



Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"

LE PRINCIPALI NOVITA' APPORTATE DALLA LEGGE N.190 DEL 2012, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AGLI APPALTI PUBBLICI.

Dott.ssa Roberta Puglia

*Specializzanda presso la Scuola di specializzazione
per le professioni legali dell'Università degli Studi
di Roma Tor Vergata*

1.1. **Obiettivi della Legge n. 190 del 2012 e strumenti per la sua attuazione.**

La cosiddetta legge anticorruzione, legge 6 novembre 2012, n. 190 "Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", si iscrive nel più ampio quadro dei provvedimenti normativi finalizzati alla lotta alla corruzione, in adempimento agli obblighi imposti dal diritto internazionale.

Con la l. 6 novembre 2012, n. 190 prende corpo e si rafforza l'organizzazione amministrativa della prevenzione e degli strumenti di lotta alla corruzione e, a livello più generico, alle forme di illegalità nella pubblica amministrazione, con la pubblica amministrazione (individuata con il richiamo all'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 ed *in toto* considerata, dalle amministrazioni centrali alle periferiche), finalmente investita "dall'interno" e "nel suo interno" di doveri operativi al riguardo.

In questo quadro vengono scandite le articolazioni funzionali dell'attività di riferimento, sia in punto analisi dei rischi, studi del fenomeno, indagini sui "terreni di cultura" dello stesso, fattive proposte di risoluzione delle criticità, sia in punto interventi "pratici", con la predisposizione di presidi amministrativi incentrati su compiti ed adempimenti posti a carico delle pubbliche amministrazioni, piani applicativi a contenuto preventivo, codici di comportamento e codici di disciplina, trasparenza dell'attività amministrativa tanto provvedimentale quanto negoziale, percorsi di formazione del personale, identificazione di un responsabile della prevenzione con il precipuo, ma non unico compito di attuare ed aggiornare interventi mirati e finalizzati.

Dunque, i principali strumenti attraverso cui opera la legge n. 190, sono:

- la Commissione per la valutazione, trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche;
- il Piano Nazionale Anticorruzione;
- il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione;
- il Responsabile della Prevenzione della Corruzione
- gli obblighi di pubblicazione;
- il codice di comportamento.

1.2 La Commissione per la valutazione, trasparenza ed integrità delle amministrazioni pubbliche.

In attuazione della Convenzione ONU, l'art. 6 della L. n. 116 del 2009 designava quale Autorità Nazionale Anticorruzione il Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione, riconoscendo allo stesso la facoltà di delegare un sottosegretario di Stato.

La legge n. 190 del 2012, superando le perplessità sulle garanzie di autonomia richieste dalla Convenzione Onu¹, ha modificato tale previsione ed ha individuato quale Autorità Nazionale Anticorruzione la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT).

Tale Commissione, istituita con L. n. 150 del 2009, assume ora in materia anticorruptiva funzioni e compiti di amministrazione attiva, consultiva, ispettiva e di controllo, in un quadro di collaborazione con il Dipartimento della funzione pubblica e con il Comitato interministeriale previsto dall'art.1, comma 4, della legge.

Spetta alla Commissione approvare il Piano nazionale anticorruzione predisposto dal Dipartimento della funzione pubblica, sulla base degli indirizzi forniti dal Comitato interministeriale costituito con D.P.C.M. 16 gennaio 2013, nonché analizzare le cause ed i fattori della corruzione ed individuare gli interventi di prevenzione e contrasto, anche mediante la collaborazione con i paritetici organismi stranieri e con le organizzazioni regionali ed internazionali competenti.

In via consultiva, la Commissione esprime pareri facoltativi agli organi dello Stato e a tutte le amministrazioni pubbliche in materia di conformità di atti e comportamenti dei funzionari pubblici alla legge, ai codici di comportamento ed ai contratti, collettivi e individuali, regolanti il rapporto di lavoro pubblico. Esprime inoltre pareri facoltativi in materia di autorizzazioni allo svolgimento di incarichi esterni da parte dei dirigenti amministrativi dello Stato e degli enti pubblici nazionali, con particolare attenzione alle nuove preclusioni introdotte dalla stessa legge,

¹ Corte conti, sez riun. controllo, 13 settembre 2011, n. 47, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2012, 423 (m): La scelta di individuare nella CIVIT, e non più nel dipartimento della funzione pubblica, l'autorità nazionale anticorruzione supera in parte le perplessità manifestate in precedenza dalla corte in relazione al grado di autonomia e indipendenza preteso dalla Convenzione Onu del 2003 sulla anticorruzione; non coerenti con tale esigenza sono peraltro ritenute le modalità di nomina dei componenti della Commissione, i cui requisiti di nomina meriterebbero comunque d'essere rivisitati in funzione dei nuovi compiti assegnati; si osserva inoltre che la Civit è tenuta ad intrattenere con l'esecutivo forme di stretta collaborazione.

che vieta ai dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni, di 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 poteri².

I poteri di vigilanza e controllo della Commissione riguardano l'applicazione e l'efficacia delle misure di prevenzione alla corruzione adottate dalle pubbliche amministrazioni ed il rispetto delle nuove regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa introdotte dalla legge (art. 1, commi da 15 a 36) e previste dalle altre vigenti disposizioni.

Nell'esercizio delle funzioni ispettive, la Commissione può richiedere notizie, informazioni, atti e documenti alle pubbliche amministrazioni, ed ordinare l'adozione di atti o provvedimenti richiesti dai piani di prevenzione alla corruzione e dalle regole sulla trasparenza dell'attività amministrativa, ovvero la rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza citati. La Commissione e le amministrazioni interessate, danno notizia, nei rispettivi siti web istituzionali, dei provvedimenti conseguentemente adottati.

L'ampliamento dei poteri della CIVIT, nella sua veste di autorità amministrativa indipendente³, si pone in linea di continuità con le funzioni e i compiti già previsti dal D.Lgs. n. 150 del 2009: emerge lo stretto legame funzionale, già evidenziato dalla Commissione stessa con le deliberazioni n.105 del 2010 e n. 2 del 2012, tra trasparenza e integrità per la prevenzione della corruzione, così come riconosciuto anche a livello internazionale⁴.

Il Dipartimento della funzione pubblica opera come soggetto promotore delle strategie di prevenzione e come coordinatore della loro attuazione: a tale fine definisce modelli standard delle informazioni e dei dati occorrenti per il conseguimento degli obiettivi previsti dalla legge, secondo modalità che consentano la loro gestione ed analisi informatizzata. Deve altresì definire criteri per assicurare la rotazione dei dirigenti nei settori particolarmente esposti alla corruzione e misure per evitare sovrapposizioni di funzioni e cumuli di incarichi nominativi in capo ai dirigenti pubblici, anche esterni.⁵

1.3. Il Piano Nazionale Anticorruzione.

² Cfr. il comma 16-ter introdotto nel testo dell'art. 53 del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165. La stessa previsione sanziona con la nullità i contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione e vieta 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.

³ Come espressamente riconosciuto da Cons. Stato, sez. I, parere 22 marzo 2010, n. 1081.

⁴ Audizione al Senato della Prof. Romilda Rizzo, Presidente della Commissione indipendente per la Valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (Disegno di legge n. 2156-B), in www.senato.it.

⁵ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 3/2013, pag. 295-296.

La CIVIT approvato, ai sensi dell'art. 1 della legge 190/2012, la proposta di Piano nazionale anticorruzione elaborata dal dipartimento della Funzione pubblica.⁶

Con l'approvazione del Piano nazionale anticorruzione si completa il quadro sostanziale delle misure previste dal nostro Paese per l'attuazione della strategia messa in campo con legge 6 novembre 2012, n. 190, per la lotta alla corruzione e la prevenzione delle illegalità nella pubblica amministrazione.

Per quanto molte amministrazioni, semplicemente sulla base delle linee di indirizzo del Comitato interministeriale, abbiano giustamente già provveduto, provvisoriamente, all'approvazione del Piano triennale di prevenzione della corruzione, il P.N.A ne rappresenta lo strumento di indirizzo normativamente propedeutico. Saranno dunque necessari in tali casi una verifica dell'adeguatezza e l'eventuale aggiornamento dei contenuti e delle modalità di alcuni adempimenti attuativi a quanto ora specificato. Il Piano è articolato in tre sezioni.

Nella prima sezione sono esposti gli obiettivi strategici e le azioni da implementare a livello nazionale con i relativi vincoli. La responsabilità è in capo al Dipartimento della funzione pubblica e agli altri soggetti istituzionali che operano per la prevenzione a livello nazionale.

La seconda sezione è dedicata all'illustrazione della strategia di prevenzione a livello di singola amministrazione e contiene le direttive alle P.A. per l'applicazione delle misure di prevenzione tra cui quelle obbligatorie per legge.

La terza sezione, infine, contiene indicazioni circa la comunicazione dei dati e delle informazioni al Dipartimento funzione pubblica e la finalizzazione dei dati successivamente alla raccolta, per il monitoraggio e lo sviluppo di ulteriori strategie. Vengono fornite, infine, indicazioni per la gestione e la valutazione del rischio attraverso la mappatura dei processi dell'amministrazione. I principi fondamentali consigliati sono desunti dai "Principi e linee guida UNI ISO 31002010".

Risultano destinatarie del Piano tutte le PP. AA. di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001. Ai sensi dell'art. 1, commi 60 e 61, della legge 190/2012, per le regioni, gli enti del SSN, gli enti locali e gli enti ad essi collegati i contenuti e le modalità di alcuni adempimenti attuativi sono stati definiti attraverso la predetta Intesa in sede di Conferenza unificata. Per il personale in regime di diritto pubblico (di cui all'art. 3 del D.Lgs. 165/2001), dovranno essere assicurate iniziative e misure di prevenzione analoghe a quelle previste per il personale contrattualizzato.

Le Autorità amministrative indipendenti, gli enti pubblici economici, gli enti di diritto privato in controllo pubblico, le società partecipate e le società da esse controllate (art. 2359 cc.) sono destinatari per le parti in cui sono espressamente indicati.

La strategia di prevenzione delineata dal P.N.A. a livello nazionale ruota intorno a tre obiettivi strategici fondamentali: la riduzione delle possibilità di manifestazione di casi di corruzione, l'incremento della capacità di individuazione dei casi di corruzione, la creazione di un contesto sfavorevole alla corruzione.

⁶ Il Piano Nazionale Anticorruzione è pubblicato sul sito del Dipartimento della Funzione Pubblica.

Il Piano nazionale anticorruzione (P.N.A.) contiene una analitica descrizione della articolazione degli obiettivi strategici e delle azioni nel periodo 2013-2016, con la scansione dei rispettivi indicatori e target con riferimento al 30 giugno 2014.

Al riguardo, è, inoltre, individuata una serie di azioni per la prevenzione che tendono essenzialmente alla diffusione della cultura della legalità nelle organizzazioni e tra il personale, a partire dalla emanazione di atti d'indirizzo, direttive e raccomandazioni, e dal monitoraggio sull'introduzione ed implementazione delle misure di prevenzione da parte delle PP. AA. anche per individuare interventi correttivi della strategia nazionale passando per la diffusione delle buone pratiche mediante seminari e per la promozione di iniziative per lo studio di misure di prevenzione in specifici settori, fino ad arrivare alla figura del whistleblower, diffondendo le buone pratiche realizzate in materia di tutela, sensibilizzando i dipendenti pubblici sul valore positivo delle segnalazioni di illecito, monitorando le segnalazioni di discriminazioni nei loro confronti.

Prevista, infine, la realizzazione di indagini campionarie per valutare la percezione da parte dei dipendenti del rischio corruzione e del valore dell'integrità.

Nelle amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001, l'organo di indirizzo politico, su proposta del Responsabile della Prevenzione, adotta il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, curandone la trasmissione al dipartimento della Funzione pubblica. Attraverso l'analisi dell'organizzazione e delle sue regole di funzionamento, la P.A. individuerà il rischio di esposizione al fenomeno corruttivo al fine di individuare ed attivare azioni ponderate e coerenti tra loro capaci di ridurre la possibilità di comportamenti corrotti.

Il P.N.A., in linea con quanto stabilito dalla legge n. 190 del 2012, individua gli ambiti/ macro settori, che devono essere necessariamente presenti all'interno dei piani triennali per una loro adeguata articolazione.

Il soggetto fondamentale individuato dall'art. 1, comma 7, della legge 190/2012 per l'attuazione di tale strategia di prevenzione è il Responsabile della Prevenzione della Corruzione, da individuarsi dall'organo di indirizzo politico, nelle amministrazioni centrali, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, ovvero, negli enti locali, di norma nel segretario, salvo diversa e motivata determinazione.

Nonostante la previsione normativa concentri la responsabilità per il verificarsi di fenomeni corruttivi (art. 1, comma 12, della legge n. 190) in capo al Responsabile per la Prevenzione, tutti i dipendenti delle strutture coinvolte nell'attività amministrativa mantengono, ciascuno, il personale livello di responsabilità in relazione ai compiti effettivamente svolti.

La strategia di prevenzione per il prossimo triennio che deve essere attuata a livello di singola amministrazione viene definita attraverso l'esplicita indicazione delle direttive alle PP. AA. per l'applicazione delle misure di prevenzione, tra cui quelle obbligatorie per legge. Si tratta di misure che, se non già ricomprese nei vigenti piano triennale prevenzione anticorruzione, dovranno essere oggetto di relativa integrazione che dovrà includere, evidentemente, le procedure di adempimento individuate e le relative modalità di controllo e riscontro dell'efficacia dell'attuazione.

In relazione agli obblighi di trasmissione al Dipartimento Funzione Pubblica dei dati normativamente richiesti, il Piano Nazionale Anticorruzione prevede che le PP. AA. di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 165/2001 debbano effettuare tale trasmissione esclusivamente utilizzando dei modelli standardizzati, secondo le istruzioni che saranno pubblicate sul sito della funzione pubblica nella sezione anticorruzione, e che non è consentita la trasmissione di documenti cartacei. Sulla base di tali flussi informativi, la Funzione pubblica elaborerà i dati rilevanti ricevuti dalle amministrazioni e pubblicherà un report riepilogativo distintamente per le amministrazioni centrali, per le regioni, gli enti locali e gli enti dagli stessi controllati, anche ai fini di un aggiornamento della strategia di prevenzione.

