell'approvazione dell'aggiudicazione, dei segreti tecnici o

zione sono sbilanciati a favore del prezzo più basso o eccessivamente restrittivi nel caso della realizzazione di opere pubbliche (il numero dei concorrenti si ridurrebbe <sup>(132)</sup>), se il responsabile conosce in anticipo il contenuto delle offerte <sup>(133)</sup> e consente alle imprese concorrenti di modificarlo, se l'assegnazione di lavori non complementari avviene in lotti unici (*package bidding*). È proprio questo il caso del *global service* del Comune di Napoli di cui si è detto nel paragrafo precedente, dove corruzione e distorsioni della concorrenza si sono alimentate a vicenda, in un circolo vizioso <sup>(134)</sup>.

Tuttavia, occorre precisare che la corruzione non è naturalmente associata alla collusione, intesa nel senso economico del termine <sup>(135)</sup>: se è presente la seconda non è necessariamente presente la prima, ma la prima può indebolire i controlli <sup>(136)</sup>. Se un qualsivoglia settore del mercato è caratterizzato da un elevato grado di concentrazione, gli incentivi al coordinamento e alla collusione sono maggiori <sup>(137)</sup>. Le imprese colluse potrebbero, a fronte dei maggiori guadagni percepiti data l'assenza di concorrenti, corrompere i pubblici funzionari per aggiudicarsi gare in futuro o per sanzionare possibili concorrenti,

---

commerciali dichiarati dagli offerenti, dei pareri legali in merito alla soluzione di liti in corso o potenziali ricevuti dai concorrenti, del contenuto delle relazioni del direttore dei lavori o dell'organo collaudatore su domande o riserve formulate dall'esecutore del contratto).

<sup>(132)</sup> A. ESTACHE, A. IIMI, *Auctions with Endogenous Participation and Quality Thresholds: Evidence from ODA Infrastructure Procurement*, ECARES working paper, n. 6, 2009.

<sup>(133)</sup> In questo caso, il Codice ha recepito pienamente l'art. 6 della direttiva 2004/18/CE che prevede che l'amministrazione aggiudicatrice non possa comunicare informazioni riguardanti gli operatori economici da questi considerate riservate, quali segreti tecnici o commerciali e gli aspetti riservati delle offerte.

<sup>(134)</sup> Sul tema la letteratura è particolarmente vasta. Si vedano, *ex multis*, S. ZAMAGNI (a cura di), *Mercati illegali e mafie. L'economia del crimine organizzato*, Bologna, il Mulino, 1993; V. RUGGIERO, *Economie sporche*, Torino, Bollati Boringhieri, 1996; P. VIGNA, P. DELL'OSSO, A. LAUDATI, *Sistema criminale ed economia*, Padova, Cedam, 1998; D. MASCIANDARO, *Mercati e illegalità. Economia e rischio criminalità in Italia*, Milano, Egea, 1999.

<sup>(135)</sup> G. VICICONTE, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in G.F. CARTEI (a cura di), *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, Napoli, Editoriale scientifica, 2008, 165, in part. note 7 e 8.

<sup>(136)</sup> Per una recente ricostruzione del fenomeno, D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Mani impunitive. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

<sup>(137)</sup> G. PIGA, K.V. THAI, *The Economics of Public Procurement*, in *Riv. pol. econ.*, n. 1, 2006.

estromettendoli dal mercato <sup>(138)</sup>, tramite la definizione di requisiti di partecipazione presenti nel bando di gara predisposti *ad hoc* per favorire solo le imprese appartenenti al cartello <sup>(139)</sup>.

Gli studi di economia dei contratti evidenziano un vero e proprio *trade-off* tra rischi di collusione e corruzione a seconda del tipo di «asta» utilizzata per la selezione del contraente <sup>(140)</sup>. L'asta al prezzo più basso con eliminazione automatica delle offerte anomale (*average bid auction*), specialmente se utilizzata nelle procedure ristrette, è la modalità di scelta del contraente che comporta il maggior rischio di collusione tra imprese e che, parimenti, rappresenta un efficace presidio contro i rischi di corruzione <sup>(141)</sup> (il suo carattere di «lotteria», nel senso economico del termine, rende difficile, a prescindere da considerazioni di efficienza, lo scambio occulto tra operatore economico e funzionario pubblico).

La collusione facilita le distorsioni delle gare d'appalto. Così come ha sottolineato la dottrina <sup>(142)</sup>, le modalità con cui queste si realizzano questi effetti sono molteplici <sup>(143)</sup>. Alcune attengono alla collusione tra

---

<sup>(138)</sup> D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, cit., 145.

