

Decreto legge n. 90/2014

Le misure urgenti sulla pubblica amministrazione

DECRETO LEGGE 24 GIUGNO 2014 N. 90 CONVERTITO IN LEGGE, CON MODIFICAZIONI, DALL'ART. 1, COMMA 1, LEGGE 11 AGOSTO 2014, N. 114

Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari - G.U. n. 144, 24 giugno 2014

(*Omissis*)

La semplificazione, politica comune *di Giulio Vesperini*

Nel titolo dedicato dal decreto legge n. 90/2014 alle misure di semplificazione, rivestono importanza, per poter dare una valutazione di assieme degli indirizzi seguiti dal legislatore, due serie di previsioni: quelle sull'agenda per la semplificazione e quelle per la redazione di moduli uniformi e standardizzati su tutto il territorio nazionale per la presentazione di istanze, segnalazioni e richieste da parte di cittadini e di imprese. Queste disposizioni sono interessanti, soprattutto, per le innovazioni che introducono nel governo delle politiche di semplificazione: esse sono caratterizzate quali politiche comuni del complesso Stato-regioni-autonomie locali; il Ministro della semplificazione e della pubblica amministrazione viene identificato quale il centro unitario di riferimento di quelle stesse politiche per il governo nazionale.

Le norme di semplificazione nel d.l. n. 90/2014

Dei nove articoli dei quali si compone il titolo II del d.l. n. 90/2014, sugli "interventi urgenti di semplificazione", il più interessante, ai fini di una valutazione di assieme degli indirizzi seguiti in materia, è il primo, l'art. 24. Gli altri dispongono la semplificazione di singoli procedimenti (artt. 25-27); razionalizzano le norme sulla trasparenza delle pubbliche amministrazioni (art. 24-bis); introducono modifiche al codice dell'amministrazione digitale (artt. 24-ter - 24-quinquies) (1).

L'art. 24, a sua volta, contiene due gruppi di disposizioni: quelle sull'agenda per la semplificazione (c. 1); quelle sulla modulistica per la presentazione di istanze, dichiarazioni e segnalazioni da parte dei cittadini e delle imprese (c. 2 e ss.). Di ciascuna di

queste due disposizioni si illustrano, di seguito, i principali contenuti, i precedenti, i problemi aperti.

L'agenda per la semplificazione

L'agenda per la semplificazione deve contenere «le linee di indirizzo condivise tra Stato, regioni, province autonome e autonomie locali e il cronoprogramma per la loro attuazione». Inoltre, essa deve contemplare la sottoscrizione di accordi e intese tra le stesse amministrazioni per coordinare le iniziative e proseguire le attività per l'attuazione "condivisa" delle misure del d.l. n. 5/2012 (convertito con l. n. 35/2012). Altri accordi, regolati dalla stessa agenda, servono per l'istituzione di un comitato interistituzionale e la definizione delle forme di consultazione dei cittadini, delle imprese e delle loro associazioni. L'agenda si riferisce al triennio

(1) Misure più ampie in materia sono contenute nel ddl del governo su "Riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", A.S. 1577.

2015-2017 ed è adottata dal Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previa intesa con la conferenza unificata. Entro i quarantacinque giorni successivi alla sua approvazione, il Ministro ne illustra i contenuti alla commissione parlamentare per la semplificazione, mentre entro il 30 aprile di ogni anno riferisce alla commissione stessa sul suo stato di attuazione.

L'agenda, quindi, viene configurata dal legislatore come lo strumento per la programmazione, la regolamentazione e l'organizzazione di politiche di semplificazioni comuni allo Stato, alle regioni e agli enti locali, da svolgere nell'arco del triennio considerato. Alle politiche e agli indirizzi così definiti, ciascun ente di governo, poi, dovrà dare seguito, per le parti e con i poteri di rispettiva competenza.

La previsione dell'agenda è importante perché modifica in modo significativo l'organizzazione e gli strumenti del governo delle politiche di semplificazione sotto due principali profili. Da un lato, perché, come si è appena notato, queste si caratterizzano quali politiche comuni, riguardanti, cioè, il complesso delle amministrazioni centrali, regionali e locali. Dall'altro lato, perché, per quanto riguarda il governo centrale, si imputa ad un solo soggetto, il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, la responsabilità della direzione di queste stesse politiche.

Sotto il primo aspetto, la norma del 2014 segnala il passaggio da un modello tendenzialmente "normativo" e "dualistico", imperniato, cioè, perlomeno nei suoi riferimenti di carattere generale, su norme statali di semplificazione da attuarsi, con maggiore o minore grado di autonomia a seconda dei casi, dalle regioni e dagli enti locali, sempre con proprie norme; ad un modello "amministrativo" e "condiviso", nel quale, cioè, la politica di semplificazione trova la sua espressione più importante in un atto amministrativo di programmazione e nel quale, inoltre, lo Stato e il sistema delle autonomie concordano gli indirizzi da seguire, le misure per dare loro attuazione, i tempi di realizzazione e affidano ad un apposito organismo misto (il comitato interistituzionale, del quale si è detto) il compito di guidare e seguire l'attuazione del programma medesimo.

Questo modello ha origine nella prassi recente dei rapporti tra i governi nazionale, regionali e lo-

cali. Il riferimento più immediato si ha nell'accordo concluso in conferenza unificata il 10 maggio 2012, per l'attuazione delle norme di semplificazione del d.l. n. 5/2012. I contenuti di questo stesso accordo sono importanti perché di essi si trova ampia traccia nella disciplina del d.l. n. 90/2014: con l'ulteriore conseguenza che le previsioni dell'accordo possono ragionevolmente essere utilizzate per interpretare e integrare i contenuti, in alcuni casi davvero scarni, della normativa di legge sull'agenda di semplificazione. L'accordo del 2012, infatti, muove dalla enunciazione della necessità, "condivisa" dallo Stato, dalle regioni e dalle associazioni rappresentative degli enti locali, «di sviluppare le politiche di liberalizzazione e di semplificazione amministrativa come elementi portanti per il rilancio e lo sviluppo economico del Paese»; impegna i contraenti a "condividere" le politiche di semplificazione e le «rispettive azioni normative e amministrative in ragione dell'assetto multilivello delineato dalla Costituzione»; prevede la costituzione di un tavolo istituzionale, composto da rappresentanti dello Stato, della conferenza delle regioni, dell'Anzi e dell'Upi; stabilisce i criteri per l'individuazione dei procedimenti da semplificare e delle modalità con le quali agire; fissa un calendario di lavoro; impegna, infine, i contraenti alla costituzione di una banca dati unica di tutti i procedimenti amministrativi e degli adempimenti relativi alle attività economiche, articolata su base regionale. All'accordo è seguita una "intensa collaborazione" tra i diversi enti (2) che ha riguardato, tra l'altro, la misurazione degli oneri nel settore dell'edilizia; le misure per la semplificazione dello sportello unico per l'edilizia; l'istruttoria dello schema di autorizzazione unica ambientale; la predisposizione delle linee guida per i controlli sulle imprese; il nuovo programma per la riduzione degli oneri amministrativi.

