

Prima lettura dei nuovi obblighi di trasparenza dell'attività contrattuale previsti nel d.lgs. del 14 marzo 2013, n. 33

di Stefano Usai

Premessa

Il decreto legislativo di attuazione dell'articolo 1, comma 35, della legge n. 190 del 2012, recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, **ridefinisce** specifici obblighi per le stazioni appaltanti di pubblicità/trasparenza in materia di attività contrattuale.

L'inciso relativo alla "ridefinizione" pare quanto mai appropriato considerato che l'attuale testo, rispetto allo schema di decreto legislativo, risulta fortemente edulcorato e ricondotto nell'alveo delle indicazioni fissate nella legge 190/2012 (come si dirà più avanti nel testo). Effettivamente lo schema di decreto prevedeva adempimenti che – in particolare per gli enti locali –, oltre a sostanzarsi in stereotipate reiterazioni di obblighi già previsti per il Rup, imponeva anche seri interrogativi sui rapporti tra le forme di controllo "esterno" – implicite ovviamente in nuove e minuziose forme di trasparenza previste nel decreto – ed il controllo successivo in capo al segretario comunale. In relazione all'ultima considerazione, è bene rilevare che lo schema di decreto legislativo conteneva disposizioni, dirette ad imporre obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali (in specifica sezione), **probabilmente**

“ Gli obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali sono probabilmente da ritenersi anacronistici rispetto sia al controllo successivo sia in relazione agli obblighi di razionalizzazione della spesa pubblica

anacronistici rispetto sia allo stesso controllo successivo introdotto in materia dal d.l. 174/2012 (convertito in legge n. 213/2012) sia in relazione agli obblighi in tema di razionalizzazione della spesa pubblica che ha reso praticamente residuale, – anche per gli enti locali –, **il ricorso alle gare tradizionali** (e segnatamente, come si vedrà in relazione all'articolo 37 del decreto in commento, delle procedure negoziate senza pubblicazione di bando oggetto di specifica considerazione, come si vedrà, da parte del legislatore). **In ogni caso, come annotato, alcune previsioni sono state espunte e non riportate nel testo definitivo del decreto legislativo 33/2013.**

Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi: la pubblicazione dei provvedimenti di scelta del contraente

” Un rilevante riferimento all'attività contrattuale e ad obblighi specifici di pubblicazione emerge da uno degli articoli del decreto che può essere considerato una sorta di **norma generale** in tema di pubblicazione/trasparenza con cui il legislatore – con gli articoli 26 e 27 – ha fissato la nuova strategia colmando le lacune conseguenti alla prevista abrogazione – da parte dell'articolo 53 del decreto – dell'articolo 18 della legge 134/2012 che ha introdotto gli adempimenti della c.d. amministrazione aperta (che con il nuovo provvedimento è destinata a diventare, semplificando, amministrazione trasparente.

Di seguito si riporta il testo dell'articolo 23, o meglio la parte che interessa l'attività contrattuale che in questa sede, interessa (**il testo è rimasto immutato rispetto alla previsione dello schema di decreto**).

Art. 23

Obblighi di pubblicazione concernenti i provvedimenti amministrativi

1. Le pubbliche amministrazioni pubblicano e aggiornano ogni sei mesi, in distinte partizioni della sezione "amministrazione trasparente", gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti con particolare riferimento ai provvedimenti finali dei procedimenti di:

(...)

b) scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

(...)

2. Per ciascuno dei provvedimenti compresi negli elenchi di cui al comma 1 sono pubblicati **il contenuto, l'oggetto, la eventuale spesa prevista e gli estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento.**

La pubblicazione avviene nella forma di una scheda sintetica, prodotta automaticamente in sede di formazione del documento che contiene l'atto.

La norma, al di là dei richiami a disposizione pregresse o contenute nella stessa legge 190/2012, subisce ulteriori specificazioni e maggiori dettaglio nelle norme contenute nel capo V del decreto relativo alla pubblicazioni nei settori speciali e, segnatamente, nell'articolo 37 dedicato appositamente all'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

L'articolo 23 pertanto, impone l'obbligo di una pubblicazione semestrale (soggette ad aggiornamento) di un **elenco dei provvedimenti** relativi (tra gli altri) ai procedimenti di **"scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta** ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

La disposizione richiede almeno due considerazioni. In primo luogo negli elenchi dovranno essere riportati, oltre che gli atti gestionali (dei dirigenti/responsabili

dei servizi), anche l'indicazione dei **"provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico"**.

