

Interventi per la legalità negli appalti pubblici: il ruolo dell'Avcp

di Sergio Gallo

1.1. Considerazioni introduttive

È sempre tempo per fare un bilancio sugli interventi posti in essere a favore della legalità negli appalti dalle istituzioni competenti; allo stesso modo, è sempre una buona occasione quella che consente di riflettere ed interrogarsi sulle attività poste in essere dagli organi, preposti alla vigilanza e/o alla regolazione del mercato di riferimento, qual è per esempio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture⁽¹⁾. Ed infatti solo dopo un'attenta analisi dei fenomeni che caratterizzano ed in alcuni casi affliggono specifici settori del mercato, si è in grado di riflettere sul percorso – in parte programmato ed in parte da programmare – che è necessario definire e seguire per contrastare o quanto meno limitare, gli ancora esistenti, tentativi di influenza e/o infiltrazione criminale.

Prima di argomentare sul ruolo dell'Avcp e sugli interventi da essa posti in essere, nel corso degli anni, a favore della legalità negli appalti pubblici si ritiene

opportuno svolgere alcune riflessioni, che non potranno certamente essere esaustive, sulla figura delle autorità indipendenti nell'ordinamento giuridico italiano.

Il dibattito sulle autorità indipendenti, sul loro ruolo, sulle loro competenze e sui confini alle loro attività, ha appassionato e continua ad appassionare gli accademici e gli operatori del diritto rimanendo, ancora oggi, un tema di grande attualità⁽²⁾.

La dottrina italiana si è soffermata sia sugli aspetti meramente privatistici quali, per esempio, la potestà delle autorità indipendenti di intervenire sull'autonomia privata delle parti⁽³⁾, sia sugli aspetti pubblicistici e processuali. Nella presente trattazione, però, non sarà possibile analizzare i molteplici aspetti che caratterizzano le autorità indipendenti anche perché consapevoli della varietà di opinioni che è possibile scorgere in dottrina con riferimento ad un così complesso argomento⁽⁴⁾.

Parte degli studiosi guarda alle autorità indipendenti convinto che non si tratti di "ordinarie amministrazioni" in quanto lontane dalla concezione *weberiana* di amministrazione verticale ripartita per ministeri ed attuatrice delle direttive governative⁽⁵⁾; si tratterebbe, piuttosto, di un modello di amministrazione alternati-

(1) Per una disamina completa delle funzioni assegnate all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture si v. C. CAIONE, *La funzione di vigilanza e regolazione dell'Autorità sui contratti pubblici*, Giuffrè, 2012, *passim*.

(2) G. PUCINI, *Il problema dell'identificazione delle autorità indipendenti fra giurisprudenza amministrativa e decreto «Salva Italia»*, in *Osservatorio sulle fonti*, n. 1/2012. L'autore mette in evidenza che finalmente alcuni interventi giurisprudenziali (sentenza del Consiglio di Stato n. 5817 del 31 ottobre 2011 e n. 7001 del 30 dicembre 2011) ed il decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201 (convertito in legge 22 dicembre 2011, n. 214) in particolare l'art. 23, comma 1, sembrano aver fornito un contributo di chiarificazione e di certezza sulle autorità amministrative indipendenti presenti nel nostro ordinamento, anche se una lettura approfondita permette di scorgere ancora la presenza di dubbi e incertezze.

(3) Sul punto si v. F. MERUSI, *Il potere normativo delle autorità indipendenti* in AA.VV., *L'autonomia privata e le autorità indipendenti* (a cura di) G. Gini, il Mulino, 2006, p. 43 ss.

(4) Per una disamina complessiva della dottrina sulle *Authorities* si rinvia a G. GRASSO, *Le autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano 2006, *passim*.

(5) Cfr. V. CAIANELLO, *Le autorità indipendenti fra potere politico e società civile*, in *Rassegna giuridica dell'energia elettrica*, 1997, p. 17 ss.; si v. anche A. GASPARI, *Autorità amministrative indipendenti. Gli attuali capisaldi su alcuni aspetti cruciali*, in www.lexitalia.it.

vo a quello ministeriale (6). Una parte della dottrina ha definito le autorità indipendenti l'esempio di una nuova "tecnica di governo" di alcuni settori pubblici con il fine di tutelare determinati diritti fondamentali (7); altra autorevole dottrina le ha definite "un fenomeno giuridico caratterizzato dalla storica rinuncia dello Stato al diretto intervento in economia" (8).

Appare condivisibile la riflessione di quanti hanno sostenuto che le autorità indipendenti sono unite dall'interesse pubblico che hanno il fine di tutelare; interesse pubblico che è perseguito in via immediata tramite l'attività di regolazione con l'adozione di provvedimenti normativi a carattere generale ed astratto nonché, quando la legge affida ad esse la competenza per le controversie fra privati, tramite l'applicazione della legge per la tutela dei diritti inviolabili dei consociati (9).

Le autorità indipendenti sono state istituite nel quadro di un "cambiamento di registro della disciplina pubblica delle attività private" con la sostituzione, allo Stato imprenditore, di uno Stato regolatore (10). Con le *Authorities* l'intervento pubblico assume una nuova forma, la regolazione, che non si preoccupa più di influire sugli scopi perseguiti dagli operatori, ponendo una "disciplina finalistica" ma si limita a dettare le "regole del gioco" volte a correggere le criticità presenti nel mercato mediante norme "condizionali" che prefigurano i criteri di comportamento a cui si do-

vrebbero uniformare tutti gli operatori (11). Si tratta, dunque, di amministrazioni altamente specializzate che vigilano su settori nevralgici dell'economia nazionale e consentono di esercitare un controllo capillare sul mercato rendendo più agevole l'individuazione dei fenomeni distorsivi che caratterizzano il mercato stesso. Del resto, la conoscenza specialistica del mercato e

delle sue patologie è indispensabile per definire interventi mirati che consentano il ripristino della legalità. Una simile osservazione trova conforto anche nella relazione al disegno di legge recante disposizioni in materia di regolazione e vigilanza sui mercati finanziari e di funzionamento delle Autorità indipendenti, A.S. 1366, presentato nel corso della XV legislatura; nella presentazione del disegno di legge la volontà del legislatore appare chiara ed è quella di accompagnare i processi di liberalizzazione con un sistema efficace di regolazione e vigilanza, basato su organismi pubblici indipendenti, autonomi,

altamente specializzati ed in grado di agire in maniera efficace e trasparente (12).