Il nucleo centrale del Piano triennale prevenzione anticorruzione dovrà essere rappresentato dalla gestione e valutazione dei rischi di corruzione e di illegalità nell'amministrazione.

Le PP. AA., qualora non l'abbiano già fatto, dovranno progettare e realizzare un sistema di attività coordinate per guidare e tenere sotto controllo l'amministrazione con riferimento al rischio.

Per ciascuno dei processi dell'amministrazione avocabili ad una tipologia indicate dal Piano, dovrà essere effettuata l'identificazione del rischio, ossia la ricerca, l'individuazione e la descrizione dei rischi associabili alle attività amministrative connesse.⁷ Detti rischi dovranno essere inseriti nel catalogo dei rischi dell'amministrazione ed il livello del rischio sarà prodotto da due valori: la probabilità, valutata sulla base di alcune caratteristiche del processo quali la discrezionalità, la rilevanza esterna, la complessità, il valore economico e la frazionabilità e l'impatto, valutato in termini organizzativi, economici e reputazionali.

Il Piano Nazionale Anticorruzione ribadisce come, a fronte dei compiti che la legge attribuisce al Responsabile, sono previsti consistenti responsabilità in caso di inadempimento.

In particolare all'art. 1, comma 8, della legge n. 190/2012 si prevede una responsabilità dirigenziale per il caso di mancata predisposizione del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e di mancata adozione delle misure per la selezione e la formazione dei dipendenti. Il successivo comma 13 quantifica l'entità della responsabilità disciplinare, a carico del Responsabile della Prevenzione; l'art. 1, comma 14, individua due ulteriori ipotesi di responsabilità dirigenziale ed il quadro delle responsabilità in capo al Responsabile della Prevenzione delineato viene completato con l'indicazione di quanto previsto ai sensi dell'art. 46 del D.Lgs. n. 33 del 2013 (in qualità di responsabile anche della trasparenza) che prevede una responsabilità per la violazione degli obblighi di trasparenza. È esclusa la responsabilità del Responsabile della Prevenzione ove l'inadempimento degli obblighi summenzionati, di cui al comma 1 dell'art. 46, sia dipeso "da causa a lui non imputabile". Al fine di supportare le amministrazioni e gli enti, in allegato al Piano nazionale anticorruzione, infine, sono forniti strumenti e supporti tecnici in diverse materie, contenute nei vari allegati.⁸

⁷ In Riv. Giur. *Guida al pubblico impiego*, 1/10/2013, n. 10, pag 52.

⁸ In Riv. Giur. *Guida al pubblico impiego*, 1 102013, n 10, pag 52.

1.4. I Piani Triennali per la Prevenzione della Corruzione.

La legge prevede un'obbligatoria attività di pianificazione per la prevenzione della corruzione, e detta le modalità serventi. Le Pubbliche Amministrazioni centrali definiscono e trasmettono al Dipartimento della funzione pubblica un piano di prevenzione della corruzione, nel quale deve essere valutato il diverso livello di esposizione degli uffici al rischio di corruzione⁹, e debbono essere previsti gli interventi organizzativi volti a prevenire il medesimo rischio, anche mediante apposite procedure di formazione del personale.¹⁰

L'adozione di Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione è estesa a tutte le amministrazioni¹¹ ed anche ai soggetti di diritto privato sottoposti a controllo pubblico esercitanti funzioni amministrative, attività di produzione di beni e servizi a favore delle amministrazioni pubbliche o di gestione di servizi pubblici¹², rimettendo al Prefetto, su richiesta, il compito di supporto tecnico e informativo agli enti locali, anche al fine di garantire la coerenza di tali atti rispetto alle linee guida del Piano Nazionale approvato dalla Commissione.

Per le regioni, le province autonome, gli enti locali, gli enti pubblici ed i soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo, è affidata alle intese in sede di Conferenza unificata, la definizione degli adempimenti e dei relativi termini riguardo alla predisposizione del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, a partire da quello relativo agli anni 2013-2015, ed alla sua trasmissione alla Regione interessata ed al Dipartimento della funzione pubblica; nonché all'adozione dei regolamenti per l'individuazione degli incarichi vietati ai dipendenti pubblici di cui all'art. 53, comma 3-bis, D.Lgs. n.165 del 2001¹³.

Il piano della prevenzione della corruzione che le Pubbliche Amministrazioni debbono redigere ed adottare, sono basati sulla valutazione del rischio e sull'identificazione di modalità e di figure

⁹ L'art. 34-bis, comma 4, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con L. 17 dicembre 2012, n. 221, ha differito al 31 marzo 2013 il termine di adozione del piano triennale di prevenzione della corruzione da parte delle Amministrazioni centrali. Nella seduta del 3 gennaio 2013 la Commissione ha segnalato al Ministro per la pubblica amministrazione e la semplificazione ed al Capo Dipartimento della funzione pubblica l'opportunità di adottare le iniziative e i provvedimenti strumentali all'adozione del detto piano.

¹⁰ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in *Riv. Giur. Urbanistica e Appalti*, 3/2013, pag. 296.

¹¹ Nella seduta del 3 gennaio 2013 la Commissione ha ritenuto che le disposizioni di prevenzione della corruzione di cui ai primi 57 commi dell'art. 1 della legge si applicano anche alle Università e ha segnalato ai Rettori l'esigenza di nominare tempestivamente il responsabile della prevenzione della corruzione.

¹² Art. 1, commi 49, 59, 60 e 61, legge in esame. Con deliberazione 18 dicembre 2012, n. 34, la Commissione ha ritenuto applicabile la legge nei confronti delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza, anche in attesa della trasformazione in soggetto di diritto privato prevista dall'art. 10 della L. 8 novembre 2000, n. 328 "Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali".

¹³ Art. 1, comma 60, legge in esame, che prevede il termine di 120 giorni dall'entrata in vigore per la definizione delle intese in Conferenza unificata.

“interne” di controllo, così da risultare concrete manifestazioni e costituire la prova della volontà di compiersi quanto possibile per annullare il rischio di comportamenti illeciti.¹⁴

Il percorso per la concreta effettività del sistema di gestione del rischio passa attraverso le seguenti tappe: identificazione dei processi a rischio, con connessa periodica revisione della reale situazione, al fine di individuare ed aggiornare le aree a rischio commissione reati; individuazione dei rischi potenziali per area, prima, e per processo, poi; valutazione ed adeguamento del sistema di controllo preventivo esistente, al fine altresì di qualificarsi precisamente il concetto nodale di rischio accettabile, posto che la soglia appare rappresentata proprio da un sistema di prevenzione tale da non poter essere aggirato se non intenzionalmente.

La gestione del rischio si caratterizza quindi, ed in prima istanza, per l'accertamento della presenza degli innumerevoli ‘pericoli’ che sono connaturali all’agire proprio dei soggetti destinatari del modello privato od individuati dal piano pubblico, con la successiva contezza del “problema” e con la conseguente intenzionale composizione in un quadro di analisi, interpretazione, prevenzione, al fine appunto di ricondurre l’insieme dei rischi accertati ad un sistematico controllo. Le diverse categorie di rischi individuabili, possono essere, con la variabile del tipo di ente in concreto considerato e della natura pubblica o privata, principalmente rischi di mercato, rischi reputazionali, rischi strategici, rischi organizzativi, rischi operativi (connessi con i comportamenti umani nella concreta attività, sia nella sfera esterna che nella sfera interna - *front e back office*), rischi finanziari, rischi di reato. I principi per il controllo dei rischi si caratterizzano per portare alla costituzione di un sistema di “ordine” e “catalogazione” degli stessi, con conseguente predisposizione di un metodo per il “trattamento” e con doverosa adozione di soluzioni finalizzate al controllo ed (almeno) alla riduzione. Andranno di conseguenza adeguatamente individuati i gradi di utilità strumentale delle soluzioni adottate; dovranno essere predisposti ed assicurati appositi controlli per intervenire direttamente nei processi che dimostrino punti di criticità; i presidi dovranno avere continuità temporale; saranno da predisporre meccanismi anticipatori, finalizzati ad affrontare anche situazioni di più difficile prevedibilità; saranno da effettuare reiterate attività di “vigilanza”; andrà attentamente valutata l’effettività degli interventi; gli interventi dovranno essere oggetto di assoluta tracciabilità, sia in punto *tempus*, sia in punto tipologia; le varietà dei presidi per la prevenzione dei rischi dovranno comporsi e coordinarsi, al fine di evitare inutili sovrapposizioni.¹⁵

In particolare, poi, se l’obiettivo è una riduzione/minimizzazione del rischio-reato contro la Pubblica Amministrazione, quest’ultimo difficilmente sarà attuabile in mancanza di un’attività che permetta di effettuare un confronto in termini qualitativi tra il livello del rischio inerente riscontrato al momento del *risk assessment* e quello del rischio residuo stimato “al netto” dei controlli. Infatti, una mappatura analitica delle attività sensibili e la conseguente definizione del

¹⁴ ALESSANDRA ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in Riv. Giur. Diritto penale e processo 2013, pag. 45.

¹⁵ ALESSANDRA ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in Riv. Giur. Diritto penale e processo 2013, pag. 46.

rischio in termini qualitativi, permette di parametrare in modo più puntuale i protocolli di controllo alle concrete necessità di tutela e di prevenzione dei reati.

Le esigenze di riduzione del rischio-reato impongono un intervento su due fattori determinanti quali *“la probabilità di accadimento dell’evento criminoso”* e *“l’impatto dell’evento stesso”* sull’attività e sull’organizzazione interna, con scale di valutazione dei rischi a due dimensioni: la probabilità e l’impatto appunto.

Inoltre è opportuno non dimenticare, con espresso riferimento al piano in ambito pubblico, come questo debba contenere l’indicazione di specifiche attività finalizzate a monitorare i rapporti tra l’amministrazione ed i soggetti persone giuridiche private contraenti o beneficiarie di autorizzazioni, concessioni, vantaggi economici pubblici, fino alla verifica di eventuali relazioni di parentela o affinità tra i soggetti funzionari pubblici coinvolti, da una parte e amministratori, soci, dipendenti privati dall’altra.

La valutazione di idoneità del piano in ambito pubblico deve tener conto della capacità di reazione e prevenzione dell’inosservanza delle regole in essi stabilite, proprio in tale capacità manifestandosi l’esigenza di periodico monitoraggio e adeguamento dei medesimi.

La “prova” deve essere effettuata tenendo conto delle migliori conoscenze e del più attento impiego delle tecniche concretamente disponibili volte alla prevenzione delle condotte costituenti illecito al momento in cui il documento è stato adottato e implementato nell’ente, con il conseguente accertamento della sussistenza, nel loro contesto e nella loro composizione, di quanto risulti nella realtà comportamentale esigibile per prevenire la commissione di reati, all’interno dell’organizzazione di persone e di mezzi.

Quanto all’efficace attuazione, essa richiede in prima istanza una verifica periodica e l’eventuale modifica qualora vengano alla luce significative violazioni delle prescrizioni, ovvero intervengano mutamenti nell’organizzazione o nell’attività dell’ente di riferimento. Entrambi devono concretizzarsi nell’effettiva applicazione nell’attività quotidiana dell’ente pubblico o privato.

L’attività di informazione si deve ritenere adeguatamente svolta istituendo appositi flussi verso gli organi sociali e le funzioni (pubbliche o private) maggiormente coinvolte nel controllo interno e fornendo chiarimenti a tutte le unità organizzative in merito al significato e all’applicazione degli elementi del piano o del modello. Sia la l. n. 190, sia il D.Lgs. n. 231, dispongono obblighi di formazione tra i destinatari del piano e del modello con l’obiettivo di assicurarne adeguate conoscenza, comprensione ed applicazione. In questo ambito, va verificata l’adozione di opportune iniziative finalizzate alla loro divulgazione ed acquisizione conoscitiva, ed alla formazione e sensibilizzazione sull’osservanza delle norme.¹⁶

1.5 Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione.

¹⁶ ALESSANDRA ROSSI, *I piani per la prevenzione della corruzione in ambito pubblico ed i modelli 231 in ambito privato*, in Riv. Giur. Diritto penale e processo 2013, pag 47 .

Spetta all'organo di indirizzo politico individuare, di norma tra i dirigenti amministrativi di ruolo di prima fascia in servizio, il Responsabile della Prevenzione della Corruzione: negli enti locali tale ruolo è assegnato al segretario generale, salva diversa e motivata determinazione, evidentemente riferita a profili organizzativi e dunque difficilmente sindacabile nel merito. Come chiarito in via interpretativa, considerati i vincoli esistenti in materia di dotazioni organiche (art. 2, comma 10-bis, L. n. 135 del 2012), l'incarico di Responsabile della Prevenzione può configurarsi come incarico aggiuntivo a dirigente già titolare di incarico dirigenziale di livello generale.

L'Amministrazione, nei limiti dei richiamati vincoli, potrebbe decidere di dedicare un apposito ufficio allo svolgimento della funzione o di individuare distinti referenti per centri di responsabilità, quali strutture territoriali o dipartimentali¹⁷.

Nel silenzio della legge riguardo al termine per la nomina del Responsabile per la Prevenzione, il Dipartimento della Funzione Pubblica e la CIVIT sollecitano un immediato adempimento, per consentire a tale soggetto di predisporre attività preparatorie e iniziative concrete, in primo luogo per l'individuazione delle aree a rischio e per l'avvio di formazione specifica del personale¹⁸.

