

Disciplina dei contratti pubblici, prevenzione della corruzione ed effettività delle funzioni amministrative

Maria De Benedetto

Università degli Studi Roma Tre, Italia

Abstract Albeit public procurement is considered a sector at higher corruption risk, regulators have not always succeeded in developing rules to prevent corrupt transactions. Rather, the cost of anti-corruption procedural burdens on firms and administrations when negotiating, does not seem to be justified in terms of corruption prevention. The paper adopts a regulatory anti-corruption perspective and suggests to combat corruption in public procurements by strengthening the effectiveness of administrative functions looking not only at the life-cycle of the contract but also at the success of the administrative function to which the contract is related.

Keywords Corruption. Regulation. Public procurements. Public administration. Defensive administration.

Sommario 1 Premessa. – 2 Le regole come risposta alla corruzione, la corruzione come ineffettività delle regole. – 3 L'effettività dei contratti pubblici: dal ciclo del contratto al compimento della funzione. – 4 L'ineffettività dei contratti pubblici e il problema della discrezionalità. – 5 La qualità della codificazione dei contratti pubblici e l'effettività amministrativa. – 6 Come recuperare l'effettività dell'attività contrattuale della p.a.?

1 Premessa

Non vi è dubbio alcuno che i contratti pubblici rappresentino un *hot topic* nel discorso sulla corruzione amministrativa. Il nesso corruzione-contratti pubblici è da tempo all'attenzione di organizzazioni

internazionali come l'OCSE (che ne ha evidenziato gli alti costi, diretti e indiretti),¹ le Nazioni Unite (per cui «one of the most corruption prone government activities is public procurement»),² il Fondo Monetario Internazionale,³ la Banca Mondiale.⁴ L'argomento è centrale anche nell'azione delle istituzioni europee e del Group of States against Corruption - GRECO.⁵

L'argomento 'contratti pubblici' è, poi, trattato nell'attività di commissioni di studio nazionali che hanno prodotto importanti Rapporti sul tema della corruzione, come il Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione (presieduto da Cassese) nel 1996⁶ e, più tardi (nel 2011-12), la Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione (la cd. Commissione Garofoli).⁷ Una conferma della centralità del nesso corruzione-contratti pubblici viene anche dalla storia della nostra Autorità nazionale anticorruzione (Anac) la quale è stata costruita integrando il 'cervello' dell'anticorruzione nel corpo dell'Autorità precedentemente titolare dei compiti di vigilanza sui contratti pubblici.⁸

Se il settore del public procurement è quello a maggior rischio di transazioni corrotte, i regolatori hanno nel tempo sviluppato regole in grado di prevenire gli incidenti di corruzione? Il costo degli oneri procedurali imposti dalle norme anticorruzione a carico di imprese e amministrazioni che contrattano (e che comprende anche le attività amministrative necessarie ad applicarli e a controllarli) è giustificato in termini di produzione dell'effetto (cioè riduce veramente le occasioni di corruzione lungo il ciclo di vita del contratto)?

Per provare a ragionare intorno a queste domande occorre adottare una prospettiva poco consueta. Infatti, quando si affronta il tema della prevenzione della corruzione nell'ambito dei contratti pubblici

1 OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*, 7.

2 <https://www.unodc.org/e4j/zh/anti-corruption/module-4/key-issues/corruption-in-public-procurement.html>.

3 Abdou et al., *Assessing Vulnerabilities to Corruption*.

4 World Bank, *Combating Corruption*. Uno dei settori strategici per l'economia dei Paesi è rappresentato dal settore degli appalti pubblici, basti pensare che da uno studio condotto dalla World Bank nel 2018 il volume totale degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture relativo a 190 Paesi esaminati, ammontava in media al 12% del pil mondiale, pari a un valore di 11 trilioni di dollari (Bosio, Djankov, «How Large is Public Procurement»).

5 Popescu, «Public Procurement Corruption in the European Union».

6 Comitato di studio sulla prevenzione della corruzione, *Rapporto al Presidente della Camera dei deputati*, doc. CXI, n. 1, presentato al Presidente della Camera il 23 ottobre 1996.

7 Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia*, 107 ss.

8 Di Cristina, «La nuova vita dell'Anac», 1023.

si guarda prevalentemente alle attività amministrative (a valle) più che alle norme che le conformano (a monte). Così, mi occuperò, innanzi tutto, di rammentare che, se le regole sono una risposta alla corruzione, al contempo possono costituire occasione di transazioni illecite e corrotte (§ 2). Prospetterò in seguito il tema dell'effettività dei contratti pubblici, argomentando che questa andrebbe valutata guardando non solo al ciclo del contratto, ma alla prospettiva più ampia del compimento della funzione cui il contratto accede (§ 3). Cercherò ancora di dar conto dei possibili tipi di ineffettività dei contratti pubblici, con un cenno al problema della discrezionalità (§ 4). Ancora, richiamerò la questione della qualità della codificazione dei contratti pubblici come condizione della sua effettività, con uno sguardo all'Air sul codice dei contratti del 2016 e alla Relazione nel codice dei contratti del 2023 (§ 5). Concluderò svolgendo qualche considerazione su come contenere la corruzione nei contratti pubblici recuperando e custodendo l'effettività delle funzioni amministrative che della corruzione sono occasione (§ 6).

2 Le regole come risposta alla corruzione, la corruzione come ineffettività delle regole

La regolamentazione è considerata il primo, e probabilmente il più potente, strumento di prevenzione e lotta alla corruzione: in altre parole, l'adozione di regole (soprattutto quelle che prevedono sanzioni più severe) è percepita dai governi e dall'opinione pubblica come il modo corretto di reagire quando si verifica uno scandalo di corruzione.

Molte riforme istituzionali possono essere considerate come risposte a episodi di corruzione. In particolare, la corruzione è stata definita una giustificazione per la regolamentazione finanziaria;⁹ spiega larga parte della disciplina del pubblico impiego; è alla base del disfavore (e della compressione legislativa) nei riguardi della discrezionalità (che normalmente segue a fatti di cronaca connessi a casi di corruzione). La corruzione rappresenta, poi, elettivamente, la *ratio* di tutta la legislazione nel campo dei contratti pubblici,¹⁰ la quale peraltro persegue anche fini di trasparenza, di tutela della

⁹ Moosa, «Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud», 49. Si ricorda di lo scandalo della Banca Romana su cui Zamagni, *The Economic History of Italy*, 143.

¹⁰ Sul punto, Søreide, *Corruption in Public Procurement*. Si veda anche OECD, *Preventing Corruption in Public Procurement*; Williams-Elegbe, *Fighting Corruption in Public Procurement*. Più in generale sull'argomento, cf. Laffont, Tirole, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Si vedano, infine, Fidone, «La corruzione e la discrezionalità amministrativa»; Di Lascio, «Anticorruzione e contratti pubblici»; Di Cristina, «La corruzione negli appalti pubblici».

concorrenza e di tutela dell'interesse finanziario pubblico (meglio, di qualità della spesa).¹¹

La situazione è (però) più intricata e complessa di quanto appaia a prima vista. Le regole ci dicono cosa fare e non cosa faremo,¹² non basta adottarle, occorre sapere «come far cose con le regole». ¹³ Si pensi che, da un punto di vista meramente teorico, aumentare l'importo di una sanzione sembrerebbe dover accrescere il tasso di adempimento. Eppure, l'analisi economica ha evidenziato che nei casi in cui il rischio di incorrere nella sanzione rimane basso (perché il sistema dei controlli, ad esempio, è inefficace) potrebbe esservi il paradosso che accrescere la sanzione non produca maggiore conformità ma effetti collaterali, come un aumento nella misura della tangente necessaria per corrompere.¹⁴

Insomma, le regole sono medicina ma possono essere anche veleno, perché costituiscono una vera e propria determinante dello schema corruttivo, soprattutto quando vi è scarsa funzionalità dei controlli di tipo tradizionale, datati e controproducenti («outdated and counterproductive»),¹⁵ come rilevato anche dalla Commissione europea proprio a proposito dei controlli nazionali in materia di contratti pubblici.¹⁶

In primo luogo, infatti, la corruzione amministrativa presuppone l'esistenza delle regole.