A cosa alluda la norma è questione misteriosa considerato che nella specifica materia (scelta del contraente e modalità di selezione) l'organo di indirizzo politico non ha alcuna competenza. Anzi gli atti eventualmente adottati dagli organi politici sono da ritenersi illegittimi ed ormai il principio è pacifico per ogni stazione appaltante. Eventualmente si potrebbe pensare ad atti di indirizzo attribuiti al dirigente/responsabile del servizio in cui si attribuiscono risorse con generici riferimenti ai procedimenti esperibili per procedere alle acquisizioni (1).

In ogni caso, anche ammettendo che il legislatore alludesse a questa tipologia di indirizzi (ancora piuttosto frequenti), il provvedimento in parola non coincide con la specifica indicazione. Oggetto della pubblicazione infatti viene riferito al provvedimento **"scelta del contraente" ovvero alla determinazione di aggiudicazione della commessa (tanto lavori, quanto forniture e/o servizi) che costituisce tipico atto gestionale totalmente affrancato da ogni intervento politico.**

La pubblicazione inoltre deve avvenire **"anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163"**. Ora le modalità di selezione vengono riportate tanto nella determinazione a contrattare e quindi l'atto di avvio della procedura contrattuale quanto – in sintesi – nella stessa determina di aggiudicazione. Come rilevato un eventuale atto politico può interessare al massimo il procedimento di avvio in cui, nell'attribuire le risorse (si pensi ad un ente senza il piano esecutivo di gestione o ad un ente soggetto al patto di stabilità costretto a contingentare l'attribuzione di risorse che suggerisce l'utilizzo delle procedure).

Alla luce di quanto non risulta chiarissimo che cose indicare in elenco. È bene rilevare poi che indicare solo il provvedimento di scelta del contraente non avrebbe alcun valore rispetto alla trasparenza se non è nota la modalità concretamente adottata dal Rup. È solo dal confronto con questi elementi che è possibile – all'utente interessato – esprimere qualche valutazione seria.

(1) Che, comunque, se contenuti in delibere giuntali e/o consiliani hanno – per il responsabile destinatario – esclusivamente valore di direttiva e non certo di ordine di servizio che possa obbligare il Rup a seguire il procedimento di selezione indicato.

Si ribadisce, inoltre che – sempre restando in ambito di enti locali – per effetto dell'obbligo di ricorrere a forme di mercato elettronico nel sottosoglia, in tema ed a regime, l'elenco verrebbe infarcito di riferimenti a quest'ultimo (tanto Mepa, mercato elettronico della centrale regionale e/o quello della stazione appaltante) risultando davvero stucchevole lo stesso lavoro a cui verrà chiamato il Rup. Per effetto di quanto appena annotato si è costretti a concludere che con il riferimento legislativo al **provvedimento di scelta del contraente**, il legislatore comunque abbia inteso riferirsi al provvedimento concreto di assegnazione della commessa/prestazione (e non quindi alla determinazione) **ovvero la "semplice" comunicazione di aggiudicazione all'interessato di cui all'articolo 79 del codice degli appalti**. Provvedimento quindi che deve essere indicato nell'elenco e, sempre secondo il comma in commento, **"anche con riferimento alle modalità di selezione"** che dovranno pertanto essere riportate. Quindi l'elenco dovrà contenere **l'assegnazione e il procedimento di scelta adottato** ovvero tutti elementi che già fanno parte del contenuto (si può dire) obbligatorio della determinazione di aggiudicazione.

Informazioni da pubblicare per ciascun provvedimento

Il secondo comma dell'articolo 23 indica quali informazioni debbano essere pubblicate in relazione a ciascun provvedimento riportato in elenco.

La pubblicazione deve avvenire – come da tabella finale che risultava già allegata allo schema di decreto – nell'ambito di specifiche sotto sezioni della sezione generale denominata "Amministrazione trasparente". La sottosezione è quella delle "Gare e Contratti".