Il ruolo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture – che nell'ordinamento nazionale rappresenta anche il tutore della disciplina europea dei contratti – va contestualizzato nel complesso, e qui forse troppo sinteticamente rappresentato, sistema delle autorità indipendenti. Un sistema caratterizzato da differenze anche notevoli fra le *Authorities* (13)

“Una parte della dottrina ha definito le autorità indipendenti l'esempio di una nuova "tecnica di governo" di alcuni settori pubblici con il fine di tutelare determinati diritti fondamentali; altra autorevole dottrina le ha definite "un fenomeno" giuridico caratterizzato dalla storica rinuncia dello Stato al diretto intervento in economia”

(6) V. CAIANELLO, *Le autorità*, op. cit., p. 18 ss.; G. PAVANI, *Le autorità amministrative indipendenti in Italia*, in www.filodiritto.it.

(7) F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità amministrative indipendenti*, in *Diritto amministrativo*, n. 2/2002, p. 181-207.

(8) G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia* in *Riv. Trim. dir. Pubbl.*, 1997, p. 645 ss.

(9) A. TONTI, *Qualche riflessione in tema di autorità amministrative indipendenti sui profili di tutela e sul riparto di giurisdizione*, in AA.VV., *Le autorità indipendenti come istituzioni pubbliche di garanzia* (a cura di) F. LUCIANI, Edizioni Scientifiche Italiane, p. 177 ss.

(10) S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di), *I garanti delle regole*, Bologna, 1996, p. 11 ss.; si v. anche L. TORCHIA, *La regolazione del mercato di settore fra autorità indipendenti nazionali e organismi europei*, Relazione presentata al Convegno Milano 19 ottobre 2011.

(11) N. RANGONE, *Regolatori indipendenti e analisi preventiva degli impatti delle regole. Prospettive, limiti e possibili sviluppi dell'AIR*, in *Concorrenza e mercato*, vol. 1/2012, p. 275 ss.; *Id.*, *Autorità indipendenti e AIR*, in *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia* (a cura di) M. D'ALBERTI, A. PAJNO, Il Mulino, 2010, pp. 135 ss.

(12) Il disegno di legge A.S. 1366 è decaduto in seguito allo scioglimento anticipato delle Camere.

(13) L. CUOCOLO, *Il potere sanzionatorio delle autorità indipendenti: spunti per una comparazione*, in *Quaderni regionali*,

che deriva, come rilevato dalla dottrina⁽¹⁴⁾ e come emerso dall'indagine conoscitiva sulle Autorità indipendenti effettuata dalla Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati nel corso della XVI legislatura⁽¹⁵⁾, anche dal fatto che esse sono state istituite in base alle necessità del momento e dei singoli settori, senza un progetto unitario, determinando l'attribuzioni di competenze, attività e funzioni diverse nel corso del tempo⁽¹⁶⁾; situazione che ha poi consentito ad una parte degli studiosi di classificare le *Authorities* in autorità di garanzia, di regolazione e di vigilanza⁽¹⁷⁾.

Le classificazioni dottrinali, pur necessarie, non rendono il sistema delle autorità indipendenti più chiaro e dai contorni più definiti⁽¹⁸⁾. La mutevolezza delle competenze assegnate a ciascuna autorità nel corso degli anni, comporta la possibilità di registrare delle mutazioni rispetto alla classificazione originaria e, secondo parte della dottrina,

l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici ne è l'esempio; l'Avcp inizialmente ricondotta al *genus* delle autorità di regolazione, oggi assume "un ruolo più simile a quello dell'Autorità Antitrust, che non a quello delle autorità di regolazione in senso proprio"⁽¹⁹⁾.

“ Il ruolo dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture va contestualizzato nel complesso sistema delle autorità indipendenti ”

1.2. L'Avcp e l'esercizio della funzione di Vigilanza

Il codice dei contratti pubblici attribuisce all'Avcp molteplici funzioni e competenze fra le quali certamente rilevanti quelle in materia di vigilanza. L'Autorità esercita un potere di vigilanza sui contratti pubblici, anche regionali, finalizzato a garantire il rispetto della concorrenza nelle procedure di gara e verifica la correttezza del sistema di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, afferma correttezza e trasparenza nella scelta del contraente nonché economicità ed efficienza nell'esecuzione dei contratti.

Nell'ambito dell'attività di vigilanza, l'Autorità garantisce l'osservanza della legislazione e verifica la regolarità degli affidamenti e l'economicità di esecuzione dei contratti, accertando che da questi non derivi pregiudizio per il pubblico erario. Detta funzione è svolta sia a seguito di segnalazioni o esposti provenienti da cittadini e imprese sia d'iniziativa della stessa Autorità sulla base di

un apposito piano annuale, con riferimento a settori e/o interventi caratterizzati da rilevanti criticità. Appare chiaro che l'attività di vigilanza ha natura strategica per il "Sistema Paese" in quanto consente la rilevazione di alcune delle patologie che affliggono il mercato.

n. 3/2007, p. 601 ss. L'autore mette in evidenza "l'assenza, nel panorama comparato, di un quadro normativo comune sulle autorità indipendenti". Ad avviso di questi "manca una regolamentazione comunitaria e mancano regole uniformi all'interno dei diversi Paesi membri".