Sotto il secondo profilo, quello della concentrazione in capo al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione della responsabilità dell'agenda e delle politiche che attraverso di questa sono definite, il d.l. n. 90/2014 introduce una importante novità rispetto agli indirizzi seguiti in passato nella organizzazione e negli strumenti di governo della semplificazione. Fino ad ora, infatti, le scelte in materia hanno oscillato tra diverse opzioni e hanno, comunque, determinato una fram-

(2) Secondo la definizione che ne ha dato, nell'intervento al Forum P.A. 2013, il direttore dell'ufficio per la semplificazione amministrativa del dipartimento della funzione pubblica. Ulteriori notizie sull'accordo, i suoi contenuti e le azioni intraprese in esito ad esso, si rinviengono nella audizione (10 febbraio

2014) dello stesso direttore dell'ufficio per la semplificazione presso la commissione parlamentare per la semplificazione nel corso dell'indagine conoscitiva sulla semplificazione legislativa e amministrativa.

mentazione delle responsabilità tra diversi centri: hanno oscillato tra l'opzione a favore dell'imputazione ad un centro unitario della direzione delle politiche di semplificazione e quella della accentuazione delle competenze in materia delle singole amministrazioni; hanno frammentato la responsabilità perché le stesse competenze del governo centrale sono state divise tra la presidenza del consiglio, il dipartimento della funzione pubblica e, a seconda dei casi, una pluralità di altri organismi, monocratici o collegiali.

Per la definizione e l'attuazione dell'agenda per la semplificazione, il d.l. n. 90/2014 innova su entrambi i punti: in luogo della frammentazione tra una pluralità di differenti uffici centrali, si concentrano le competenze in capo ad un unico soggetto, il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione.

Detto dei contenuti della norma e delle novità che essa introduce, ci sono quattro punti problematici che possono essere segnalati. Innanzitutto, l'agenda per la semplificazione si riferisce, per espressa disposizione del legislatore, solo al triennio 2015/2017: non è quindi intesa come strumento permanente della politica della semplificazione, ma come programma di lavoro di un triennio. Si tratta, però, con tutta evidenza, di una scelta che contraddice e indebolisce le potenzialità innovative connesse alla previsione di questo nuovo strumento di programmazione.

In secondo luogo, nulla dice la norma in ordine al rapporto tra l'agenda stessa e il piano di azione della semplificazione, regolato dal d.l. n. 4/2006. Il piano, da adottarsi da parte del Consiglio dei ministri, su proposta di un comitato interministeriale di indirizzo, previo parere del Consiglio di Stato, è ormai caduto in desuetudine, poiché in questi otto anni è stato adottato una sola volta (nel luglio 2007); ma proprio per questo sarebbe stato agevole abrogare la relativa previsione normativa e snellire, così, il quadro, già molto farraginoso, delle norme sugli strumenti di governo della semplificazione.

In terzo luogo, come si è già anticipato, la disciplina dell'agenda è molto scarna e restano quindi insoluti una serie di problemi sui suoi contenuti. Per esempio: gli indirizzi che devono essere concordati tra lo Stato e il sistema delle autonomie riguardano anche l'esercizio del rispettivo potere

normativo, come potrebbe far supporre, tra l'altro, il rinvio operato dalla norma stessa all'art. 8 della l. n. 131/2003 che prevede intese tra Stato e regioni dirette «a favorire l'armonizzazione delle rispettive legislazioni», o si limitano al coordinamento delle azioni amministrative? Quali sono i compiti del comitato interistituzionale? E' possibile modificare, nel corso del triennio, l'agenda? Cosa accade se non si raggiunge l'intesa in conferenza unificata circa i contenuti dell'agenda stessa?

Un quarto problema riguarda proprio la concentrazione in capo al Ministro della semplificazione del potere di proposta dell'agenda: ci si è chiesti se l'assenza di un concerto con i ministri di settore «sarà un modo per vincere il potere di veto delle branche dell'amministrazione che fino ad adesso sono riuscite a sottrarsi ad ogni intervento di semplificazione (prima tra tutte quella fiscale) oppure risulterà ancora più difficile coinvolgerle» (3).

L'unificazione dei moduli per la presentazione di istanze

Come si è anticipato, la seconda parte dell'art. 24 del d.l. n. 90/2014 è dedicata alla previsione di moduli unitari e standardizzati per la presentazione di istanze, segnalazioni e dichiarazioni da parte dei cittadini e delle imprese. Il problema che si intende risolvere si può facilmente descrivere nei seguenti termini: moduli unificati e standardizzati su tutto il territorio nazionale consentono alle imprese e ai cittadini di orientarsi meglio e di evitare, quindi, che, per uno stesso tipo di istanza, essi debbano compilare moduli diversi, a seconda dell'ufficio al quale l'istanza stessa debba essere presentata (4).

La legge prevede due diverse procedure per la determinazione di tali moduli. Per quelli riguardanti istanze, segnalazioni, dichiarazioni da proporsi ad amministrazioni dello Stato, nei sei mesi successivi all'entrata in vigore del decreto legge, provvede il Ministro competente, di concerto con quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previo parere della conferenza unificata. Per quanto riguarda, invece, l'unificazione e la standardizzazione dei moduli per i procedimenti di avvio delle attività produttive e per quelli in materia di edilizia,

(3) A. Natalini, *La semplificazione dei mille giorni*, in *nelmerito.com*, 28 luglio 2014.

(4) In materia, si veda il report predisposto dal dipartimento della funzione pubblica, nell'aprile del 2014, in esito alla consultazione pubblica sulle cento procedure da semplificare e

avente come titolo: *Semplificazione: cosa chiedono cittadini e imprese. Report sui risultati della consultazione pubblica*. Il testo è consultabile al seguente link: http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1166142/risultati_100procedure_apr2014.pdf.

Stato, regioni ed enti locali concludono accordi o intese in conferenza unificata (5).

Le disposizioni appena illustrate riprendono ed estendono una tecnica (quella appunto della previsione di modelli unificati e standardizzati) già oggetto di recenti normative di settore. In questo stesso senso, ad esempio, disponevano già l'art. 5, c. 2, d.P.R. n. 227/2001, a proposito del modello per la richiesta di autorizzazioni in materia ambientale allo sportello unico per le attività produttive; l'art. 10, d.P.R. n. 59/2013, circa il modello per la richiesta di autorizzazione unica ambientale; l'art. 12, d.P.R. n. 160/2010, per l'unificazione, quanto meno in ambito regionale, della modulistica delle amministrazioni responsabili dei subprocedimenti nell'ambito dei procedimenti per l'esercizio di attività produttive e di prestazione dei servizi.

Lo strumento, quindi, è unico (quello, appunto, della definizione di moduli unificati e standardizzati), ma per definirne i contenuti, in questa come nelle normative precedenti, si seguono due diversi modelli: uno di essi rimette la determinazione relativa all'accordo raggiunto in conferenza unificata tra amministrazioni centrali, regionali e locali; un altro affida, invece, la decisione al Ministro competente assieme a quello per la semplificazione e la pubblica amministrazione, previo parere della conferenza unificata.

Per completare la ricostruzione, occorre ricordare che la disposizione dell'art. 24, c.3, del d.l. n. 90/2014 ha conosciuto, per così dire, una attuazione anticipata, con l'accordo del giugno del 2014 in conferenza unificata tra governo, regioni ed enti locali per «l'adozione di moduli unificati e semplificati per la presentazione dell'istanza del permesso di costruire e della segnalazione certificata di inizio attività». Dall'accordo deriva l'obbligo per i comuni di adeguare la modulistica in uso, mentre si consente alle regioni, se necessario, di adeguare i contenuti dei quadri informativi dei modelli semplificati e unificati «in relazione alle specifiche normative regionali di settore».