Ai sensi del secondo comma, "per ciascuno dei provvedimenti (...) sono pubblicati **il contenuto, l'oggetto, la eventuale spesa prevista e gli estremi relativi ai principali documenti contenuti nel fascicolo relativo al procedimento**". Anche in questo caso il legislatore impone una duplicazione di adempimenti considerato che sempre con il successivo articolo 37 (come si vedrà più avanti) impone la pubblicazione della determinazione di aggiudicazione definitiva che contiene tutti gli elementi precitati.

La preoccupazione del legislatore (se di questo si tratta) sembra quella di semplificare l'attività di controllo da parte del soggetto interessato che, innanzi alla determinazione di aggiudicazione potrebbe avere qualche difficoltà di lettura e comprensione. L'ultimo periodo

del comma in commento prevede che "la pubblicazione avviene nella forma di una **scheda sintetica**, prodotta automaticamente in sede di formazione del documento che contiene l'atto". Quella che appare una semplificazione è invece un (francamente inutile) adempimento che impone, contestualmente alla redazione dell'atto principale (ovvero la determinazione di aggiudicazione di scelta del contraente), che il Rup elabori anche una scheda di sintesi contenente gli elementi sopra indicati.

L'anacronismo dell'adempimento

La disposizione, nel quadro della riscrittura degli obblighi di pubblicità e trasparenza, probabilmente opportuna, è finalizzata comunque ad assicurare e a consentire forme di controllo diffuso da parte dell'utente interessato. In questo senso costituisce forma di controllo esterno **che, come si è annotato sopra, si aggiunge** alla recente forma di controllo interno di recente introduzione – per gli enti locali – con il c.d. controllo successivo.

Praticamente si assisterà ad una particolare situazione in cui gli atti della pubblica amministrazione – nel caso di specie gli enti locali – vedranno *in primis* forme di controllo ordinario da parte del Rup e del dirigente/responsabile del servizio; su questo poi si innesterà il controllo successivo (da svolgersi a campione) del segretario dell'ente e ciò nonostante, il potenziale controllo per effetto degli ulteriori adempimenti di pubblicazione/trasparenza (di quelli più specifici di cui si dirà nel prosieguo) sui quali peraltro – è bene evidenziarlo – **verrà esercitato un attento controllo da parte del responsabile della trasparenza** che, – ai sensi dell'articolo 43 del decreto – **coincide con il responsabile per la prevenzione della corruzione di cui all'articolo 1, comma 7, della legge 190/2012. Ruoli, per inciso, che negli enti locali coincidono – salvo diversa decisione – nella figura del segretario comunale**. Al di là delle ulteriori riflessioni che si evidenzieranno in sede di analisi del successivo articolo 37, sembra evidente la necessità di un coordinamento di tutta la legislazione di recente produzione al fine di evitare l'inutile implementazione di adempimenti la cui utilità pratica risulta discutibile. Sarebbe opportuno interrogarsi anche sui rapporti tra la scheda di sintesi da redigersi contestualmente all'atto di aggiudicazione e la correlata determina. Potrebbe considerarsi la prima elemento di legittimità della seconda?

Nel caso di controllo successivo, qualora emergesse l'assenza della scheda in parola da una determina di aggiudicazione è aspetto questo che può essere oggetto di censura o meno? Tutte questioni che, in sede di ente locale, ma soprattutto in sede non tanto di redazione del correlato regolamento sui controlli interni ma di organizzazione concreta del controllo andranno previamente chiariti.

Gli obblighi specifici di pubblicazione in tema di attività contrattuale: l'articolo 37 del decreto

Occorre premettere che l'articolo citato è stato oggetto - nel passaggio dallo schema di decreto al testo da pubblicarsi in G.U. fortemente ridimensionato. Sotto si riportano gli articoli mettendoli a confronto.