(14) Cfr. F. PATRON GRIFFI, *Tipi di autorità indipendenti*, in S. CASSESE, C. FRANCHINI (a cura di) *I garanti delle regole*, op. cit., p. 11 ss.

(15) Documento approvato nella seduta del 16 febbraio 2012 dalla I Commissione permanente (Affari Costituzionali della Presidenza del Consiglio e Interni) - Camera dei Deputati - Indagine conoscitiva deliberata nella seduta del 2 febbraio 2010.

(16) A. GASPARI, *Autorità amministrative indipendenti. Gli attuali capisaldi su alcuni aspetti cruciali*, in www.lexitalia.it, n. 2/2004; si v. anche D. CORLETTI, *Autorità amministrative indipendenti e giudice amministrativo*, in *Autorità indipendenti e agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare* (a cura di) P. CAVALERI, G. DALLE VEDOVE, P. DURET, Cedam, Padova, 2003, p. 81 ss.

(17) Per un esame della tripartizione delle autorità indipendenti si v. A. LA SPINA, S. CAVATORTO, *Le Autorità indipendenti*, il Mulino, 2008, p. 62-64. Sul punto si v. anche E.L. CAMILLI, M. CLARICH, *Poteri quasi-giudiziali delle autorità indipendenti*, p. 107 ss. in *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia* (a cura di) M. D'ALBERTI, A. PAJNO, il Mulino, 2010; G. AMATO, *Autorità semi-indipendenti ed autorità di garanzia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1997, p. 645 ss.; S. FOA, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, 2002, p. 47 ss.

(18) Sulle funzioni delle autorità indipendenti cfr. anche R. CHIEPPA, *Potere economico e autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del giudice amministrativo*, in <http://rivista.ssef.it>.

(19) L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione al convegno *Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 28 febbraio 2013.

Nel 2012, a seguito della vigilanza operata dall'Avcp, sono emerse, per esempio, forti criticità in ordine agli scostamenti tra tempi contrattuali e tempi di realizzazione delle opere con conseguente aumento dei procedimenti contenziosi. L'attività ispettiva eseguita ha riguardato contratti di particolare rilevanza economica e realizzativa consentendo di mettere in evidenza la presenza di criticità nelle procedure di gara, sia in fase di programmazione sia di affidamento ed esecuzione. Tra le opere di particolare entità, oggetto dell'attività di vigilanza, si segnala la Linea B1 della Metropolitana di Roma con riferimento alla quale l'Autorità ha adottato, il 6 marzo 2013, un'apposita deliberazione⁽²⁰⁾ con la quale sono state evidenziate le problematiche inerenti la procedura. Certamente rilevante anche l'attività di vigilanza esercitata con riferimento al c.d. *People Mover*⁽²¹⁾ di Bologna nonché il Piano straordinario di messa in sicurezza degli edifici scolastici ubicati in zona a rischio sismico.

Con riferimento a quest'ultima opera, l'Autorità ha avuto modo di segnalare la carenza nei bandi di gara di criteri volti a valutare la "qualità" delle soluzioni proposte, aspetto ritenuto di particolare rilevanza nel caso di un appalto concorso in cui il concorrente è chiamato a sviluppare la soluzione progettuale più idonea partendo da un progetto preliminare⁽²²⁾. L'attività di vigilanza ha riguardato anche il settore dei servizi e delle forniture; a tal proposito si ricorda, per esempio, l'*Affidamento in concessione del servizio di distribuzione del gas metano nel territorio di Roma Capitale* con riferimento al quale è stata segnalata la necessità che la stazione appaltante provvedesse ad indire la gara per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas per l'intero ambito territoriale di appartenenza. L'Autorità ha, inoltre, censurato l'eccessiva discrezionalità

lasciata alla Commissione di gara nell'attribuire i punteggi in carenza di precisazione anche di sub-criteri, non essendo conforme con la disciplina dell'offerta economicamente più vantaggiosa (ex art. 83, comma 4 del codice).

L'attività di vigilanza esercitata dall'Autorità oltre ad essere funzionale a garantire un sistema di controllo sulle procedure di gara è anche funzionale allo svolgimento delle attività di competenza di altri soggetti istituzionali; non deve essere trascurata la funzione

“ L'attività di vigilanza esercitata dall'Autorità oltre ad essere funzionale a garantire un sistema di controllo sulle procedure di gara è anche funzionale allo svolgimento delle attività di competenza di altri soggetti istituzionali ”

di supporto ed ausilio che l'Autorità svolge nell'esercizio delle sue funzioni. Infatti, nei casi in cui l'Autorità, a seguito della propria attività ispettiva, rilevi un possibile danno erariale e/o fattispecie integranti gli estremi di un reato, adotta una delibera cui si accompagna la conseguente segnalazione alla Corte dei conti ed alla Procura della Repubblica⁽²³⁾ per le attività di competenza. Si tratta, dunque, di un'attività di servizio che consente l'attivazione di eventuali ulteriori procedure

di controllo. Per queste ragioni appare necessario valorizzare, e se possibile ampliare, l'attività di vigilanza ad oggi svolta dall'Avcp magari consentendo alla stessa, in caso di inottemperanza a quanto rilevato dalla stessa nell'esercizio dell'attività di vigilanza, l'esercizio di correlati poteri sanzionatori, di natura interdittiva e pecuniaria.

1.3. Principio di trasparenza negli appalti: il ruolo della BDNCP e dell'AUSA

Un corretto ed efficace esercizio dell'attività di vigilanza è agevolato dall'esistenza di un sistema quanto più possibile trasparente; tale convinzione trova oggi sostegno

(20) Deliberazione n. 9/2012.

(21) Si tratta di una infrastruttura di trasporto ad automazione integrale, senza macchinista a bordo, ideata per collegare l'aeroporto e la stazione ferroviaria di Bologna.

