

Le novità per gli appalti pubblici contenute nelle misure “anticorruzione”

di **Alessandro Massari**

1. La legge anticorruzione e il Piano nazionale anticorruzione

Con la recente legge 6 novembre 2012, n. 190, pubblicata sulla *Gazzetta Ufficiale*, n. 265 del 13 novembre 2012, sono state approvate le “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”. La legge è entrata in vigore il 28 novembre 2012.

Operando nella direzione più volte sollecitata dagli organismi internazionali di cui l’Italia fa parte (e in attuazione della Convenzione dell’Organizzazione delle Nazioni Unite contro la corruzione, adottata dalla Assemblea generale dell’ONU il 31 ottobre 2003 e ratificata ai sensi della legge 3 agosto 2009, n. 116, e degli articoli 20 e 21 della Convenzione penale sulla corruzione, fatta a Strasburgo il 27 gennaio 1999 e ratificata ai sensi della legge 28 giugno 2012, n. 110), con tale provvedimento normativo è stato introdotto anche nel nostro ordinamento un sistema organico di prevenzione della corruzione, il cui aspetto caratterizzante consiste nell’articolazione del processo di formulazione e attuazione delle strategie di prevenzione della corruzione su due livelli.

Ad un primo livello, quello “nazionale”, il Dipartimento della Funzione pubblica predispose, sulla base di linee di indirizzo adottate da un Comitato interministeria-

le, il Piano nazionale anticorruzione (PNA). Il PNA è poi approvato dalla Civit, individuata dalla legge quale Autorità nazionale anticorruzione.

Al secondo livello, quello “decentrato”, ogni amministrazione pubblica definisce un Piano triennale di prevenzione della corruzione (PTPC), che, sulla base delle indicazioni presenti nel PNA, effettua l’analisi e valutazione dei rischi specifici di corruzione e conseguentemente indica gli interventi organizzativi volti a prevenirli.

La Civit – Autorità nazionale anticorruzione – ha approvato in via definitiva con propria deliberazione del

11 settembre 2013, n. 72, il Piano nazionale anticorruzione (PNA).

Il Piano permette di disporre di un quadro unitario e strategico di programmazione delle attività per prevenire e contrastare la corruzione nel settore pubblico e crea le premesse perché le amministrazioni possano redigere i loro piani triennali per la prevenzione della corruzione e, di conseguenza, predisporre gli strumenti previsti dalla legge 190.

L’approvazione definitiva del Piano rappresenta, quindi, un passo importante perché si possa dare attuazione alle politiche di preven-

zione e anche per consentire all’Autorità nazionale anticorruzione di esercitare le proprie attività di vigilanza. Predisposto dal Dipartimento della Funzione pubblica e trasmesso a metà luglio alla Civit, il PNA recepisce le osservazioni formulate il primo agosto dall’Autorità, nella logica di collaborazione istituzionale e al fine di favorire l’applicazione della legge 190.

Le osservazioni hanno riguardato, tra l’altro, l’ambito

“ L’approvazione definitiva del Piano nazionale anticorruzione rappresenta un passo importante perché si possa dare attuazione alle politiche di prevenzione e anche per consentire all’Autorità nazionale anticorruzione di esercitare le proprie attività di vigilanza ”

soggettivo di applicazione del Piano, i contenuti minimi dei piani triennali delle amministrazioni e l'aggiornamento annuale del Piano, che dovrebbe essere un documento programmatico a scorrimento.

Nella stessa seduta, la Civit ha anche stabilito di segnalare al Ministro l'esigenza di prevedere, in fase di aggiornamento nel 2014, ulteriori integrazioni e specificazioni con riferimento ad aspetti, quali l'affinamento degli indicatori per la misurazione dell'efficacia di politiche e strumenti di prevenzione della corruzione, la definizione dei contenuti minimi dei piani di formazione in tema di anticorruzione e dei criteri in base ai quali viene articolata l'offerta formativa pubblica in tema di anticorruzione, la definizione degli aspetti organizzativi della funzione di coordinamento nelle diverse categorie di amministrazioni, l'articolazione delle politiche di prevenzione differenziate per settore, l'introduzione di iniziative nazionali di prevenzione a carattere trasversale, l'individuazione di buone pratiche, nonché la previsione e il coordinamento di iniziative per la diffusione del Piano e della cultura della legalità per migliorare l'efficacia delle politiche di prevenzione.

I contenuti del PNA sono strutturati in tre sezioni: nella prima sezione sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni previste, da implementare a livello nazionale nel periodo 2013-2016. La responsabilità per la realizzazione delle azioni è in capo al DFP e degli altri soggetti istituzionali che operano per la prevenzione a livello nazionale. Sono inoltre indicati i target attesi per effetto dell'entrata in vigore della legge, dei decreti attuativi e della diffusione del PNA. La seconda sezione è dedicata all'illustrazione della strategia di prevenzione a livello decentrato, ossia a livello di ciascuna amministrazione, e contiene le direttive alle pubbliche amministrazioni per l'applicazione delle misure di prevenzione, tra cui quelle obbligatorie per legge. Un ruolo fondamentale in questo contesto è rappresentato dall'adozione del PTPC, con il quale viene disegnata la strategia di prevenzione per ciascuna amministrazione. Le indicazioni alle amministrazioni sono descritte in maniera sintetica, mentre gli approfondimenti di carattere interpretativo, procedurale e metodologico sono forniti negli Allegati. In particolare, l'Allegato 1, al paragrafo B.1.2., e gli Allegati 2, 3, 4, 5 e 6 contengono misure di accompagnamento per supportare le amministrazioni nella gestione del rischio. La terza sezione contiene indicazioni circa le comunicazioni dei dati e delle informazioni al DFP e

la finalizzazione dei dati successivamente alla raccolta per il monitoraggio e lo sviluppo di ulteriori strategie.