Spetta al Responsabile proporre all'organo di indirizzo politico il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione, da approvare entro il 31 gennaio di ogni anno e da trasmettere al Dipartimento della Funzione Pubblica. Premesso il divieto di affidare l'attività di elaborazione del piano a soggetti estranei all'Amministrazione, la legge è particolarmente attenta alle procedure per la selezione e la formazione del personale destinato ad operare in settori particolarmente esposti alla corruzione. La mancata predisposizione del Piano e la mancata adozione delle procedure per la selezione e la formazione dei dipendenti, costituiscono elementi di valutazione della responsabilità dirigenziale¹⁹.

Il comma 12 del medesimo articolo 1 prevede inoltre una generale forma di responsabilità dirigenziale, disciplinare ed amministrativa (per il danno erariale e all'immagine della Pubblica Amministrazione) in capo alla figura in esame in caso di commissione, all'interno dell'Amministrazione, di un reato di corruzione accertato con sentenza passata in giudicato.

La predisposizione del Piano di Prevenzione prima della commissione del fatto, unitamente alla prova di aver vigilato sul funzionamento e sull'osservanza del Piano, consentono l'esonero dai connessi profili di responsabilità (escludendo il profilo della culpa in vigilando, ma potendo sollevare dubbi sulla bontà delle scelte pianificatorie effettuate).

¹⁷ Presidenza del Consiglio dei Ministri, Dipartimento della funzione pubblica, circ. 25 gennaio 2013, n. 1, punti 2.1 e 2.2.

¹⁸ Dipartimento della funzione pubblica, circ. 25 gennaio 2013, n. 1 cit., punto 2.1 deduce dal silenzio della legge sui termini un obbligo per tutte le Amministrazioni di provvedere tempestivamente CIVIT, con nota 29 novembre 2012, ha chiesto ai Ministri ed agli enti pubblici nazionali di nominare il responsabile della prevenzione ed ha invitato le stesse Amministrazioni a segnalare le iniziative già assunte in materia di prevenzione della corruzione.

¹⁹ Art. 1, comma 8, legge in esame.

Si tratta di un profilo di responsabilità a confine tra imputazione oggettiva, connessa al ruolo rivestito, e responsabilità colposa per difettosa capacità prognostica in termini di prevenzione.

Tali compiti di controllo, ed i connessi profili di responsabilità, si estendono alla verifica dell'efficace attuazione del piano e della sua idoneità, con l'obbligo di proporle la modifica quando sono accertate "significative violazioni delle prescrizioni" o quando intervengono mutamenti nell'organizzazione o nell'attività dell'Amministrazione. Sul piano organizzativo, il responsabile deve altresì verificare, d'intesa con il dirigente competente, l'effettiva rotazione degli incarichi negli uffici preposti allo svolgimento delle attività ove è più elevato il rischio di fenomeni corruttivi²⁰.

La sanzione disciplinare a carico del responsabile non può essere inferiore alla sospensione dal servizio con privazione della retribuzione da un minimo di un mese ad un massimo di sei mesi. Ulteriore profilo di responsabilità disciplinare ex art. 21 D.Lgs. n. 165 del 2001 si configura per "ripetute violazioni delle misure di prevenzione previste dal piano", cui consegue altresì sul piano disciplinare la responsabilità "per omesso controllo".

Anche per i dipendenti dell'Amministrazione costituisce illecito disciplinare la violazione delle misure di prevenzione previste dal piano. I risultati dell'attività svolta dal Responsabile devono essere pubblicati entro il 15 dicembre di ogni anno sul sito web dell'Amministrazione, mediante una relazione trasmessa all'organo di indirizzo politico, cui il Responsabile, su richiesta o di propria iniziativa, riferisce.²¹

Sotto altro profilo, la legge ha reso più incisivo il giudizio di responsabilità amministrativa nei confronti del dipendente pubblico che ha causato un danno all'immagine della P.A. . Per effetto dell'art. 1, comma 1-sexies, introdotto nella L. 14 gennaio 1994, n. 20, è previsto che l'entità del danno all'immagine della Pubblica Amministrazione derivante dalla commissione di un reato contro la stessa Pubblica Amministrazione, accertato con sentenza passata in giudicato, si presume, salva prova contraria, pari al doppio della somma di denaro o del valore patrimoniale di altra utilità illecitamente percepita dal dipendente.²²

L'inversione dell'onere della prova era stata sollecitata in sede d'esame del D.D.L. dalla Camera, che aveva impegnato il Governo con specifico ordine del giorno a valutare gli effetti della modificazione normativa nel senso auspicato.

La norma presume l'esistenza del danno all'immagine, ed il relativo quantum, per effetto della sentenza di condanna passata in giudicato per i reati previsti.

Come già evidenziato nei primi commenti, tale disposizione produce effetti anche sull'applicazione dell'art. 7 della L. n. 97 del 2001, nella parte in cui stabilisce che la sentenza irrevocabile di condanna, pronunciata nei confronti dei dipendenti indicati nell'art. 3 per i delitti

²⁰ Art. 1, comma 10, legge in esame.

²¹ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 3/2013, pag. 297.

²² SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 3/2013, pag. 296.

contro la Pubblica Amministrazione, e` comunicata al competente procuratore regionale della Corte dei Conti affinché promuova entro trenta giorni l'eventuale procedimento di responsabilità per danno erariale nei confronti del condannato²³.

Se il danno in esame, valutabile in termini patrimoniali²⁴, è presunto, la procura contabile muoverà dalla sentenza penale di condanna passata in giudicato, e qualora la condotta illecita non sia sufficientemente acclarata in tale sede, dovrà accertare i fatti limitatamente al profilo rilevante, con una valutazione parzialmente autonoma.²⁵

1.6. Il riordino degli obblighi di pubblicazione: il Decreto Trasparenza.

Il governo ha esercitato la delega disposta dal c. 35 dell'art. 1, della legge anticorruzione n. 190 del 2012, procedendo, nel rispetto dei tempi previsti (sei mesi), al riordino della disciplina degli obblighi di pubblicità. Le numerose disposizioni prima esistenti, disperse in oltre venti atti normativi, sono ora condensate in trentuno articoli (da 12 a 42), suddivisi in quattro capi dedicati, rispettivamente all'organizzazione e all'attività delle Pubbliche Amministrazioni (capo II), all'uso delle risorse pubbliche (capo III), alle prestazioni offerte e ai servizi erogati (capo IV) e ai settori speciali (cap. V).²⁶

Con il decreto legislativo in esame, nell'ottica del provvedimento, in particolare, la trasparenza pubblica diventa presupposto per l'esercizio dei diritti civili e politici da parte dei cittadini e per il controllo democratico e diffuso sull'esercizio delle funzioni pubbliche, integra una finalità di rilevante interesse pubblico ed è realizzata nel rispetto dei principi sul trattamento dei dati personali (come specificato all'art. 4 del testo del decreto).²⁷

Innanzitutto, viene introdotto un nuovo concetto di trasparenza amministrativa ispirato al canone della *total disclosure* di origine statunitense (negli Usa dal 1966 vige il *Freedom Information Act*). Sul punto, l'art. 1 del citato decreto, definisce la trasparenza come "*accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*".

²³ Atelli, An e quantum del danno all'immagine della p.a., in *Dir. e Pratica Amm.*, n. 11, 2012.

²⁴ C.E. Gallo, *Passato, presente e futuro del danno all'immagine della pubblica amministrazione*, (nota a Corte cost., 15 dicembre 2010, n. 355), in *Urbanistica e appalti*, 2011, 412.

²⁵ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in *Riv. Giur. Urbanistica e Appalti*, 3/2013, pag. 298.

²⁶ MARIO SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Riv. Giur. Urbanistica e Appalti*, 8-9/2013, pag. 798.

²⁷ In *Riv. Giur. Guida al Pubblico impiego*, n. 4, aprile 2013.

In particolare, per "pubblicazione" si intende quella effettuata dalle Pubbliche Amministrazioni nell'apposita sezione della *home page* dei siti istituzionali, denominata "Amministrazione trasparente", in conformità alle specifiche e alle regole tecniche di cui all'allegato A del D.Lgs. n. 33/2013.

Con tale provvedimento, inoltre, il nostro Legislatore intende porre come unici limiti al principio di trasparenza quelli espressamente richiamati all'art. 4, ovvero i dati sensibili e giudiziari di cui all'art. 4, comma 1, lett. *d*) ed *e*), del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196.

In effetti, occorre segnalare che dalla formulazione dell'art. 26 del decreto sulla trasparenza, sebbene esso contempli ancor più nel dettaglio i dati oggetto dell'obbligo di pubblicazione, rispetto alla versione della norma di cui all'art. 18 del Dl n. 83/2012 è stato stralciato l'inciso che impone l'applicazione di questi obblighi addirittura "*in deroga ad ogni diversa disposizione di legge o regolamento*". In tal senso, quindi, e anche alla luce della citata previsione di cui all'art. 4, il nostro Legislatore ha opportunamente posto come limiti al principio dell'accessibilità totale, i dati sensibili e giudiziari di cui all'art. 4, comma 1, lett. *d*) ed *e*), del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196. Con tutta evidenza, si è inteso tener conto delle dovute distinzioni nei casi in cui le erogazioni pubbliche contemplate nella norma siano destinate a determinate categorie di beneficiari, in ragione di delicate condizioni personali - economiche, familiari, sanitarie - la cui pubblicazione costituirebbe una grave, palese e ingiustificata violazione di dati personali o addirittura sensibili.

In ogni caso, l'art. 7 del provvedimento dispone espressamente che i documenti, le informazioni e i dati oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente, costituiscono dati di tipo aperto, ai sensi dell'art. 68 del Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. n. 82/2005), e sono liberamente riutilizzabili.

L'art. 10 del testo unico sulla trasparenza riproduce le disposizioni già contenute nell'art. 11 del D.Lgs. n. 150 del 2009 in merito al Programma Triennale per la Trasparenza e l'Integrità.²⁸

Ogni amministrazione, previa consultazione delle associazioni rappresentate nel Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, deve adottare il Programma, da aggiornare annualmente, per garantire "la legalità e lo sviluppo della cultura dell'integrità", nonché "un adeguato livello di trasparenza", anche sulla base delle linee guida elaborate dalla CIVIT e in collegamento sia con gli interventi previsti dal Piano di Prevenzione della Corruzione, sia con la programmazione strategica e operativa definita nel Piano della Performance e negli analoghi strumenti di programmazione previsti negli enti locali.

Nel Programma Triennale sono definiti "le misure, i modi e le iniziative volti all'attuazione degli obblighi di pubblicazione [...], ivi comprese le misure organizzative volte ad assicurare la regolarità e la tempestività dei flussi informativi"²⁹. Inoltre è previsto un articolato sistema di

²⁸ MARIO SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in *Riv. Giur. Urbanistica e Appalti*, 8-9/2013, pag. 800.

²⁹ Art. 10, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013.

vigilanza che completa il monitoraggio esterno svolto dalla CIVIT³⁰ e dagli Organismi Indipendenti di Valutazione (OIV)³¹ con il monitoraggio interno affidato al “Responsabile per la Trasparenza” (figura coincidente con quella del dirigente generale “Responsabile per la Prevenzione della Corruzione”, prevista dall’art. 1, c. 7, della legge n. 190 del 2012). Al Responsabile spetta, in particolare, aggiornare il Programma Triennale, verificare che le informazioni pubblicate siano complete, chiare e a loro volta aggiornate, nonché segnalare “all’organo di indirizzo politico, all’OIV, all’Autorità Nazionale Anticorruzione e, nei casi più gravi, all’ufficio di disciplina, i casi di mancato o ritardato adempimento degli obblighi di pubblicazione”³².

L’esito dell’attività di vigilanza, poi, in caso di inosservanza degli obblighi di pubblicazione, è l’attivazione di meccanismi sanzionatori. Mentre prima le sanzioni erano contemplate solo in casi specifici³³, ora si afferma in via generale che l’inadempimento di un obbligo, al pari della mancata predisposizione del Programma Triennale per la Trasparenza, costituisce “elemento di valutazione della responsabilità dirigenziale, eventuale causa di responsabilità per danno all’immagine e all’amministrazione”, e che è comunque valutato “ai fini della corresponsione della retribuzione di risultato e del trattamento accessorio collegato alla performance individuale dei responsabili”³⁴. La mancata o incompleta pubblicazione delle informazioni sui tempi procedurali determina, dunque, sempre l’attivazione dei meccanismi di responsabilità dirigenziale previsti dall’art. 21 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, secondo cui il dirigente può subire una decurtazione della retribuzione di risultato fino all’ottanta per cento³⁵. Il D.Lgs. n. 33/2013, contempla addirittura l’inversione dell’onere della prova a carico del Responsabile della Trasparenza, il quale risponderà dell’inadempimento degli obblighi di pubblicazione imposti dalla normativa vigente, salvo che non provi che lo stesso è dipeso da causa a lui non imputabile.³⁶

³⁰ In base all’art. 45, d.lgs. n. 33 del 2013, la CIVIT controlla l’operato dei responsabili per la trasparenza, ai quali può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all’interno delle amministrazioni; controlla, altresì, l’esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione, esercitando poteri ispettivi e ordinando l’adozione o la rimozione di atti; segnala, infine, i casi di inadempimento agli uffici di disciplina ai fini dell’attivazione del procedimento disciplinare, nonché ai vertici politici delle amministrazioni, agli OIV e, se del caso, alla Corte dei conti, ai fini dell’attivazione delle altre forme di responsabilità, rendendo pubblici i relativi provvedimenti.

³¹ Agli OIV compete verificare la coerenza tra gli obiettivi previsti nel Programma triennale per la trasparenza e l’integrità e quelli indicati nel Piano della performance (art. 44, d.lgs. n. 33 del 2013).

³² Art. 43, c. 1, d.lgs. n. 33 del 2013.

³³ Cfr. ad es., l’art. 1, c. 33, della l. n. 190 del 2012.

³⁴ Art. 46, c. 1, d.lgs. n. 33 del 2013.

³⁵ Art. 1, c. 33, l. n. 190 del 2012.

³⁶ In Riv. Giur. *Guida al Pubblico impiego*, n. 4, aprile 2013.