In uno stato di diritto, senza regole non si instaura alcun potere pubblico, non ci sono funzioni amministrative, nessun agente pubblico può essere titolare di competenze in qualsivoglia procedura amministrativa e, di conseguenza, nessuna corruzione potrebbe essere integrata.¹⁷

¹¹ Carloni, *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*, soprattutto pp. 231 ss. dove si parla del «procurement pubblico come parte di una strategia anticorruzione».

¹² Vedel, «Le hasard et la nécessité», 27.

¹³ Twining, Miers, *How to Do Things with Rules*.

¹⁴ Ogus, «Corruption and Regulatory Structures», 336.

¹⁵ Anechiarico, Jacobs, *The Pursuit of Absolute Integrity*, 193.

¹⁶ Cf. European Commission, *Annex Italy to the EU Anti-Corruption Report*, COM(2014)38 final, 3 February 2014, 12: «The Court of Audit concluded on several occasions that the public procurement process is proper, procedures are respected, and winning bids indeed seem to be the most advantageous, but in contrast, the quality of deliverables is intentionally compromised in the execution phase. While not necessarily indicating corrupt practices, such irregularities, and the Eurobarometer indicators above, illustrate the vulnerabilities of the current control mechanisms, notably as regards the implementation phase of public contracts».

¹⁷ De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 407.

La regola è parte dello schema che conduce all'illecito o alla corruzione, dal momento che consente di ottenere un profitto illecito (*rent-seeking*). Questo si può conseguire in diversi modi: violando un dovere, per evitare un costo (come nel caso dell'evasione fiscale ma anche quando si utilizzano materiali diversi e meno costosi da quelli indicati nell'offerta tecnica in un appalto di opera); ottenendo un beneficio non dovuto (ad esempio, l'aggiudicazione di un appalto grazie al condizionamento del comportamento di gara di altre imprese legate a quella vincitrice da rapporti di usura); ottenendo una regolazione che favorisca un certo interesse (si pensi al notissimo caso Mose);¹⁸ infine eludendo la regolazione (*creative compliance*)¹⁹ così da conseguire i vantaggi desiderati senza incorrere in violazioni frontali (si pensi alle pratiche elusive nel settore degli appalti pubblici, come il ricorso alla pratica di distacco del personale per aggirare le limitazioni del ricorso al subappalto).

In secondo luogo, la corruzione amministrativa presuppone l'ineffettività delle regole, anzi la corruzione costituisce proprio una delle possibili forme della ineffettività,²⁰ perché se le regole sono effettive (valide, osservate, attuate e foriere di risultati coerenti con gli obiettivi per cui sono state previste) lo spazio che resedia per violazioni e corruzione è limitato. La prospettiva può essere però rovesciata e letta a vantaggio della prevenzione della corruzione. Ad oggi, questa è la funzione che si rivolge prevalentemente all'attività amministrativa (a valle), ma dovrebbe svolgersi anche (a monte) guardando alle regole che disciplinano obblighi, divieti e permessi, così come a quelle che strutturano i poteri amministrativi, considerandole durante il loro intero ciclo di vita, dalla loro proposta alla loro attuazione. Infatti, il funzionamento efficace delle regole (*regulatory success*)²¹ consente di prevenire la corruzione. L'anticorruzione cessa di essere un'attività per divenire un risultato correlato alla qualità delle regole, la strategia istruttoria che consente di regolare con la contezza degli incentivi/disincentivi messi in campo, in modo da rendere per i destinatari l'adempimento più conveniente dell'illecito o della corruzione.²²

18 Lo scandalo del Mose, è considerato un prototipo della cosiddetta 'corruzione a norma di legge', il metodo per ottenere un guadagno illecito corrompendo la legislazione piuttosto che infrangendola direttamente, Barbieri, Giavazzi, *Corruzione a norma di legge*.

19 Sul punto, cf. Eng, «Legislative Inflation and the Quality of Law», 65 ss.

20 Così, nel volume, Corso, De Benedetto, Rangone, *Diritto amministrativo effettivo*, 116-17.

21 Sul punto, Baldwin, Cave, *Taming the Corporation*, 15: la *positive regulation* consiste nel *regulatory success* che «is achieved when a regulator delivers the right outcome (for businesses, consumers and society) by acceptable procedures at the lowest feasible cost».

22 Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, 39: «corrupt incentives exist because state officials have the power to allocate scarce

Un terzo e relevantissimo aspetto del discorso sulle regole riguarda la fiducia, vero e proprio fattore intangibile dell'effettività regolatoria.²³ Questa è indispensabile per la cooperazione, sia nelle relazioni interpersonali che in quelle istituzionali e influenza i costi di transazione. Le regole invece operano alla stregua di un suo surrogato²⁴ poiché (con un buon grado di approssimazione) dove ci sono regole (magari di cattiva qualità) non c'è fiducia.²⁵ Insomma, la fiducia serve per mantenere vivo il coinvolgimento morale degli agenti, pubblici o privati.²⁶ I funzionari pubblici onesti ed esperti sono fortemente motivati dalla fiducia nelle loro competenze e nella loro integrità²⁷ poiché rispondono a una specifica struttura di incentivi, che si muove nel lungo periodo e si impernia sul prestigio professionale.²⁸ Se, come evidenziato in letteratura, la fiducia cresce con l'uso e si riduce quando non è usata,²⁹ un sistema di anticorruzione troppo stringente influenza negativamente la presenza di fiducia, rende più difficile reclutare «honest and competent people in Government», così come rende più difficile creare le condizioni per cui funzionari di valore possano lavorare agevolmente.³⁰ Proprio nella materia dei contratti pubblici (come ridisegnato dalla recente riforma del relativo codice) la questione è in qualche modo percepita ma, evidentemente, ancora malintesa, giacché non c'è principio di fiducia

benefits and impose onerous costs». Si vedano anche Gardiner, «Controlling Official Corruption and Fraud», 33; Gardiner, Lyman, «The Logic of Corruption Control», 833.

23 Sull'argomento, per un quadro di sintesi, Greco, *La legge della fiducia*. Si vedano anche Luhmann, *Trust and Power*; Gambetta, *Trust. Making and breaking cooperative relations*, 49; Uslaner, *The Moral Foundations of Trust*.

24 Warren, *Democracy and Trust*, 266.

25 Warren, *Democracy and Trust*, 265

26 Sul punto si veda un interessante esempio di standard intrusivi, definiti tra gli esempi riportati in coda al codice di condotta dei dipendenti dell'International Monetary Fund (IMF), *Code of Conduct for Staff*, July 31, 1998, VII: «Conduct within the IMF: 4. *I am taking orders for Girl Scout cookies on behalf of my daughter. May I ask colleagues whether they wish to place an order?* Yes, so long as there is no coercion or pressure placed on colleagues to make a purchase» (corsivo in originale). Si veda Care nelutti, «Morale e diritto», 41: «Sulla libertà in luogo che sul dovere la morale è fondata; nè altro è la libertà che potere morale». Continua a p. 43: «i caratteri differenziali della morale in confronto col diritto sono veramente quelli che il senso comune intuisce: assenza della legge e assenza della coazione». Sul punto vedi Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, 190, dove - parlando di norme morali - le descrive come «norme la cui sanzione è puramente interiore». Vedi, anche, Von Hayek, *Studi di filosofia, politica ed economia*, 408: «La moralità e i valori morali crescono solo in un ambiente libero».

27 Schoorman, Mayer, Davis, «An Integrative Model of Organizational Trust», 345.

28 Sulla differente struttura dei sistemi d'incentivo per i burocrati e i politici cf. Alesina, Tabellini, «Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task», 169; «Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks», 426.

29 Sul punto, Hirschman, «Against Parsimony», 93.

30 Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 406.

normativamente imposto³¹ che possa tener luogo della vera fiducia, quella che occorre a far funzionare il sistema istituzionale e a contenere i costi di transazione.