Qualche considerazione di assieme.

La prima riguarda l'assetto delle competenze. Trovano conferma, qui, le scelte compiute nella prima parte dell'art. 24, a proposito dell'agenda per la semplificazione: la posizione di preminenza accordata, nel governo, al Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione; la condivisione di misure di semplificazione tra i diversi enti di governo nella conferenza unificata.

Si pone, invece, un problema per quanto riguarda il rapporto tra le potestà legislative dello Stato e quelle delle regioni. Come si è visto, il d.l. n. 90/2014 prevede che nella fissazione dei contenuti dei moduli riguardanti le istanze in materia edilizia e per l'avvio di attività produttive si debba «tenere conto delle specifiche normative regionali». Una soluzione differente era stata adottata nel citato accordo in conferenza unificata del giugno 2014, ove si prevedeva, come si è accennato, che «le regioni, ove necessario, adeguano in relazione alle specifiche normative di settore, i contenuti dei quadri informativi dei moduli semplificati e unificati». Si tratta di due formulazioni, differenti tra loro, ma, pur per diversi aspetti, entrambe problematiche.

L'obbligo di legge affinché si tenga conto delle specifiche normative regionali si può ragionevolmente intendere quale criterio da seguire nella redazione di un modulo che, comunque, deve essere unico su tutto il territorio nazionale, con la possibile conseguenza che ne derivino modifiche alle norme delle singole regioni sui procedimenti relativi e gli adempimenti da esse previsti. In questo modo, quindi, si contrae l'autonomia riconosciuta costituzionalmente alle regioni per la conformazione dei procedimenti amministrativi nelle materie di propria competenza.

Ci sono, però, due argomenti che possono essere utilizzati per concludere circa la legittimità costituzionale della norma dell'art. 24.

Innanzitutto, perché il c. 4 dello stesso art. 24 prevede che «gli accordi sulla modulistica per l'edilizia e l'avvio di attività produttive conclusi in sede di conferenza unificata sono rivolti ad assicurare la libera concorrenza, costituiscono livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, assicurano il coordinamento informativo statistico e informatico dei dati dell'amministrazione statale, regionale e locale al fine di agevolare l'attrazione di investimenti dall'estero». Secondo una tecnica ormai consolidata nella legislazione statale, cioè, il legislatore del 2014 ha ricondotto le norme sulla modulistica nel novero di quelle che la Costituzione riserva alla competenza esclusiva dello Stato, legittimando, in questo modo, la contrazione delle potestà legislative regionali.

Inoltre, si può ritenere che gli accordi, di cui all'art. 24, d.l. n. 90/2014, rappresentino una sicura garanzia di leale cooperazione tra lo Stato e le regioni e la loro previsione corrisponda, così, ai re-

(5) Entrambi i tipi di moduli devono essere pubblicati sul portale *impresainungiorno* ed essere a disposizione, nei ses-

santa giorni successivi alla loro approvazione, per la compilazione delle pratiche telematiche da parte delle imprese.

quisiti fissati da una giurisprudenza costituzionale, ormai decennale, per la conformità alla Costituzione delle leggi statali sulla cosiddetta “chiamata in sussidiarietà”.

Ugualmente problematica, ma per ragioni differenti rispetto a quelle appena indicate, è la soluzione contemplata nell'accordo del giugno 2014, che, come si è notato, consente «a ciascuna amministrazione di utilizzare moduli diversi di un modello unico». In questo caso, infatti, risulta ampiamente salvaguardata la potestà delle regioni di definire autonomamente la modulistica in ragione della disciplina autonoma data ai relativi procedimenti; ma sul territorio nazionale i modelli risultano standardizzati, non uniformati. Ci si può chiedere, però, se proprio questa previsione dell'accordo non debba ritenersi superata per effetto della diversa disposizione contenuta nel d.l. n. 90/2014.

Le osservazioni appena svolte introducono una terza serie di considerazioni. L'unificazione e la standardizzazione della modulistica rappresentano una esigenza diffusa e sono tra le richieste più frequenti che le imprese e i cittadini hanno presentato nel corso della recente consultazione pubblica sulle cento procedure da semplificare. Come si è detto, che

uffici pubblici diversi utilizzino, per lo stesso tipo di procedimento, lo stesso modulo, rende più facile per le imprese (soprattutto) e per i cittadini circa gli adempimenti da eseguire per ottenere una determinata utilità amministrativa. Ma non può dimenticarsi che i moduli, a loro volta, riflettono le norme dettate per un determinato procedimento. Moduli unitari per tutti gli uffici pubblici, quindi, servono a dare certezza alle imprese e ai cittadini, ma, di per sé, non semplificano i procedimenti amministrativi.

Essi, però, possono servire alla semplificazione, in modo indiretto. A suo tempo, l'obbligo imposto a tutte le amministrazioni, dalla l. n. 241/1990, di fissare i termini di conclusione di ciascun procedimento, permise di richiamare l'attenzione del legislatore sui procedimenti più lunghi e (quindi presumibilmente) più complessi e orientare su di essi le misure di semplificazione. Analogamente, oggi, ci si può attendere che l'unificazione dei modelli serva a mettere in evidenza i procedimenti più complicati, per numero di adempimenti richiesti agli interessati, e a fornire, così, ulteriore materiale conoscitivo ai legislatori e ai governi, nazionale e regionali, per selezionare le aree nelle quali è opportuno semplificare con maggiore urgenza.

La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione

di Fabio Di Cristina

Il decreto legge n. 90/2014 presenta una fitta intelaiatura di disposizioni relative alla lotta alla corruzione e alle infiltrazioni criminali. La trama si muove lungo tre fili principali. Il primo ha impatto sull'organizzazione dell'Autorità nazionale anticorruzione, che diventa il *pivot* del sistema preventivo italiano: all'Anac e, specialmente, al suo Presidente, vengono attribuiti nuovi poteri, i vertici e l'Autorità si assicurano la struttura dell'Avcp, assumendo tutte le competenze della soppressa Autorità di vigilanza. Il secondo, che è ammantato d'emergenza ma presenta alcune caratteristiche che lo potrebbero avvicinare ad un modello stabile di prevenzione, pone un presidio amministrativo a controllo dei lavori pubblici di Expo 2015. Il terzo, scardinando alcune parti del Codice del 2011 relative alla documentazione antimafia e intrecciandosi con il primo, affida al Presidente dell'Anac e ai Prefetti il potere di proporre e adottare innovative misure *extra ordinem* di amministrazione o sostegno alle imprese in caso di presunto illecito. Le nuove regole, che fanno compiere un salto di qualità all'organizzazione e ai poteri dell'Autorità anticorruzione e rendono più credibile lo spazio di autonomia del suo Presidente, vanno osservate in parallelo al rapporto, il cui equilibrio è sempre instabile, tra autorità e diritti individuali, tra esigenze di prevenzione e libertà.