<sup>(139)</sup> A proposito della «domanda di favori» e dei suoi legami con l'inefficienza amministrativa, si veda A. VANNUCCI, *Inefficienza amministrativa e corruzione. Elementi per un'analisi del caso italiano*, in *Riv. trim. scienza amm.*, n. 1, 1997, 29-55.

<sup>(140)</sup> Il punto è sottolineato in un recente studio della Banca d'Italia F. DE CAROLIS, C. GIORGIANONIO, V. GIOVANNIELLO, *L'affidamento dei lavori pubblici in Italia: un'analisi dei meccanismi di selezione del contraente privato*, in *Questioni di Economia e Finanza* a cura della Banca d'Italia, n. 53, dicembre 2010, 19 ss.

<sup>(141)</sup> Il ragionamento può essere invertito per le aste all'offerta economicamente più vantaggiosa (*scoring rule auctions*) e per le procedure negoziate (*negotiations*).

<sup>(142)</sup> Ne offre una sintesi G. CASTRONOVO, cit., 393-394. Si veda, *amplius*, C. LEMBO, *Appalti di opere pubbliche ed infiltrazioni mafiose: analisi di protocolli investigativi*, incontro di studio presso il Consiglio Superiore della Magistratura, Roma, 21-23 maggio 2007, 9, nonché COMMISSIONE PARLAMENTARE D'INCHIESTA SUL FENOMENO DELLA CRIMINALITÀ ORGANIZZATA MAFIOSA O SIMILARE, *Relazione conclusiva*, 19 febbraio 2008, 24.

<sup>(143)</sup> Ai sensi del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, la pubblica amministrazione non può chiedere ai concorrenti particolari qualificazioni con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli contenuti espressamente nel d.P.R. stesso. Spesso, questa disposizione viene disattesa con evidenti svantaggi per alcuni concorrenti. Se il bando di gara richiede, per l'ammissione ad una gara d'appalto, il possesso di requisiti eccessivamente onerosi che non trovano alcuna giustificazione nelle fonti normative, ciò rappresenta una indebita restrizione del mercato di cui è responsabile la stazione appaltante che ha predisposto il bando. Sul punto, F. GARRI, cit., 654 ss.

imprese <sup>(144)</sup>, intesa quale fattore facilitante della corruzione, altre, invece, riguardano specificamente ipotesi di corruzione dei funzionari.

Tra le prime, rientrano la presentazione di offerte plurime riconducibili ad un unico centro di interessi, la presenza di cartelli di imprese, di sistemi di turnazione (*bid rotation*) e di coordinamento delle offerte per gli appalti di rilevante importo <sup>(145)</sup>, la presentazione di offerte caratterizzate da rialzi troppo elevati in modo da essere escluse a favore di un altro concorrente (*cover bidding*) <sup>(146)</sup>, le cordate di imprese ed il coordinamento delle offerte al ribasso, il coordinamento al fine di predeterminare la partecipazione ad una gara, le condizioni di partecipazione <sup>(147)</sup> o la spartizione dei lotti disponibili (*market allocation*), la presenza di subaffidamenti di varia natura contrattuale <sup>(148)</sup> concessi ad imprese controllate, il ritiro delle offerte senza giustificato motivo (*bid suppression*).

Il novero delle seconde comprende la predisposizione di bandi di gara contenenti requisiti soggettivi od oggettivi pensati appositamente per escludere concorrenti non graditi, la violazione della segretezza delle offerte, il mancato controllo sui ribassi, sulla documentazione antimafia necessaria o sull'esecuzione dei lavori, la mancata autorizzazione di subappalti, l'ammissibilità di varianti in corso d'opera di valore superiore a quello di aggiudicazione, le pressioni indebite sul direttore dei lavori per gli appalti di minore entità, la predisposizione di bandi o capitolati «fotografia» o di «griglie di sbarramento tecnico» da parte dei pubblici funzionari responsabili.

A complicare il quadro, la migliore dottrina economica <sup>(149)</sup>

---

<sup>(144)</sup> Si veda l'Audizione alla Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno delle mafie e sulle altre associazioni criminali anche straniere, Roma, 25 maggio 2010, e COMMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES, *An Examination of the Links Between Organised Crime and Corruption*, Commission Staff Working Document, n. 196, 2008, 7.

<sup>(145)</sup> Un'analisi delle tendenze collusive del mercato degli appalti pubblici è contenuta in D. DELLA PORTA, A. VANNUCCI, *Forme di controllo e corruzione politica in Italia*, cit., 144-145.