3 L'effettività dei contratti pubblici: dal ciclo del contratto al compimento della funzione

È ormai da tempo che – anche registrando le novità introdotte dalla legislazione nell'ultimo trentennio – la dottrina amministrativistica riconosce piena dignità agli strumenti privatistici e pubblicistici per la cura degli interessi pubblici. È pacifico che «gli interessi pubblici possono essere curati anche con strumenti di diritto privato»³² ed è pacifico che le amministrazioni pubbliche «possono stipulare contratti per l'acquisto di beni e servizi e per l'esecuzione di lavori strumentali alle loro attività e necessari per il perseguimento delle finalità di interesse pubblico».³³ Insomma, «contratti, convenzioni e accordi hanno progressivamente ampliato il loro campo di operatività e oggi hanno dignità pari – e forse rilevanza superiore – a quella dei provvedimenti amministrativi unilaterali».³⁴

Se così è, se cioè l'interesse pubblico affidato alle cure di una amministrazione viene perseguito anche attraverso lo strumento contrattuale, il contratto pubblico non può essere ragionato solo nella

31 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*, art. 2, *Principio della fiducia*: «1. L'attribuzione e l'esercizio del potere nel settore dei contratti pubblici si fonda sul principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici. 2. Il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato. 3. Nell'ambito delle attività svolte nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti, ai fini della responsabilità amministrativa costituisce colpa grave la violazione di norme di diritto e degli auto-vincoli amministrativi, nonché la palese violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza e l'omissione delle cautele, verifiche e informazioni preventive normalmente richieste nell'attività amministrativa, in quanto esigibili nei confronti dell'agente pubblico in base alle specifiche competenze e in relazione al caso concreto. Non costituisce colpa grave la violazione o l'omissione determinata dal riferimento a indirizzi giurisprudenziali prevalenti o a pareri delle autorità competenti. 4. Per promuovere la fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano azioni per la copertura assicurativa dei rischi per il personale, nonché per riqualificare le stazioni appaltanti e per rafforzare e dare valore alle capacità professionali dei dipendenti, compresi i piani di formazione di cui all'articolo 15, comma 7».

32 Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, 431.

33 Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, 419.

34 D'Alberty, *Lezioni di diritto amministrativo*, 380.

chiave (pur relevantissima) della sua legittimità, né solo in quella funzionalmente limitata del ciclo di vita del contratto.³⁵

Come richiesto anche dall'intera operazione di riforma del codice dei contratti (che non a caso esordisce affermando il principio del risultato)³⁶ occorre ragionare del contratto pubblico nella prospettiva del «risultato dell'attività in relazione ai suoi fini».³⁷ Meglio ancora occorre ragionare il contratto pubblico nella chiave dell'effettività, la quale impegna a considerare primariamente la funzione amministrativa rispetto a cui il contratto si pone in chiave strumentale: costruire un ponte che assicuri la circolazione stradale durevolmente e a condizioni accettabili di sicurezza (anche grazie a idonea manutenzione); acquisire una fornitura di banchi che siano realmente necessari e durevolmente adatti allo svolgimento della didattica; provvedere al servizio di ristorazione di un ospedale assicurando forniture di vitto di sufficiente qualità, sia adeguate ai regimi dietetici dei pazienti che a questi gradite.

Insomma, il contratto deve essere espressione del potere di produrre i risultati desiderati («the power to produce the desired result»)³⁸. Di conseguenza, la «via elettiva dell'accordo o del contratto [...] dovrebbe invece essere abbandonata ove si dimostrasse inidonea al raggiungimento dell'interesse pubblico».³⁹

A tale proposito, è bene rilevare che per guardare all'effettività dei contratti pubblici occorre considerare la 'catena di effettività'⁴⁰

35 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, art. 21, *Ciclo di vita digitale dei contratti pubblici*: "1. Il ciclo di vita digitale dei contratti pubblici, di norma, si articola in programmazione, progettazione, pubblicazione, affidamento ed esecuzione".

36 D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, *Codice dei contratti pubblici*, art. 1, *Principio del risultato*: «1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. 2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del presente decreto, di seguito denominato 'codice' e ne assicura la piena verificabilità. 3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea. 4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per: a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti; b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva».

37 Benvenuti, «Funzione amministrativa, procedimento, processo», 124.

38 Wilson et al., «A Literature Review on the Effectiveness and Efficiency», 267.

39 Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 218.

40 Herweijer, «Inquiries into the Quality of Administrative Decision-Making», 15: «in most cases the law is limited to defining the problem, stating the formal goals and

(o effettività di sistema), il grado di effettività di tutta l'attività contrattuale che accede a funzioni amministrative di un medesimo tipo, l'effettività complessiva della funzione disegnata dalla legge e concretizzata in un ordito amministrativo (eventualmente anche in esito all'azione del giudice) che contempla anche il contratto. Un singolo contratto può essere stato stipulato (o no) nel rispetto dei tempi, può aver dato luogo (o no) a contenzioso e anche essere stato eseguito più o meno regolarmente, può avere o meno conseguito il suo risultato. Ma quanto i contratti che afferiscono a funzioni di uno stesso tipo sono effettivi (nel loro complesso) e quanto questo grado di effettività assicura la tutela di interessi, la prevenzione di rischi e le prestazioni amministrative? Il dato aggregato (relativo all'effettività del complesso dei contratti che afferiscono a funzioni di un medesimo tipo) non costituisce, infatti, solo una mera sommatoria di risultati ma è un dato nuovo, utile a comprendere l'effettività della regola che disciplina (a monte) la funzione amministrativa e che muove l'attività amministrativa e contrattuale (a valle).

Certo, esistono difficoltà di misurazione dei fenomeni corruttivi correlati all'attività contrattuale.⁴¹ Gli indicatori più noti in materia di corruzione sono indicatori di percezione mentre quelli più oggettivi sono difficili da sviluppare giacché la corruzione (come gli illeciti di natura non corruttiva) si produce nella segretezza. Ma questa prospettiva è comunque da percorrere anche perché l'Anac ha nel tempo svolto un grande lavoro di sviluppo di indicatori.⁴²

3.1 Il caso del Servizio Giardini del Comune di Roma

Il ragionamento potrà forse risultare più chiaro grazie a un esempio. Si pensi al Servizio Giardini di una grande città, quale Roma, un servizio che ha visto gli appalti del verde al centro della vicenda Mafia Capitale nel 2014. Qui l'amministrazione locale ha, nel tempo, rinunciato a produrre direttamente il servizio, di fatto optando per una massiccia esternalizzazione come esito della scelta tra il fare e il comprare (*make or buy*), tra l'uso di risorse interne e il ricorso al mercato.⁴³ Oggi il relativo servizio è quasi esclusivamente gestito at-

conferring decision-making powers on administrative authorities. The administrative authorities then have ample leeway to make their own analyses of the determinants of the problem and the most promising ways to intervene».

⁴¹ Sul punto, cf. Gnaldi, «Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione», 33.

⁴² <https://www.anticorruzione.it/gli-indicatori>.

⁴³ Per una rassegna della letteratura sul tema, cf. Medina Serrano et al., «Should We Make or Buy?», 137.

traverso appalti del verde⁴⁴ come confermato dai numeri: a fronte di una necessità di 4.500 giardinieri, nel 2010 quelli dipendenti dall'amministrazione comunale erano 1.300, oggi sono 136.⁴⁵ Fino al 1975 i giardinieri venivano reclutati con un corso di formazione quadriennale presso la Scuola Giardinieri del Comune di Roma,⁴⁶ mentre oggi viene considerata la professionalità della ditta appaltatrice con un apposito criterio di valutazione dell'offerta tecnica.⁴⁷

Ebbene, per contrastare l'ineffettività del servizio di manutenzione del verde pubblico (prevalentemente connessa alla scorretta gestione del patrimonio arboreo) sono state assunte alcune misure. In particolare, è stato adottato nel 2021 un Regolamento del Verde che ha tra l'altro definito linee guida per l'esecuzione delle potature.⁴⁸ L'attuazione degli indirizzi contenuti nel Regolamento è, però, spesso disattesa giacché molti cantieri stradali non hanno un tecnico qualificato che prevenga eventuali danni inferti dai lavori agli apparati radicali delle piante. Inoltre, nonostante sia vietata (per la sua natura di intervento drastico, distruttivo delle piante), è ancora diffusa la pratica della capitozzatura nell'esecuzione delle potature.