Inoltre in casi specifici, il testo unico aggiunge sanzioni amministrative di tipo pecuniario (art. 47) e pone la pubblicazione di un atto come condizione per la sua efficacia³⁷.

Completamente nuovo, poi, è l'istituto dell'Accesso Civico, introdotto all'art. 5, che contempla il diritto di chiunque di richiedere i documenti, i dati o le informazioni, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione obbligatoria. Per gli atti pubblici il testo unico si limita a precisare che "le pubbliche amministrazioni possono disporre la pubblicazione"³⁸, essendo una mera facoltà, cui non corrisponde alcun diritto di accesso, se non di chi, in base alla legge n. 241 del 1990, possa vantare un interesse "diretto, concreto e attuale" in quanto parte di un procedimento.

Detta richiesta di accesso civico non sarà sottoposta ad alcuna limitazione in ordine alla legittimazione soggettiva del richiedente, non dovrà essere motivata, sarà gratuita e dovrà essere presentata alla nuova figura del Responsabile della Trasparenza dell'amministrazione interessata (i cui compiti sono specificati all'art. 43 del testo del decreto).³⁹

Il principio della "accessibilità totale" si applica, in modo conseguente, a tutte le Pubbliche Amministrazioni⁴⁰ (comprese le autorità indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione),⁴¹ nonché - ma qui la previsione pone non pochi problemi di interpretazione e attuazione⁴² - alle società partecipate dalle amministrazioni pubbliche e dalle loro controllate, "limitatamente alla loro attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione Europea"⁴³.

³⁷ Così l'art. 15, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013, in riferimento agli atti di conferimento di incarichi dirigenziali a soggetti estranei alla pubblica amministrazione, o di collaborazione e consulenza; similmente, l'art. 26, c. 3, per quanto riguarda gli atti di concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi e attribuzione di vantaggi economici a persone fisiche ed enti pubblici e privati. Si vedano, per previsioni analoghe, gli artt. 22, c. 4, 28, c. 2, e art. 35, c. 2 della medesima legge.

³⁸ Art. 4, c. 3, d.lgs. n. 33 del 2013.

³⁹ In Riv. Giur. *Guida al Pubblico impiego*, n. 4, aprile 2013.

⁴⁰ Qualificate dall'art. 11, c. 1 del d.lgs. n. 33 del 2013 mediante il rinvio all'elenco dettato dall'art. 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165.

⁴¹ Anche queste ultime sono vincolate dalle norme del testo unico, ma «provvedono all'attuazione [...] secondo le disposizioni dei rispettivi ordinamenti» (art. 11, c. 3 del d.lgs. n. 33 del 2013).

⁴² La norma non chiarisce, ad esempio, se e come i meccanismi di responsabilità (v. infra) possano applicarsi alle società, e analogo dubbio riguarda l'istituto dell'accesso civico.

⁴³ Art. 11, c. 2, d.lgs. n. 33 del 2013. Quest'ultimo inciso è dettato dal condivisibile intento di evitare l'estensione del principio di trasparenza in ambiti dell'attività privata estranei alla sua ratio. Tuttavia, la genericità della formula scarica sull'interprete il difficile compito di verificare quale ne sia, in concreto, il punto di ricaduta (sul carattere problematico di simili disposizioni, A. Pioggia, *La trasparenza dell'organizzazione e della gestione delle risorse umane nelle pubbliche amministrazioni*, in F. Merloni (a cura di), *La trasparenza amministrativa*, cit., 693 ss.). Una soluzione accettabile, coerente con la finalità anticorruzione da cui trae origine il testo unico, potrebbe forse essere quella di ritenere che la disciplina in esame si applichi solo alla parte dell'attività privata che comporta l'utilizzo di denaro pubblico: una indicazione in tal senso è offerta dall'art. 3 della legge-modello interamericana sull'accesso alle informazioni pubbliche (2010), considerata una delle migliori normative sulla libertà di informazione oggi esistenti, (Model Inter-American Law on Access to Information, approvata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione degli Stati americani con risoluzione n. 2607 dell'8 giugno 2010).

Il testo unico si preoccupa poi di ribadire che le norme sulla trasparenza “integrano l’individuazione del livello essenziale delle prestazioni erogate dalle Pubbliche Amministrazioni a fini di trasparenza, prevenzione, contrasto della corruzione e della cattiva amministrazione, a norma dell’art. 117, secondo comma, lett. m), della Costituzione”⁴⁴. Poiché la determinazione dei livelli essenziali rientra nella competenza esclusiva dello Stato, le regioni possono disciplinare la materia solo per accrescere il grado di trasparenza rispetto allo standard nazionale.⁴⁵ La scelta è coerente con il carattere fondamentale della libertà in gioco, che richiede la determinazione di uno standard minimo nazionale inderogabile verso il basso⁴⁶.

Con riferimento alle specifiche prescrizioni dettate sugli obblighi di pubblicazione, questi dovranno essere effettuati per un periodo di 5 anni, decorrenti dal 1° gennaio dell’anno successivo a quello in cui entra in vigore l’obbligo di pubblicazione, in ogni caso fino a che gli atti pubblicati producano i loro effetti.

Da ultimo, coerentemente, il testo in commento prevede anche la sostituzione dell’art. 54 del C.A.D., dedicato al contenuto dei siti delle pubbliche amministrazioni: la novellata formulazione dispone, in effetti, che i “*siti delle pubbliche amministrazioni contengono i dati di cui al decreto legislativo recante il riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle Pubbliche Amministrazioni, adottato ai sensi dell’articolo 1, comma 35, della legge 6 novembre 2012, n. 190*”.

In tal senso, in effetti, l’Autorità garante ha rilevato che “*anche alla luce del contesto normativo da cui proviene la norma (contrasto della corruzione, in particolare per quanto riguarda le concessioni di appalti o l’affidamento di lavori e forniture) essa non dovrebbe trovare applicazione per ogni forma di sussidio, contributo o vantaggio economico previsto per il cittadino, come ad esempio quelli nel campo della solidarietà sociale (si pensi alla social card) i cui procedimenti sono spesso idonei a rivelare lo stato di salute dei beneficiari del contributo o comunque situazioni di particolare bisogno o disagio sociale (in tal senso si pensi al riconoscimento di agevolazioni economiche, nella fruizione di prestazioni sociali, collegate alla situazione reddituale come l’esenzione dal contributo per la refezione scolastica o l’esenzione dal pagamento del cd. ticket sanitario). Fermo restando che deve essere comunque rispettato il divieto di pubblicare dati idonei a rivelare lo stato di salute (art. 22, comma 8, del Codice), l’eventuale diffusione sul web di altre informazioni sensibili o comunque idonee ad esporre*

⁴⁴ Art. 1, c. 3, d.lgs. n. 33 del 2013. La medesima previsione era già contenuta nell’art. 4, c. 6, della legge 4 marzo 2009, n.15 e nell’art. 11, c. 1, del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

⁴⁵ MARIO SAVINO, *La nuova disciplina della trasparenza amministrativa*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 8-9/2013, pag. 802.

⁴⁶ La competenza statale esclusiva è, poi, rafforzata dal richiamo alla «funzione di coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell’amministrazione statale, regionale e locale di cui all’art. 117, secondo comma, lett. r), della Costituzione». Sulla portata di tale previsione, non innovativa, A. Bonomo, *Informazione e pubbliche amministrazioni*, cit., 393.

l'interessato a discriminazioni, presenta rischi specifici per la dignità degli interessati, che spesso versano in condizioni di disagio economico-sociale".

Nello specifico, dunque, non dovrebbero essere oggetto di pubblicazione i dati relativi a: i titoli dell'erogazione dei benefici (come, ad esempio, l'attribuzione di borse di studio a soggetti portatori di handicap o il riconoscimento di un buono sociale a favore di anziani non autosufficienti o con l'indicazione, insieme al dato anagrafico, delle specifiche patologie sofferte dal beneficiario); i criteri di attribuzione (come i punteggi attribuiti con l'indicazione degli "*indici di autosufficienza nelle attività della vita quotidiana*"); nonché, la destinazione dei contributi erogati (ad esempio, il contributo per donne che hanno subito violenze).

In ossequio, quindi, ai principi di necessità, pertinenza e proporzionalità nel trattamento dei dati, il Garante della Privacy auspica che dal decreto in commento siano esclusi espressamente dall'obbligo di pubblicazione i dati identificativi dei destinatari di provvedimenti riguardanti persone fisiche dai quali sia possibile evincere informazioni relative al loro stato di salute o al loro disagiato stato economico-sociale.

I richiamati principi, tutti di derivazione comunitaria (artt. 3 e 11, comma 1, lett. *d*), e 22, comma 3, del Codice privacy; art. 6 della direttiva 96/45/Ce), in effetti, devono trovare applicazione anche in presenza di norme di legge e di regolamenti che impongano la pubblicazione di atti o documenti. In tal caso, deve essere rimessa alla cura dell'amministrazione la selezione, all'interno dell'atto o documento in via di pubblicazione, dei dati personali da oscurare o comunque da espungere, anche con l'ausilio di criteri individuati in un apposito regolamento dell'ente.

Peraltro, la realizzazione della "trasparenza pubblica" (e non la semplice pubblicazione sui siti web istituzionali), integra una "*finalità di rilevante interesse pubblico*" e, pertanto, sul piano applicativo, le singole amministrazioni dovranno individuare e aggiornare i propri regolamenti interni (adottati ai sensi dell'art. 20, comma 2, del Codice della Privacy) circa i tipi di dati sensibili e giudiziari e di operazioni eseguibili per il trattamento dei dati effettuati per tale finalità.

Da ultimo, in linea generale, per garantire la conoscibilità dei dati senza che essi vengano estrapolati dal contesto nei quali sono inseriti, l'Autorità garante raccomanda l'utilizzo di motori di ricerca interni ai siti delle Pubbliche Amministrazioni per la ricerca dei documenti pubblicati, non consentendo l'indicizzazione e la facile reperibilità degli stessi attraverso i comuni motori di ricerca generalisti (ad esempio, Google).⁴⁷

Un'attenzione particolare, inoltre, deve essere riservata alla durata della pubblicazione dei documenti poiché devono essere stabiliti periodi di permanenza on line differenziati a secondo della natura dei documenti, garantendone altresì un'accessibilità selettiva in base alla scadenza del termine di pubblicazione.⁴⁸

⁴⁷ In www.ilsole24ore.com tratto da Riv. Giur. *Guida al Pubblico impiego*, n. 4, aprile 2013.

⁴⁸ In www.ilsole24ore.com tratto da Riv. Giur. *Guida al Pubblico impiego*, n. 4, aprile 2013.

1.7. Il Codice di comportamento.

La previsione di un nuovo codice di comportamento per i dipendenti pubblici, è stata legata alla necessità di adeguamento alle specifiche finalità previste dalla legge n. 190 del 2012, ovvero: “assicurare la prevenzione dei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell’interesse pubblico”, e non solo, come previsto dalla precedente versione, la “qualità dei servizi”.

Il regolamento recante il codice di comportamento per i dipendenti pubblici, che costituisce la falsariga per tutte le PP. AA., è stato emanato con D.P.R. n. 62 del 16 aprile 2013.

Le relative disposizioni saranno integrate e ulteriormente specificate dai codici di comportamento adottati dalle singole amministrazioni ai sensi dell’art. 54, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001. Il previgente codice di comportamento dei dipendenti pubblici (D.M. 28 novembre 2000) è stato conseguentemente abrogato.

Una prima novità delle nuove disposizioni riguarda l’ambito di operatività del codice. Oltre a trovare applicazione per tutti i dipendenti delle Pubbliche Amministrazioni (di cui all’art. 1, comma 2, D.Lgs. n. 165/2001), le sue norme sono estese, per quanto compatibili, a tutti i collaboratori o consulenti, con qualsiasi tipologia di contratto o incarico e a qualsiasi titolo, ai titolari di organi e incarichi negli uffici di diretta collaborazione delle autorità politiche, nonché nei confronti dei collaboratori di imprese fornitrici di beni o servizi e che realizzano opere in favore dell’amministrazione.

A tale scopo, le amministrazioni sono tenute a inserire, negli atti di incarico o nei contratti di acquisizione delle collaborazioni o dei servizi, disposizioni o clausole di risoluzione o decadenza del rapporto in caso di violazione degli obblighi derivanti dal codice.

Nel rispetto delle attribuzioni derivanti dagli statuti speciali e delle relative norme di attuazione, le disposizioni del codice si applicano anche alle regioni a statuto speciale e alle province autonome di Trento e Bolzano.

Le amministrazioni, inoltre, devono dare la più ampia diffusione al codice, pubblicandolo sul sito internet istituzionale, nella rete intranet e trasmettendolo inoltre tramite e-mail a tutti i dipendenti e titolari di contratti di collaborazione o consulenza, ai titolari di organi e incarichi negli uffici di diretta collaborazione dei vertici politici e infine ai collaboratori a qualsiasi titolo di imprese fornitrici di servizi in favore dell’amministrazione.

All’atto della sottoscrizione di ogni contratto di lavoro o atto di conferimento di incarico, l’amministrazione deve consegnare e far sottoscrivere ai nuovi assunti copia del codice di comportamento. Analoga diffusione dovrà essere data ai codici di comportamento definiti da ciascuna amministrazione ai sensi dell’art. 54, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001.

A evitare che il codice rimanga - nei fatti - lettera morta, è previsto che: “Al personale delle Pubbliche Amministrazioni sono rivolte attività formative in materia di trasparenza e integrità, che consentano ai dipendenti di conseguire una piena conoscenza dei contenuti del codice di comportamento, nonché un aggiornamento annuale e sistematico sulle misure e sulle disposizioni applicabili in tali ambiti” (art. 15).