Art. 37 nello schema di decreto legislativo *Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (parti barrate sono state espunte)*

1. Fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli sui siti web delle stazioni appaltanti relativi ai bandi ed alle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture previsti dalla legislazione statale e regionale, ciascuna amministrazione pubblica per ciascun contratto comunque assegnato, in modo completo ed in formato integrale, il bando, la determina di aggiudicazione definitiva, nonché le seguenti informazioni:
 - a) la struttura proponente;
 - b) l'oggetto del bando;
 - c) l'oggetto della eventuale delibera a contrarre;
 - d) l'importo di aggiudicazione;
 - e) l'aggiudicatario;
 - f) l'eventuale base d'asta;
 - g) la procedura e la modalità di selezione per la scelta del contraente;
 - h) il numero di offerenti che hanno partecipato al procedimento;
 - i) i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
 - j) l'importo delle somme liquidate;
 - k) le eventuali modifiche contrattuali;
 - l) le decisioni di ritiro e il recesso dei contratti.
2. Per i contratti con importo di aggiudicazione inferiore ai 20.000,00 euro, la pubblicazione analitica di tutte le informazioni di cui al comma precedente è effettuata in forma aggregata, con cadenza trimestrale.
3. Con riferimento a tutti i contratti di lavori, sono pubblicati anche il Processo verbale di consegna dei lavori, il Certificato di ultimazione dei lavori e il Conto finale dei lavori, di cui agli articoli 154, 199 e 200 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.
4. Entro il 31 gennaio di ogni anno le informazioni di cui ai commi 2 e 3, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive liberamente fruibili, in un formato conforme all'articolo 7, che consenta di analizzare e rielaborare i dati, anche a fini statistici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogata in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al presente comma in formato digitale standard aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.
5. Le pubbliche amministrazioni sono tenute altresì a pubblicare, nell'ipotesi di cui all'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la delibera a contrarre.

Articolo 37 nel testo del d. legislativo del 14 marzo 2013, n. 33 (in vigore dal 20 aprile 2013)

Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (in grassetto le novità)

1. Fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, **in particolare, quelli previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ciascuna amministrazione pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli articoli 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223, le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture.**
2. Le pubbliche amministrazioni sono tenute altresì a pubblicare, nell'ipotesi di cui all'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la delibera a contrarre.

La modifica apportata in sede di definizione appare comunque condivisibile considerato che nello schema di decreto gli adempimenti richiesti determinavano esclusivamente un appesantimento ed irrigidimento inutile con, soprattutto, eccessivo carico di adempimenti sul Rup.

Ci sembra opportuno comunque riportare anche l'analisi dei commi dell'articolo 37 presente nello schema del decreto poi espunti nel passaggio al disegno definitivo.

L'articolo 37 nello schema di decreto

L'articolo 37 del decreto legislativo è la norma che maggiormente interessa l'attività contrattuale delle amministrazioni pubbliche **al netto ovviamente delle previsioni contenute nell'ordinamento giuridico degli appalti e delle leggi che dispongono obblighi di pubblicità legale.** Il primo comma dell'articolo 37, rubricato "obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", apre il Capo V dello schema dedicato agli obblighi di pubblicità specifici dei settori speciali dell'attività amministrativa e quindi ad una serie di riferimenti da inserire – come recita l'inciso della tabella allegata allo schema di decreto – nella sezione dei siti istituzionali denominata "Amministrazione trasparente" che deve **"essere organizzata in sotto-sezioni all'interno delle quali devono essere inseriti i documenti, le informazioni e i dati previsti dal presente decreto"** (come rilevato sopra la specifica sottosezione verrà denominata "Gare e Contratti").

Il comma iniziale della norma in commento rappresentava (considerata la sua profonda modifica in sede di redazione definitiva del decreto legislativo) una sorta di **mappatura** dei dati/atti/informazioni che devono essere oggetto di considerazione e pubblicazione da parte del Rup nelle sezioni di cui si è detto sopra. Sotto si riporta il comma nella versione dello schema del decreto per apprezzarne le modifiche intervenute in sede di redazione finale:

Art. 37

Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

1. Fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli sui siti web delle stazioni appaltanti relativi ai bandi ed alle gare per l'affidamento di lavori, servizi e forniture previsti dalla legislazione statale e regionale, ciascuna amministrazione pubblica per ciascun contratto comunque assegnato, in modo completo ed in formato integrale, il bando, la determina di aggiudicazione definitiva, nonché le seguenti informazioni:

- a) la struttura proponente;
- b) l'oggetto del bando;
- e) l'oggetto della eventuale delibera a contrarre;
- c) l'importo di aggiudicazione;
- d) l'aggiudicatario;
- e) l'eventuale base d'asta;
- f) la procedura e la modalità di selezione per la scelta del contraente;
- g) il numero di offerenti che hanno partecipato al procedimento;
- h) i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
- l) l'importo delle somme liquidate;
- j) le eventuali modifiche contrattuali;
- k) le decisioni di ritiro e il recesso dei contratti.