Nella chiave dell'effettività del servizio sarebbe assai utile che la città che vanta la maggiore estensione di verde d'Europa si ponga il

⁴⁴ Nell'aprile 2023 è stato aperto il bando per la manutenzione ordinaria, un accordo quadro da 100 milioni di euro destinati a 15 lotti integrati per 15 Municipi (relativi sia al verde orizzontale che al verde verticale). A luglio 2023 è stata poi deliberata una variazione di bilancio che prevede 53 milioni in più per il verde pubblico. Una ricognizione organica venne svolta nel 2004 dall'Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Studio sul verde pubblico nel Comune di Roma*. Si veda anche Agenzia per il controllo e la qualità dei servizi pubblici locali di Roma Capitale, *Laboratorio Roma. La gestione dell'emergenza. Verde pubblico*, 10 luglio 2020, con una specifica attenzione all'emergenza pandemica.

⁴⁵ Costantini, «Hanno ucciso il verde con la strage dei giardinieri».

⁴⁶ «Nata nel 1926, con l'obiettivo di formare giardinieri professionisti per il Comune di Roma, la Scuola Giardinieri organizzava corsi di quattro anni, al termine dei quali gli allievi idonei, dopo aver ricevuto una adeguata istruzione teorico-pratica e acquisito un'alta professionalità e una specifica preparazione tecnica nel settore giardinieristico, venivano direttamente assunti dall'Amministrazione Comunale andando a far parte dell'organico del Servizio Giardini. Dal 1975 le nuove leggi hanno impedito alle Pubbliche Amministrazioni la possibilità di assunzione diretta, obbligandole a bandire concorsi pubblici e da allora la Scuola Giardinieri ha trasformato la sua principale funzione di preparazione dei futuri giardinieri, in un Centro di Formazione e Aggiornamento, sia per i propri dipendenti sia per la cittadinanza». <https://www.comune.roma.it/web/it/scheda-servizi.page?contentId=INF91834&pagina=2>.

⁴⁷ Sul punto si veda, Decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 10 marzo 2020, *Criteri ambientali minimi per il servizio di gestione del verde pubblico e la fornitura di prodotti per la cura del verde*. Si veda anche Ragioneria Generale, *Direzione Sistemi informativi di pianificazione e controllo finanziario*; U.O. Statistica, *Il verde pubblico di Roma Capitale*: https://www.comune.roma.it/web-resources/cms/documents/Verde_2016.pdf.

⁴⁸ Deliberazione dell'Assemblea Capitolina (DAC) 22 marzo 2021, n. 17, Regolamento Capitolino del verde pubblico e privato e del paesaggio urbano di Roma Capitale, 152.

problema dei risultati conseguiti e dei costi sostenuti con la forma di gestione prevalentemente esternalizzata. Non appare, infatti, sufficiente il decentramento gestionale ai municipi,⁴⁹ occorre proprio riconsiderare i vantaggi e gli svantaggi che deriverebbero dalla gestione diretta (almeno parziale) del servizio. Questa, infatti, meglio si presta ad assicurarne la continuità, certamente a ridurre le opportunità di corruzione (correlate fisiologicamente alla contrattazione pubblica), infine a superare i problemi gestionali legati ai ritardi e alle interruzioni delle prestazioni per i tempi e i contenziosi contrattuali.

Per la corretta gestione del verde è, così, necessario entrare nella logica del processo di produzione del relativo servizio, distinguendo lavorazioni ricorrenti e lavorazioni straordinarie, sempre alla luce dell'interazione con il contesto antropico. Il contratto - con l'alea del possibile contenzioso - ha tempistiche che non si addicono alla cura diurna del mondo vegetale, per cui molte lavorazioni devono essere programmate, mentre meglio si addice agli interventi periodici e straordinari. Dunque, andrebbe elaborata una strategia del verde urbano⁵⁰ che possa far perno su un mix di gestione diretta e di esternalizzazione, affrontando la questione dei limiti assunzionali per gli enti locali.⁵¹ A tale riguardo, il recente piano di assunzioni del Comune di Roma (aprile 2023)⁵² pur prevedendo 1.500 posti non sembra orientato né nella direzione dell'assunzione di giardinieri, né in quella dell'assunzione di figure tecniche in grado di gestire la specifica funzione di committenza e contrattazione per il verde urbano.

49 Deliberazione di Giunta Capitolina 29 ottobre 2015, n. 362, *Indirizzi per il conferimento ai Municipi delle aree verdi di prossimità e delle conseguenti risorse per la loro gestione, in attuazione dell'art. 69 del Regolamento del Decentramento Amministrativo*.

50 Si veda al riguardo Ministero dell'ambiente, Comitato per lo sviluppo del verde, *Strategia nazionale del verde urbano*, 2018. https://www.mase.gov.it/sites/default/files/archivio/allegati/comitato%20verde%20pubblico/strategia_verde_urbano.pdf.

51 Parametri a specifiche condizioni di natura contabile-finanziaria, Dota, Bultrini, *Anci - Le regole ordinarie e straordinarie per le assunzioni di personale*.

52 «60 funzionari economici, 400 tra insegnanti scuola dell'infanzia e educatori asilo nido, 30 funzionari servizi educativi, 150 funzionari amministrativi, 349 istruttori amministrativi, 14 assistenti sociali, 30 psicologi, 20 operatori Servizi Ambientali, 10 funzionari Archivio Storico, 5 autisti, 115 funzionari tecnici a tempo determinato per le attività legate al PNRR, altre figure professionali». <https://www.comune.roma.it/web/it/notizia.page?contentId=NWS1029265>.

4 **L'ineffettività dei contratti pubblici e il problema della discrezionalità**

L'ineffettività delle funzioni amministrative ha diverse manifestazioni.

Nelle funzioni caratterizzate da una qualche discrezionalità, l'ineffettività può essere segnalata da alti livelli di contenzioso (relativo alla scelta discrezionale); è corruzione (quando «mercimonio è l'attività amministrativa discrezionale»);⁵³ è amministrazione difensiva (quando la scelta dell'alternativa decisionale internalizza un criterio selettore occulto, privilegiando il corso di azione-inazione che minimizza il regime di responsabilità); è, infine, *maladministration* (quando il potere discrezionale – magari oggetto di standard o protocolli – non riesce ad assicurare nella realtà la protezione degli interessi, la prevenzione dei rischi o l'erogazione delle prestazioni che giustificano la previsione del potere amministrativo).

Quando la discrezionalità è più circoscritta l'ineffettività si gioca in fase esecutiva e può assumere le forme della tolleranza amministrativa (ad esempio, perché l'amministrazione decide di non svolgere controlli o di non applicare le previste sanzioni); infine, può essere cattiva esecuzione, correlata al fatto che l'amministrazione non è stata provvista delle risorse umane o finanziarie necessarie a implementare la funzione (si pensi all'esecuzione degli ordini di demolizione).

Il settore dei contratti pubblici conosce, in grado diverso, tutte queste ineffettività:⁵⁴ eccessivo contenzioso, corruzione, *maladministration*, amministrazione difensiva, tolleranza amministrativa e altro ancora.

C'è però un problema di diagnosi che condiziona anche la dimensione della cura.