Le amministrazioni provvedono a questi adempimenti nell’ambito delle risorse umane, finanziarie, e strumentali disponibili. L’ufficio procedimenti disciplinari, cura l’aggiornamento

del codice di comportamento dell'amministrazione, l'esame delle segnalazioni di violazione dei codici di comportamento, la raccolta delle condotte illecite accertate e sanzionate, il rilievo disciplinare delle regole di condotta previste nel codice.⁴⁹ Chi opera nelle PP. AA. è consapevole che il codice etico, già previsto nella versione originaria del lontano D.Lgs. n. 29/1993, risultava nei fatti sconosciuto ai dipendenti che - nella maggior parte dei casi, occorre dirlo - si adeguavano spontaneamente ai principi basilari del corretto agire, senza nemmeno conoscere i contenuti del codice. Contenuti che per lo più rimanevano ignorati, sebbene la normativa imponesse di consegnare una copia del codice al dipendente all'atto di assunzione e prevedesse, nel tentativo di darne più forza, l'obbligo di "coordinamento con le previsioni contrattuali in materia di responsabilità disciplinare"(art. 58-bis del D.Lgs. n. 29/1993).

Episodi sempre più diffusi - e resi noti dai mezzi di informazione - sia di cattiva amministrazione che di scorretto comportamento di pubblici funzionari, hanno imposto un giro di vite sull' "efficacia giuridica delle norme del codice di comportamento", già a opera del D.Lgs. n. 150/2009 (c.d. "riforma Brunetta"). Lo stesso, nell'introdurre forme più rigorose di disciplina per i dipendenti pubblici, prevede la possibilità di licenziamento disciplinare nell'ipotesi di scarso rendimento dovuto alla reiterata violazione (nell'arco di due anni) non solo di obblighi concernenti la prestazione stessa o altre norme di legge o regolamento, ma anche di quelli derivanti dal codice di comportamento (art. 55-quater, comma 2 del D.Lgs. n. 165/2001). Dall'esame della giurisprudenza, tale disposizione risulta peraltro sostanzialmente disapplicata, forse perché l'uso del "bastone" di misure così drastiche, non di rado è controproducente, oltre al fatto che lo spirito di corpo spesso induce a tollerare comportamenti non corretti.

La legge n. 190/2012 oltre a prescrivere attività di formazione con il chiaro scopo di far permanere attuale l'interesse e la rilevanza del codice con finalità di prevenzione di comportamenti scorretti, rafforza anche il profilo costrittivo del codice (art. 54, comma 3 del D.Lgs. n. 165 novellato dalla legge n. 190) prevedendo che la violazione dei doveri contenuti nel codice di comportamento è fonte di responsabilità disciplinare, è rilevante ai fini della responsabilità civile, amministrativa e contabile quando le stesse siano collegate alla violazione di doveri, obblighi leggi o regolamenti e che gravi o reiterate violazioni comportano l'applicazione della sanzione del licenziamento disciplinare di cui al comma primo dell'art. 55 quater, svincolato, a differenza del comma 2, dal riferimento all'arco temporale di almeno 2 anni. La previsione si aggiunge dunque a quest'ultima, già richiamata dalla "legge Brunetta".

I doveri contenuti nel codice di comportamento vengono ad aggiungere e integrare quelli già individuati sia dalla stessa legge n. 165 (relativamente alla più grave sanzione del licenziamento) e quelli sanzionati dai CCNL dei relativi settori della P.A. Non a caso sull'applicazione del codice devono vigilare non solo i dirigenti responsabili e le strutture di controllo interno, ma anche gli uffici di disciplina (art. 54, comma 6).

⁴⁹ ZERMAN PAOLO MARIA, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in Riv. Giur. Diritto e pratica amministrativa, 1.7.2013 ,n. 7 (speciale), pag. 6.

In applicazione della rigorosa disciplina prevista dalla legge n. 190, l'art. 16 del codice dispone che la violazione degli obblighi previsti dal codice "integra comportamenti contrari ai doveri d'ufficio". La stessa è quindi "fonte di responsabilità disciplinare" da accertarsi all'esito del procedimento disciplinare, nel rispetto dei principi di gradualità e proporzionalità delle sanzioni.⁵⁰

Allo scopo di determinare il tipo e l'entità della sanzione disciplinare concretamente applicabile, la violazione deve essere valutata in ogni singolo caso con riguardo alla "gravità del comportamento ed all'entità del pregiudizio, anche morale, derivatone al decoro o al prestigio dell'amministrazione di appartenenza" (art. 16, comma 2).

In relazione alla sanzione del licenziamento (prevista dalla legge n.190/2012 in caso di grave e reiterate violazioni del codice) l'art. 16 prevede tale misura espulsiva nel caso di violazione delle disposizioni di cui agli articoli 4 (accettazione o richiesta di regali o altri compensi), nel caso in cui il valore del regalo non sia modico e vi sia immediata correlazione con il compimento di un atto o di un'attività tipici dell'ufficio.

Eguale è prevista l'irrogazione del licenziamento nell'ipotesi prevista dall'art. 5, comma 2 (costrizione esercitata su altri dipendenti per la partecipazione ad associazioni), e della violazione della norma sul conflitto di interessi prevista dall' art. 14, comma 2.⁵¹

I contratti collettivi possono prevedere ulteriori criteri di individuazione delle sanzioni applicabili in relazione alle tipologie di violazione del codice. Problemi interpretativi possono sorgere in relazione alla individuazione delle sanzioni e alla specificità della condotta sanzionata.

Si reputa tuttavia che il maggior deterrente introdotto dalla norma, non sia tanto il rilievo disciplinare, quanto quello giuridico connesso a responsabilità di carattere soprattutto contabile (oltre che civile e amministrativo, sulla responsabilità contabile), laddove a causa del comportamento scorretto del dipendente si siano creati danni (anche da disservizio o anche da lesione di interesse legittimo per eccesso di potere in caso di disparità di trattamento) fonte di responsabilità risarcitoria a carico della P.A., e quindi, in caso di dolo o colpa grave, a sua volta a carico di chi ne è stato l'autore (ai sensi dell'art. 1, legge n. 20/1994).⁵²

2.1. Le novità introdotte dalle Legge n 190 del 2012 in materia di appalti.

In materia di appalti, ferme restando le disposizioni in materia di pubblicità previste dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la legge prevede un contenuto minimo della pubblicità sui siti

⁵⁰ ZERMAN PAOLO MARIA, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in Riv. Giur. Diritto e pratica amministrativa, 1.7.2013 ,n. 7 (speciale), pag. 6.

⁵¹ ZERMAN PAOLO MARIA, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in Riv. Giur. Diritto e pratica amministrativa, 1.7.2013 ,n. 7 (speciale), pag. 6.

⁵² ZERMAN PAOLO MARIA, *Il codice di comportamento dei dipendenti pubblici*, in Riv. Giur. Diritto e pratica amministrativa, 1.7.2013 ,n. 7 (speciale), pag. 6.

istituzionali delle stazioni appaltanti⁵³: 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. Ogni anno, entro il 31 gennaio, le stesse informazioni, relative all'anno precedente, debbono essere pubblicate in tabelle riassuntive, liberamente scaricabili in formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare i dati informatici⁵⁴.

Spetta all'AVCP pubblicare le informazioni così obbligatoriamente ricevute nel proprio sito web all'interno di una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per Regione. L'elenco delle amministrazioni inadempienti è trasmesso dall'AVCP alla Corte dei conti entro il 30 aprile di ogni anno ed in ogni caso l'inadempimento comporta a carico della stazione appaltante l'irrogazione della sanzione prevista per la mancata ottemperanza alla richiesta di dati ed informazioni formulata dall'AVCP⁵⁵.

Sotto altro profilo, la mancata o incompleta pubblicazione, da parte delle Pubbliche Amministrazioni, delle informazioni sopra elencate costituisce violazione degli standard qualitativi ed economici ai sensi dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. n. 198 del 2009, in materia di ricorso per l'efficienza delle amministrazioni e dei concessionari di servizi pubblici (cd. class action pubblica), oltre ad integrare in capo al soggetto inadempiente gli estremi della responsabilità dirigenziale. Ulteriore addebito sanzionatorio è previsto a carico dei responsabili del servizio che ritardino dell'aggiornamento dei contenuti sugli strumenti informatici.

Quanto alle procedure di gara, la legge sottolinea l'ampiezza dei poteri negoziali della stazione appaltante, consentendo la previsione, già confermata dalla giurisprudenza, negli avvisi, bandi e lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisca causa di esclusione dalla gara.⁵⁶

I cd. protocolli di legalità e/o patti di integrità sanciscono un comune impegno ad assicurare la legalità e la trasparenza nell'esecuzione di un contratto pubblico, in particolar modo per la prevenzione, il controllo ed il contrasto dei tentativi di infiltrazione mafiosa, nonché per la

⁵³ Attualmente, con riferimento al dettaglio sulle sezioni bandi di gara e bilanci, si deve fare riferimento al D.P.C.M. 26 aprile 2011 relativo alla pubblicazione di atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o di bilanci, adottato ai sensi dell'art. 32 della L. n. 69 del 2009.

⁵⁴ Art. 1, comma 32, legge n. 190 del 2012.

⁵⁵ Art. 6, comma 11, D.Lgs. n. 163 del 2006: «Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri».

⁵⁶ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 3/2013, pag. 301.

verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro⁵⁷. Nei protocolli le amministrazioni assumono, di regola, l'obbligo di inserire nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva, da parte degli operatori economici, di determinate clausole che rispecchiano le finalità di prevenzione indicate. Secondo l'AVCP la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità quale possibile causa di esclusione è tuttora consentita, anche in un quadro di tassatività legislativa, in quanto tali mezzi sono posti a tutela di interessi di rango sovraordinato e gli obblighi in tal modo assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riguardo alla legislazione in materia di prevenzione e contrasto della criminalità organizzata nel settore degli appalti⁵⁸.

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 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 gara⁵⁹. Si tratta quindi di un onere, consistente nella sottoscrizione per adesione delle regole contenute nel Patto d'Integrità, conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quale la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali). In tale quadro rientra anche l'escussione della cauzione provvisoria, che vale ad identificare e a quantificare fin dall'origine la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità⁶⁰.

La legge interviene anche sulla disciplina degli arbitrati, dettando regole per la nomina dell'arbitro da parte della P.A. in chiave di trasparenza e limitazione dei costi per l'apparato pubblico. Le disposizioni in materia di arbitrato si applicano anche alle controversie relative a società partecipate da Pubbliche Amministrazioni o ad esse collegate che comunque abbiano ad oggetto prestazioni finanziate con risorse pubbliche. Non si applicano agli arbitrati conferiti o autorizzati prima dell'entrata in vigore della legge in esame.

Mediante una modifica all'art. 241 del codice dei contratti pubblici, il deferimento ad arbitri di controversie, relative all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi o forniture, può avvenire solo previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione. È inoltre prevista la nullità della clausola compromissoria priva di autorizzazione preventiva o del

⁵⁷ I protocolli di legalità sono previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli Interni del 23 giugno 2010.

⁵⁸ In tal senso, AVCP, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante "Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici", spec. parte II, punto 3 (accettazione delle condizioni generali di contratto).

⁵⁹ Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657.

⁶⁰ Art. 1, commi 18-25, legge n. 190 del 2012.

“ricorso all’arbitrato, senza preventiva autorizzazione”. L’organo di governo dell’amministrazione, quindi, deve deliberare l’inserimento nel contratto della clausola che prevede il deferimento al collegio arbitrale per le controversie nascenti dall’esecuzione del contratto; inoltre, una volta prevista in contratto la clausola compromissoria autorizzata, è necessaria un’ulteriore specifica autorizzazione ogni volta che si intenda far ricorso alla clausola stessa.

Le regole sulla nomina dell’arbitro da parte dell’amministrazione, vietano la partecipazione ai collegi arbitrali ai magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie; nelle controversie tra Pubbliche Amministrazioni, gli arbitri sono individuati esclusivamente tra dirigenti pubblici; nelle controversie tra Pubblica Amministrazione e privati, l’arbitro è nominato dall’amministrazione preferibilmente tra i dirigenti pubblici. Nell’ipotesi in cui ciò non sia possibile, l’arbitro viene scelto, secondo le disposizioni del Codice, tra soggetti di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto; la nomina deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione; all’atto della nomina l’amministrazione stabilisce, a pena di nullità, l’importo massimo spettante al dirigente pubblico quale compenso per l’attività arbitrale.

L’eventuale differenza rispetto all’importo spettante agli arbitri nominati è acquisita al bilancio dell’amministrazione.

La legge in commento amplia infine il novero dei reati che giustificano la risoluzione del contratto ai sensi dell’art. 135 del D.Lgs. n. 163 del 2006. La legge ha introdotto in via generale l’istituto delle cd. white list, ossia degli elenchi da istituire presso le prefetture di imprese operanti in settori di attività particolarmente esposti all’azione della malavita organizzata, conseguentemente da sottoporre a controlli periodici.

Gli elenchi prefettizi erano già stati previsti da discipline di settore⁶¹ e dall’art. 4, comma 13 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che rimetteva la definizione delle modalità di istituzione e dei controlli delle prefetture ad un regolamento attuativo che non è stato emanato⁶².

L’istituzione obbligatoria presso ogni prefettura di elenchi di fornitori, prestatori di servizi ed esecutori di lavori, riguarda i settori di attività maggiormente esposti a rischio di infiltrazione mafiosa, tassativamente indicati dall’art. 1, comma 53, della legge in commento. Si tratta di attività “a valle” dell’aggiudicazione degli appalti e che interessano in particolare il ciclo delle cave, del calcestruzzo e del bitume, i cottimi, i noli a caldo e a freddo, lo smaltimento in discarica. La situazione di monopolio naturale che spesso caratterizza l’attività degli operatori di settore condiziona inevitabilmente la scelta del subcontraente da parte dell’appaltatore⁶³.

⁶¹ Si ricordano i provvedimenti per la ricostruzione post-terremoto in Abruzzo (art. 16, D.L. 28 aprile 2009, n. 39, e D.P.C.M. 18 ottobre 2011).

⁶² La norma richiamata prevede che presso ogni prefettura venga istituito l’elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori di lavori, servizi e forniture. 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.

⁶³ Cfr. direttiva del Ministro dell’Interno del 23 giugno 2010.