L'attuale primo comma dell'articolo 37 si limita ora a stabilire che **"fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli previsti dall'articolo 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ciascuna amministrazione pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli articoli 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223, le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture"**. In sostanza vengono richiamati gli obblighi già presenti nel codice degli appalti con il richiamo specifico a norme che dispongono in materia di pubblicità. I riferimenti espunti, del primo comma (la maggior parte), vengono però confermati attraverso il richiamo contenuto nel rinvio al **comma 32 dell'articolo 1 della legge 190/2012**, il quale specifica che "con riferimento ai procedimenti di cui al comma 16, lett. b) del presente articolo" ovvero in relazione ai procedimenti di **"scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"**, di cui al decreto legislativo 163/2006, **"le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario; l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate"**. Rispetto quindi al testo del primo comma dell'articolo 37 dello schema di decreto spariscono alcuni riferimenti. Sotto si riportano gli estremi a confronto.

Art. 37

Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

(barrate le lettere non riproposte)

- a) la struttura proponente;
- b) l'oggetto del bando;
- ~~c) l'oggetto della eventuale delibera a contratto;~~
- c) l'importo di aggiudicazione;
- d) l'aggiudicatario;
- ~~e) l'eventuale base d'asta;~~
- ~~f) la procedura e la modalità di selezione per la scelta del contraente;~~
- ~~g) il numero di offerenti che hanno partecipato al procedimento;~~
- h) i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
- i) l'importo delle somme liquidate;
- ~~j) le eventuali modifiche contrattuali;~~
- ~~k) le decisioni di ritiro e il recesso dei contratti~~

Comma 32, articolo 1 della legge 190/2012 (scomposto)

le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali:

- la struttura proponente;
- l'oggetto del bando;
- l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
- l'aggiudicatario;
- l'importo di aggiudicazione;
- i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
- l'importo delle somme liquidate

A differenza del testo dello schema, la prescrizione veniva riferita a "ciascuna" pubblica amministrazione, richiamo specificato dall'articolo 11 dello stesso decreto secondo cui "per «pubbliche amministrazioni» si intendono tutte le amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, nonché le società e gli altri enti di diritto privato in controllo pubblico che esercitano funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici. Si considerano in controllo pubblico le società sottoposte a controllo ai sensi dell'articolo 2359 c.c. da parte di amministrazioni pubbliche. Per gli enti di diritto privato gli obblighi di pubblicazione riguardano la loro organizzazione e la loro attività, per quest'ultima limitatamente a quella svolta nella cura di interessi pubblici. 2. Le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione provvedono all'attuazione di quanto previsto dalla normativa vigente in materia di trasparenza secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti". **L'attuale richiamo, già contenuto nella legge anticorruzione, è riferito genericamente alle stazioni appaltanti pertanto da intendersi con senso più ampio.**

L'ambito oggettivo, nello schema di decreto era costituito da "ciascun contratto comunque assegnato" di cui occorreva pubblicare - in primo luogo - "in modo completo ed in formato integrale, il bando, la determina di aggiudicazione definitiva". **L'attuale formulazione si riferisce ad ogni procedimento di scelta del contraente per i vari settori.**

Invero l'inciso iniziale del testo dello schema era - pur nella sua singolarità - piuttosto preciso perché non esprimeva un riferimento generico a qualunque appalto **ma ad ogni contratto** a prescindere dalle modalità di assegnazione.

Il riferimento, attuale, ad ogni procedimento di scelta del contraente si ritiene che non determini mutamento nella interpretazione. Il legislatore pertanto insiste nel riferirsi ad ogni "contratto" o similare che assegna una commessa, impone la pubblicazione di tutti quegli atti "a monte e a valle" che normalmente rientrano nella procedura amministrativa *de quo*.