Da un lato, infatti, il legislatore va disciplinando in modo sempre più stringente il potere amministrativo, contraendo lo spazio della discrezionalità, per rispondere a un certo tipo di ineffettività, come nel caso delle limitazioni della discrezionalità amministrativa previste per rispondere alla corruzione proprio nella disciplina dei contratti pubblici.⁵⁵ Insomma, la carenza di effettività (specialmente quando diviene oggetto dell'attenzione dei media, magari per una indagine penale o per il crollo di un ponte) è stata un vero e proprio motore

53 Corte di Cassazione, VI penale, sentenza 1 ottobre 2021, n. 35927, dove si afferma che il potere pubblico è «contaminato dall'interesse privato veicolato dall'intesa illecita» attraverso «la violazione di una delle regole sull'esercizio del corrispondente potere».

54 Sull'argomento, in generale, cf. Racca, Yukins, *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts*; Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders.

55 Sul punto, cf. Clarich, «Introduzione», XXXIX: «La discrezionalità, se esercitata in modo corretto, costituisce un valore, perché consente di individuare la soluzione contrattuale migliore tenendo conto delle circostanze del caso concreto».

dell'azione legislativa volta a imporre crescenti vincoli procedurali all'amministrazione che contratta.⁵⁶

Dall'altro lato, però, la discrezionalità continua a essere necessaria, specialmente dove è più forte l'aspettativa di effettività della regolazione per l'incombente di un qualche tipo di rischio (nelle materie della sicurezza, dell'ordine pubblico, nella regolazione dell'emergenza, nella tutela della salute). Quando servono risposte amministrative effettive – spesso assicurate grazie all'attività di contrattazione delle amministrazioni – il legislatore torna a riesplorare la discrezionalità e/o a temperare i profili di responsabilità connessi all'esercizio di poteri discrezionali. Questi, infatti, operano *ab externo* rispetto allo schema normativo che struttura la discrezionalità ma influenzano nel concreto l'atteggiamento dei funzionari, contribuendo alla distorsione della discrezionalità in senso difensivo.⁵⁷ Insomma, la carenza di effettività è un vero e proprio motore dell'azione legislativa anche quando volta alla riduzione di vincoli procedurali.

5 La qualità della codificazione dei contratti pubblici e l'effettività amministrativa

In dottrina si è parlato di corruzione in senso oggettivo,⁵⁸ a intendere che un sistema in cui la corruzione prospera è spesso caratterizzato anche da inflazione legislativa. Insomma, meno regole e di migliore qualità sono richieste per combattere e prevenire illeciti e transazioni corrotte invertendo la direzione del circolo vizioso tra eccessiva regolamentazione e corruzione.⁵⁹

L'anticorruzione regolatoria si fonda, così, sulla qualità della regolazione,⁶⁰ un quadro unitario di attività concernenti l'istruttoria normativa, da tempo conosciute e diffuse nei Paesi dell'area OCSE, anche se talvolta utilizzato in modo meramente formalistico. La qualità della regolazione è orientata alla produzione di regole

⁵⁶ Macchia, *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*.

⁵⁷ Mattarella, «Law and Discretion», 23.

⁵⁸ La corruzione oggettiva si riferisce a fattori come il sistema istituzionale, la sua organizzazione e le sue regole, cf. D'Alberti, *Combattere la corruzione*, 12 dove si richiama Jeremy Bentham che parla di una corruzione «inherent in the system of governance», distinguendola da quella personale. Peraltro, si veda già D'Alberti, Finocchi, *Corruzione e sistema istituzionale*.

⁵⁹ Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 418.

⁶⁰ Essendo la regolazione un concetto risultante, cf. Coglianese, «Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy», 8, dove si definisce la regolazione come «collection of rules». Sul punto si veda Merloni, «Semplificazioni e discrezionalità», 465.

capaci di conseguire i loro scopi⁶¹ perché ‘fabbricate’⁶² con obiettivi chiari, istruttoria accurata, consultazioni dei destinatari, valutazione *ex ante* (Analisi d’impatto della regolazione - Air) ma anche *ex post* (Verifica dell’impatto della regolazione - Vir) degli impatti prodotti, valutazioni che tengano in conto anche del *regulatory delivery* (dell’attuazione della regolazione che si è avuta in sede amministrativa).

È appena il caso di ricordare che accanto a questo strumentario di qualità della regolazione in senso stretto, in alcuni Paesi è stato introdotto anche un nuovo strumento, con lo scopo specifico di valutare la legislazione/regolazione da una prospettiva anticorruzione (Valutazione d’impatto sulla corruzione o *corruption proofing*).⁶³

Su questa premessa, la codificazione dei contratti pubblici può essere considerata una regolazione di qualità? Proviamo a gettare uno rapidissimo sguardo alle istruttorie normative che hanno condotto all’adozione degli ultimi due codici dei contratti pubblici, quello del 2016 e quello del 2023.⁶⁴

5.1 L’Air nel codice dei contratti del 2016

L’adozione del codice dei contratti del 2016 è stata accompagnata dalla produzione di un’Air, modellata su quanto previsto dal relativo Regolamento del 2017.⁶⁵

L’analisi è già *prima facie* più accurata rispetto alla media di quelle normalmente prodotte per gli atti normativi del Governo (non sono rare le Air ‘simboliche’). Le amministrazioni proponenti (la Presidenza del Consiglio dei Ministri e il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) hanno lavorato un documento di 68 pagine.

La prima parte dell’analisi è ricca di riferimenti al contesto europeo (per quanto riguarda il mercato degli appalti pubblici in Europa, gli indicatori di qualità elaborati dalla Commissione europea, la ricognizione del rapporto tra appalti pubblici e corruzione). Viene qui

⁶¹ Sul punto vedi Baldwin, Cave, Lodge, *Understanding Regulation*; Coglianese, Kagan, *Regulation and Regulatory Processes*. Sull’argomento, vedi Rangone, s.v. «Regolazione», 5057.

⁶² Sul punto si veda Patroni Griffi, «La ‘fabbrica delle leggi’», 97. Si veda anche Vassalli, «La missione del giurista nell’elaborazione delle leggi», 494 dove si afferma che «fabbricare leggi è diventato come un servizio pubblico, forse il maggiore dei servizi pubblici». Parla di «fabbricare diritto» anche Carnelutti, «Eccesso di potere legislativo», 204.

⁶³ Cf. Di Donato, «The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption», 2; «Better Regulation to Prevent Corruption», 101.

⁶⁴ Si veda De Benedetto, «Regolazione e anticorruzione», 415.

⁶⁵ D.p.c.m. 15 settembre 2017, n. 169, *Regolamento recante disciplina sull’analisi dell’impatto della regolamentazione, la verifica dell’impatto della regolamentazione e la consultazione*.

analizzata la spinta alla revisione e all'ammodernamento del quadro normativo del 2004 e la definizione dei nuovi obiettivi delle Direttive del 2014, orientate a perseguire contestualmente efficienza nell'uso dei fondi pubblici, semplificazione, flessibilità delle procedure, correttezza; concorrenza e parità di accesso a condizioni eque, non discriminatorie per tutte le imprese europee dell'Unione; l'uso strategico degli appalti, per favorire innovazione, uso responsabile delle risorse naturali, tutela ambientale e responsabilità sociale; infine, lotta alla corruzione, rendendo le procedure più trasparenti, più semplici, riducendo le zone grigie e le incertezze normative. Segue l'analisi delle specificità espresse dal mercato nazionale degli appalti di cui sono analizzate le principali criticità⁶⁶ molte delle quali si appuntano proprio sul *coté* della proliferazione e incertezza della normativa.⁶⁷

L'Air pone così gli obiettivi perseguiti con l'intervento normativo (di breve, medio o lungo periodo; sia specifici che generali)⁶⁸ fornendo al contempo una lista di numerosi indicatori da utilizzarsi per la valutazione *ex post* circa il conseguimento degli obiettivi. Viene poi dato conto dello svolgimento delle consultazioni, sia da parte pubblica che da parte privata (imprese), riportando in tabelle la sintesi dei contenuti dei singoli contributi alla consultazione.