Un trapianto di cervello: la testa dell'Anac sul corpo dell'Avcp

«L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture [...] è soppressa ed i

relativi organi decadono alla data di entrata in vigore del presente decreto». E' così che l'art. 19 del decreto-legge n. 90, il primo atto della riforma della pubblica amministrazione avviata dal governo, pone fine alla vita dell'Avcp (1). A ben guardare,

(1) Sul ruolo istituzionale, *ex multis*, F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di set-*

tore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (a cura di), *Trat-*

la soppressione dell'Autorità è una soppressione di soli vertici: quelli dell'Autorità nazionale anticorruzione, dotata di un organico quantitativamente esiguo (2), vengono posti a capo di quello, ben più consistente, della defunta Avcp, e ne prendono in carico compiti e funzioni. Un piano di riordino complessivo dell'ente sarà presentato entro il 31 dicembre di quest'anno dal Presidente dell'Anac al Presidente del Consiglio dei Ministri. Esso sarà efficace solo dopo l'emanazione di apposito d.P.C.M. e sconterà il passaggio parlamentare presso le commissioni competenti.

A seguito del trapianto della testa dell'Anac nel corpo dell'Avcp, l'Autorità assume nuove competenze e ne cede altre: complessivamente, la sua funzione di prevenzione della corruzione assume finalmente quella primazia per molto tempo negata, legata tradizionalmente a poteri insufficienti o condivisa con strutture governative. Il suo piano di riordino dovrà necessariamente prevedere un'amministrazione a più basso costo, in linea con la stagione di revisione della spesa degli apparati pubblici (3): alla "riunione" delle risorse finanziarie, strutturali e umane in unico ruolo della ex Civit e dell'Avcp seguirà una riduzione non inferiore al 20% del trattamento accessorio di funzionari e dirigenti, nonché una riduzione di pari importo delle spese di funzionamento.

Contribuiscono a dare carattere maggiormente "hard-nosed" alla rinnovata (nei vertici, nelle funzioni e anche nello spirito) Autorità nazionale anticorruzione, la possibilità che *whistleblower* (4) e avvocati dello Stato le segnalino illeciti o irregolarità; le sanzioni pecuniarie, che l'Autorità incamererà per spese di funzionamento e renderà semestralmente sul proprio sito internet, a carico del soggetto che omette di adottare il piano triennale anticorruzione, quello triennale di trasparenza o il codice di comportamento; il trasferimento, dal Dipartimento della funzione pubblica, di tutte le competenze in materia di trasparenza (5) e prevenzione della corruzione. Inoltre, alla relazione sull'attività svolta che l'Anac presenterà ogni anno si aggiungeranno note sulle «possibili criticità del quadro amministrativo e normativo che rendono il sistema dell'affidamento dei lavori pubblici vulnerabile a fenomeni di corruzione» (6).

L'Autorità anticorruzione, poi, riconsegna al governo le funzioni di indirizzo in tema di qualità dei servizi pubblici e sua misurazione e al Dipartimento della funzione pubblica quelle relative alla misurazione e alla valutazione della *performance* amministrativa introdotte dalla riforma Brunetta (7). Queste, a testimonianza di un giudizio largamente insoddisfacente sul sistema di valutazione a soli cinque anni dalla sua introduzione (8), saranno ogget-

tato sui contratti pubblici, vol. I, Milano, 2008, 630 ss.

(2) Il personale in servizio al 31 dicembre 2013, così come riportato dal sito internet dell'Autorità (http://www.anticorruzione.it/?page_id=1241), contava 24 persone, compreso quello comandato e i contrattisti a tempo determinato. L'organico della ex Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, al 31 marzo 2014 (<http://www.avcp.it/portal/public/classic/Autorita-Trasparente/DotazioneOrganica>), contava 305 persone in servizio e 8 contrattisti.

(3) Ampio spazio al tema è dedicato in AA.VV., *Il decreto "spending review"*, in questa *Rivista*, 2012, 12, 1161 e ss.

(4) Visto l'art. 31 dello stesso decreto che modifica l'art. 54-bis del Testo unico del pubblico impiego aggiungendo l'Anac al novero dei soggetti che possono ricevere segnalazioni di illeciti sul modello del *whistleblowing* introdotto dalla legge anticorruzione (6 novembre 2012, n. 190). Su punti di forza e di debolezza dell'istituto, in particolare, R. Cantone, *La tutela dei whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. 165/2001*, in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 243 ss. Sul fronte della riflessione della dottrina straniera, utile il rinvio a R.G. Vaughn, *The successes and failures of whistleblower laws*, Cheltenham-Northampton, Edward Elgar, 2012, *passim*.

(5) Il decreto n. 90, all'art. 24-bis, riscrive l'art. 1 del Testo unico della trasparenza per finalità di chiarificazione dell'ambito di applicazione soggettivo delle norme ivi contenute, visti i dubbi interpretativi che una circolare del Dipartimento della funzione pubblica (14 febbraio 2014, n. 1, "Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione delle regole di trasparenza di cui alla legge 6 novembre 2012, n. 190, e al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33: in particolare, agli enti economici e le società controllate e partecipate") aveva fatto emergere. In particolare,

l'art. 24 bis precisa che per amministrazioni pubbliche si intendono quelle elencate all'art. 1, c. 2, del Testo unico del pubblico impiego, comprese le autorità indipendenti o di regolazione e vigilanza; che gli enti di diritto pubblico, siano essi nazionali, regionali o locali, sono soggetti alla disciplina della trasparenza se e in quanto istituiti, vigilati, finanziati da una pubblica amministrazione o se i suoi amministratori sono da questa nominati; che gli enti di diritto privato controllati, limitatamente all'attività di pubblico interesse, sottoposti a controllo o i cui vertici o componenti di organi sono nominati da una pubblica amministrazione, sono anch'essi sottoposti alla disciplina della trasparenza; che le società partecipate in via non maggioritaria sono soggette alla disciplina anticorruzione (art. 1, commi da 15 a 33, della legge anticorruzione) limitatamente all'attività di pubblico interesse.

(6) Ciò a riprova del fatto che, se è vero che il Parlamento ha ormai perso interesse per le indagini conoscitive e il governo fa sovente a meno di commissioni di studio (a tal proposito, S. Cassese, *La scienza giuridica: fiori senza radici*, in questa *Rivista*, 2014, 2, in part. 196), è anche vero che l'amministrazione può raccogliergli il testimone. In questa prospettiva, l'eventuale mancata traduzione in atti amministrativi o disposizioni di legge delle raccomandazioni dell'Anac costringerà il legislatore a renderne conto, quantomeno, di fronte all'opinione pubblica.

(7) Data la vastità della letteratura in tema, sia consentito il solo rinvio a G. Gardini, S. Battini (a cura di), *Il nuovo assetto del pubblico impiego dopo la riforma Brunetta, Quaderni della Spisa*, Bologna, Bononia University Press, 2012.

(8) Le cui anticipazioni si possono rinvenire, *ex multis*, in S. Battini, *La "riforma Brunetta" del lavoro pubblico*, in questa *Rivista*, 2010, 1, 5, nonché A. Garilli, *Il dirigente pubblico e il si-*

to di apposito riordino mediante regolamento governativo da emanarsi entro il 25 dicembre 2014. Esso sarà ispirato a criteri di semplificazione degli oneri a carico delle amministrazioni, valorizzazione dei premi per la *performance* e utilizzo delle risorse rivenienti dai piani di razionalizzazione della spesa eventualmente adottati dalle singole amministrazioni (9), integrazione del ciclo della *performance* con la programmazione finanziaria, raccordo con i controlli interni, revisione della disciplina della valutazione indipendente (10).