Si ritiene che non possano considerarsi affrancati dall'obbligo in argomento i contratti stipulati con il cottimo fiduciario "tradizionale", sempre ammesso che questi sopravvivano all'obbligo di procedere obbligatoriamente con il mercato elettronico (che implica, ovviamente, comunque un contratto) ma anche la circostanza che la stazione appaltante proceda con l'amministrazione diretta ovvero quando, diventando "datore" di lavoro svolge "in economia" certi lavori. Come più volte ribadito, alla base dell'amministrazione diretta - perché questa possa svilupparsi - vi sono comunque degli acquisti di forniture che implicheranno necessariamente un "contratto" sia pur in forma semplificata. È da ritenersi che nell'obbligo di pubblicazione rientrano i contratti relativi ad appalti riconducibili all'allegato II b non anche invece le concessioni di servizi perché non riconducibili alla dicitura del primo inciso della norma che richiama appalti di lavori, forniture e servizi.

Nel testo definitivo dell'articolo 37 sparisce, condivisibilmente, il riferimento alla **pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva**.

La pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva (e poi di una serie di dati che in realtà in questa sono già contenuti) manifestava la non completa (a sommosso avviso) conoscenza, da parte del legislatore, degli atti e del *modus operandi* della stazione appaltante.

Seppur il testo del decreto abbia un obiettivo di rilievo, appare evidente che pubblicare la determinazione di aggiudicazione definitiva ovvero la determinazione che pur non creando posizioni giuridiche specifiche per il destinatario crea per questi comunque posizioni piuttosto importanti, rivendicabili anche innanzi al giudice amministrativo, **è forse inutile ed anche pericolosa**.

È inutile perché il procedimento (salvo patologiche appendici) è praticamente concluso; è disposizione anche pericolosa perché traduce il "controllo" sociale che dovrebbe scaturire dalla pubblicazione in una potenziale caccia all'errore trasformandola in una attenzione sociale di tipo sanzionatorio piuttosto che collaborativa/costruttiva. Bene sarebbe stato – come accade più avanti per la procedura negoziata senza pubblicazione di bando – prescrivere la pubblicazione della determinazione a contrattare che contiene la sintesi **del programma del procedimento amministrativo da sviluppare** (che deve costituire comunque oggetto di pubblicazione direttamente nell'albo pretorio *on line*).

Dei dati oggetto di pubblicazione, alcuni sono rinvenibili nella determinazione di aggiudicazione definitiva ed il loro scorporo per la pubblicazione – seppur nell'evidente intento di favorire, semplificando, la visibilità e l'accesso alle informazioni – si sostanzia in un appesantimento degli adempimenti da parte dei Rup.

Con il comma 32, articolo 1, della legge 190/2012 si prescrive anche la pubblicazione (prevista anche nello schema di decreto) di dati che, oggettivamente, sfuggono a controlli esterni ed a correlate visibilità. Nel caso di specie, si pretende pertanto la pubblicazione dei "tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura" e nel prosieguo dell'importo "delle somme liquidate". Anche il caso da ultimo citato consente la riflessione che il legislatore non esige la pubblicazione della determinazione di liquidazione ma, nelle scheda di sintesi, gli importi liquidati.

Una interessante novità contenuta nello schema di de-

creto riguardava l'esigenza di pubblicare le modifiche contrattuali ed eventuali decisioni di ritiro e recesso dai contratti. **Il richiamo è stato espunto e non è più presente nel nuovo testo dell'articolo 37.**

La pubblicazione semplificata per l'attività contrattuale minore

Lo schema di decreto introduceva un meccanismo di pubblicità/trasparenza semplificato per l'attività contrattuale "minore" che viene oggi espunto con il nuovo testo. La norma, testualmente, prevedeva al secondo comma che **"per i contratti con importo di aggiudicazione inferiore ai 20.000,00 euro, la pubblicazione analitica di tutte le informazioni di cui al comma precedente è effettuata in forma aggregata, con cadenza trimestrale"**.

L'attività semplificata (salvo che effettivamente vengano rispettati gli obblighi di ricorso al mercato elettronico introdotto dalla legge 94/2012 ed obbligatorio anche per gli enti locali) è **quella che in realtà maggiormente sfugge ad ogni tipo di controllo e, pertanto, non era da ritenersi priva di utilità**. Non è infatti, affatto infrequente la pratica di forniture affidate direttamente e saldate *ex post* e similari.

È chiaro che una visibilità posticipata avrebbe comunque precluso qualsivoglia efficacia della trasparenza su elementi potenzialmente sindacabili solo in fasi troppo avanzate delle procedure o addirittura a procedimenti oramai conclusi. Come evidenziato il secondo comma è stato espunto.