Seguono la valutazione dell'opzione di non intervento⁶⁹ e la descrizione delle opzioni regolatorie alternative relativamente ad alcuni aspetti di maggiore rilevanza della disciplina: sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, subappalto, contratti sotto-soglia, responsabile unico del procedimento, criteri di aggiudicazione, valorizzazione della fase di progettazione iniziale. Viene, infine, sviluppata la giustificazione dell'opzione regolatoria, valutandone

⁶⁶ Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 27.

⁶⁷ «Tra cui, l'eccessiva proliferazione normativa cui si aggiunge l'instabilità del quadro normativo di riferimento; la normativa disomogenea e poco chiara e la relativa interpretazione contrastante, con conseguenti incertezze applicative, rischio di contenzioso 'strutturale', ricorso eccessivo e ingiustificato all'*in-house*; eccessiva lunghezza dei tempi tecnici di conclusione delle procedure di aggiudicazione, spesso sproporzionata rispetto all'importo del contratto e alla stessa sua durata; eccesso di costo delle procedure, in particolare per le PMI e per i contratti di importo contenuto». Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*. https://www.governo.it/sites/governo.it/files/AIR_CODICE_APPALTI.pdf.

⁶⁸ Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 29. Tra cui «promuovere l'apertura del mercato e la concorrenza nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione; accrescere l'efficacia e l'efficienza della spesa pubblica per l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, anche in termini di un miglior rapporto qualità/costi; prevenire e ridurre corruzione e comportamenti collusivi anticoncorrenziali nel settore degli appalti pubblici e dei contratti di concessione».

⁶⁹ Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 46.

l'incidenza sul corretto funzionamento concorrenziale del mercato e sulla competitività del Paese⁷⁰ e sono riportate le modalità attuative dell'intervento di regolamentazione.

In buona sostanza, non si può negare che vi sia stato un tentativo di organizzare un ragionamento utile all'istruttoria normativa. Stante però la complessità della disciplina e delle singole prescrizioni che impongono obblighi in capo ad amministrazioni e imprese (con effetti sui cittadini), questo tentativo ci appare oggi comunque non sufficiente a rendere l'analisi *ex ante* uno strumento per garantire l'effettività della regolazione: gli obiettivi sono riferiti alla regolazione complessiva, ma andrebbero specificati per ogni singola prescrizione che impone obblighi specifici in capo ai destinatari; gli indicatori sono molti ma la *baseline* (il dato di partenza) non è indicata chiaramente, così come non è indicata chiaramente la fonte cui riferirsi per il controllo dell'andamento dell'indicatore; le consultazioni non considerano il punto di vista dei cittadini (una delle categorie necessarie della consultazione), dando conto di una limitata visione della vicenda contrattuale che dovrebbe riguardare solo stazioni appaltanti e imprese; la valutazione relativa alla preferibilità di una alternativa regolatoria rispetto all'altra è debolmente giustificata.

Si consideri, poi, che questa codificazione è stato oggetto di numerosi rimaneggiamenti normativi. Insomma, per un codice dei contratti pubblici che intenda funzionare (conseguire l'effettività e prevenire la corruzione), un'Air di questo tipo è uno strumento apprezzabile ma ancora inadeguato.

5.2 La Relazione nel codice dei contratti del 2023

Il codice dei contratti vigente ha seguito un percorso istruttorio *ad hoc*. L'Air che era stata preparata per il disegno di legge delega (legge 21 giugno 2022, n. 78, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*) constava di dieci pagine complessive.⁷¹

In data 30 giugno 2022 il Presidente del Consiglio dei Ministri «ha comunicato al Presidente del Consiglio di Stato di voler affidare la formulazione del progetto di codice dei contratti pubblici al Consiglio di

⁷⁰ Analisi d'impatto della regolazione, *D.lgs. di attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE*, 58.

⁷¹ Senato della Repubblica, XVIII Legislatura, Fascicolo Iter DDL S. 2330, *Delega al Governo in materia di contratti pubblici*, 18 dicembre 2022, 18-28. <https://www.senato.it/leg/18/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/54280.pdf>.

Stato» ricordando che l'approvazione della riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).⁷²

Così, il 4 luglio 2023 il Presidente Frattini ha istituito una Commissione speciale, da lui presieduta col supporto di una *board* di Consiglieri di Stato, composta anche da Consiglieri del TAR, Avvocati dello Stato, Consiglieri della Corte di Cassazione e della Corte dei Conti, professori universitari, avvocati, esperti. La redazione dello schema di codice si è avvalsa anche di «esperti esterni quali professori, avvocati, economisti, ingegneri, esperti di *drafting*, un informatico e un accademico della Crusca».

Il metodo seguito è stato informato alla «verifica di 'fattibilità tecnico/economica', ossia a «una realistica simulazione applicativa da parte di esperti di altre discipline e non soltanto da giuristi». Sono state svolte forme di consultazione acquisendo «per iscritto, via mail, le istanze delle parti sociali, sollecitate con una consultazione pubblica pubblicata sul sito della Giustizia amministrativa, e sono state effettuate alcune audizioni in presenza».

Lo Schema definitivo di codice

ha un numero di articoli analogo a quelli del codice vigente, ma ne riduce di molto i commi, riduce di quasi un terzo le parole e i caratteri utilizzati e, con i suoi allegati, abbatte in modo rilevante il numero di norme e linee guida di attuazione.

Nello Schema, «in non pochi casi si è scelto di conservare - verificandone preventivamente il positivo impatto - le norme del codice vigente che, in sede applicativa, hanno dato buona prova di sé».

La relativa Relazione ha meritoriamente ricordato che accanto alla riforma del quadro normativo, per la riforma reale del settore

occorre averare, attraverso una intensa attività operativa, almeno tre condizioni essenziali 'non legislative', che costituiscono peraltro l'oggetto di impegni in sede di PNRR: i) una adeguata formazione dei funzionari pubblici che saranno chiamati ad applicare il nuovo codice; ii) una selettiva riqualificazione delle stazioni appaltanti; iii) l'effettiva attuazione della digitalizzazione, consentendo, pur nel rispetto di tutte le regole di sicurezza, una piena interoperabilità delle banche dati pubbliche.

⁷² Cons. Stato, *Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, 7. https://www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/17550825/3_CODICE+CONTRATTI+RELAZIONE.pdf/d3223534-d548-1fdc-4be4-e9632c641eb8?t=1670933091420.

Dunque, anche se la Relazione non consiste in una Air, è indubbio che il livello delle competenze convogliate nell'istruttoria normativa del codice corrente abbia inteso operare in funzione surrogatoria della richiesta valutazione prognostica. Nondimeno, manca una ricognizione quantitativa o la definizione di indicatori utili alla valutazione *ex post* in fase attuativa della disciplina dei contratti. Insomma, anche in questo caso, se si considera che la disciplina del codice dei contratti pubblici è strumentale rispetto al conseguimento degli obiettivi delle funzioni cui i contratti accedono, impiantare un sistema di monitoraggio per valutare il successo della riforma non è semplice.

6 Come recuperare l'effettività dell'attività contrattuale della p.a.?

Per tirare qualche conclusione sul rapporto tra disciplina dei contratti pubblici, prevenzione della corruzione ed effettività delle funzioni amministrative occorre riportare al centro del ragionamento lo scopo ultimo del contratto pubblico, il quale è ricavabile dalla funzione amministrativa cui il contratto accede. Tre sono i principali momenti cui guardare per preparare l'effettività amministrativa e prevenire l'ineffettività, specialmente nella sua insidiosa forma di corruzione.