Un presidio amministrativo stabile e le deroghe per i grandi eventi

L'attenzione che il decreto presta alla realizzazione dei lavori per Expo 2015, evento che è stato oggetto di una stratificata legislazione speciale sin dal 2007 (11), è testimoniata dalla circostanza per cui lo stesso articolo che ricostruisce le fondamenta della ex Civit e dell'Avcp dispone che il Presidente dell'Anac formuli proposte al Commissario uni-

co delegato del governo e alla società Expo 2015 per la «corretta gestione delle procedure d'appalto per la realizzazione dell'evento» (12) e segnali eventuali omissioni in relazione agli obblighi previsti dal Testo unico della trasparenza (13).

L'attenzione appare rafforzata, inoltre, dal fatto che tra le misure relative all'esecuzione di opere pubbliche, servizi e forniture (Titolo III, Capo II, del decreto), tre delle otto previste (artt. 30, 33 e 34) sono dedicate all'esposizione universale. In particolare, per fare in modo che il Presidente dell'Anac svolga funzioni di alta sorveglianza (14), sono state previste la costituzione di una Unità operativa speciale (15) e l'attribuzione allo stesso Presidente di alcuni poteri: di verifica preventiva della legittimità degli atti di gara relativi a lavori, servizi e forniture connessi all'evento; di verifica del rispetto degli obblighi di trasparenza e dell'adempimento di quelli contenuti nei protocolli di legalità predisposti dalla prefettura di Milano; di ispezione *sur place* ed accesso alla Banca dati nazionale dei

stema di misurazione e valutazione della performance organizzativa della p.a., in *Giur. it.*, 2010, 1, 12: «dalla lettura sistematica di tutto l'ordito normativo, emerge l'immagine di un dirigente schiacciato all'interno di un sistema di regole organizzative e procedurali che ne limitano fortemente l'autonomia e la funzione manageriale. L'attività di valutazione rischia di produrre conseguenze meccaniche e indifferenziate [...], senza che siano previsti dei correttivi che tengano conto delle peculiarità delle singole amministrazioni o dell'eventuale assenza di nullafacenti».

(9) Art. 16, commi 4 e 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

(10) Il governo ha poi colto l'occasione per sopprimere il Comitato tecnico-scientifico per il controllo strategico nelle amministrazioni dello Stato, istituito nel 2006, e per trasferire le funzioni di supporto al controllo, delegate di volta in volta ad autorità politica, alla Presidenza del Consiglio - Ufficio per il programma di governo (art. 19, commi 14 e 14-bis, del decreto n. 90).

(11) L'Expo è stato dichiarato grande evento nel 2007 (d.P.C.M. 30 agosto 2007). Tra le deroghe più rilevanti in tema di localizzazione e realizzazione di opere pubbliche, basti ricordare che i provvedimenti del commissario straordinario del governo (ordinanze nn. 3900 e 3901 del 5 ottobre 2010, i cui effetti sono stati salvaguardati dal decreto-legge 15 maggio 2012, n. 59) sostituiscono ad ogni effetto di legge accordi, pareri, intese, nulla osta, autorizzazioni e concessioni o atti e provvedimenti di competenza di organi statali, regionali, provinciali e comunali. Le opere necessarie per la realizzazione del sito espositivo, individuate con apposito provvedimento commissariale, possono essere localizzate, approvate e dichiarate di pubblica utilità, indifferibilità ed urgenza, anche se non incluse in atti di programmazione del comune di Milano e di altre amministrazioni interessate, con facoltà di deroga alla disciplina ordinaria.

(12) Le raccomandazioni sono state redatte dal Presidente dell'Anac il 7 luglio 2014 e inviate al Commissario. Queste, in numero di sei, comprendono l'aggiornamento del modello di prevenzione introdotto dalla disciplina della responsabilità degli enti nel 2001 rispetto a quello previsto dalla legge anticorruzione del 2012; l'adozione di specifiche regole di trasparenza con rife-

rimento a tutte le gare per appalti e forniture; la previsione e pubblicazione della motivazione, anche se sintetica, per cui si utilizzano i poteri di deroga al Codice dei contratti pubblici; la previsione in tutti i bandi, gli avvisi, le lettere di invito o nei contratti adottati di una clausola risolutiva del contratto a favore della stazione appaltante in caso di violazione di alcune clausole del protocollo di legalità stipulato con la Prefettura di Milano; la previsione in tutti i bandi, gli avvisi, le lettere di invito della regola per cui le gravi inosservanze delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara; l'impegno a stipulare un patto aggiuntivo al protocollo di legalità con il Prefetto di Milano che preveda l'esclusione dalla gara di coloro che abbiano commesso fatti di corruzione o di turbativa della libertà degli incanti e la previsione che l'eventuale scoperta dei fatti illeciti comporti l'esclusione dalla gara o la risoluzione immediata del contratto.

(13) Solo in relazione alla pubblicazione dei dati relativi agli enti pubblici vigilati, agli enti di diritto privato in controllo pubblico, alle partecipazioni in società di diritto privato e ai componenti degli organi di indirizzo politico. Così dispone il decreto legge n. 90 all'art. 19, c. 7, richiamando gli obblighi, e le relative sanzioni, previste dall'art. 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.

(14) Si vedano, a questo proposito, le *"Linee guida per l'esercizio dei compiti di alta sorveglianza e di garanzia della correttezza e della trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento Expo Milano 2015"* del 17 luglio 2014. Esse disciplinano lo svolgimento delle attività di sorveglianza e di verifica del Presidente dell'Anac e dell'Unità operativa speciale per Expo 2015, elencando gli atti sottoposti a verifica preventiva di legittimità (art. 3) e quelli non sottoposti (art. 6), disponendo la creazione di una piattaforma informatica per la condivisione dei documenti da esaminare (art. 4) e definendo le fasi del procedimento di verifica (art. 5).

(15) Istituita dal Presidente dell'Anac con delibera n. 101/2014 e composta in prevalenza da personale dell'Autorità, anche in comando, e da personale della Guardia di finanza, per un totale di undici membri a seguito dell'integrazione disposta dal Presidente dell'Autorità in data 2 settembre 2014.

contratti pubblici e della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia.

Inoltre, per proteggere le risorse della società per azioni Expo, il decreto ha previsto la possibilità che questa possa chiedere un parere all'Avvocatura dello Stato in caso di transazione di controversie relative a diritti soggetti. Per controllare il modo in cui le risorse sono impiegate in compensi, infine, nella contabilità speciale del Commissario unico rientreranno i denari spesi per i componenti della sua segreteria e per gli ulteriori incarichi "per specifiche professionalità" di cui deve darsi conto sul sito internet di Expo Milano 2015.