(22) Per una analisi dettagliata in merito all'attività di vigilanza espletata dall'Autorità si v. la *Relazione annuale al Parlamento*, disponibile sul sito www.avcp.it.

(23) In dottrina fra gli altri S. FOA, *I regolamenti delle autorità amministrative indipendenti*, op. cit., p. 45 ss.

nelle scelte del legislatore che, per la prima volta con l'approvazione del d.lgs. n. 150 del 2009, ha introdotto nell'ordinamento giuridico italiano il principio di trasparenza. Com'è noto il principio di trasparenza è di derivazione comunitaria, costantemente applicato dalla Corte di Giustizia europea insieme a quelli di concorrenza, di parità di trattamento, di non discriminazione, di mutuo riconoscimento e di proporzionalità. Rinno- vare l'impegno per un'amministrazione trasparente è, dunque, non solo opportuno ma necessario sia per dare piena attuazione alla disciplina nazionale sia per non incorrere in possibili procedure di infrazione da parte dell'Unione europea (24).

L'Autorità ha risposto prontamente agli *input* del legisla- tore in materia di trasparenza, pubblicità dei dati, infor- matizzazione dei processi amministrativi, conoscibilità delle informazioni riguardanti operatori economici e stazioni appaltanti.

Da diverso tempo l'Avcp è impegnata nella realizzazione dell'ambizioso progetto riguardante la costruzione della Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP) e di recente anche nella predisposizione dell'Anagra- fe unica delle stazioni appaltanti (AUSA). Si tratta di due iniziative importanti, entrambe affidate dalla legge all'Autorità, che vanno proprio nella direzione di creare un'amministrazione in grado di garantire appalti sicuri e trasparenti.

Con riferimento alla BDNCP, l'art. 6-bis, comma 1, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 dispone che dal 1° gennaio 2013 la documentazione compro- vante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal co- dice sia acquisita tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'Autorità. L'Avcp, al fine di agevolare gli operatori del settore, ha elaborato e predisposto un sistema per la verifica *on line* dei requi- siti per la partecipazione alle procedure di affidamento c.d. "AvcPass" (*Authority Virtual Company Passport*) in

funzione dal 1° gennaio 2014 (25). La *ratio* della previ- sione legislativa e dei conseguenti interventi attuativi posti in essere dall'Autorità è quella di procedere ad una completa informatizzazione del sistema di verifica dei requisiti che garantisca al contempo la semplificazione delle procedure di gara, il contenimento degli oneri a carico dei soggetti partecipanti e, quindi, il progressivo contenimento dei costi per la partecipazione alle proce- dure di affidamento dei contratti pubblici. L'obiettivo è quello di realizzare un servizio che consenta la verifica immediata della correttezza delle informazioni rese dal- le imprese e permetta di rilevare quasi in tempo reale eventuali criticità e/o fenomeni di illegalità in maniera da attivare tempestivamente le conseguenti procedure di vigilanza (26).

Nell'ambito delle attività funzionali alla creazione di un sistema degli appalti quanto più possibile trasparente, si inserisce, come accennato, l'istituzione presso l'Autorità dell'Anagrafe Unica delle stazioni appaltanti (art. 33- ter, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito in legge 17 dicembre 2012, n. 221).

A far data dal 1° gennaio 2014, le stazioni appaltanti di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture hanno l'obbligo di richiedere l'iscrizione all'AUSA e di ag- giornare annualmente i dati identificativi; in caso di inadempimento è prevista la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile dei funzio- nari responsabili. A tal proposito, si segnala la necessità di un chiarimento inerente il soggetto competente ad eccepire la nullità degli atti, anche se è possibile im- maginare che il legislatore intendesse presupporre una competenza del giudice amministrativo.

La *ratio* della norma, ancora una volta, appare chiara: un'amministrazione trasparente che conosce e classifica le stazioni appaltanti operanti sul proprio territorio è sicuramente un'amministrazione più efficiente ed in grado di garantire il rispetto delle regole da parte degli operatori. Il 28 ottobre 2013, l'Autorità con la pubblica- zione di un proprio comunicato ha chiarito che ciascuna

(24) S. Toschi. Dall'art. 18, d.l. n. 83/2012 all'art. 37, d.lgs. n. 33/2013, un tracciato normativo verso la trasparenza negli appalti pubblici passando per la legge anticorruzione, in questa Rivista, n. 6/2013, p. 8 ss.

(25) Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012 con le modificazioni assunte nelle adunanze dell'8 maggio e del 5 giugno 2013.

(26) Nella relazione alla deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012 (disponibile in formato pdf sul sito www.avcp.it) l'Au- torità chiarisce che il sistema AvcPass potrà contribuire al superamento del modello di partecipazione basato sull'auto- dichiarazione del possesso dei requisiti attualmente vigente che determina notevoli oneri amministrativi ed è all'origine di parte del contenzioso giurisdizionale.

stazione appaltante è tenuta a nominare con apposito provvedimento il soggetto, denominato Responsabile dell'Anagrafe per la stazione appaltante (RASA), incaricato della verifica e/o della compilazione e del successivo aggiornamento, almeno annuale, delle informazioni e dei dati identificativi della stazione appaltante. L'Autorità effettuerà apposite verifiche sui provvedimenti di nomina. L'obiettivo, ancora una volta, è quello di semplificare identificando un unico soggetto responsabile per ogni stazione appaltante, intesa come amministrazione aggiudicatrice od altro soggetto aggiudicatore, indipendentemente dall'articolazione della stessa in uno o più centri di costo. La trasparenza e la conoscibilità delle informazioni, accanto ad una maggiore responsabilizzazione dei pubblici funzionari e/o degli operatori a vario titolo coinvolti, è fondamentale per migliorare la qualità dei servizi e garantire la legalità nello svolgimento delle procedure. Trasparenza quale deterrente alle infiltrazioni criminali (27).