<sup>(146)</sup> ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement. Helping Governments to Obtain Best Value for Money*, 2007, 2.

<sup>(147)</sup> L.G. RADICATI DI BROZOLO, M. GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. comm. int.*, n. 4, 2002, 813.

<sup>(148)</sup> Subappalti, noli a caldo, noli a freddo, movimento terra, trasporto di materiali, forniture di inerti, forniture di conglomerati cementizi o bituminosi.

<sup>(149)</sup> Viene utilmente riassunta in F. DECAROLIS, *When the highest bidder loses the*

evidenza che non sempre le gare pubbliche rappresentano un'occasione di impegno (*commitment*) per gli operatori economici e che, pertanto, non sempre l'evidenza pubblica conduce a risultati efficienti. Si pensi, a tal proposito, al celebre saggio di Oliver Williamson che identifica nei comportamenti opportunistici e nella scarsità di informazioni disponibili al «banditore» le principali cause di inefficienze della gare ad evidenza pubblica <sup>(150)</sup>. In alcuni casi, infatti, specialmente se le procedure di gara al prezzo medio prevedono l'esclusione automatica delle offerte anomale, l'operatore che presenta l'offerta di maggior valore può perdere la gara. I vincitori, pertanto, possono essere i meno idonei a rispettare i termini contrattuali.

Il ridotto livello di *enforcement* contrattuale, determinato ad esempio dall'assenza di assicurazione sul modello statunitense (*surety bond*), rappresenta un rischio concreto per l'amministrazione aggiudicatrice. Non di meno, la letteratura economica sottolinea che il metodo delle aste al prezzo medio, largamente utilizzato nelle procedure per l'esecuzione di lavori autostradali, facilita la collusione tra imprese, i rischi di corruzione e massimizza i costi per individuare possibili «offerenti disallineati», ossia operatori economici che presentano offerte potenzialmente migliori ed idonee a vincere la gara: in questo caso, la corruzione può essere davvero l'«arma della mediocrità» <sup>(151)</sup>.

In conclusione, può affermarsi che lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi «sistemici» che le istituzioni e gli organismi internazionali considerano basilari per prevenire e combattere la corruzione. La necessità di un ruolo rafforzato dei regolatori nazionali appare, in tale contesto, necessario: la stessa Commissione europea ha infatti ricono-

---

*auction: theory and evidence from public procurement*, Banca d'Italia, Temi di discussione - working papers, n. 717, giugno 2009, *passim*.

<sup>(150)</sup> O.E. WILLIAMSON, *Franchise Bidding for Natural Monopolies - In General and with Respect to CATV*, in *Bell Journal of Economics*, n. 1, 1976, 73-104, ripubblicato in *The Economic Institutions of Capitalism*, New York, The Free Press, 1985, trad. it. *Le istituzioni economiche del capitalismo*, Milano, Franco Angeli, 1987. Il saggio critica l'impostazione di Harold Demsetz secondo cui il criterio del massimo ribasso avrebbe consentito all'impresa maggiormente efficiente di vincere la gara. Sul punto, H. DEMSETZ, *Why Regulate Utilities?*, in *Journal of Law and Economics*, vol. 11, 1968, 55-66.

<sup>(151)</sup> L'espressione è ripresa da H. DE BALZAC, *Papà Goriot*, (1834), Milano, Garzanti, 2008, cui fece eco Leonardo Sciascia in un'intervista rilasciata a *Il Globo* del 24 luglio 1982.

sciuto <sup>(152)</sup> che «i committenti pubblici acquistano spesso in mercati caratterizzati da strutture anticoncorrenziali <sup>(153)</sup>. In questi mercati, l'obiettivo delle norme in materia di appalti pubblici (ossia una concorrenza aperta ed effettiva) potrebbe essere difficile da raggiungere applicando semplicemente le norme procedurali previste dalle vigenti direttive. Le decisioni in materia di appalti adottate senza considerare le strutture del mercato, benché siano del tutto conformi alle norme contenute nelle direttive, comportano il rischio di consolidare o addirittura di aggravare le strutture anticoncorrenziali».

---

<sup>(152)</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Libro verde sulla modernizzazione della politica dell'UE in materia di appalti pubblici. Per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti*, cit., 32.

<sup>(153)</sup> In particolare, la Commissione europea richiama i settori dello smaltimento dei rifiuti, dell'edilizia, dell'energia elettrica, di alcuni servizi postali.