Ad una prima lettura, le disposizioni appena richiamate potrebbero apparire solo la risposta urgente a situazioni di accertato malaffare dal notevole impatto mediatico. Che, tuttavia, quelle relative alle funzioni di alta sorveglianza attribuite al Presidente dell'Anac possano rappresentare il perno attorno al quale costruire, con apposito strumento normativo che chiami in causa l'Autorità quando si deroga la disciplina dei contratti pubblici, un modello di prevenzione per la realizzazione dei c.d. "grandi eventi" o pronto all'uso al verificarsi di situazioni d'emergenza che richiedono lavori pubblici, è circostanza di non poco conto. Non si dubita che, in determinati casi, sia necessario appaltare un lavoro o una fornitura in tempi che i normali procedimenti di affidamento renderebbero troppo lunghi rispetto alla natura degli eventi. Non si dubita neppure, d'altro canto, che una volta fuse le competenze in materia di lotta alla corruzione e vigilanza sul settore delle commesse pubbliche in un'unica amministrazione, il presidio amministrativo stabile che ne deriva, a cui il decreto dà nuova linfa, possa adoperarsi per bilanciare i rischi di corruzione e *maladministration* che l'urgenza o l'emergenza sovente si portano dietro (16).

Un insieme di strumenti "per l'incentivazione della trasparenza e della correttezza" negli appalti

Vi sono quattro disposizioni contenute nel Titolo III (17) del decreto che possono essere lette con-

giuntamente. L'incentivo alla trasparenza e alla correttezza che dovrebbe derivare dalle norme ri-siede, essenzialmente, nella loro forza deterrente, visto che presentano una spiccata carica sanzionatoria (18). Da un lato, il legislatore ha rafforzato il sistema delle c.d. *white list* (art. 29). Dall'altro, sono stati introdotti nell'ordinamento strumenti del tutto nuovi, somiglianti ad una sorta di *tutorship* pubblica delle imprese soggette ad infiltrazioni criminali o ad episodi di corruzione o malaffare (art. 32). In più, è stato previsto un ampio intervento in tema di monitoraggio finanziario dei lavori relativi ad infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi (art. 36). Infine, è stata disposta la comunicazione delle varianti in corso d'opera all'Anac "per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza" (art. 37). A queste disposizioni se ne aggiunge un'altra (art. 35) che, oltre ad avere più ampia portata, integra i requisiti di ordine generale per la partecipazione ad una gara pubblica, impedendo "ogni operazione economica o finanziaria" con i soggetti che non osservano gli obblighi di adeguata verifica del titolare effettivo previsti dalla disciplina antiriciclaggio (19).

Nel complesso, le disposizioni appena richiamate, nel primo e nel terzo caso, cercano di rimediare ad altrettanti problemi emersi in sede di applicazione degli istituti considerati sin dalla loro origine (il volontarismo che ha contraddistinto l'iscrizione delle imprese all'interno delle liste bianche ed il disallineamento della disciplina primaria vigente rispetto alla delibera n. 45 del 2011 del Comitato interministeriale per la programmazione economica, la quale recepisce a sua volta prassi prefettizie). Nel secondo caso, producendo effetti sul rapporto tra esigenze di prevenzione e tutela dell'iniziativa economica privata, le disposizioni consegnano nelle mani del Presidente dell'Anac e dei Prefetti un nuovo strumento di contrasto all'illegalità in una tripla versione: intimazione prefettizia di sostituzione degli organi sociali, affiancamento di esperti, amministrazione diretta prefettizia limitata ai singoli appalti o concessioni. Nel quarto caso, infine, cercano di opporre al rischio di corruzione che sovente è determinato da un uso disinvolto, quando

(16) Circostanza sottolineata anche da A. Fioritto, *L'amministrazione delle emergenze tra autorità e garanzia*, Bologna, 2008, in part. 230 ss.

(17) "Misure urgenti per l'incentivazione della trasparenza e correttezza delle procedure nei lavori pubblici".

(18) Sul bilanciamento tra prevenzione e repressione, G. Castronovo, *Corruzione nel campo degli appalti pubblici: i termini del problema*, in *Amministrazione italiana*, 1993, 3, 391-410, nonché M. Golden, L. Picci, *Corruption and the Management*

of Public Works in Italy, in S. Rose-Ackerman (ed. by), *International Handbook of Economic Corruption*, New York, Edward Elgar Publisher, 2006, 104 ss.

(19) Decreto legislativo 21 novembre 2007, n. 231, il quale dà attuazione della direttiva 2005/60/CE concernente la prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, nonché della direttiva 2006/70/CE che reca misure di esecuzione.

non illecito, delle varianti in corso d'opera una sorta di controllo successivo di legittimità, seppur dall'incisività limitata in termini di sindacato, affidato all'Autorità nazionale anticorruzione.

Passando, in ordine, alla disamina dei soli artt. 29, 32, 36 e 37, può ricordarsi preliminarmente che la legge anticorruzione era già intervenuta in materia di liste bianche (art. 1, c. 52) (20): il decreto n. 90 sostituisce per intero le disposizioni ivi contenute. Per le attività che la stessa legge del 2012 definisce come "maggiormente esposte al rischio di infiltrazione mafiosa" (c. 53) (21), il cui novero può essere aggiornato entro il 31 dicembre di ogni anno mediante procedimento aggravato (22), le Prefetture competenti per territorio curano *white list* settoriali, da intendersi come obbligatorie: una impresa che vi risulta iscritta, e che diversamente non potrebbe offrire prestazioni al contraente pubblico per quella tipologia di lavoro o fornitura, soddisfa i requisiti per ottenere l'informativa antimafia liberatoria (che si confonde pienamente con l'atto di iscrizione alla lista). Le Prefetture, poi, effettuano controlli periodici circa la sussistenza dei requisiti di ciascun operatore.

Il legislatore del 2012 aveva immaginato liste obbligatorie, sul modello di un vero e proprio albo, e avviato l'automatismo dei controlli, sebbene su presupposti basati solo sul tipo di attività imprenditoriale. Il decreto n. 90 compie alcuni passi in avanti, rafforzando il sistema delle liste di imprese "pulite" e colmando alcuni vuoti interpretativi.

In primo luogo, specifica che l'informazione antimafia liberatoria, per le attività di cui si è detto, deve essere acquisita obbligatoriamente a prescindere dalla soglia di rilevanza dell'appalto.

In secondo luogo, indica che l'informazione è acquisita da parte delle amministrazioni cui il Codice delle leggi antimafia fa esplicito riferimento (23) mediante consultazione, anche telematica, delle liste bianche e che l'informazione eventualmente interdittiva segue i termini già previsti dal Codice, all'art. 92, commi 2 e 3 (24), per le informazioni rilasciate a seguito del procedimento tradizionale.

In terzo luogo, prevedendo l'ultrattività degli effetti delle informative conseguenti all'iscrizione in una lista bianca prefettizia, dispone che, ai fini della stipula, approvazione o autorizzazione di contratti e subcontratti relativi ad attività *diverse* da quelle associate alla singola lista (ed elencate nella legge anticorruzione), l'iscrizione equivale ad informazione liberatoria.

In quarto e ultimo luogo, proprio in ragione del progressivo abbandono di un sistema imperniato sull'iscrizione volontaria, il decreto prevede che i soggetti tenuti all'acquisizione della documentazione antimafia, in prima applicazione e comunque non oltre il 25 giugno 2015, debbano accertare preventivamente la domanda di iscrizione alle liste da parte delle imprese per poter validamente affidare i contratti o autorizzare i subcontratti e comunicare di essere in attesa del provvedimento di iscrizione alla competente Prefettura. Gli effetti dell'eventuale emersione di cause ostative all'iscrizione sono quelli già previsti dal Codice delle leggi antimafia (art. 94, commi 2 e 3): revoca o recesso, fatta salva la corresponsione delle somme per le prestazioni già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione di quelle non ancora concluse; valutazione discrezionale da parte dell'ammi-

(20) In relazione agli interventi del legislatore del 2012 in tema di appalti, G. M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici* (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58), in B.G. Mattarella, M. Pelissero (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 125-151.