Il principio di trasparenza ha trovato pieno accoglimento anche nella legge 6 novembre 2012, n. 190, anche detta legge anticorruzione; all'art. 1, comma 15 della citata legge, il legislatore afferma che la trasparenza amministrativa costituisce livello essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera m) della Costituzione; la stessa norma dispone, altresì, che l'amministrazione assicura la trasparenza mediante la pubblicazione nei siti web istituzionali delle pubbliche amministrazioni delle informazioni relative ai procedimenti amministrativi fra cui i procedimenti di scelta del contraente per l'affidamento di lavori, for-

niture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici (28). Anche in questo ambito, il ruolo assegnato all'Avcp appare nevralgico.

In primo luogo, deve essere ricordato che le informazioni rilevanti, nell'accezione stabilita dalla suddetta legge n. 190, sono quelle che già la stazione appaltante comunica all'Autorità ai sensi dell'art. 7, comma 8 del codice dei contratti pubblici. Deve essere, inoltre, rilevato che il legislatore - da ultimo con l'approvazione del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 - ha assegnato all'Autorità anche il compito di acquisire in formato digitale tutti i dati pub-

blicati dalle stazioni appaltanti al fine di renderli conoscibili, una volta catalogati in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione, sul proprio sito web in un'apposita sezione consultabile da tutti i cittadini. L'Autorità avrà il compito di verificare le amministrazioni che hanno omesso, in maniera parziale o totale, di pubblicare e comunicare i dati, e trasmettere il relativo elenco alla Corte dei conti, eventualmente sanzionando i soggetti inadempienti ai sensi dell'art. 6, comma 11 del codice (29).

L'Autorità, nonostante si tratti di una norma molto recente, ha già provveduto ad attivare una fattiva collaborazione con la Corte dei conti al fine di predisporre ogni adempimento necessario per dare piena attuazione al dettato normativo; sono già in corso di predisposizione appositi accordi di collaborazione che consentano alla Corte dei conti di interrogare la Banca dati dei contratti pubblici anche al fine di acquisire ogni ulteriore eventuale informazione necessaria ai fini dello svolgimento della propria attività istituzionale. Le norme sopra richiamate hanno un

“ La trasparenza e la conoscibilità delle informazioni, accanto ad una maggiore responsabilizzazione dei pubblici funzionari e/o degli operatori a vario titolo coinvolti, è fondamentale per migliorare la qualità dei servizi e garantire la legalità nello svolgimento delle procedure ”

(27) Per una riflessione sulla natura giuridica delle centrali di committenza comunale ed il tema della trasparenza si v. M. GÓRGA, *La disciplina più recente della centrale unica di committenza comunale nei provvedimenti di spending review*, in questa Rivista, n. 4/2013, p. 18 ss.; si v. anche F. TRAMONTANA, *Transaction fee e centrale di committenza: una lettura costituzionalmente orientata*, in questa Rivista, n. 7/2013, p. 57 ss.

(28) S. TOSCHEI, *Dall'art. 18, d.l. n. 83/2012 all'art. 37, d.lgs. n. 33/2013, un tracciato normativo verso la trasparenza negli appalti pubblici passando per la legge anticorruzione*, cit., p. 29; sul punto si v. anche L. OLIVIERI, *La legge anticorruzione e le pubblicazioni in materia di contratti*, in questa Rivista, n. 1-2/2013, p. 49 ss.

(29) S. TOSCHEI, *Dall'art. 18, d.l. n. 83/2012 all'art. 37, d.lgs. n. 33/2013*, cit., p. 32.

comune obiettivo che è quello di consentire agli organismi competenti, Avcp e Corte dei conti *in primis*, di individuare le anomalie nel comportamento dei soggetti che partecipano alle procedure di gara nonché delle stazioni appaltanti che gestiscono il denaro pubblico, al fine di "mettere in sicurezza" ancora una volta il sistema degli appalti.

Gli interventi normativi degli ultimi anni sono tenuti insieme da un *fil rouge* che è quello di garantire trasparenza da un lato e pubblicità delle informazioni dall'altro, al fine di favorire il rispetto della legalità anche attraverso la conoscibilità e la circolazione dei dati per addivenire ad un miglioramento complessivo della c.d. "macchina burocratica".

Del resto, l'etimologia della parola "burocrazia" corrisponde ad "una organizzazione di persone e risorse destinate alla realizzazione di un fine collettivo secondo criteri di razionalità, imparzialità, impersonalità" (30).

Un impegno comune per affermare la legalità nel sistema degli appalti, anche attraverso la trasparenza e la pubblicità, non fa altro che contribuire a ripensare il concetto di "burocrazia" attribuendogli, nuovamente, una valenza positiva.

1.4. L'attività di regolazione e il principio di legalità: i bandi tipo

L'attività di regolazione svolta dalle autorità indipendenti è argomento molto ampio che meriterebbe uno studio a parte; ma, ancora una volta nella presente trattazione, si prova a fornire qualche utile elemento di riflessione che consenta di inquadrare l'attività di regolazione esercitata, nello specifico, dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Parte della dottrina considera la regolazione indipendente quale funzione indispensabile nei settori in cui opera un'impresa pubblica in quanto lo Stato non può al contempo svolgere il ruolo di imprenditore e di regolatore. È l'indipendenza del regolatore che ne legittima la sua azione (31); il regolatore deve essere indipendente rispetto al governo, imparziale e neutro rispetto agli operatori del mercato (32). Nell'ambito dell'attività di regolazione una competenza molto importante, recentemente assegnata all'Autorità, è quella inerente la predisposizione dei Bandi tipo. L'art. 64, comma 4-bis del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 attribuisce all'Autorità il compito di elaborare specifici modelli

“ È l'indipendenza del regolatore che ne legittima la sua azione; il regolatore deve essere indipendente rispetto al governo, imparziale e neutro rispetto agli operatori del mercato ”

(bandi-tipo) sulla base dei quali le stazioni appaltanti sono tenute a predisporre i propri bandi di gara. Il 10 ottobre 2012 l'Autorità ha emanato la determinazione n. 4, denominata "Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara [...]” finalizzata a dare attuazione al combinato disposto degli artt. 46, comma 1-bis e 64, comma 4-bis del codice, secondo cui le cause tassative

di esclusione dalle gare devono essere indicate nei modelli approvati dall'Autorità. Questo primo bando-tipo costituisce il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, quanto alla individuazione delle cause tassative di esclusione, salva la facoltà di derogare motivando, nei termini in esso specificati.