Il Piano è corredato dei seguenti allegati:

Allegato 1: Soggetti, azioni e misure finalizzati alla prevenzione della corruzione

Allegato 2: Le aree di rischio

Allegato 3: Elenco esemplificativo delle misure ulteriori

Allegato 4: Elenco esemplificativo di rischi specifici

Allegato 5: La valutazione del livello di rischio

Allegato 6: I principi per una efficace gestione del rischio (da UNI ISO 31000 2010)

Tavole delle misure: Tavole da 1 a 17

All'allegato n. 2 del PNA si individuano le aree di rischio comuni e obbligatorie e, alla lettera B) si elencano quelli tipici dell'area "affidamento di lavori, servizi e forniture":

"1. Definizione dell'oggetto dell'affidamento:

2. Individuazione dello strumento/istituto per l'affidamento

3. Requisiti di qualificazione

4. Requisiti di aggiudicazione

5. Valutazione delle offerte

6. Verifica dell'eventuale anomalia delle offerte

7. Procedure negoziate

8. Affidamenti diretti

9. Revoca del bando

10. Redazione del cronoprogramma

11. Varianti in corso di esecuzione del contratto

12. Subappalto

13. Utilizzo di rimedi di risoluzione delle controversie alternativi a quelli giurisdizionali durante la fase di esecuzione del contratto".

Nel successivo allegato n. 3 si riporta poi un elenco esemplificativo di rischi specifici nell'area degli appalti pubblici:

- accordi collusivi tra le imprese partecipanti a una gara volti a manipolarne gli esiti, utilizzando il meccanismo del subappalto come modalità per distribuire i vantaggi dell'accordo a tutti i partecipanti allo stesso;
- definizione dei requisiti di accesso alla gara e, in particolare, dei requisiti tecnico-economici dei concorrenti al fine di favorire un'impresa (es.: clausole dei bandi che stabiliscono requisiti di qualificazione);
- uso distorto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, finalizzato a favorire un'impresa;
- utilizzo della procedura negoziata e abuso dell'affidamento diretto al di fuori dei casi previsti dalla legge al fine di favorire un'impresa;
- ammissione di varianti in corso di esecuzione del contratto

per consentire all'appaltatore di recuperare lo sconto effettuato in sede di gara o di conseguire extra guadagni;

- abuso del provvedimento di revoca del bando al fine di bloccare una gara il cui risultato si sia rivelato diverso da quello atteso o di concedere un indennizzo all'aggiudicatario;
- elusione delle regole di affidamento degli appalti, mediante l'improprio utilizzo del modello procedurale dell'affidamento delle concessioni al fine di agevolare un particolare soggetto".

Le figure di maggior rilievo nel settore degli appalti pubblici, disciplinate dalla legge anticorruzione ed oggetto di puntuali indicazioni nel PNA, si ricollegano alle seguenti della legge 190:

- a) patti di integrità o protocolli di legalità;
- b) astensione in caso di conflitto di interesse;
- c) incompatibilità di membri delle commissioni per la scelta del contraente;
- d) nuove cause di incapacità a contrattare in relazione alla norma sul divieto di svolgimento di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro;
- e) estensione agli schemi di contratti delle norme contenute nel codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

Si rammenta infine che, ai sensi dell'art. 54, comma 3, d.lgs. 165/2001 "La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-*quater*, comma 1 [licenziamento disciplinare, n.d.a.]".

2. I patti di integrità negli affidamenti di appalti pubblici

I patti d'integrità ed i protocolli di legalità rappresentano un sistema di condizioni la cui accettazione viene configurata dalla stazione appaltante come presupposto

necessario e condizionante la partecipazione dei concorrenti ad una gara di appalto.

Il patto di integrità è un documento che la stazione appaltante richiede ai partecipanti alle gare e permette un controllo reciproco e sanzioni per il caso in cui qualcuno dei partecipanti cerchi di eluderlo. Si tratta quindi di un complesso di regole di comportamento finalizzate alla prevenzione del fenomeno corruttivo e volte a valorizzare comportamenti eticamente adeguati per tutti i concorrenti.

Lo strumento dei patti di integrità è stato sviluppato dall'organizzazione non governativa no profit Transparency-It negli anni '90 ed è uno strumento in uso in talune realtà locali già da alcuni anni (a partire dal 2002 ad esempio, nel Comune di Milano).

A titolo esemplificativo si riportano alcune clausole ricorrenti in recenti patti di integrità.

“ La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare ”

“Questo Patto d'Integrità stabilisce la reciproca, formale obbligazione del Comune di (*omissis*) e dei partecipanti alla gara in oggetto di conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza nonché l'espreso impegno anticorruzione di non offrire, accettare o

richiedere somme di denaro o qualsiasi altra ricompensa, vantaggio o beneficio, sia direttamente che indirettamente tramite intermediari, al fine dell'assegnazione del contratto e/o al fine di distorcerne la relativa corretta esecuzione.

Il personale, i collaboratori ed i consulenti del Comune di (*omissis*) impiegati ad ogni livello nell'espletamento di questa gara e nel controllo dell'esecuzione del relativo contratto assegnato, sono consapevoli del presente Patto d'Integrità, il cui spirito condividono pienamente, nonché delle sanzioni previste a loro carico in caso di mancato rispetto di questo Patto. Il Comune di (*omissis*) si impegna a comunicare a tutti i concorrenti i dati più rilevanti riguardanti la gara: l'elenco dei concorrenti ed i relativi prezzi quotati, l'elenco delle offerte respinte con la motivazione dell'esclusione e le ragioni specifiche per l'assegnazione del contratto al vincitore con relativa attestazione del rispetto dei criteri di valutazione indicati nel capitolato di gara.

Il sottoscritto soggetto Concorrente si impegna a segnalare al Comune di (*omissis*) qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione dei contratti, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto.

Il sottoscritto soggetto Concorrente dichiara di non trovar-

si in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara.

Il sottoscritto soggetto Concorrente si impegna a rendere noti, su richiesta del Comune di (omissis), tutti i pagamenti eseguiti e riguardanti il contratto eventualmente assegnatole a seguito delle gare in oggetto inclusi quelli eseguiti a favore di intermediari e consulenti. La remunerazione di questi ultimi non deve superare il "congruo ammontare dovuto per servizi legittimi".