Agli elenchi sono iscritti gli operatori economici che dalle verifiche prefettizie non risultano soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa: la verifica è assimilabile a quella prevista per il rilascio dell'informazione antimafia dall'art. 10, comma 7, D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252 e dall'art. 86 del D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159, codice antimafia, non ancora in vigore.

L'iscrizione negli elenchi della prefettura in cui l'impresa ha sede soddisfa i requisiti per l'informazione antimafia per l'esercizio della relativa attività: gli accertamenti utili all'iscrizione nelle white list hanno infatti già completato la necessaria attività istruttoria (si pensi ai casi in cui i protocolli di legalità estendono l'obbligo di acquisire l'informazione prefettizia per i subcontratti relativi alle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, indipendentemente dall'importo del subcontratto stesso).

La comunicazione prefettizia può essere sostituita dall'iscrizione alle white list per tutte le attività economiche il cui esercizio richiede la comunicazione antimafia e cioè l'attestazione prefettizia dell'insussistenza delle cause di decadenza o di divieto di cui all'art. 67 del codice antimafia (assenza di provvedimenti o procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione e assenza di sentenze di condanna per alcune tipologie di reati)⁶⁴.

La verifica viene rinnovata periodicamente e, in caso di esito negativo circa l'insussistenza del rischio di infiltrazione mafiosa, viene disposta la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Ai fini delle verifiche, l'impresa iscritta nell'elenco deve comunicare alla prefettura qualsiasi modifica dell'assetto proprietario e dei propri organi sociali, entro trenta giorni dall'avvenuta modifica.

La mancata comunicazione comporta la cancellazione dell'iscrizione.

Anche la disciplina in esame, come quella precedente, rinvia ad un D.P.C.M. di attuazione, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge, che deve definire le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento degli elenchi e per l'attività di verifica. Dall'entrata in vigore di tale decreto di attuazione, è previsto un ulteriore termine di sessanta giorni entro il quale le prefetture dovranno istituire gli elenchi.⁶⁵

Dunque, le principali novità in materia di appalti sono:

- gli obblighi di pubblicazione della Pubblica Amministrazione;
- le white list;
- protocolli di legalità o patti di integrità;
- la disciplina in materia di incompatibilità e cumuli di impieghi e incarichi.

3.1. Obblighi di pubblicazione della Pubblica Amministrazione.

L'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con il suo comunicato n° 26 del 22/05/2013 e la successiva nota del Presidente del 13/06/2013 ha sancito tempi e modalità operative per assolvere all'obbligo di pubblicazione sui siti internet e successiva trasmissione delle

⁶⁴ La norma corrisponde all'art. 10 della legge 31 luglio 1965, n. 575.

⁶⁵ SERGIO FOA', *Le novità della legge anticorruzione*, in Riv. Giur. Urbanistica e Appalti, 3/2013, pag. 304.

informazioni relative agli affidamenti di lavori, forniture e servizi ex art. 1 comma 32 L. 190/2012.

Nel dettaglio le informazioni da pubblicare sono: CIG (codice Identificativo Gara rilasciato dall'Autorità); struttura proponente (codice fiscale e denominazione della Stazione Appaltante); oggetto del bando (oggetto del lotto identificato dal CIG); procedura di scelta del contraente; elenco degli operatori che hanno presentato offerta (elenco degli OE partecipanti alla procedura di scelta del contraente. Per ciascun soggetto partecipante vanno specificati: codice fiscale, ragione sociale e ruolo in caso di partecipazione in associazione con altri soggetti); aggiudicatario (elenco degli OE risultati aggiudicatari della procedura di scelta del contraente. Per ciascun soggetto aggiudicatario vanno specificati: codice fiscale, ragione sociale e ruolo in caso di partecipazione in associazione con altri soggetti); importo di aggiudicazione (importo di aggiudicazione al lordo degli oneri di sicurezza ed al netto dell'IVA); tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura (data di effettivo inizio e ultimazione del/i lavori, servizi o forniture); importo delle somme liquidate (importo complessivo delle somme erogate dalla stazione).

Tali informazioni sono pubblicate, entro il 31 gennaio di ogni anno, in tabelle riassuntive con riferimento agli appalti aggiudicati nell'anno precedente. Per gli appalti relativi a tutto il 2013 e a dicembre 2012 il termine ultimo inizialmente proposto per il 15 giugno 2013 è stato differito al 31 gennaio 2014.

L'Autorità ha individuato nel formato XML lo standard aperto da utilizzare per la pubblicazione definendo altresì, nell'allegato tecnico al Comunicato 22/05/2013, gli schemi XSD che gli Enti sono chiamati a rispettare per la pubblicazione. I file dovranno essere disponibili in formato aperto (in nessun caso potranno prevedere l'obbligo di utilizzo di licenze d'uso), garantendone la possibilità di scaricare liberamente, analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici.

Tra il 1° febbraio e il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità eseguirà da un minimo di due a un massimo di cinque tentativi di accesso automatizzato agli indirizzi comunicati contenenti i dataset "anticorruzione"; i tentativi saranno eseguiti nell'arco delle 24 ore a distanza non inferiore a 72 ore l'uno dall'altro. L'indisponibilità dei dati a tutti i tentativi di accesso sarà equiparata ad omessa pubblicazione e, in quanto tale, oggetto di segnalazione alla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 1 comma 32 della Legge 190/2012.

Si applica l'art. 6, comma 11, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 ovvero la sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 25.822, se i soggetti obbligati, rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri.

Gli enti obbligati a rispettare l'obbligo di pubblicazione e trasmissione sono tutte le Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165; le Società partecipate dalle Pubbliche amministrazioni e società da esse controllate ai sensi dell'articolo 2359 del Codice Civile, limitatamente alla attività di pubblico interesse disciplinata dal diritto nazionale o dell'Unione europea.

3.2. Le white list.

Le white list rappresentano una particolare tipologia di liste riguardanti l'antimafia previste dall'art. 4, lett. g), c. 13, d.l. n. 70/2011: presso ogni Prefettura è istituito un elenco fornitori e prestatori di servizio non soggetti a rischio mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture, per la scelta dei sub appaltatori e sub contraenti⁶⁶.

Tale previsione va inquadrata nelle recenti modifiche apportate al c.d. «*Codice antimafia*» in base al quale sono stati novellati gli artt. 84 e 85, d.l. n. 156/2011, ove si dispone che la documentazione antimafia sia costituita dalla comunicazione antimafia e dall'informazione antimafia⁶⁷.

In via di prima approssimazione occorre rammentare che i suddetti elenchi sono stati previsti dall'art. 52, c. 1, l. n. 190/2012 anticorruzione, accanto ai c.d. «*Protocolli di legalità*» in tema di antimafia; si tratta di disposizioni che intendono agevolare i soggetti aggiudicatari nella scelta degli operatori economici cui assegnare i contratti collocandosi, in tal modo, nell'alveolo di una serie di iniziative tese a premiare le *imprese virtuose*.

Se sinteticamente queste sono le linee portanti delle disposizioni in materia, tema che richiederebbe un'indagine autonoma per riportare a sistema l'intera disciplina, ciò che in questa sede rileva, afferisce alla previsione delle c.d. *white list* prefettizie immediatamente in vigore nel

⁶⁶ Il legislatore preannuncia l'emanazione di un d.P.C.M. che definirà le modalità dell'istituzione e l'aggiornamento dei suddetti elenchi. Si veda G. D'Angelo, *La documentazione antimafia nel d.lgs. 6 settembre 2011 n. 156: profili critici*, in *Urb.app.*, 2013, 266 ss.

⁶⁷ Le note relative alla prevenzione della delinquenza di stampo mafioso e alla comunicazione di informazioni antimafia, non sono più contenute nel Codice dei contratti, ma devono essere ricercate nel d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, Codice della legge antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nelle nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli artt. 1 e 2, l. 13 agosto 2010, n. 136. Per ciò che attiene specificamente la contrattualistica pubblica occorre tener presente - che la l. 31 maggio 1965 è stata abrogata dall'art. 120, d.lgs. n. 159/2011; che della l. 13 settembre 1982, n. 646, permangono in vigore gli artt. 21 e 22 in ordine al subappalto e alla custodia del cantiere; - che è applicabile il d.lgs. 8 marzo 1984, n. 490, in materia di comunicazione e informazione antimafia; - che il d.P.R. 2 agosto 1910, n. 150, attiene le norme relative al rilascio di informazioni antimafia a seguito di accessi e accertamenti nei cantieri. Tuttavia occorre precisare che sia il d.lgs. 8 agosto 1984, n. 940, sia il d.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, nonché il d.P.R. 2 agosto 2010, n. 150, sono destinati ad essere abrogati in quanto l'art. 120, c. 2, d.lgs. n. 159/2011 ne prevede espressamente l'abrogazione a decorrere dalla data di entrata in vigore delle disposizioni del Libro secondo, capi I, II, III e IV del medesimo d.lgs. n. 159/2011, le quali entrano in vigore decorsi 24 mesi dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del Regolamento, ovvero quanto più di uno, dall'ultimo dei regolamenti di cui all'art. 99, c. 1

processo di ricostruzione delle località interessate dal sisma che ha investito l'Emilia Romagna.⁶⁸

Occorre rammentare che il d.l. 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modifiche dalla l. 1° agosto 2012, n. 122, prevede l'adozione di un delicato meccanismo per la prevenzione dell'ingerenza della criminalità organizzata nella fase di rifacimento delle zone colpite.

Così, in via di prima approssimazione, pare opportuno far riferimento proprio all'esperienza maturata in questi mesi di ricostruzione sismica in Emilia Romagna, onde verificare la tenuta delle c.d. *white list*. Per questa via occorre partire dal presupposto che i controlli antimafia devono svolgersi nei confronti degli operatori economici aggiudicatari di tutti gli appalti pubblici e nei confronti di tutti i soggetti appartenenti alla filiera delle imprese edili, sottoponendoli al regime dell'informazione antimafia *ex* d.l. 6 settembre 2011, n. 159; tale indagine si deve estendere ai subappalti e ai cottimi ecc... indipendentemente dall'oggetto, importo, durata e da qualsiasi condizione o modalità di esecuzione.⁶⁹

Mentre, in via generale l'iscrizione è facoltativa, devono invece obbligatoriamente iscriversi nei suddetti elenchi, tutte le imprese esercenti talune tipologie di attività che si identificano con quelle indicate nell'art. 5-*bis*, c. 2, d.l. n. 74/2012, secondo il quale, dette attività, potrebbero essere maggiormente esposte a rischio di infiltrazioni mafiose⁷⁰. I controlli, che nella fattispecie sopra richiamata, devono essere esercitati a norma del precitato art. 5 *bis*, sono applicabili non solo ai contratti pubblici e successivi subappalti e sub contratti che intercorrano tra le amministrazioni e gli operatori economici, ma a tutti gli interventi di ricostruzione che, quant'anche commissionati da privati, siano finanziati con contributi o altre provvidenze pubbliche⁷¹.

La giurisprudenza ha messo in luce la tipologia di valutazione operata dal Prefetto, sottolineando come le informative siano fondate su valutazioni discrezionali non ancorate a presupposti tipicizzati, venendo a ritenere così che i tentativi di infiltrazione mafiosa, possano essere desunti anche da parametri non definiti normativamente⁷².

⁶⁸ GIOVANNA MARCHIANO', *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioaplati.unitn.it, pag. 28.

⁶⁹ GIOVANNA MARCHIANO', *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioaplati.unitn.it, pag. 28.

⁷⁰ Trattasi di attività relative a: a) trasporto di materiale a discarica per conto terzi; b) trasporto e smaltimento di rifiuti per conto 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) autotrasporti per conto di terzi; h) guardiania dei cantieri.

⁷¹ Sul punto si rinvia alla Deliberazione del Ministero dell'interno del 15 ottobre 2012, pubblicata in G.U. del 9.11.2012, ove al punto 4.4 dal titolo "*Elenco fornitori di prestatori di beni e servizi (white list)*", vengono precisati alcuni aspetti in merito all'intervento prefettizio.

⁷² Tar Campania, Napoli, sez. I, 1° dicembre 2010, n. 26527; rileva altresì la giurisprudenza come l'informativa prefettizia si fonda su un quadro fattuale di elementi che pur non dovendo assurgere al livello di prova siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose. La cautela antimafia, ha chiarito la giurisprudenza, si colloca come forma di massima anticipazione dell'azione di prevenzione a prescindere

Si prevede la necessità che gli accertamenti sulle imprese aggiudicatrici degli appalti pubblici, nonché sugli operatori economici della filiera, siano svolti nella forma più stringente della c.d. *informazione antimafia*, secondo il modello procedimentale già adottato nell'occasione della fase di emergenza dell'Abruzzo e previsto anche per la realizzazione dell'Expo 2015 di Milano, oltre che nell'esempio oggetto della presente indagine, nella ricostruzione post sismica di talune province dell'Emilia Romagna⁷³.

Il citato decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, prevede all'art. 3, c. 1, che negli elenchi possano iscriversi le imprese esercenti talune attività a rischio, nei cui confronti siano state effettuate le verifiche previste «*dalla vigente legislazione antimafia*».

Così, (all'art. 3, c. 2, d.P.C.M.) si precisa che le verifiche miranti ad accertare l'insussistenza delle condizioni ostative di cui all'art. 10, c. 7, lett. a), b), c), d.P.R. n. 252/1998, siano eseguite dal Prefetto della Provincia in cui ha sede l'impresa interessata all'iscrizione. Sono quindi state costituite presso le Prefetture delle Province dell'area sismica, liste di imprese vagliate sotto il profilo dell'antimafia e tale iscrizione è disposta dal Prefetto che riceve l'istanza da parte dell'impresa, il quale esegue verifiche presso la Prefettura dove ha sede legale l'impresa richiedente; le risultanze acquisite, devono essere integralmente trasmesse alla Prefettura della zona dove l'impresa intende eseguire l'appalto. Concluso l'*iter* istruttorio la Prefettura potrà disporre l'iscrizione dell'operatore economico o, al contrario, qualora emergano situazioni particolari, disporre il rigetto dell'istanza *ex art. 4, c. 4, d.P.C.M.* 18 ottobre 2011⁷⁴.