Nell'ambito dell'attività di regolazione, e quindi anche nella predisposizione dei bandi-tipo, l'Autorità ha fatto propri quegli strumenti e quei meccanismi che la dottrina considera come fattori di legittimazione e stabilizzazione delle regole (33). Ci si riferisce, in particolare, ai procedimenti di consultazione e di *notice and comment*, all'obbligo di ricorrere alle analisi di mercato

(30) *Ibidem*, p. 36.

(31) L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, Relazione al convegno *Le autorità amministrative indipendenti. Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati*, 28 febbraio 2013.

(32) *Id.*, *La regolazione dei mercati fra autorità nazionali ed europee*, Relazione al Convegno tenutosi a Milano il 19 ottobre 2011.

(33) Sui procedimenti di regolazione si v. anche S. DEL GATTO, *La partecipazione ai procedimenti di regolazione delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 9/2010, p. 947 ss.

prima di modificare le regole, alla sottoposizione delle decisioni di regolazione al sindacato giurisdizionale⁽³⁴⁾. È opinione condivisa che la funzione di predisposizione dei bandi-tipo consente di intervenire a limitare le situazioni di contrasto o incoerenza nella stesura della documentazione di gara e, quindi, contenere il proliferare del contenzioso sia in fase di gara sia nel corso dell'esecuzione dell'appalto; allo stesso tempo è un'iniziativa funzionale a semplificare, agevolare e orientare i contraenti pubblici nella predisposizione della documentazione di gara limitando l'infiltrazione della criminalità.

La tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare e la predisposizione di modulistica standardizzata per la dichiarazione dei requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale sono tutte iniziative intraprese per favorire la riduzione delle possibili infiltrazioni criminali nel settore degli appalti.

Proprio con riferimento ai bandi-tipo sorge spontanea la riflessione, ormai condivisa da parte della dottrina, di riconoscere all'Avcp il potere, già attribuito ad altre autorità indipendenti, di legittimazione processuale attiva⁽³⁵⁾.

Ciò consentirebbe all'Autorità di tutelare in via preventiva gli interessi generali di trasparenza ed efficienza del mercato dei contratti pubblici, in caso di mancata ed ingiustificata conformità da parte delle stazioni appaltanti ai bandi tipo predisposti ad opera dell'Avcp.

Sia la predisposizione dei bandi-tipo sia l'individuazione dei costi e dei prezzi di riferimento, che ai sensi dell'art. 7, comma 4, lett. c) del codice l'Autorità è tenuta ad elaborare, sono attività che hanno un impatto no-

tevole sul sistema degli appalti in quanto permettono di elaborare livelli *standard* di riferimento limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti. Si tratta di competenze che possono essere considerate come una "funzione di standardizzazione" a carattere preventivo che consente di favorire il corretto funzionamento del mercato dei contratti pubblici, il suo sviluppo e l'aumento della sua competitività interna, nonché lo sviluppo degli operatori economici ed in particolare delle piccole e medie imprese.

1.4.1. Tracciabilità dei flussi finanziari

“ Sia la predisposizione dei bandi-tipo sia l'individuazione dei costi e dei prezzi di riferimento, sono attività che hanno un impatto notevole sul sistema degli appalti in quanto permettono di elaborare livelli standard di riferimento limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti ”

Altro argomento non trascurabile nell'ambito di una riflessione inerente la legalità negli appalti è certamente quello della tracciabilità dei flussi finanziari. Sull'argomento l'Autorità è intervenuta, all'indomani dell'approvazione della legge 13 agosto 2010, n. 136, con la pubblicazione della determinazione n. 8/2010. Successivamente ha ritenuto di dover aggiornare e fornire ulteriori indicazioni operative ed ha per questo adottato la determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 sostituti-

va delle precedenti.

Nei citati atti di regolazione, aventi carattere generale, l'Avcp ha ribadito che la disciplina dettata in materia di tracciabilità dei flussi finanziari rappresenta uno degli strumenti che l'ordinamento appronta nel dichiarato intento di arginare la penetrazione economica delle organizzazioni mafiose nell'attività di esecuzione delle commesse pubbliche. La finalità specifica è quella di rendere trasparenti le operazioni finanziarie relative all'utilizzo

(34) L. TORCHIA, *La regolazione dei mercati fra autorità nazionali ed europee*, op. cit.; anche nella relazione *La regolazione dei mercati fra autorità indipendenti nazionali ed organismi europei*, l'autore fa riferimento ad una c.d. "legittimazione di natura procedurale, assicurata mediante la partecipazione ed il contraddittorio nel procedimento di formazione delle regole [...]".

(35) M.L. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'Avcp*, in *www.federalismi.it* n. 25/2013; si v. anche R. DE NICTOLIS, *Il precontenzioso davanti all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, intervento al convegno *Nuove prospettive giuridiche tra deflazione del contenzioso e responsabilizzazione del mercato dei contratti pubblici: l'Autorità e l'Avvocatura a confronto*, Convegno 30 maggio 2013, Roma, in corso di pubblicazione.

del corrispettivo dei contratti pubblici, in modo da consentire un controllo a posteriori sui flussi finanziari provenienti dalle amministrazioni pubbliche ed intercettare eventuali usi degli stessi da parte di imprese malavitose. La citata legge n. 136 costituisce, pertanto, la sintesi di un approccio innovativo alle strategie di contrasto dei tentativi di penetrazione mafiosa nell'economia legale, di cui le disposizioni sulla tracciabilità rappresentano solo un tassello, anche se fondamentale.