Il sottoscritto soggetto Concorrente prende nota e accetta che nel caso di mancato rispetto degli impegni anticorruzione assunti con questo Patto di Integrità comunque accertato dall'Amministrazione, potranno essere applicate le seguenti sanzioni:

- risoluzione o perdita del contratto;
- escussione della cauzione di validità dell'offerta;
- escussione della cauzione di buona esecuzione del contratto;
- responsabilità per danno arrecato al Comune di (omissis) nella misura dell'8% del valore del contratto, impregiudicata la prova dell'esistenza di un danno maggiore;
- responsabilità per danno arrecato agli altri concorrenti della gara nella misura dell'1% del valore del contratto per ogni partecipante, sempre impregiudicata la prova predetta;
- esclusione del concorrente dalle gare indette dal Comune di (omissis) per 5 anni.

Il presente Patto di Integrità e le relative sanzioni applicabili resteranno in vigore sino alla completa esecuzione del contratto assegnato a seguito della gara in oggetto.

Ogni controversia relativa all'interpretazione, ed esecuzione del presente Patto d'Integrità fra Comune di (omissis) e i concorrenti e tra gli stessi concorrenti sarà risolta dall'Autorità Giudiziaria competente".

L'AVCP con determinazione n. 4 del 2012 si è pronunciata circa la legittimità di prescrivere l'inserimento di clausole contrattuali che impongono obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità. Nella determinazione si precisa che "mediante l'accettazione delle clausole sancite nei protocolli di legalità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, infatti, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di

carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. Stato, 9 settembre 2011, n. 5066)".

L'art. 1, comma 17, della legge 190/2012 stabilisce che "Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara". La norma consente dunque ora, in forza del combinato dell'art. 46, comma 1-bis, del codice appalti - che stabilisce la sanzione esclusiva per "in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste ... da ... disposizioni di legge vigenti" - di disporre legittimamente l'esclusione dalla gara dei

“ La norma consente ora, di disporre legittimamente l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non manifestano la volontà di aderire ai protocolli di legalità o ai patti di integrità richiamati nella *lex specialis* ”

concorrenti che non manifestano la volontà di aderire ai protocolli di legalità o ai patti di integrità richiamati nella *lex specialis*.

Al punto 3.1.13 del PNA si danno indicazioni circa l'applicazione dei patti di integrità negli affidamenti di commesse pubbliche: "Le pubbliche amministrazioni e le stazioni appaltanti, in attuazione dell'art. 1, comma 17, della l. n. 190, di regola, predispongono ed utilizzano protocolli di legalità o

patti di integrità per l'affidamento di commesse. A tal fine, le pubbliche amministrazioni inseriscono negli avvisi, nei bandi di gara e nelle lettere di invito la clausola di salvaguardia che il mancato rispetto del protocollo di legalità o del patto di integrità dà luogo all'esclusione dalla gara e alla risoluzione del contratto".

È da rilevare che, mentre la legge anticorruzione si esprime in termini di facoltatività della previsione delle clausole di adesione ai patti di integrità ("Le stazioni appaltanti possono prevedere..."), il PNA stabilisce l'ordinarietà della predisposizione dei protocolli per l'affidamento di commesse e del correlativo inserimento delle clausole del bando ("le pubbliche amministrazioni inseriscono...").

Inoltre la sanzione del mancato rispetto delle clausole del protocollo viene estesa dal piano procedimentale (esclusione dalla gara) a quello negoziale di esecuzione mediante la previsione della "risoluzione del contratto".

3. Il richiamo nella *lex specialis* e negli schemi di contratto delle norme del codice di comportamento dei dipendenti pubblici

La legge 190/2012, all'art. 1, comma 44, ha sostituito l'art. 54 del d.lgs. 165/2001 relativo all'adozione del nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici.

“Art. 54. (Codice di comportamento)

1. Il Governo definisce un codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni al fine di assicurare la qualità dei servizi, la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico. Il codice contiene una specifica sezione dedicata ai doveri dei dirigenti, articolati in relazione alle funzioni attribuite, e comunque prevede per tutti i dipendenti pubblici il divieto di chiedere o di accettare, a qualsiasi titolo, compensi, regali o altre utilità, in connessione con l'espletamento delle proprie funzioni o dei compiti affidati, fatti salvi i regali d'uso, purché di modico valore e nei limiti delle normali relazioni di cortesia.

2. Il codice, approvato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, previa intesa in sede di Conferenza unificata, è pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* e consegnato al dipendente, che lo sottoscrive all'atto dell'assunzione.

3. La violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento, compresi quelli relativi all'attuazione del Piano di prevenzione della corruzione, è fonte di responsabilità disciplinare. La violazione dei doveri è altresì rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile ogniqualvolta le stesse responsabilità siano collegate alla violazione di doveri, obblighi, leggi o regolamenti. Violazioni gravi o reiterate del codice comportano l'applicazione della sanzione di cui all'articolo 55-quater, comma 1.

4. Per ciascuna magistratura e per l'Avvocatura dello Stato, gli organi delle associazioni di categoria adottano un codice etico a cui devono aderire gli appartenenti alla magistratura interessata. In caso di inerzia, il codice è adottato dall'organo di autogoverno.

5. Ciascuna pubblica amministrazione definisce, con procedura aperta alla partecipazione e previo parere obbligatorio del proprio organismo indipendente di valutazione, un proprio codice di comportamento che integra e specifica il codice di comportamento di cui al comma 1. Al codice di comportamento di cui al presente comma si applicano le

disposizioni del comma 3. A tali fini, la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT) definisce criteri, linee guida e modelli uniformi per singoli settori o tipologie di amministrazione.

6. Sull'applicazione dei codici di cui al presente articolo vigilano i dirigenti responsabili di ciascuna struttura, le strutture di controllo interno e gli uffici di disciplina.

7. Le pubbliche amministrazioni verificano annualmente lo stato di applicazione dei codici e organizzano attività di formazione del personale per la conoscenza e la corretta applicazione degli stessi”.

In attuazione del richiamato art. 54, d.lgs. 165/2001, con d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 è stato approvato il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici, il

“ È stato approvato il nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici, il quale definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare

quale definisce i doveri minimi di diligenza, lealtà, imparzialità e buona condotta che i pubblici dipendenti sono tenuti ad osservare. Le previsioni del codice sono integrate e specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni ai sensi dell'articolo 54, comma 5, del citato decreto legislativo n. 165 del 2001 (art. 1).