Primariamente, quando il contratto è regolato. La questione non riguarda solo la già richiamata prospettiva della qualità delle regolazione della codificazione dei contratti pubblici ma anche le funzioni di *advocacy* dell'Anac, interlocutore privilegiato del legislatore quanto alle materie sia dei contratti pubblici che della prevenzione della corruzione. Infatti, l'Anac ai sensi di puntuali previsioni del codice dei contratti pubblici⁷³ è intitolata del potere di segnalare a Governo e Parlamento «fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore [dei contratti pubblici]». Questo potere ad oggi non è espressamente orientato a evidenziare la portata corruttiva della normativa e perciò andrebbe rafforzato ed esteso ai casi di particolare rilevanza nei quali misure generali abbiano costituito occasione di illeciti e fatti di corruzione.⁷⁴

⁷³ L'Anac ha poteri di segnalazione in materia di contratti pubblici, già ai sensi del previgente codice (art. 6, comma 7, lettera e) e f), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163), poi confermati dal codice del 2016 (art. 213, comma 3, lettere c) e d), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, dove si richiama il potere di segnalare «al Governo e al Parlamento, con apposito atto, fenomeni particolarmente gravi di inosservanza o di applicazione distorta della normativa di settore» e quello di formulare «al Governo proposte in ordine a modifiche occorrenti in relazione alla normativa vigente di settore») e più di recente dal codice dei contratti pubblici del 2023 [d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, art. 222, comma 3, lettera c)].

⁷⁴ Sul punto vedi Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, *Relazione annuale sulla 'ndrangheta*, approvata dalla Commissione nella seduta del 19 febbraio 2008, 120, dove si fa riferimento all'aumento

È appena il caso di ricordare che questi poteri di *advocacy* orientati alla prevenzione della corruzione hanno trovato un primo accoglimento all'interno del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, dove tra le riforme abilitanti è stata prevista la «abrogazione e revisione di norme che alimentano la corruzione».⁷⁵

Per l'effettività amministrativa, poi, bisogna tornare allo scopo del contratto quando l'amministrazione sceglie se fare o se contrattare, sgombrando il campo da inutili generalizzazioni che postulino «la necessaria superiorità delle soluzioni consensuali anche quando si curano interessi pubblici».⁷⁶ Infatti, in molti casi «i costi di negoziazione sono elevati», «l'amministrazione non può certo attingere a risorse illimitate pur di raggiungere l'accordo con il privato», spesso «non dispone delle capacità negoziali necessarie per trattare efficacemente con i privati» e, infine «vi è il rischio che possa colludere con questi ultimi a danno dell'interesse pubblico».⁷⁷ Talvolta, ricorrere a un mix di contratti e gestione diretta di talune funzioni potrebbe rivelarsi la migliore misura per ridurre al contempo la corruzione, garantire l'effettività delle funzioni amministrative, assicurare un buon uso delle risorse umane e finanziarie.

Infine, per mantenere la prospettiva dell'effettività amministrativa, lo scopo funzionale del contratto deve tornare al centro quando si controlla. Sono rilevanti l'informazione (che consente un *targeting* mirato dei destinatari dell'attività di controllo);⁷⁸ la pianificazione dei controlli basata sul rischio;⁷⁹ lo stile collaborativo del controllo; la responsabilità delle sanzioni. A tale riguardo, il lavoro dell'Anac è già stato molto importante, nella definizione delle aree (e sub-aree) di

della «quantità di risorse pubbliche a disposizione del sistema delle imprese» con particolare riguardo alla legge n. 488/1992 e dove, in nota, si richiamano le numerose «operazioni della Guardia di Finanza relative a truffe nel conseguimento di tali erogazioni».

75 Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, 73: «La corruzione può trovare alimento nell'eccesso e nella complicazione delle leggi. La semplificazione normativa, dunque, è in via generale un rimedio efficace per evitare la moltiplicazione di fenomeni corruttivi. Vi sono, in particolare, alcune norme di legge che possono favorire più di altre la corruzione. Si rende, dunque, necessario individuare prioritariamente alcune di queste norme e procedere alla loro abrogazione o revisione. Ad esempio, vanno riviste e razionalizzate le norme sui controlli pubblici di attività private, come le ispezioni, che da antidoti alla corruzione sono divenute spesso occasione di corruzione. È necessario eliminare le duplicazioni e le interferenze tra le diverse tipologie di ispezioni».

76 Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 217.

77 Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, 217.

78 Un ruolo centrale è rivestito dalla banca dati nazionale dei contratti pubblici (prevista già dall'art. 6 bis del codice dei contratti, d.lgs. 163/2008), precedentemente gestita dalla Autorità di vigilanza AVCP e ora di competenza dell'Anac) la quale fornisce gli elementi utili per una pianificazione che valorizzi la qualità della spesa. Sul punto cf. Blanc, *Inspection Reforms*, 72.

79 Sul punto vedi OECD, *Risk and Regulatory Policy*, 51; *Comparison of Risk Management Policies in OECD Countries*.

rischio, a partire dalla scomposizione delle diverse fasi del ciclo di vita del contratto (programmazione, progettazione della gara, selezione del contraente, esecuzione, rendicontazione) nonché nello sviluppo di indicatori per le diverse fasi dell'appalto.⁸⁰

Insomma, se non vogliamo rincorrere le violazioni a valle potrebbe essere utile prevenire il rischio di corruzione anche promuovendo l'effettività delle funzioni amministrative cui i contratti pubblici accedono⁸¹ facendo divenire la ricerca dell'effettività un antecedente logico dell'anticorruzione. È la funzione amministrativa effettiva, questa sola, a giustificare la previsione di un potere amministrativo e a indicare il modo migliore per conseguirne i fini (per via contrattuale o per altra via). È la funzione amministrativa effettiva a costituire un argine per la corruzione. È la funzione amministrativa effettiva, infine, che ci consente di attivare meccanismi virtuosi di ricostruzione della fiducia, invocata e resa principio dal recente codice dei contratti pubblici ma che il codice (purtroppo) non ha alcun potere di generare nella fisiologia delle relazioni amministrative.

Bibliografia

- Abdou, A.; Basdevant, O.; David, E.B.; Fazekas, M. *Assessing Vulnerabilities to Corruption in Public Procurement and Their Price Impact = IMF Working Papers*. International Monetary Fund, 2022.
- Alesina, A.; Tabellini, G. «Bureaucrats or Politicians? Part I: A Single Policy Task». *The American Economic Review*, 97, 2007, 169-79.
- Alesina, A.; Tabellini, G. «Bureaucrats or Politicians? Part II: Multiple Policy Tasks». *Journal of Public Economics*, 92, 2008, 426-47.
- Anechiarico, F.; J. Jacobs, B. *The Pursuit of Absolute Integrity. How Corruption Control Makes Government Ineffective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.
- Baldwin, R.; Cave, M. *Taming the Corporation. How to Regulate for Success*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Baldwin, R.; Cave, M.; Lodge, M. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
- Barbieri, G.; Giavazzi, F. *Corruzione a norma di legge. La lobby delle grandi opere che affonda l'Italia*. Milano: Rizzoli, 2014.
- Benvenuti, F. «Funzione amministrativa, procedimento, processo». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 1952, 118 ss.
- Blanc, F. *From Chasing Violations to Managing Risks*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2018.
- Blanc, F. *Inspection Reforms: Why, How and with what Results*. Paris: OECD, 2012.
- Bobbio, N. *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli, 1958.

⁸⁰ Strambi, «Appalti pubblici e indicatori di corruzione», 151.

⁸¹ Blanc, *From Chasing Violations to Managing Risks*.