Con l'obiettivo di prevenire le infiltrazioni mafiose negli appalti pubblici, la legge prevede che tutti i movimenti finanziari connessi a contratti di appalto (e relativi subappalti e subcontratti) debbano essere effettuati secondo modalità in essa stabilite che ne garantiscano la piena tracciabilità. Obiettivo finale dell'impianto normativo è principalmente quello di anticipare "il più a monte possibile" la soglia di prevenzione, creando meccanismi che consentano di intercettare i fenomeni di intrusione criminale nella contrattualistica pubblica, attraverso una rete di monitoraggio idonea a coinvolgere e responsabilizzare le componenti sane del sistema, nonché in grado di far emergere indicatori di anomalie e di distorsioni della libera concorrenza e del mercato, in relazione ai quali avviare mirate attività di contrasto. I pilastri fondamentali dell'art. 3 della legge n. 136/2010 sono, dunque:

- a) l'utilizzo di conti correnti dedicati per l'incasso ed i pagamenti di movimentazioni finanziarie derivanti da contratto di appalto;
- b) il divieto di utilizzo del contante per incassi e pagamenti di cui al punto a) e di movimentazioni in contante sui conti dedicati;
- c) l'obbligo di utilizzo di strumenti tracciabili per i pagamenti.

Di recente l'Autorità è intervenuta sul tema della tracciabilità dei flussi finanziari attraverso l'utilizzo di un altro importante strumento a sua disposizione: i pareri giuridici; si tratta di un'ulteriore competenza che la legge attribuisce all'Avcp e che appare di fondamentale importanza in termini di servizio reso agli operatori del settore ⁽³⁶⁾.

1.5. *Forme di collaborazione con altri soggetti istituzionali e considerazioni conclusive*

Il ruolo dell'Autorità è connotato da un ampio profilo di autonomia nell'esercizio dei propri poteri. Ma, altrettanto chiaro è che l'Avcp può esercitare appieno tali poteri – sia di vigilanza e di regolazione nonché sanzionatori – a garanzia del principio di legalità, solo attraverso un'ampia collaborazione con gli altri soggetti istituzionali a ciò preposti.

Gli interventi di regolazione e vigilanza, di cui si è sopra detto, si inseriscono, infatti, in un progetto più ampio di contrasto alla criminalità e di affermazione di una cultura della legalità e della sicurezza cui l'Avcp – ma anche altre autorità indipendenti – insieme al Governo ed al Parlamento, sta contribuendo, in maniera decisa, ormai da qualche anno. A tal riguardo, giova ricordare, per esempio, l'introduzione della normativa sulla interdittiva antimafia che indirettamente sembra incidere sulle cause di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica in riferimento al criterio della idoneità morale del concorrente. Proprio la necessità di creare un apparato di norme e di rapporti interistituzionali volti a limitare i pericolosi collegamenti tra organizzazioni mafiose, pubbliche amministrazioni e procedure ad evidenza pubblica è fra i motivi che giustificano l'introduzione prima e la diffusione poi dei c.d. "patti di integrità negli affidamenti pubblici" e dei "protocolli di legalità" ⁽³⁷⁾. Si tratta, com'è noto, di un sistema di condizioni la cui accettazione è configurata dalla stazione appaltante come presupposto necessario e condizionante la partecipazione dei concorrenti alla procedura di gara.

Anche in tale ambito l'Autorità ha assunto, sin dal principio, un ruolo di prim'ordine. Giova ricordare l'impegno, intrapreso nel luglio del 2000 e reso operativo il 21 novembre dello stesso anno, fra Ministero dell'interno e l'allora Autorità per i lavori pubblici, di collaborare attraverso la stipula di appositi protocolli per conseguire, tramite le prefetture, la promozione e la tutela

⁽³⁶⁾ L'adozione del parere n. AG 42/13, del 30 luglio 2013 è stata un'ulteriore occasione per chiarire le sopra richiamate finalità delle norme sulla tracciabilità dei flussi. Per quanto concerne le tipologie dei pareri espressi dall'Avcp si v. M.L. SANDULLI, *Natura ed effetti dei pareri dell'Avcp*, cit., *passim*.

⁽³⁷⁾ I protocolli di legalità sono previsti, in via generale, dalla direttiva del Ministero degli interni del 23 giugno 2010.

della legalità e della trasparenza nel settore degli appalti. L'Avcp nella determinazione n. 4 del 2012 ⁽³⁸⁾ si è pronunciata anche sulla legittimità di prescrivere l'inserimento di clausole contrattuali che impongono obblighi in materia di contrasto alle infiltrazioni criminali negli appalti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità. La suddetta determinazione è stata l'occasione per precisare che "mediante l'accettazione delle clausole sancite nei protocolli di legalità al momento della presentazione della domanda di partecipazione e/o dell'offerta, l'impresa concorrente accetta, in realtà, regole che rafforzano comportamenti già doverosi per coloro che sono ammessi a partecipare alla gara e che prevedono, in caso di violazione di tali doveri, sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla conseguenza, comune a tutte le procedure concorsuali, della estromissione dalla gara".

Nella citata determinazione l'Avcp ha chiarito che – anche nel quadro di tassatività legislativa – la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità, quale possibile causa di esclusione, è consentita ⁽³⁹⁾.