(21) Trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; noli a freddo di macchinari; fornitura di ferro lavorato; noli a caldo; autotrasporti per conto di terzi; guardiania dei cantieri.

(22) Decreto del Ministro dell'interno, adottato di concerto con i Ministri della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dell'economia e delle finanze, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, da rendere entro trenta giorni dalla data di trasmissione del relativo schema alle Camere e da intendersi come favorevole decorso infruttuosamente il termine.

(23) Art. 83, commi 1 e 2, del Codice: pubbliche amministrazioni, enti pubblici anche costituiti in stazioni uniche appal-

tanti, enti e aziende vigilati dallo Stato o da altro ente pubblico, società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altro ente pubblico, concessionari di opere pubbliche, contraenti generali.

(24) Quando dalla consultazione della banca dati emerge la sussistenza di cause di decadenza, di sospensione o di divieto o di un tentativo di infiltrazione mafiosa, il Prefetto rilascia l'informazione antimafia interdittiva entro 45 giorni dal ricevimento della richiesta. Quando le verifiche disposte sono particolarmente complesse, egli ne dà immediata comunicazione all'amministrazione interessata e le fornisce le informazioni acquisite entro i successivi 30 giorni. Decorso il termine di 45 (o 30) giorni ovvero, nei casi di urgenza, decorso il termine di 15 giorni dalla ricezione della richiesta, i soggetti appaltanti procedono anche in assenza dell'informazione antimafia. In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni e le altre erogazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e gli stessi soggetti revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite.

nistrazione, in caso di opere in ultimazione, della possibilità di non interrompere il rapporto negoziale se il soggetto in questione non è sostituibile in tempi rapidi.

Il decreto n. 90, come anticipato, introduce nell'ordinamento istituti assolutamente nuovi che hanno già trovato pronta applicazione (25). Si tratta, come anticipato, di «misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione». Per la forte incidenza che tali misure hanno sul rapporto tra autorità e libertà, esse meritano particolare attenzione, sebbene se ne possa, in questa sede, studiare il solo tenore letterale e poche delle molte implicazioni sul piano dei presupposti all'esercizio del potere, del procedimento e della loro carica generatrice di potenziale contenzioso (26).

Anzitutto, il decreto individua due presupposti *alternativi* all'attivazione delle misure. Il primo si riferisce all'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria indagherà per i delitti di concussione, corruzione, traffico di influenze, turbata libertà degli incanti o del procedimento di scelta del contraente (27). Il secondo è relativo all'emersione di «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali» attribuibili ad un aggiudicatario di appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, ad un concessionario o ad un contraente generale. A carico di tali soggetti, e a prescindere dalla sussistenza del primo o del secondo presupposto, devono comunque emergere «fatti gravi e accertati». All'accertata presenza di almeno uno dei presupposti segue una comunicazione al Procuratore della Repubblica da parte del Presidente dell'Anac.

Il Presidente può quindi proporre al Prefetto competente per il territorio in cui ha sede l'impresa l'attivazione alternativa di misure, ad efficacia limitata alla sola esecuzione, volte all'intimazione di sostituzione degli organi sociali da parte della stessa

impresa o alla sua straordinaria gestione mediante amministratori appositamente nominati. Quest'ultima misura può essere adottata anche se l'impresa in questione non ottempera l'intimazione prefettizia entro trenta giorni. È il Prefetto che, sebbene non possa agire senza ricevere dal Presidente dell'Anac apposita richiesta, accerta i presupposti di cui si è detto, prodromici all'attivazione della misura *soft* (intimazione di sostituzione) o di quella *hard* (amministrazione prefettizia), che valuta la gravità dei fatti sintomatici di illecito, che intima all'impresa coinvolta la sostituzione degli organi sociali e che nomina gli amministratori in caso di inottemperanza, che gradua, infine, la durata della misura in ragione delle «esigenze funzionali» legate alla prestazione o all'oggetto del contratto.

Di fatto, il procedimento istruito dall'Anac e quello istruito dall'ufficio territoriale del governo, distinti ma teleologicamente collegati, si fondano sulla valutazione dell'esistenza dei medesimi presupposti (valutazione che può ben condurre ad esiti divergenti, sebbene sia difficile immaginare un conflitto aperto tra autorità, specialmente nell'attuale momento storico). L'uno, tuttavia, è condizione necessaria per l'altro.

Presupposto della richiesta del Presidente dell'Anac al Prefetto può anche non essere l'avvio di un'indagine da parte dell'autorità giudiziaria per uno dei reati indicati dalla disposizione, essendo sufficiente che vengano rilevate «situazioni anomale» cui si aggiungono necessariamente, come detto, «fatti gravi e accertati». Il *fumus* richiesto, stante il tenore letterale della norma, è vicino a quello dei gravi indizi di colpevolezza di cui al Codice di procedura penale (art. 273 ss.) ma non così vicino da abbandonare quello, molto meno garantista, della «qualificata probabilità» di illecito che, fondato sulla nozione giurisprudenziale di pericolo, sorregge l'adozione delle informative prefettizie (28).

(25) Nel momento in cui si scrive, l'applicazione di tali istituti è stata richiesta ed ottenuta in due occasioni. Le richieste sottoscritte dal Presidente dell'Anac e i decreti prefettizi di attuazione sono consultabili sul sito internet dell'Autorità (<http://www.anticorruzione.it/>).

(26) M. Clarich, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corr. giur.*, 2002, 10, 1401 ss., secondo cui l'equilibrio tra flessibilità e rigidità procedurale riflette quello, più generale, tra autorità e libertà.

(27) Più precisamente, si tratta dei reati di concussione; corruzione per l'esercizio della funzione; corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio; corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio avente ad oggetto il conferimento di pubblici impieghi stipendi o pensioni, la stipulazione di contratti, nonché il pagamento o il rimborso di tributi; corruzione in atti giu-

diziari; induzione indebita a dare o promettere utilità; corruzione di persona incaricata di un pubblico servizio; istigazione alla corruzione; peculato; concussione; induzione indebita a dare o promettere utilità; corruzione e istigazione alla corruzione di membri degli organi delle Comunità europee e di funzionari delle Comunità europee di Stati esteri; traffico di influenze; turbata libertà degli incanti; turbata libertà di scelta del procedimento del contraente.