L'art. 3 del codice di comportamento stabilisce i seguenti principi generali:

“1. Il dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare.

2. Il dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi.

3. Il dipendente non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione. Prerogative e poteri pubblici sono esercitati unicamente per le finalità di interesse generale per le quali sono stati conferiti.

4. Il dipendente esercita i propri compiti orientando l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia. La gestione di risorse pubbliche ai fini dello svolgimento delle attività amministrative deve seguire una logica di contenimento dei costi, che non pregiudichi la qualità dei risultati.

5. Nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, il dipendente assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi sui destinatari dell'azione amministrativa o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o su altri diversi fattori.

6. Il dipendente dimostra la massima disponibilità e collaborazione nei rapporti con le altre pubbliche amministrazioni, assicurando lo scambio e la trasmissione delle informazioni e dei dati in qualsiasi forma anche telematica, nel rispetto della normativa vigente”.

Si rammenta inoltre che l'art. 2, comma 3 del codice di comportamento prevede che “Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2 del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a **tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo**, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, **nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione**. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice”. Al punto 3.1.3 del PNA “Codici di comportamento – diffusione di buone pratiche e valori” si stabilisce che “Le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001 *devono*: (...) predisporre o modificare gli schemi tipo di incarico, contratto, bando, inserendo la condizione dell'osservanza dei codici di comportamento per i collaboratori esterni a qualsiasi titolo, per i titolari di organo, per il personale impiegato negli uffici di diretta collaborazione dell'autorità politica, per i collaboratori delle ditte fornitrici di beni o servizi od opere a favore dell'amministrazione, nonché

“ Si rende necessario provvedere all'integrazione degli schemi tipo dei bandi e dei contratti per incarichi e appalti con le clausole relative al rispetto delle norme dei codici di comportamento ”

prevedendo la risoluzione o la decadenza dal rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dai codici”. Sul piano operativo si rende quindi necessario provvedere all'integrazione degli schemi tipo dei bandi e dei contratti per incarichi e appalti con le clausole relative al rispetto delle norme dei codici di comportamento (quello generale di cui al d.P.R. 62/2013 e quello della singola amministrazione).

4. L'obbligo di astensione in caso di conflitto di interesse

Tema particolarmente attenzionato dal legislatore e disciplinato con particolare rigore dall'anticorruzione è quello del conflitto di interessi.

L'art. 1, comma 41 della legge 190/2012 aggiunge un nuovo articolo 6-bis alla legge 241/1990 rubricato “Conflitto di interessi”, a tenore del quale “Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche,

gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale”.

Come rilevato nel PNA, la norma contiene due prescrizioni:

- 1) è stabilito un obbligo di astensione per il responsabile del procedimento, il titolare dell'ufficio competente ad adottare il provvedimento finale ed i titolari degli uffici competenti ad adottare atti endoprocedimentali nel caso di conflitto di interesse anche solo potenziale;
- 2) è previsto un dovere di segnalazione a carico dei medesimi soggetti.

La norma persegue una finalità di prevenzione che si realizza mediante l'astensione dalla partecipazione alla decisione (sia essa endoprocedimentale o meno) del titolare dell'interesse, che potrebbe porsi in conflitto con l'interesse perseguito mediante l'esercizio della funzione e/o con l'interesse di cui sono portatori il destinatario del provvedimento, gli altri interessati e contro interessati.

Nella materia dei contratti pubblici, i soggetti individuati dalla norma possono essere il responsabile del procedimento (se nominato quale figura diversa dal dirigente), il dirigente (che adotta la determina a contrarre, il bando di gara, i provvedimenti di esclusione, l'aggiudicazione definitiva), ma pure i titolari degli uffici che esprimono valutazioni sulle offerte sospette di anomalia e i membri della commissione di gara (rispetto ai quali sono peraltro contemplate specifiche ipotesi di incompatibilità volte a prevenire l'eventuale conflitto di interessi).

Si ricorda che la nomina del responsabile del procedimento, ovvero l'adozione di provvedimenti da parte di soggetti che versano in una situazione di conflitto di interessi, in violazione della norma sopra richiamata, peraltro espressiva del generale principio di imparzialità dell'agire amministrativo, configurano un'ipotesi di illegittimità del provvedimento finale anzitutto per violazione di legge e possono comportare l'invalidazione dell'aggiudicazione e l'obbligo di rinnovare l'intera procedura di gara. Trattasi invero di fattispecie che legittimano l'interesse strumentale alla riedizione della procedura concorsuale, azionabile dunque anche da parte dell'ultimo concorrente classificato, analogamente all'ipotesi dell'illegittima nomina della commissione giudicatrice.

La disposizione lascia peraltro aperta la questione in ordine all'individuazione della categoria giuridica del "conflitto di interesse". Elementi utili per la sua delimitazione si ricavano ora dal nuovo codice di comportamento dei dipendenti pubblici di cui al d.P.R. 16 aprile 2013, n. 62 ("Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'articolo 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165 in G.U. n. 129 del 4 giugno 2013).

L'art. 6 del codice di comportamento disciplina l'obbligo di comunicazione degli interessi finanziari e conflitti d'interesse: "1. Fermi restando gli obblighi di trasparenza previsti da leggi o regolamenti, il dipendente, all'atto

dell'assegnazione all'ufficio, informa per iscritto il dirigente dell'ufficio di tutti i rapporti, diretti o indiretti, di collaborazione con soggetti privati in qualunque modo retribuiti che lo stesso abbia o abbia avuto negli ultimi tre anni, precisando:

- a) se in prima persona, o suoi parenti o affini entro il secondo grado, il coniuge o il convivente abbiano ancora rapporti finanziari con il soggetto con cui ha avuto i predetti rapporti di collaborazione;
- b) se tali rapporti siano intercorsi o intercorrano con soggetti che abbiano interessi in attività o decisioni

inerenti all'ufficio, limitatamente alle pratiche a lui affidate.