Pubblicazione previste in tema di lavori pubblici

Il rigore in tema di pubblicazioni si accentua in relazione ai lavori pubblici. Non più per effetto del comma 3 contenuto nello schema di decreto che si limitava a richiedere che **"con riferimento a tutti i contratti di lavori" venissero "pubblicati anche il Processo verbale di consegna dei lavori, il Certificato di ultimazione dei lavori e il Conto finale dei lavori, di cui agli articoli 154, 199 e 200 del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207"**.

Il testo definitivo si arricchisce, tra le altre, di due norme specifiche sui lavori e sulla pianificazione territoriale. In particolare **l'articolo 38** e **l'articolo 39** che si riportano:

Art. 38

Publicità dei processi di pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche

1. Le pubbliche amministrazioni pubblicano tempestivamente sui propri siti istituzionali: i documenti di programmazione anche pluriennale delle opere pubbliche di competenza dell'amministrazione, le linee guida per la valutazione degli investimenti; le relazioni annuali; ogni altro documento predisposto nell'ambito della valutazione, ivi inclusi i pareri dei valutatori che si discostino dalle scelte delle amministrazioni e gli esiti delle valutazioni *ex post* che si discostino dalle valutazioni *ex ante*, le informazioni relative ai Nuclei di valutazione e verifica degli investimenti pubblici di cui all'articolo 1 della legge 17 maggio 1999, n. 144, incluse le funzioni e i compiti specifici ad essi attribuiti, le procedure e i criteri di individuazione dei componenti e i loro nominativi.

2. Le pubbliche amministrazioni pubblicano, fermi restando gli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 128 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche completate. Le informazioni sui costi sono pubblicate sulla base di uno schema tipo redatto dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che ne cura altresì la raccolta e la pubblicazione nel proprio sito web istituzionale al fine di consentirne una agevole comparazione.

Oggettivamente il settore più rilevante difetta di trasparenza in alcune fasi cruciali che, se non note, effettivamente non possono determinare alcuna visibilità/trasparenza ma solo solleciti "a vuoto" da parte della cittadinanza interessata.

Ha indubbia valenza di trasparenza la possibilità di rapportare – per l'annosa questione dei tempi *biblici* di realizzazione delle opere pubbliche – **“le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche completate”**. Norma che consentirà ai cittadini ed alle associazioni di intervenire (se non già in fase di programmazione annuale e pluriennale dei lavori pubblici) in fase di assegnazione concreta dei lavori in modo anche da ridiscutere l'eventuale scelta e/o adozione di certe programmazioni di trasformazione del territorio assolutamente inutile e/o decise fuori da ogni logica di partecipazione di quelli che dovrebbero essere i desti-

Art. 39

Trasparenza dell'attività di pianificazione e governo del territorio

1. Le pubbliche amministrazioni pubblicano:
 - a) gli atti di governo del territorio, quali, tra gli altri, piani territoriali, piani di coordinamento, piani paesistici, strumenti urbanistici, generali e di attuazione, nonché le loro varianti;
 - b) per ciascuno degli atti di cui alla lettera a) sono pubblicati, tempestivamente, gli schemi di provvedimento prima che siano portati all'approvazione; le delibere di adozione o approvazione; i relativi allegati tecnici.
2. La documentazione relativa a ciascun procedimento di presentazione e approvazione delle proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa privata o pubblica in variante allo strumento urbanistico generale comunque denominato vigente nonché delle proposte di trasformazione urbanistica d'iniziativa privata o pubblica in attuazione dello strumento urbanistico generale vigente che comportino premialità edificatorie a fronte dell'impegno dei privati alla realizzazione di opere di urbanizzazione extra oneri o della cessione di aree o volumetrie per finalità di pubblico interesse è pubblicata in una sezione apposita nel sito del comune interessato, continuamente aggiornata.
3. La pubblicità degli atti di cui al comma 1, lettera a), è condizione per l'acquisizione dell'efficacia degli atti stessi.
4. Restano ferme le discipline di dettaglio previste dalla vigente legislazione statale e regionale.

natari finali dei servizi e/o della fruibilità delle opere da realizzare. In questo caso l'obbligo di trasparenza dovrebbe avere utilità non tanto in relazione alla tempestività di realizzazione (comunque oggetto rilevante) ma, a sommosso parere, proprio sull'utilità/necessità della realizzazione di certi lavori pubblici considerati anche in relazione alla incidenza sul patto di stabilità e alla correlata utilità rispetto al territorio oramai da considerarsi non più limitato a quello strettamente locale ma riferibile ad ambiti più ampi.