Dell'avvenuta iscrizione o del rigetto, la Prefettura dovrà poi dare comunicazione, sia all'impresa interessata, sia alla Prefettura nella cui Provincia è ubicata la sede legale della stessa. Il punto critico del sistema così come delineato, attiene al fatto che «*l'analisi valutativa del Prefetto è -deve essere- tesa al bilanciamento tra la preminente tutela della sicurezza e la libera iniziativa economica: lo scopo è l'acquisizione di tutte quelle informazioni di cui le Autorità di sicurezza sono in possesso, per effettuare una completa ed adeguata istruttoria sulla possibilità di un condizionamento delle scelte dell'impresa*»⁷⁵.

Ciò che emerge è che l'istruttoria effettuata dal Prefetto è connotata da un'ampia discrezionalità, che poggia sull'analisi di fatti e di circostanze che emergono dall'attività investigativa demandata agli organi di Polizia. Il rapporto tra stazioni appaltanti (soggetti pubblici o imprese concessionarie) e le amministrazioni dell'interno (Prefetture) distingue tra informativa

dal concreto accertamento in sede penale dei reati; infatti può essere fondata su fatti e vicende aventi un valore sintomatico ed indiziario. Si veda altresì Cons. St., sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2078; Cons. St., sez. VI, 11 settembre 2001, n. 4724; Cons. St., sez. VI, 26 febbraio 2008, n. 756.

⁷³ Si veda per tutti non solo l'art. 5 *bis* del d.l. n. 74/2012, ma anche le Linee Guida antimafia di cui all'art. 5 *bis*, comma 4, del decreto legge 6 giugno 2012, n. 74, convertito con modificazioni della legge 1° agosto 2012, n. 122, recante «Interventi urgenti in favore delle popolazioni colpite dagli eventi sismici che hanno interessato il territorio delle province di Bologna, Modena, Ferrara, Mantova, Reggio Emilia e Rovigo, il 20 e il 29 maggio 2012» (Deliberazione del Ministro dell'interno del 15 ottobre 2012).

⁷⁴ Cfr. l'art. 4 del Decreto del Presidente dei Ministri, del 18 ottobre 2011.

⁷⁵ C. Fè, *Informativa prefettizia e sindacato della G.A.*, in *Corr. merito*, 2012, 843.

ricognitiva di cause interdittive (*ex art. 10, c. 7, lett. a) e b)*, d.P.R. n. 252/1998) e informative prefettizie discrezionali o accertative (*ex art. 10, c. 7, del precitato d.P.R.*).

L'art. 4, d.lgs. n. 490/1994 riteneva ammissibile la c.d. *informativa atipica*, non automaticamente interdittiva, ma fondata sull'accertamento di elementi che pur non denotando il pericolo di collegamenti tra l'impresa e la criminalità organizzata, non raggiungevano quella soglia di gravità prevista dalle altre tipologie.

Ora, con l'entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, viene opportunamente abrogato l'art. 1-*septies*, d.l. n. 629/1981, che prevedeva tale tipo di informativa.

Così, quando a seguito delle verifiche disposte dall'Autorità prefettizia della Provincia di appartenenza dell'impresa, emergano ipotesi di tentativi di infiltrazioni, le amministrazioni a cui sono fornite dette informazioni, non possono stipulare, approvare o autorizzare contratti né concessioni edili. Si tratta, evidentemente, di porsi sulla scia di quanto già sancito nell'art. 38, d.lgs. n. 163, ovvero di un ampliamento dei casi di divieto di contrattazione con le pubbliche amministrazioni, ma in verità si deve tener conto che la fattispecie in oggetto, salvo verifiche inconfutabili, ha una diversa prospettazione rispetto alla disposizione del Codice degli appalti.⁷⁶

Infatti, si deve prendere atto che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, la normativa antimafia privilegia una concezione della pericolosità in senso oggettivo, che prescinde dalla individuazione di responsabilità in senso penale; pertanto si è cercato di mettere in luce il rapporto di correlazione sulla base di un parametro valutativo, non di certezza, ma di qualificata probabilità, il che potrebbe creare problemi non di poco conto nei confronti degli operatori privati⁷⁷.

Il vero è che, stante la delicatezza della materia in oggetto, risulta necessario che l'informativa trovi fondamento su un quadro fattuale di elementi oggettivi, che pur non dovendo assurgere a livello di prova, siano tali da far ragionevolmente ritenere l'esistenza di un rischio di infiltrazioni mafiose⁷⁸. Attraverso siffatto meccanismo, risulta evidente l'imprescindibile

⁷⁶ GIOVANNA MARCHIANO', *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioappalti.unitn.it, pag. 30.

⁷⁷ In via generale si rinvia a A. Bonanni, *La prima applicazione della causa di esclusione di cui alla lettera M-TER) dell'art. 38 del Codice*, in www.osservatorioappalti.unitn.it, il quale fa riferimento all'ulteriore disposizione in materia nei confronti dei soggetti che non abbiano denunciato eventuali estorsioni e che quindi vengono a formare un nuovo caso di esclusione dalle gare pubbliche *ex art. 38 c. 1 lett. m-ter del d.lgs 163/2006*. Osserva l'Autore però: *Ci si permette di osservare, sul punto, che la disposizione recata dall'art. 38, c. 1. Lett. m-ter) del d.lgs 163/2006 solleva qualche profilo di perplessità ... Essa pretende, infatti, di irrogare una grave sanzione interdittiva, che determina pesanti ripercussioni sull'attività professionale dell'operatore economico da essa inciso (impedendo non solo l'instaurazione, ma anche la prosecuzione di qualunque rapporto contrattuale con la pubblica amministrazione) sulla base di una mera segnalazione della magistratura requirente, e sulla sola scorta «della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato». Tanto che la stessa Autorità, nella Determinazione n. 1/2010, ha sentito il bisogno di specificare che, laddove il processo penale si concluda, entro il termine di tre anni decorrente dalla richiesta di rinvio a giudizio, con una sentenza di assoluzione o di non luogo a procedere, debba venire meno il presupposto della causa di esclusione, con conseguente cancellazione dell'annotazione dal Casellario e riammissione dell'operatore economico alla possibilità di contrarre con la pubblica amministrazione.*

⁷⁸ Cfr. Cons. St., sez. VI, 23 giugno 2008, n., 3155, in *Foro amm.-CdS*, 2008, 1840.

necessità di disporre un monitoraggio periodico degli elenchi in questione secondo un procedimento caratterizzato da una forte dinamicità che consenta di tener conto, in *progress*, di possibili elementi di rilievo riguardanti la vita dell'impresa, tenuto conto dell'incidenza determinante che il provvedimento ha sulla stessa.

Sotto questo profilo l'iscrizione alle *white list*, secondo le disposizioni contenute nel Decreto del Presidente dei Ministri del 18 ottobre 2011, è soggetta a revisione annuale in relazione al permanere dell'insussistenza degli elementi di rischio di inquinamento mafioso.

Così le Prefetture saranno tenute a verificare, nei 15 giorni antecedenti alla scadenza di ciascun anno, presso la Prefettura competente, il permanere dell'insussistenza di connivenze mafiose. Di conseguenza, a norma dell'art. 86 del d.l. 159/2011 si prevede che la comunicazione antimafia sia utilizzabile per un periodo di sei mesi dalla data del rilascio.

La formulazione della prima parte della norma, pone un problema interpretativo, poiché sembra di poter affermare, anche alla luce della giurisprudenza plasmatasi sul punto, che quello semestrale non sia un termine di efficacia della documentazione nel suo complesso, ma valga solo per la documentazione negativa⁷⁹.

Si è rilevato che la *ratio* delle disposizioni regolamentari ostative alla partecipazione alle gare per tentativi di infiltrazione mafiosa, riflette non già una funzione sanzionatoria, ma di prevenzione, finalizzata a costituire efficaci argini per la penetrazione criminale negli appalti pubblici. Sarebbe perciò ragionevole e conforme al principio di proporzionalità, considerare a questi fini, che la situazione di rischio di infiltrazioni, la quale non si è costituita ma solo manifestata da singoli episodi, possa essere fugata nel lasso di un breve periodo, ad esempio i sei mesi previsti dalla normativa⁸⁰.

È fondamentale, affinché la procedura in parola consegua dei risultati efficaci, una forte integrazione tra la Prefettura ove ha sede legale l'impresa e la Prefettura dove l'impresa ha ottenuto l'iscrizione alle *white list*.

In attesa della realizzazione della citata interconnessione, ciascuna Prefettura dovrà provvedere ad attivare sui propri siti internet apposite sezioni dedicate alle *white list*, nonché comunicare alle altre Prefetture le imprese iscritte.

E' inoltre necessario, per le *white list* istituite presso le zone sismiche, un'indagine antimafia per ogni singolo lavoro secondo quanto precisato dal Consiglio di Stato nelle pronunce dell'Ad. plen. n. 33 e 34 del 2012⁸¹. L'organo di appello ha rilevato, a tal proposito che, nel corso delle indagini, può accadere che una stessa impresa risulti esposta a tentativi di infiltrazione, a secondo della provincia in cui svolge i lavori; ciò impone, come sottolinea il Consiglio di Stato, che l'impresa, ove abbia lavori in più province, sia soggetta ad una pluralità di certificazioni antimafia, cioè una per ogni lavoro.

⁷⁹ P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 12/ 2012, p. 145.

⁸⁰ P. CARBONE, *Normativa antimafia e contratti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 12/ 2012, p.46

⁸¹ Cons. St., Ad. plen., 9 luglio 2012, n. 33; Cons. St., Ad. plen., 8 ottobre 2012, n.34.

In ogni caso, osserva il Consiglio di Stato, l'eventuale dubbio sulla possibile infiltrazione non si estende ad altri lavori che la medesima impresa può avere in corso nella stessa provincia.

Secondo il giudice amministrativo, infatti, l'*informativa* opera con riferimento al singolo rapporto a cui si riferisce, ma, ciò non toglie che altre amministrazioni che abbiano in corso lavori con l'impresa, venendo a conoscenza di orientamenti diversi, possano anch'esse chiedere al Prefetto della Provincia dove l'impresa ha sede, nuove informazioni.

Le informative, infatti, non si consolidano, ma sono sempre rivedibili.

Questo regime continuerà ad essere applicato fino all'entrata in vigore dei decreti previsti dal Codice antimafia, del d.lgs. n. 159/2011.

Il problema principale che si pone, è che le *white list* devono, in ogni caso, essere compatibili col diritto comunitario, che garantisce la più ampia partecipazione alle gare, ed esclude, giustamente, soltanto le imprese rispetto alle quali emergano oggettivi elementi di responsabilità.

L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Avcp), in occasione della ricostruzione del dopo sisma in Abruzzo, ha rilevato che «si dovrebbe assicurare la possibilità di qualsiasi operatore, stabilito sia in Italia che all'estero, di ottenere, qualora dotato dei requisiti richiesti, l'iscrizione nell'elenco». Pertanto, dovrebbe sempre essere consentita l'iscrizione anche di imprese estere alle c.d. *white list*; diversamente, si verrebbe a porre in essere una procedura in contrasto coi principi di diritto comunitario di non discriminazione e di libera concorrenza nel mercato. È pur vero che l'Unione europea, nel marzo 2012, sembra aver preso consapevolezza della dimensione non solo italiana del fenomeno mafioso, ma della rilevanza del fenomeno in molti Paesi dell'Unione; talché al momento, si prevede l'istituzione di una Commissione speciale sul crimine organizzato, corruzione e riciclaggio del denaro (CRIM) a seguito dell'approvazione della risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011. Pertanto, le *white list* dovrebbero, non solo coordinarsi nel territorio italiano, ma col sistema europeo.

3.3. I protocolli di legalità o patti di integrità.

Tra gli strumenti di prevenzione atti a prevenire il rischio di infiltrazioni mafiose occorre menzionare quello previsto dall'art. 1 comma 17 Legge n. 190/12 che ha introdotto la facoltà, per le stazioni appaltanti, di introdurre nella legge di gara l'obbligatorietà rispetto, a pena di esclusione per i concorrenti, delle clausole contenute nei protocolli di legalità.

I protocolli di legalità sanciscono un comune impegno di legalità e di trasparenza nell'esecuzione della commessa da parte dei contraenti, in particolare per la prevenzione, il controllo ed il contrasto di tentativi di infiltrazioni mafiosa, nonché per la verifica della sicurezza e della regolarità dei luoghi di lavoro⁸².

⁸² GIOVANNA MARCHIANO', *White list, elenchi di merito e rating di legalità: semplificazione amministrativa?* in www.osservatorioaplati.unitn.it, pag. 27.

Per quanto consta detti protocolli sono disposizioni volontarie tra i soggetti coinvolti nella gestione dell'opera pubblica (normalmente la prefettura UTG, il Contraente Generale, la Stazione appaltante e gli operatori della filiera dell'opera pubblica), mediante i quali vengono rafforzati vincoli previsti dalla legislazione antimafia con forme di controllo volontario, anche con riferimento ai subcontratti, che, invece, non sono disciplinate da detta normativa.

Nell'ottica del Legislatore i vantaggi di poter fruire di uno strumento di consenso, fin dal momento iniziale, consentirà a tutti i soggetti, privati e pubblici, di poter lealmente confrontarsi con eventuali fenomeni di tentativi di infiltrazione criminale organizzata.

Sotto altro aspetto il fatto che le stazioni appaltanti potranno inserire, quali clausole a pena di esclusione, i patti di legalità, condurrà a una positivizzazione di detti strumenti, in modo tale da favorire la trasparenza con gli aspiranti contraenti, sia nella fase del procedimento di gara sia nella fase esecutiva⁸³.