2. Il dipendente si astiene dal prendere decisioni o svolgere attività inerenti alle sue mansioni in situazioni di conflitto, anche potenziale, di interessi con interessi personali, del coniuge, di conviventi, di parenti, di affini entro il secondo grado. Il conflitto può riguardare interessi di qualsiasi natura, anche non patrimoniali, come quelli derivanti dall'intento di voler assecondare pressioni politiche, sindacali o dei superiori gerarchici".

Il successivo art. 7 disciplina l'obbligo di astensione stabilendo che "1. Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano

coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza". Tale disposizione contiene una tipizzazione delle relazioni personali o professionali sintomatiche del possi-

“ La nomina del responsabile del procedimento, ovvero l'adozione di provvedimenti da parte di soggetti che versano in una situazione di conflitto di interessi, configurano un'ipotesi di illegittimità del provvedimento finale anzitutto per violazione di legge e possono comportare l'invalidazione dell'aggiudicazione e l'obbligo di rinnovare l'intera procedura di gara ”

bile conflitto di interesse. Essa contiene anche una clausola di carattere generale in riferimento a tutte le ipotesi in cui si manifestino "gravi ragioni di convenienza". La segnalazione del conflitto deve essere indirizzata al dirigente, il quale, esaminate le circostanze, valuta se la situazione realizza un conflitto di interesse idoneo a ledere l'imparzialità dell'agire amministrativo. Il dirigente destinatario della segnalazione deve valutare espressamente la situazione sottoposta alla sua attenzione e deve rispondere per iscritto al dipendente medesimo sollevandolo dall'incarico oppure motivando espressamente le ragioni che consentono comunque l'espletamento dell'attività da parte di quel dipendente. Nel caso in cui sia necessario sollevare il dipendente dall'incarico esso dovrà essere affidato dal dirigente ad altro dipendente ovvero, in carenza di dipendenti professionalmente idonei, il dirigente dovrà avocare a sé ogni compito relativo a quel procedimento. Qualora il conflitto riguardi il dirigente a valutare le iniziative da assumere sarà il responsabile per la prevenzione. Nel PNA si evidenzia come "La violazione sostanziale della norma, che si realizza con il compimento di un atto illegittimo, dà luogo a responsabilità disciplinare del dipendente suscettibile di essere sanzionata con l'irrogazione di sanzioni all'esito del relativo procedimento, oltre a poter costituire fonte di illegittimità del procedimento e del provvedimento conclusivo dello stesso, quale sintomo di eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento della funzione tipica dell'azione amministrativa".

Si rammenta inoltre che l'art. 2, comma 3 del codice di comportamento prevede che "Le pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo n. 165 del 2001 estendono, per quanto compatibili, gli obblighi di condotta previsti dal presente codice a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e di incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell'amministrazione. A tale fine, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizioni delle collaborazioni, delle consulenze o dei servizi, le amministrazioni inseriscono apposite disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal presente codice".

Infine, l'art. 14 del codice di comportamento prevede disposizioni specifiche con riguardo agli obblighi dei dipendenti nella conclusione e successiva esecuzione di "Contratti ed altri atti negoziali", prevedendo che "1. Nella conclusione di accordi e negozi e nella stipulazione di contratti per conto dell'amministrazione, nonché nella fase di esecuzione degli stessi, il dipendente non ricorre a mediazione di terzi, né corrisponde o promette ad alcuno utilità a titolo di intermediazione, né per facilitare o aver facilitato la conclusione o l'esecuzione del contratto. Il presente comma non si applica ai casi in cui l'amministrazione abbia deciso di ricorrere all'attività di intermediazione professionale. 2. Il dipendente non conclude, per conto dell'amministrazione, contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione con imprese con le quali abbia stipulato contratti a titolo privato o ricevuto altre utilità nel biennio precedente, ad eccezione di quelli conclusi ai sensi dell'articolo 1342 del codice civile. Nel caso in cui l'amministrazione concluda contratti di appalto, fornitura, servizio, finanziamento o assicurazione, con imprese con le quali il dipendente abbia concluso contratti a titolo privato o ricevuto altre utilità nel biennio precedente, questi si astiene dal partecipare all'adozione delle decisioni ed alle attività relative all'esecuzione del contratto, redigendo verbale scritto di tale astensione da conservare agli atti dell'ufficio".

5. Lo svolgimento di attività successiva alla cessazione del rapporto di lavoro e la nuova causa di incapacità a trattare con la p.a.

La legge 190/2012 ha introdotto un nuovo comma 16-ter nell'ambito dell'art. 53 del d.lgs. n. 165 del 2001 volto a contenere il rischio di situazioni di corruzione connesse all'impiego del dipendente successivo alla cessazione del rapporto di lavoro. Il rischio valutato dalla norma è che durante il periodo di servizio il dipendente possa artatamente preconstituersi delle situazioni lavorative vantaggiose e così sfruttare a proprio fine la sua posizione e il suo potere all'interno dell'amministrazione per ottenere un lavoro per lui attraente presso l'impresa o il soggetto privato con cui entra in contatto. La norma prevede quindi una limitazione della libertà negoziale del dipendente per un determinato periodo successivo alla cessazione del rapporto per eliminare la "convenienza" di accordi fraudolenti.

La nuova disposizione stabilisce che "I dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, non possono svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti".

Il successivo comma 43 dell'art.

1 della legge 190/2012 precisa inoltre che "Le disposizioni di cui all'articolo 53, comma 16-ter, secondo periodo, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, introdotto dal comma 42, lettera l), non si applicano ai contratti già sottoscritti alla data di entrata in vigore della presente legge".

L'ambito della norma è riferito a quei dipendenti che nel corso degli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto dell'amministrazione con riferimento allo svolgimento di attività presso i soggetti privati che sono stati destinatari di provvedimenti, contratti o accordi. I "dipendenti" interessati sono coloro che per il ruolo e la posizione ricoperti nell'amministrazione hanno avuto il potere di incidere in maniera determinante sulla decisione oggetto dell'atto e, quindi, coloro che hanno esercitato la potestà o il potere negoziale con riguardo allo specifico procedimento o procedura (dirigenti, funzionari titolari di funzioni dirigenziali, responsabile del procedimento nel caso previsto dall'art. 125, commi 8 e 11, del d.lgs. n. 163 del 2006).