Le comunicazioni all'Avcp e le sanzioni

Per effetto del richiamo al comma 32, articolo 1 della legge 190/2012 rimane il riferimento che – nello schema di decreto veniva specificato nel quarto comma. Si riportano le norme a confronto.

**Comma 4, articolo 37 dello schema di decreto
(barrata parte espunta)**

~~4. Entro il 31 gennaio di ogni anno le informazioni di cui ai commi 2 e 3, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive liberamente fruibili, in un formato conforme all'articolo 7, che consenta di analizzare e rielaborare i dati, anche a fini statistici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al presente comma in formato digitale standard aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.~~

**Comma 32, dal terzo periodo, dell'articolo 1
della legge 190/2012**

Entro il 31 gennaio di ogni anno, tali informazioni, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informativi. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al presente comma in formato digitale standard aperto. Si applica l'articolo 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile.

Sostanzialmente le disposizioni sono rimaste immutate. I dati, informazioni e similari sulle procedure di scelta dei contraenti – relativamente all'anno pregresso – dovranno essere comunicati all'Autorità di Vigilanza entro il 31 gennaio “in tabelle riassuntive liberamente fruibili” in modo che consentano “di analizzare e rielaborare i dati, anche a fini statistici”.

In particolare “le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione”. L'omesso invio potrebbe essere oggetto di sanzione ex articolo 6, comma 11 del codice degli appalti considerato che l'Authority deve comunicare entro il 30 aprile di ciascun anno alla Corte dei conti “l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le informazioni di cui al presente comma in formato digitale standard aperto”.

**L'attenzione dedicata alla procedure in deroga
senza pubblicazione di bando**

Come si evidenziava sopra, al legislatore non sfugge la funzione e rilevanza della determinazione a contrattare tant'è che ne esige la pubblicazione – anche nel nuovo testo dell'articolo 37 (Ora secondo comma), in relazione all'aspetto degli inviti, almeno in relazione al procedimento derogatorio dell'evidenza pubblica per eccellenza ovvero la procedura negoziata senza pubblicazione di bando

2. Le pubbliche amministrazioni sono tenute altresì a pubblicare, nell'ipotesi di cui all'articolo 57, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, la delibera a contrarre.

Il legislatore esige detta pubblicazione in relazione all'ipotesi del comma 6 dell'articolo 57 ovvero nel caso in cui il Rup procede agli inviti. In particolare, il comma in questione puntualizza che “ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori

economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando". È interessante la circostanza che il legislatore abbia voluto focalizzare il proprio interesse non tanto verso le ipotesi drastiche di affidamento diretto contenute nello stesso comma (soggette comunque *ex* comma 1 alla pubblicazione dell'affidamento che si sostanzia nella determina di aggiudicazione) ma, evidentemente, in funzione di tutela di trasparenza, *par condicio*

ed oggettività del procedimento, nel caso in cui – per motivate circostanze da dedurre chiaramente nella determinazione –, il Rup si determina a proporre al proprio responsabile l'avvio di una procedura senza bando con degli inviti che dovrebbero essere condizionati esclusivamente dalle "informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione". Circostanza, effettivamente, che spesso viene trascurata dalla pubblica amministrazione e, detta trascuratezza, secondo il legislatore non poteva restare "al chiuso" degli uffici della pubblica amministrazione.

Nel caso di specie pertanto, ovvero per una così drastica procedura in deroga rispetto alla evidenza pubblica, il legislatore ha ritenuto opportuno rafforzare gli obblighi di pubblicità e trasparenza imponendo non solo la pubblicazione dell'atto di avvio (nell'ipotesi specifica degli inviti) ma – visto che non risulta alcuna eccezione e/o deroga – anche della determinazione di aggiudicazione definitiva *ex* comma 1 dello stesso articolo e delle informazioni ivi richiamate.