Ora, sul punto è intervenuta l'Avcp la quale ritiene che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità possa dar luogo a cause di esclusione dalla gara anche in un quadro di tassatività delle clausole di esclusione previste dalla legge, in quanto, tali sistemi sono volti alla tutela di interessi di rango sovraordinati e gli obblighi assunti discendono dall'applicazione di norme imperative di ordine pubblico, con particolare riferimento, alla prevenzione e al contrasto con la criminalità organizzata⁸⁴.

Così, mediante l'accettazione delle clausole contenute nei protocolli di legalità, l'impresa concorrente accetta 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 alle conseguenze comuni a tutte le procedure concorsuali della estromissione dalla gara*»⁸⁵.

Si tratta quindi di un onere consistente nella sottoscrizione per adesione alle regole contenute nel Patto di integrità, previsto dalla legge, conforme ai principi già considerati dall'Ordinamento e assistito da responsabilità patrimoniale, come la stessa Autorità, ha sottolineato.

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 costituisca causa di esclusione dalla gara e legittima l'escussione della provvisoria in caso di inadempimento. Se l'impresa accetta di sottoscrivere il patto di integrità e ne risulta invece inadempiente, è legittima l'escussione della cauzione provvisoria (ancorché non contemplata nel codice dei contratti). Il Consiglio di Stato afferma la legittimità delle impugnate previsioni della *lex specialis* di gara e del c.d. "Patto di integrità", in quanto conformi al principio della natura

⁸³ "I protocolli di legalità quali strumenti di contrasto al fenomeno delle infiltrazioni mafiose nella contrattualistica pubblica" in www.fla.it.

⁸⁴ Si rinvia alla determinazione assunta dall'Avcp del 10 ottobre 2012 n. 4, recente bando tipo.

⁸⁵ S.FOA', Le novità della legge anticorruzione, in *Urbanistica e appalti*, n.3/2013, 301 ss.. In tale quadro rientra anche l'escussione della cauzione provvisoria che vale ad identificare e quantificare fin dall'origine, la conformazione e la misura della responsabilità patrimoniale del partecipante alla gara, conseguente all'inadempimento dell'obbligo assunto con la sottoscrizione del patto d'integrità.

escludente di collegamenti sostanziali tra imprese partecipanti lesivi dei canoni della segretezza delle offerte e della serietà e trasparenza delle procedure di evidenza pubblica.⁸⁶

la previsione, come ulteriore prescrizione dei bandi di gara, dei doveri stabiliti dal Patto d'integrità con le correlative responsabilità di ordine patrimoniale, sia del tutto legittima, inquadrandosi la fattispecie nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito.

In merito non si ravvisano preclusioni nell'ordinamento positivo, specie se si consideri che il Patto d'integrità contiene regole conformi a principi già considerati dall'ordinamento e già assistiti da responsabilità patrimoniale (quale la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali).⁸⁷

3.4. Conflitto di interessi e le nuove ipotesi di incompatibilità.

Al fine di ostacolare qualsiasi forma di estrinsecazione anomala dei pubblici poteri, i commi 41 e 42 dell'art. 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190 introducono, rispettivamente, una norma generale relativa al "conflitto di interessi" e una serie di nuove ipotesi di non attribuibilità degli incarichi dirigenziali ai dipendenti che versino in determinate situazioni o posseggano uno status idoneo a dare origine ad una compromissione, anche solo potenziale, degli interessi della P.A. (modifica all'art. 53 del d.lgs. 165/2001 ad opera dell'art. 1, comma 42, lettera b) della legge anticorruzione).

Prendendo le mosse dalla seconda fra le ipotesi elencate, l'art. 1, comma 42, lettera l) codifica il nuovo comma 16-ter dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001 a norma del quale "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".

La norma è diretta a contrastare le pratiche corruttive che realizzano il mercimonio della funzione pubblica attraverso operazioni dilazionate nel tempo che, come tali, risultano difficilmente apprezzabili in un'ottica repressiva parametrata al solo periodo di vigenza del rapporto di impiego. L'anticipazione della soglia di tutela opera, pro futuro, al fine di scoraggiare l'adozione, da parte di pubblici dirigenti, di provvedimenti amministrativi a vantaggio di imprese private nelle quali poter esser impiegati dopo aver abbandonato la P.A.. In

⁸⁶ Cfr. Consiglio Stato, 08.09.2008, n.4267, in www.appaltieassicurazioni.it.

⁸⁷ Cfr. Consiglio Stato, 08.02.2005 n. 343, in www.appaltieassicurazioni.it.

questo modo, infatti, verrebbe meno il rapporto costi-benefici che potrebbe indurre il pubblico dipendente a scegliere di agire in modo contrario ai propri doveri istituzionali.

La disposizione, pertanto, prende atto della maggiore utilità di non reprimere direttamente un comportamento scorretto, ma di far venir meno i presupposti fattuali che contribuiscono a determinarlo, favorendo, in questo modo, un contegno legittimo anche da parte dei soggetti più propensi a cedere ad interessi personalistici contrari ai compiti e ai doveri della P.A. dunque, oltre ad essere regolata la conclusione del rapporto di pubblico impiego, viene introdotto di riflesso una nuova causa di esclusione dalle gare a carico degli operatori economici che hanno contravenuto al divieto previsto dalla norma.

Su una linea di continuità con la suddetta previsione si pone anche la disposizione del comma 42, lettera f) la quale, modificando il comma 12 dell'art. 53 del d.lgs. 165/2001 imponendo che "Le amministrazioni pubbliche che conferiscono o autorizzano incarichi, anche a titolo gratuito, ai propri dipendenti comunicano in via telematica, nel termine di quindici giorni, al Dipartimento della funzione pubblica gli incarichi conferiti o autorizzati ai dipendenti stessi, con l'indicazione dell'oggetto dell'incarico e del compenso lordo, ove previsto".

Anche in questo caso, il legislatore mira a potenziare l'imparzialità e la legalità dell'azione pubblica; tale risultato, tuttavia, viene ottenuto non con uno strumento giuridico a sé stante ma adattando la normativa del d.lgs. 165/2001 alle nuove attribuzioni vertenti in capo alla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche di cui all'art. 13 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150 e successive modificazioni.

Si deve, inoltre, osservare che la suddetta previsione favorisce l'attività di controllo e sorveglianza della Commissione, consentendo a quest'ultima di fruire di dati aggiornati in merito alle attribuzioni dirigenziali di tutte le P.A. presenti sul territorio nazionale.

Strettamente connessa all'aggiornamento del d.lgs. 165/2001 operato dalla legge 6 novembre 2012, n. 190 appaiono anche le disposizioni dell'art. 1, comma 41 che hanno introdotto, nella legge 241/1990, il nuovo articolo 6-bis in materia di conflitto di interessi: "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".

La norma si pone come l'ideale completamento logico-sistematico del dettato del nuovo comma 16-ter dell'art. 53 d.lgs. 165/2001: laddove, infatti, quest'ultimo impedisce la realizzazione di condotte corruttive che operano attraverso meccanismi diretti a ledere il pubblico interesse sul periodo medio-lungo, il nuovo art. 6-ter della legge 241/1990 fornisce, invece, una tutela di tipo immediato, limitando tutte quelle attività che, nel corso del rapporto di lavoro, potrebbero dar luogo ad una mercificazione della pubblica funzione ovvero creare situazioni discriminatorie fra i diversi soggetti utenti. Il rilievo della disposizione, lungi dall'esaurirsi in questo aspetto, attiene, tuttavia, ad un altro rilevante profilo: la previsione di un'ipotesi generale di conflitto di interesse, infatti, si pone quale diretta proiezione dei principi di imparzialità, pubblicità e trasparenza pubblica di cui all'art. 1, comma 1, della legge 241/1990; in tale prospettiva, la figura in esame presenta un valenza trasversale che la rende applicabile a qualsiasi ambito

dell'agire pubblico, consentendo di reprimere, preventivamente, ogni situazione potenzialmente in grado di far venir meno l'imparzialità della P.A. e il perseguimento dell'interesse generale.⁸⁸ Dunque, nei bandi le Amministrazioni devono indicare tre i requisiti generali, la dichiarazione relativa alla sussistenza o meno dei rapporti indicati dal comma 16 ter, appena esaminato.

3.5. La nuova disciplina in materia di arbitrato

Un ulteriore innovazione approntata dalla normativa anticorruzione al campo degli appalti pubblici è, costituita dalla nuova disciplina in materia di arbitrato⁸⁹.

Con la disposizione contenuta nel comma 18, infatti, il legislatore ha reintrodotto il divieto già presente nella legge 2 giugno 1995, n. 216, c.d. "legge Merloni-bis" per magistrati ordinari, amministrativi, contabili e militari, gli avvocati e procuratori dello Stato e per i componenti delle commissioni tributarie, di far parte di collegi arbitrali o di assumere il ruolo di arbitri unici, pena la decadenza dai relativi incarichi e la nullità degli atti compiuti.

Innanzitutto, bisogna sottolineare che la disciplina transitoria di cui al comma 25 stabilisce che le previsioni sull'arbitrato contenute nei commi 19-24 non saranno applicabili agli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190: la norma, pertanto, fa salvo il comma 18 che dovrà, quindi, considerarsi immediatamente vincolante per tutti gli arbitrati in corso, implicando l'obbligo, per coloro che appartengano alle citate categorie, di dimettersi dai rispettivi incarichi, pena la decadenza e nullità di tutti gli atti compiuti con il loro apporto⁹⁰.

Il divieto contenuto nell'art. 1, comma 25 della legge anticorruzione richiama, inoltre, un'analogia disposizione presente nel Codice dei contratti pubblici (art. 242): quest'ultima, pur affermando che i soggetti appartenenti alle categoria di "magistrati amministrativi, magistrati contabili e avvocati dello Stato in servizio, designati dagli organi competenti secondo i rispettivi ordinamenti, nonché avvocati dello Stato e magistrati a riposo" (comma 6, lettera a) non possono ricoprire il ruolo di arbitri unici, consente loro di partecipare ai giudizi arbitrali resi in composizione collegiale.

Attualmente, l'assunzione di una simile regolamentazione riposa principalmente su un duplice ordine di considerazioni relative, da un lato, alla diffusione endemica del fenomeno corruttivo e, dall'altro, alla necessità di imporre un risparmio di spesa alle amministrazioni pubbliche in un periodo di crisi economico-finanziaria.

⁸⁸ In *Diritto e scienza* 2012/12, *La legge anticorruzione*, a cura di Giuseppe Amoroso e Brunetti Martino, pag 23.

⁸⁹ G. FONDERICO, Sugli incarichi extragiudiziari estesi i vincoli esistente, in *GAD*, n. 47 del 24 novembre 2012, p. 104 e ss.

⁹⁰ E. LORIA, Protocolli di legalità contro il pericolo di infiltrazioni, in *GAD*, n. 47 del 24 novembre 2012, p. 73 e ss..

Si deve, tuttavia, osservare che, anche a fronte della perdita di professionalità derivante dall'esclusione di figure istituzionali particolarmente qualificate (quali i magistrati, gli avvocati e i procuratori dello Stato), le PP.AA. saranno tenute ad attribuire gli incarichi arbitrari prevalentemente a soggetti dotati di particolari competenze e di una preparazione giuridica in grado di consentire una risoluzione delle liti coerente con i principi che, in uno Stato di diritto, regolano il confronto dialettico fra due o più parti. Il comma 19 si occupa, invece, di riscrivere il comma 1 dell'art. 241 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. "Codice dei contratti pubblici"), affermando che "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, 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".

La disposizione, che sovrintende all'esigenza di garantire la massima trasparenza nelle procedure di appalto e di impedire pratiche dirette ad aggirare la legge, vede il proprio campo di applicazione ampliato dal comma 20, a norma del quale essa dovrà comprendere anche le controversie relative alle concessioni e agli 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 o che comunque riguardi un'opera o una fornitura finanziata con risorse a carico dei bilanci pubblici. In questo senso, il nuovo art. 1 del d.lgs. 163/2006 sarà applicabile ogni qual volta le opere o le forniture siano finanziate con risorse della P.A. ovvero risultino, anche solo in parte, a carico dei pubblici bilanci.

Gli artt. 21 e seguenti, infine, regolano la nomina degli arbitri per la risoluzione delle controversie nelle quali sia parte una pubblica amministrazione: l'attribuzione degli incarichi dovrà rispettare i principi di pubblicità, di rotazione e delle disposizione contenuti decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e si configurerà diversamente a seconda che la controversia si svolga tra due pubbliche amministrazioni o fra una pubblica amministrazione e un privato.

Nel primo caso, gli arbitri potranno essere individuati soltanto tra i dirigenti pubblici con funzione dirigenziale. Nella seconda ipotesi, invece, l'arbitro individuato dalla P.A. dovrà essere scelto, preferibilmente, fra i dirigenti pubblici ma, qualora ciò non sia possibile, sarà possibile nominare un soggetto diverso con un provvedimento motivato che rispetti i principi e le disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

La P.A. sarà, inoltre, obbligata a stabilire, a pena di nullità della nomina, l'importo massimo spettante al dirigente per l'attività arbitrale (art. 1, comma 24): come è intuibile, una simile previsione assurge al ruolo di strumento diretto ad impedire l'attribuzione di retribuzioni eccessivamente alte agli arbitri al fine di cooptarne la volontà o di far venir meno la loro imparzialità; per adempiere a tale finalità, la legge 18 settembre 2012, n. 190 ha previsto una misura con efficacia ex post ma di carattere preventivo: la differenza tra l'importo spettante agli arbitri in concreto nominati e l'importo massimo stabilito per i dirigenti sarà, infatti, acquisito al

bilancio della pubblica amministrazione che ha indetto la gara, configurandosi come una forma di sanzione pecuniaria indiretta e potendo dar luogo al giudizio della Corte dei Conti in termini di responsabilità erariale.⁹¹

⁹¹ In *Diritto e scienza* 2012/12, *La legge anticorruzione*, a cura di Giuseppe Amoroso e Brunetti Martino, pag. 14 e ss..