I predetti soggetti nel triennio successivo alla cessazione del rapporto con l'amministrazione, qualunque sia la causa di cessazione (e quindi anche in caso di collocamento in quiescenza per raggiungimento dei requisiti di accesso alla pensione), non possono avere alcun rapporto di lavoro autonomo o subordinato con i soggetti privati che sono stati destinatari di provvedimenti, contratti o accordi.

La norma prevede delle sanzioni per il caso di violazione del divieto, che consistono in sanzioni sull'atto e sanzioni sui soggetti:

- sanzioni sull'atto: i contratti di lavoro conclusi e gli incarichi conferiti in violazione del divieto sono nulli;
- sanzioni sui soggetti: i soggetti privati che hanno concluso contratti o conferito incarichi in violazione del divieto non possono contrattare con la pubblica amministrazione di provenienza dell'ex dipendente per i successivi tre anni ed hanno l'obbligo di restituire eventuali compensi eventualmente percepiti ed accertati in esecuzione dell'affidamento illegittimo; pertanto, la sanzione opera come requisito soggettivo legale per la partecipazione a procedure di affidamento con la conseguente illegittimità

dell'affidamento stesso per il caso di violazione.

La norma prevede quindi una preclusione, per i dipendenti che negli ultimi tre anni di servizio hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni (la mente corre subito ai dirigenti o funzionari apicali responsabili

“ La norma prevede delle sanzioni per il caso di violazione del divieto, che consistono in sanzioni sull'atto e sanzioni sui soggetti ”

del procedimento e comunque muniti di rappresentanza negoziale per la stipula dei contratti) all'esercizio dell'attività lavorativa o professionale (e dunque compresa l'assunzione di specifici incarichi non continuativi) presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri (ad es. l'impresa che, ad esempio, è risultata aggiudicataria di un appalto, ove la determinazione di aggiudicazione definitiva è stata adottata dal dirigente poi cessato dal servizio). Pertanto, dalla cessazione del rapporto di pubblico impiego, decorre un periodo triennale ove si configura la predetta preclusione, superato il quale la medesima cessa.

Viene dunque introdotta, al di fuori del catalogo delle cause di esclusione tipizzate di cui all'art. 38 del codice una nuova ipotesi di preclusione alla partecipazione alle pubbliche gare, oltre ad una parimenti innovativa fattispecie di nullità del contratto eventualmente stipulato in violazione della predetta norma.

L'art. 21 del d.lgs. 8 aprile 2013, n. 39 (recante "Disposizioni in materia di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e

presso gli enti privati in controllo pubblico, a norma dell'articolo 1, commi 49 e 50, della legge 6 novembre 2012, n. 190") precisa che "Ai soli fini dell'applicazione dei divieti di cui al comma 16-ter dell'articolo 53 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, sono considerati dipendenti delle pubbliche amministrazioni anche i soggetti titolari di uno degli incarichi di cui al presente decreto, ivi compresi i soggetti esterni con i quali l'amministrazione, l'ente pubblico o l'ente di diritto privato in controllo pubblico stabilisce un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. Tali divieti si applicano a far data dalla cessazione dell'incarico".

I soggetti titolari degli incarichi di cui al d.lgs. 39/2013 sono individuabili nelle norme definitorie di cui all'art. 1, comma 2, lettere da i) a l), relative alle diverse tipologie di incarichi oggetto di disciplina, e, precisamente:

"i) per "incarichi amministrativi di vertice", gli incarichi di livello apicale, quali quelli di segretario generale, capo Dipartimento, direttore generale o posizioni assimilate nelle pubbliche amministrazioni e negli enti di diritto privato in controllo pubblico, conferiti a soggetti interni o esterni all'amministrazione o all'ente che conferisce l'incarico, che non

comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione;

j) per "incarichi dirigenziali interni", gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a dirigenti o ad altri dipendenti, ivi comprese le categorie di personale di cui all'articolo 3 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, appartenenti ai ruoli dell'amministrazione che conferisce l'incarico ovvero al ruolo di altra pubblica amministrazione;

k) per "incarichi dirigenziali esterni", gli incarichi di funzione dirigenziale, comunque denominati, che comportano l'esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione, nonché gli incarichi di

funzione dirigenziale nell'ambito degli uffici di diretta collaborazione, conferiti a soggetti non muniti della qualifica di dirigente pubblico o comunque non dipendenti di pubbliche amministrazioni;

l) per "incarichi di amministratore di enti pubblici e di enti privati in controllo pubblico", gli incarichi di presidente con deleghe gestionali dirette, amministratore delegato e assimilabili, di altro organo di indirizzo delle attività dell'ente, comunque denominato, negli enti pubblici e negli enti di diritto privato in controllo pubblico". Alla luce della novella normativa sopra richiamata, occorre dunque integrare lo schema di dichiarazione sostitutiva richiesto in sede di gara, in ordine all'assenza di cause di incapacità a partecipare alle procedure di affidamento di appalti pubblici, con la nuova fattispecie di cui all'art. 53, comma 16-ter, d.lgs. 165/2001, come introdotta dall'art. 1, comma 42, lett. l), legge 190/2012.

“ Il nuovo art. 35-bis del d.lgs. n. 165 del 2001, pone delle condizioni ostative per la partecipazione a commissioni di concorso o di gara e per lo svolgimento di funzioni direttive in riferimento agli uffici considerati a più elevato rischio di corruzione ”

6. La nuova causa di incompatibilità dei membri delle commissioni di gara

Con la nuova normativa anticorruzione sono state introdotte anche delle misure di prevenzione di carattere soggettivo, con le quali la tutela è anticipata

al momento di individuazione degli organi che sono deputati a prendere decisioni e ad esercitare il potere nelle amministrazioni. Tra queste, il nuovo art. 35-bis, inserito nell'ambito del d.lgs. n. 165 del 2001, pone delle condizioni ostative per la partecipazione a commissioni di concorso o di gara e per lo svolgimento di funzioni direttive in riferimento agli uffici considerati a più elevato rischio di corruzione.