- Bosio, E.; Djankov, S. «How Large is Public Procurement». *World Bank Blogs*, 5 febbraio 2020. <https://blogs.worldbank.org/developmenttalk/how-large-public-procurement>.
- Carloni, E. *L'anticorruzione. Politiche, regole, modelli*. Bologna: il Mulino, 2023.
- Carnelutti, F. «Eccesso di potere legislativo». *Rivista di diritto processuale*, 4(2), 1947, 193 ss.
- Carnelutti, F. «Morale e diritto». *Discorsi intorno al diritto*, vol. 2. Padova: Cedam, 1953.
- Clarich, M. «Introduzione». Clarich, M. (a cura di), *Commentario al codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2019, XXXIII ss.
- Clarich, M. *Manuale di diritto amministrativo*. 5a ed. Bologna: il Mulino, 2013.
- Coglianesi, C. «Evaluating the Impact of Regulation and Regulatory Policy». *Measuring Regulatory Performance. OECD Expert Paper*, 1, 2012.
- Coglianesi, C.; Kagan, R.A. *Regulation and Regulatory Processes*. Farnham: Ashgate, 2007
- Corso, G. *Manuale di diritto amministrativo*. 9a ed. Torino: Giappichelli.
- Corso, G.; De Benedetto, M.; Rangone, N. *Diritto amministrativo effettivo. Una introduzione*. Bologna: il Mulino, 2022.
- Costantini, V. «Hanno ucciso il verde con la strage dei giardinieri: uno ogni 30 ettari». *Il Corriere della sera*, 17 gennaio 2017. https://roma.corriere.it/notizie/cronaca/17_gennaio_16/hanno-ucciso-verde-la-strage-giardinieri-d6b10c74-dc32-11e6-8880-a6b80bbeec765.shtml.
- D'Alberty, M. *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 2016.
- D'Alberty, M. *Lezioni di diritto amministrativo*. 7a ed. Torino: Giappichelli, 2023.
- D'Alberty, M.; Finocchi, R. *Corruzione e sistema istituzionale*. Bologna: il Mulino, 1994.
- Di Cristina, F. «La corruzione negli appalti pubblici». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1, 2012, 177-216.
- Di Cristina, F. «La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione». *Giornale di diritto amministrativo*, 11, 2014, 1023-32.
- Di Donato, L. «Better Regulation to Prevent Corruption: The Corruption Impact Assessment (CIA)». Cerillo, A.; Martinez, I.; Ponce, J. (eds), *Preventing Corruption and Promoting Good Government and Public Integrity*. Bruxelles: Bruylant, 2017, 101 ss.
- Di Donato, L. «The Quality of Regulation in the Service of Preventing Corruption». *European Journal of Law Reform*, 2, 2016, 226-33.
- Di Lascio, F. «Anticorruzione e contratti pubblici: verso un nuovo modello di integrazione tra controlli amministrativi?». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 3, 2019, 805 ss.
- Dota, S.; Bultrini, A. (a cura di). *Anci - Le regole ordinarie e straordinarie per le assunzioni di personale*. ANCI, 2022. <https://www.anci.it/wp-content/uploads/quaderno-le-regole-ordinarie-e-straordinarie-per-le-assunzioni-di-personale.pdf>.
- Eng, S. «Legislative Inflation and the Quality of Law». Wintgens, L. (ed.), *Legisprudence*. Hart Publishing, 2002, 65-80.
- Fidone, G. «La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici». *Giornale di diritto amministrativo*, 3, 2015, 325-44.

- Gambetta, D. (ed.). *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*. London: Blackwell, 1988.
- Gardiner, J.A. «Controlling official corruption and fraud: Bureaucratic incentives and disincentives». *Corruption and Reform*, 1, 1986, 33 ss.
- Gardiner, J.A.; Lyman, T.R. «The Logic of Corruption Control». Heidenheimer, A.J.; Johnston, M.; V. Levine, T. (eds), *Political Corruption. A Handbook*. 3rd ed. Transaction Publishers, 1993, 33-50.
- Gnaldi, M. «Indicatori di corruzione e nuovi indicatori di prevenzione della corruzione». Gnaldi, M.; Ponti, B. (a cura di), *Misurare la corruzione oggi, obiettivi, metodi, esperienze*. Milano: FrancoAngeli, 2018, 31-44.
- Greco, T. *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*. Roma-Bari: Laterza, 2021.
- Herweijer, M. «Inquiries into the Quality of Administrative Decision-making». De Graaf, K.J.; Jans, J.H.; Marseill, A.T.; De Ridder, J. (eds), *Quality of Decision-Making in Public Law. Studies in Administrative Decision-Making in the Netherlands*. Amsterdam: Europa Law Publishing, 2007.
- Hirschman, A.O. «Against Parsimony: Three Easy Ways of Complicating Some Categories of Economic Discourse». *The American Economic Review*, 74(2), 1984, 89-96. [*Papers and Proceedings of the Ninety-Sixth Annual Meeting of the American Economic Association* (May 1984)].
- Laffont, J.; Tirole, J. *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*. Cambridge, MA: The MIT Press, 1993.
- Luhmann, N. *Trust and Power*. Cambridge: Polity Press, 2017.
- Macchia, M. (a cura di). *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo codice dei contratti pubblici*. Torino: Giappichelli, 2024.
- Mattarella, B.G. «Law and Discretion. A Public Law Perspective on the EU». Mendes, J. (ed.), *EU Executive Discretion and the Limits of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2019.
- Medina Serrano, R.; González Ramírez Reyes, M.; Gascó, J. «Should We Make or Buy? an Update and Review». *European Research on Management and Business Economics*, 24, 2018, 137-47.
- Merloni, F. «Semplificazioni e discrezionalità. Qualità della normazione e qualità dell'amministrazione». *Liber Amicorum per Marco D'Alberty*. Torino: Giappichelli, 2022, 465-76.
- Moosa, I.A. «Financial Regulation as a Response to Corruption and Fraud». *Contemporary Issues in the Post-Crisis Regulatory Landscape*. Singapore: World Scientific, 2017, 49 ss.
- Napolitano, G. *La logica del diritto amministrativo*. 2a ed. Bologna: il Mulino, 2020.
- OECD. *Comparison of Risk Management Policies in OECD Countries*. Paris: OECD, 2006.
- OECD. *Preventing Corruption in Public Procurement*. Paris: OECD, 2016.
- OECD. *Risk and Regulatory Policy. Improving the Governance of Risk*. Paris: OECD, 2010.
- Ogus, A. «Corruption and Regulatory Structures». *Law & Policy*, 26, 2004.
- Patroni Griffi, F. «La 'fabbrica delle leggi' e la qualità della normazione in Italia». *Diritto amministrativo*, 1, 2000, 97-130.
- Popescu, A.I. «Public Procurement Corruption in the European Union». *Journal of Public Administration, Finance and Law*, Special issue, 1, 7-16, 2014.
- Racca, G.M.C.; Yukins, R. (eds). *Joint Public Procurement and Innovation Lessons Across Borders*. Bruxelles: Bruylant, 2019.

- Racca, G.M.; Yukins, C.R. (eds). *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*. Bruxelles: Bruylant, 2014.
- Rangone, N. s.v. «Regolazione». Cassese, S. (dir.), *Dizionario di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 2006, 5057.
- Rose-Ackerman, S. *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Schoorman, F.D.; Mayer, R.C.; Davis, J.H. «An Integrative Model of Organizational Trust: Past, Present and Future». *The Academy of Management Review*, 32(2), 2007, 344-54.
- Sørreide, T. *Corruption in Public Procurement. Causes, Consequences and Cures*, Report. Bergen: Michelsen Institute, 2002.
- Strambi, S. «Appalti pubblici e indicatori di corruzione». *Studi Parlamentari e di Politica Costituzionale*, 208, 2020, 151-74.
- Twining, W.; Miers, D. *How to Do Things with Rules*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010 [1976].
- Uslaner, E.M. *The Moral Foundations of Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.
- Vassalli, F. «La missione del giurista nell'elaborazione delle leggi». *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. 1. Padova: Cedam, 1950, 492 ss.
- Vedel, G. «Le hasard et la nécessité». *Pouvoirs*, 50, 1989.
- Von Hayek, F. *Studi di filosofia, politica ed economia*. Soveria Mannelli: Rubbettino, 1998.
- Warren, M.E. *Democracy and Trust*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- Williams-Elegbe, S. *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*. Hart Publishing, 2012.
- Wilson, M.; Wnuk, K.; Silvander, J.; Gorsche, T. «A Literature Review on the Effectiveness and Efficiency of Business Modeling». *e-Informatica Software Engineering Journal*, 12(1), 2018, 265-302.
- World Bank. *Combating Corruption*, 15 March, 2023. <https://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/combating-corruption>.
- Zamagni, V. *The Economic History of Italy – 1860-1990. Recovery After Decline*. Oxford: Clarendon Press, 1993.