Parte della dottrina sostiene che l'art. 1, comma 17 della legge n. 190/2012, ai sensi del quale "le Stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, nei bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara", debba essere letto in combinato disposto con l'art. 46, comma 1-bis del d.lgs. n. 163/2006 che stabilisce la sanzione espulsiva "in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste [...] da [...] disposizioni di legge vigenti"; in forza delle citate norme "è possibile disporre legittimamente l'esclusione dalla gara dei concorrenti che non manifestano la volontà di aderire ai protocolli

di legalità o ai patti di integrità richiamati nella *lex specialis*" ⁽⁴⁰⁾.

Potrebbero essere fatti molti esempi di progetti importanti nei cui atti di gara vi sono anche i protocolli di legalità o i patti di integrità; ma a titolo meramente semplificativo si ricorda il Protocollo di legalità firmato nel 2012 nell'ambito dell'opera "Grande Progetto Pompei". I soggetti istituzionali coinvolti nel citato progetto sono stati, e sono ancora molti, ma certamente determinante è stato il coinvolgimento della Prefettura di Napoli presso la quale è stato istituito un gruppo di lavoro, di cui fa anche parte anche l'Avcp, con il compito di collaborare con la Soprintendenza speciale per i beni archeologici di Napoli e Pompei nella predisposizione dei bandi di gara e dei relativi contratti, ai fini dell'inserimento di clausole e

condizioni finalizzate a prevenire i tentativi di infiltrazione criminale nel ciclo di realizzazione delle opere; evitare forme di concorrenza sleale e monitorare la corretta realizzazione degli interventi anche promuovendo l'attivazione del potere di accesso ai cantieri.

Negli ultimi anni il numero dei protocolli d'intesa per la legalità, sottoscritti da una quantità sempre più elevata di soggetti, è proliferato. Un'attenta lettura dei Protocolli ha consentito di intravedere alcune delle esigenze degli operatori di settore a livello locale; si tratta per lo più di una richiesta di supporto e assistenza nello svolgimento delle procedure di gara che spesso si manifesta attraverso l'istituzione dei c.d. Osservatori provinciali sugli appalti, cui è affidato anche il compito di assicurare l'esercizio delle attività di monitoraggio dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto.

La collaborazione e il raccordo con altri soggetti istituzionali, a tutti i livelli di governo, appare quanto mai utile per realizzare interventi adeguati al sistema degli

“ L'Avcp ha chiarito che la previsione dell'accettazione dei protocolli di legalità e dei patti di integrità, quale possibile causa di esclusione, è consentita ”

(38) Avcp, determinazione 10 ottobre 2012, n. 4 recante "Bando-tipo. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli artt. 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del codice dei contratti pubblici", parte II, punto 3.

(39) Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 8 maggio 2012, n. 2657; Cons. Stato, 9 settembre 2011, n. 5066; in dottrina si v. S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urbanistica e appalti*, n. 3/2013, p. 293 ss.

(40) A. MASSARI, *Le novità per gli appalti pubblici contenute nelle misure "anticorruzione"*, in questa *Rivista*, n. 10/2013, p. 22 ss.

appalti; la complessità del settore vigilato necessita di convergenze e sinergie per ottenere risultati quanto più possibili efficaci. Anche per questi motivi sono state avviate una serie di collaborazioni che hanno consentito la realizzazione di importanti interventi nella lotta alle infiltrazioni criminali. Il 22 marzo 2012, per esempio, è stato sottoscritto un accordo fra Avcp e Associazione nazionale dei comuni italiani avente la finalità di rendere operativa, secondo quanto disposto nelle norme, la prevenzione di ogni possibile tentativo di infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti e delle concessioni di lavori pubblici, anche attraverso la promozione sul territorio, nei limiti delle rispettive competenze, della corretta applicazione del codice dei contratti e delle nuove disposizioni del codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, modificato e integrato dal d.lgs. 15 novembre 2012, n. 218). Fra le novità introdotte nel sistema degli appalti non dobbiamo dimenticare le stazioni uniche appaltanti (SUA). Secondo il Piano nazionale antimafia, le regioni – al fine di contenere le possibili infiltrazioni della criminalità organizzata – hanno l'obbligo di costituire le SUA. L'Anci e l'Avcp stanno lavorando a questo progetto ed in particolare stanno predisponendo apposite linee guida per una corretta redazione della documentazione di gara e per una migliore gestione delle procedure di affidamento

“ L'Anci e l'Avcp stanno predisponendo apposite linee guida per una corretta redazione della documentazione di gara e per una migliore gestione delle procedure di affidamento degli appalti ”

degli appalti. Il nuovo modello dovrebbe consentire alle regioni di difendere al contempo i legittimi interessi delle imprese virtuose, assicurare la leale concorrenza delle imprese sul mercato nonché garantire ai lavoratori i necessari ed imprescindibili *standard* di sicurezza nei luoghi di lavoro. Anche con l'Autorità anticorruzione (CIVIT) è stato siglato, nel mese di novembre 2012, un

importante Protocollo d'intesa nel quale sono stati assunti reciproci impegni affinché, in collaborazione, le Autorità assicurino il rispetto del principio di legalità e di trasparenza nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici favorendo il rispetto della libera concorrenza nel settore.

Sinergia e collaborazione, legalità e trasparenza, sono le parole d'ordine su cui investire nel prossimo futuro. Appare evidente che

la strada che l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture dovrà seguire è quella di intensificare l'impegno finora profuso nell'esercizio dell'attività di regolazione e di vigilanza anche utilizzando le potenzialità della Banca dati nazionale dei contratti pubblici. Ma, accanto alle attività che in autonomia l'Avcp dovrà svolgere per favorire un miglioramento del sistema degli appalti pubblici, è necessario definire un nuovo modello di *governance*, anche attraverso la valorizzazione dei rapporti di collaborazione fra amministrazioni, associazioni di categoria ed organizzazioni sindacali, che garantisca maggiore garanzia di efficienza e legalità.