La norma in particolare prevede che: "1. Coloro che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale: a) non possono fare parte, anche con compiti di segreteria, di commissioni per l'accesso o la selezione a pubblici impieghi; b) non possono essere assegnati, anche con funzioni direttive, agli uffici preposti alla gestione delle risorse finanziarie, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, nonché alla

concessione o all'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari o attribuzioni di vantaggi economici a soggetti pubblici e privati; c) **non possono fare parte delle commissioni per la scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi**, per la concessione o l'erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, nonché per l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere. 2. La disposizione prevista al comma 1 integra le leggi e regolamenti che disciplinano la formazione di commissioni e la nomina dei relativi segretari".

Questa disciplina si applica alle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001. Inoltre, il d.lgs. n. 39 del 2013 ha previsto un'apposita disciplina riferita alle inconferibilità di incarichi dirigenziali e assimilati (art. 3). Tale disciplina ha come destinatari le pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, gli enti pubblici economici e gli enti di diritto privato in controllo pubblico. Gli atti ed i contratti posti in essere in violazione delle limitazioni sono nulli ai sensi dell'art. 17 del d.lgs. n. 39 del 2013. A carico dei componenti di organi che abbiano conferito incarichi dichiarati nulli sono applicate le specifiche sanzioni previste dall'art. 18.

Nel PNA si segnalano i seguenti aspetti rilevanti:

- in generale, la preclusione opera in presenza di una sentenza, ivi compresi i casi di patteggiamento, per i delitti contro la pubblica amministrazione anche se la decisione non è ancora irrevocabile ossia non è ancora passata in giudicato (quindi anche in caso di condanna da parte del Tribunale);
- la specifica preclusione di cui alla lett. b) del citato art. 35-bis riguarda sia l'attribuzione di incarico o l'esercizio delle funzioni dirigenziali sia lo svolgimento di funzioni direttive; pertanto, l'ambito soggettivo della norma riguarda i dirigenti, i funzionari ed i collaboratori (questi ultimi nel caso in cui svolgano funzioni dirigenziali nei piccoli comuni o siano titolari di posizioni organizzative);
- in base a quanto previsto dal comma 2 del suddetto articolo, la disposizione riguarda i requisiti per la formazione di commissioni e la nomina dei segretari e pertanto la sua violazione si traduce nell'illegittimità del provvedimento conclusivo del procedimento;
- la situazione impeditiva viene meno ove venga pronunciata per il medesimo reato una sentenza di assoluzione anche non definitiva.

- se la situazione di inconferibilità si appalesa nel corso del rapporto, il responsabile della prevenzione deve effettuare la contestazione nei confronti dell'interessato e lo stesso deve essere rimosso dall'incarico o assegnato ad altro ufficio.

La disposizione in esame introduce quindi una nuova incompatibilità per i membri delle commissioni di gara che si aggiunge all'elenco di cui all'art. 84, commi 4, 5 e 7 del codice.

Peraltro va subito rilevato come l'ambito oggettivo di applicazione della norma risulti particolarmente esteso e si riferisca a qualsiasi tipologia di "commissione per la scelta del contraente", comprese quelle previste e disciplinate dai regolamenti interni delle stazioni appaltanti laddove il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso. Trattandosi di disposizione *extra codicem*, inoltre, questa trova applicazione anche per gli appalti di servizi c.d. "esclusi" dell'allegato IIB di cui all'art. 20, c. 1, e per le concessioni di cui all'art. 30 del codice. Sul piano operativo si rende dunque opportuno integrare con la nuova fattispecie normativa, il contenuto della dichiarazione sostitutiva di cui agli artt. 120, comma 5 e 282, comma 3 del d.P.R. 207/2010, in ordine all'assenza di cause di incompatibilità e astensione previste dal codice in capo ai commissari (a tenore del quale: "Al momento dell'accettazione dell'incarico, i commissari dichiarano ai sensi dell'articolo 47 del d.P.R. del 28 dicembre 2000, n. 445, l'inesistenza delle cause di incompatibilità e di astensione di cui all'articolo 84, commi 4, 5 e 7, del codice").

7. Norme in materia di arbitrato

Il comma 19 dell'art. 1 della legge 190 sostituisce il primo comma dell'art. 241 del codice appalti in materia di arbitrati, prevedendo quale condizione di ammissibilità della clausola arbitrale nel capitolato o schema di contratto l'autorizzazione preventiva da parte del competente organo di governo.

"1. Le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario previsto dall'articolo 240, possono essere deferite ad arbitri, previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione.

L'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli".

I successivi commi della legge 190 recano ulteriori disposizioni in materia, le quali peraltro non si applicano agli arbitri conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge 190.

Le disposizioni relative al ricorso ad arbitri, di cui all'articolo 241, comma 1, del codice si applicano anche alle controversie relative a concessioni e appalti pubblici di opere, servizi e forniture in cui sia parte una società a

partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. A tal fine, l'organo amministrativo rilascia l'autorizzazione di cui al citato comma 1 dell'articolo 241 del codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, come sostituito dal comma 19 del presente articolo (comma 20).

La nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali è parte una pubblica amministrazione avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione e secondo le modalità previste dai commi 22, 23 e 24 del presente articolo, oltre che nel rispetto delle disposizioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in quanto applicabili (comma 21). Qualora la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici (comma 22).

Qualora la controversia abbia luogo tra una pubblica amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione è scelto preferibilmente tra i dirigenti pubblici. Qualora non risulti possibile alla pubblica amministrazione nominare un arbitro scelto tra i dirigenti pubblici, la nomina è disposta, con provvedimento motivato, nel rispetto delle disposizioni

del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (comma 23).

La pubblica amministrazione stabilisce, a pena di nullità della nomina, l'importo massimo spettante al dirigente pubblico per l'attività arbitrale. L'eventuale differenza tra l'importo spettante agli arbitri nominati e l'importo massimo stabilito per il dirigente è acquisita al bilancio della pubblica amministrazione che ha indetto la gara (comma 24).

8. Norme in materia di risoluzione del contratto d'appalto

“ L'art. 1, comma 58 della legge 190 ampliando le fattispecie che legittimano lo scioglimento del rapporto contrattuale “per i delitti previsti dall'art. 51, commi 3-bis e 3-quater del codice di procedura penale, dagli artt. 314, comma 1, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale” ”

L'art. 1, comma 58, della legge 190 modifica l'art. 135, comma 1, del codice in materia di risoluzione del contratto, ampliando le fattispecie che legittimano lo scioglimento del rapporto contrattuale “per i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale”.

Vengono sanzionate in questo modo le sentenze passate in giudicato per reati come l'associazione mafiosa, il contrabbando, il traffico di rifiuti, lo spaccio di stupefacenti e i delitti con finalità di terrorismo, oltre alle sentenze per i reati contro la “cosa pubblica”, come il peculato, la malversazione ai danni dello Stato, la concussione.

9. Le c.d. *white list* per la verifica “antimafia”

I commi da 52 e 57 dell'art. 1 della legge 190 disciplinano la figura delle c.d. *white list*, ovvero degli elenchi di “fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori” al riparo da qualsiasi sospetto di infiltrazione mafiosa. Le prefetture dovranno curarsi di tenerli e una volta inserita nella lista, l'impresa non dovrà più presentare la documentazione antimafia prevista dalla legge, salvo che la prefettura non accerti che la situazione è cambiata.

L'iscrizione nell'elenco, di natura volontaria, soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio dell'attività per cui è stata disposta l'iscrizione valida per dodici mesi, salvi gli esiti delle verifiche periodiche.

Sono definite dal comma 53, come maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, le seguenti attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

Per l'efficacia dei controlli antimafia nelle attività imprenditoriali di cui sopra, presso ogni Prefettura è istituito l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori. L'iscrizione negli elenchi della Prefettura della provincia in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informa-

zione antimafia per l'esercizio della relativa attività. La Prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco (comma 52).

L'impresa iscritta nell'elenco comunica alla prefettura competente qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dalla data della modifica. Le società di capitali quotate in mercati regolamentati comunicano le variazioni rilevanti secondo quanto previsto dal testo unico di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58. La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione (comma 55).

Il comma 56 ha rinviato ad un decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e la semplificazione, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dal-

la data di entrata in vigore della legge, la definizione delle modalità per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco di cui al comma 52, nonché per l'attività di verifica.

Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 18 aprile 2013 sono state definite le "Modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, di cui all'articolo 1, comma 52, della legge 6 novembre 2012, n. 190", (G.U. n. 164 del 15 luglio 2013) ed applicabile, per effetto dell'art.10, comma 2 dello stesso d.P.C.M., e del comma 57 dell'articolo 1 della legge 190, dal 15 ottobre 2013.

“ Per l'efficacia dei controlli antimafia nelle attività imprenditoriali, presso ogni prefettura è istituito l'elenco dei fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa operanti nei medesimi settori ”

L'elenco è unico ed è articolato in sezioni corrispondenti alle attività indicate dall'art. 1, comma 53, della legge 190 (supra) e in quelle ulteriori eventualmente individuate in sede di aggiornamento dell'elenco. L'iscrizione negli elenchi è volontaria ed è soggetta alle seguenti condizioni:

- a) l'assenza di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia;
- b) l'assenza di eventuali tentativi di infiltrazione mafiosa tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi dell'impresa, di cui all'art. 84, comma 3, del codice antimafia.

Salvi gli effetti conseguenti alle verifiche periodiche, l'iscrizione nell'elenco conserva efficacia per un periodo di dodici mesi a decorrere dalla data in cui essa è disposta.

L'art. 7 del d.P.C.M. ("Equipollenza dell'iscrizione nell'elenco") stabilisce che, ai sensi dell'art. 1, comma 52, della legge, l'informazione antimafia non è richiesta nei confronti delle imprese iscritte nell'elenco per l'esercizio delle attività per cui è stata disposta l'iscrizione.

Le p.a. verificano l'iscrizione nell'elenco attraverso i siti istituzionali delle Prefetture competenti, le quali, nella sezione "Amministrazione trasparente" pubblicano l'elenco per il quale è competente, curandone il costante aggiornamento, nonché l'indirizzo della casella di posta elettronica certificata alla quale possono essere inoltrate le istanze di iscrizione.

Con decreto del Ministro dell'interno, di concerto con

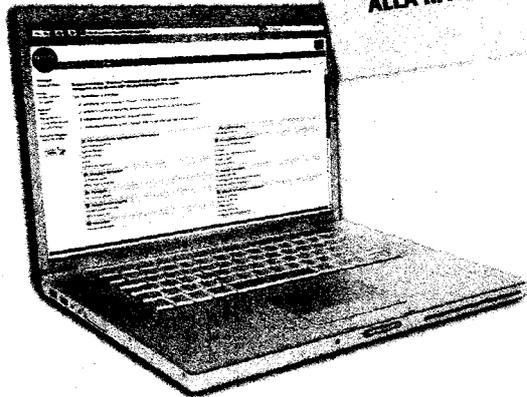
il Ministro per la pubblica amministrazione e semplificazione, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti, e dello sviluppo economico, sentita l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, sono definite le modalità per il collegamento tra la banca dati nazionale unica e la banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all'art. 6-bis del codice appalti.

Salva la comunicazione di mancato interesse effettuata alla

Prefettura competente nel termine di 30 giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto, l'impresa iscritta in uno degli elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa, istituiti sulla base di disposizioni previgenti, è inserita d'ufficio; per la sezione corrispondente, nell'elenco istituito presso la stessa Prefettura. L'iscrizione effettuata ha validità per il periodo residuo di efficacia dell'iscrizione già conseguita.

PREVIEW
le riviste in anteprima

**GRATIS
PER GLI ABBONATI
ALLA RIVISTA**



**CHI PRIMA ARRIVA...
LEGGE PREVIEW!**

Il servizio **Preview** consente di leggere, creare e scaricare in **PDF** la rivista a cui si è abbonati, con 15 giorni di anticipo rispetto alla normale distribuzione postale.
IN PIU': tanti speciali di approfondimento on-line e un archivio storico che parte dal 2004, consultabili in tempo reale e direttamente dalla propria scrivania.

Per ulteriori informazioni, visiti il sito
www.preview.periodicimaggioli.it

**MAGGIOLI
EDITORE**