(28) In argomento, G. Corso, *La normativa antimafia*, in M. A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, tomo V, Milano, 2008, 3428-3429; E. Leotta, *I poteri certificativi del Prefetto quali strumenti di contrasto alla criminalità organizzata: inquadramento sistematico ed aspetti problematici*, relazione alla conferenza nazionale «Le nuove disposizioni penali in materia di sicurezza pubblica. Strumenti e poteri di pre-

Sul piano patrimoniale, quando il Prefetto nomina gli amministratori, adoperando lo strumento più forte che la *tutorship* pubblica di cui si è detto ha introdotto, si costituisce una sorta di *blind trust* con una doppia funzione: da un lato, la protezione delle risorse pubbliche impiegate per il singolo contratto pubblico e, dall'altro, la sottrazione di diritti di natura patrimoniale ad individui su cui gravano, come minimo, situazioni anomale sintomatiche di illeciti e, al contempo, fatti gravi e accertati di reato. Gli amministratori, per la durata della misura prefettizia *extra ordinem*, subentrano pienamente nei poteri di disposizione e gestione dell'impresa e, in caso di società, non rispondono all'assemblea, le cui funzioni sono sospese. Inoltre, l'attività degli amministratori è da considerarsi di pubblica utilità, con gli effetti derogatori e in termini di specialità del regime giuridico applicabile che ciò comporta. Essi, cui spetta un compenso a carico dei pagamenti dell'impresa parametrato rispetto a quello degli amministratori giudiziari, rispondono di eventuali diseconomie di gestione solo in caso di dolo o colpa grave. Sino all'esito del giudizio in sede penale o dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva, l'utile d'impresa derivante dal contratto di appalto in questione è accantonato in apposito fondo ed è protetto: non può essere né distribuito, né pignorato.

Il decreto ha disposto, inoltre, la necessaria sostituibilità del "sistema" della *tutorship* rispetto a quello dell'amministrazione dei beni confiscati alla criminalità organizzata introdotto nell'ordinamento italiano nel 2010: il provvedimento di confisca, sequestro o amministrazione giudiziaria dell'impresa nel quadro di procedimenti penali o dell'applicazione di misure di prevenzione determina la revoca (o comunque la cessazione d'efficacia) delle misure prefettizie.

Non si mette in dubbio che lo strumento della *tutorship* rappresenti una delle frontiere più avanzate in tema di prevenzione dell'illegalità nel settore degli appalti e delle concessioni. Anzi, si tratta di una misura tanto efficace, perché rapida, quanto chirurgica, poiché limitata a singoli appalti o concessioni e in ogni caso efficace non oltre il collaudo. Il punto è un altro: se si decide che le ragioni della prevenzione debbano prevalere, in questo ca-

so, su quelle della libertà imprenditoriale, occorre accollarsi i rischi che ne derivano. Da un lato, infatti, l'adozione delle misure si basa sia su decisioni dalla notevole carica discrezionale, seppur inferiore a quella che ha contraddistinto il criticato sistema delle informazioni prefettizie atipiche (29), sia sul debole o pronunciato *self-restraint* di quello che sembra a tutti gli effetti un organo monocratico (il Presidente dell'Anac). Dall'altro, dati questi presupposti, all'Autorità anticorruzione, ai Prefetti e ai privati si aggiungeranno certamente altri attori, i giudici, a chiusura di un sistema fortemente esposto al rischio di contenzioso, direttamente proporzionale all'attivismo di cui si è detto e foriero di tempi lunghi ed eventuali risarcimenti a carico della finanza pubblica. L'esistenza dei rischi cui si è fatto riferimento non è però un motivo sufficiente per dubitare dell'efficacia dello strumento. Tuttavia, è bene considerarne i risvolti.

Il decreto n. 90 introduce, altresì, una forma di *tutorship* più morbida, definita di "sostegno e monitoraggio". Il Prefetto, qualora le indagini alla base dei presupposti per l'attivazione delle misure *soft* o *hard* riguardino organi societari diversi da quelli di cui all'art. 32, comma 1, può nominare fino a tre esperti che accompagnino l'impresa in un percorso di revisione virtuosa di prassi e organizzazione aziendale.

Ora, il comma 1 non elenca una tassonomia di organi sociali di cui il Prefetto può ordinare la sostituzione (o che egli stesso può sostituire mediante la nomina di amministratori). Si pone, evidentemente, un problema di coordinamento: posto che, sulla base di un'interpretazione letterale dell'art. 32, c. 1, lett. a) e b), si può inferire che le misure prefettizie possano avere ad oggetto gli organi societari *necessari*, può ipotizzarsi che solo se le indagini (quindi solo questa fase del procedimento penale e non la verifica di situazioni anomale sintomatiche o di fatti gravi e accertati) riguardano componenti di organi sociali *non necessari* il Prefetto possa nominare gli esperti che dovranno fornire all'impresa «prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo». Il Prefetto può quindi nominare consulenti, il cui compenso è a carico dell'impresa e

venzione antimafia", Siracusa, 25-27 giugno 2010, disponibile su www.giustizia-amministrativa.it; S. Gambacurta, *La prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata negli appalti pubblici e nelle attività economiche*, in F. Ramacci, G. Spangher (a cura

di), *Il sistema della sicurezza pubblica*, Milano, 2010, 301 ss.

(29) Sul punto, R. Cantone, *La riforma della documentazione antimafia: davvero solo un restyling?*, in questa *Rivista*, 2013, 8-9, 888.

parametrato rispetto a quello degli amministratori giudiziari ma mai superiore al 50% di quello ad essi liquidabile, con funzioni di *compliance* aziendale rispetto ai noti modelli introdotti nel 2001 parallelamente alla disciplina della responsabilità delle società e degli enti. Che essi, dall'interno dell'impresa, possano agire sottotraccia per segnalare eventuali illeciti, anche come *whistleblower*, è circostanza non banale.

Va rimarcato, infine, che tutte le misure di cui si discute possono seguire anche all'emanazione di una informazione prefettizia interdittiva: in questo caso, e solo se ricorrono presupposti di urgenza relativa al completamento dell'esecuzione ed altri, più vaghi, concernenti la continuità di servizi e funzioni indifferibili, la salvaguardia dell'occupazione e dei bilanci pubblici, la presenza di una prestazione in corso di ultimazione ed essenziale per l'interesse pubblico, nonché l'impossibilità di sostituire il contraente in tempi rapidi, il Prefetto le assume di propria iniziativa e ne informa il Presidente dell'Anac. L'efficacia delle misure cessa in tre casi: passaggio in giudicato della sentenza di annullamento dell'informazione prefettizia, passaggio in giudicato dell'ordinanza che ne dispone la sospensione degli effetti in via cautelare, aggiornamento del contenuto dell'informazione (come disposto dal Codice delle leggi antimafia, ciò avviene su iniziativa di parte o d'ufficio).

All'interno di una delle poche disposizioni di questa parte del decreto non emendate dal Parlamento in sede di conversione, il governo ha ritocato ed aggiornato la disciplina del monitoraggio finanziario dei lavori relativi a infrastrutture strate-

giche e insediamenti produttivi, oggetto, negli ultimi anni, di una moltiplicazione di fonti di vario rango e di un notevole affastellamento normativo. Il decreto prevede che il monitoraggio dei flussi finanziari, sia nella versione che prevede l'utilizzo del Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici (Siope) per i pagamenti effettuati dai "responsabili" pubblici o privati delle opere infrastrutturali e degli insediamenti produttivi con utilizzo del mandato elettronico su cui deve essere obbligatoriamente riportato il Codice unico del progetto (30), sia in quella relativa agli accordi in materia di prevenzione e repressione della criminalità che il soggetto aggiudicatore che affida a contraente generale deve stipulare con gli "organi competenti" (31), segua le modalità individuate dal Cipe nella delibera n. 45 del 2011.

La disposizione del decreto n. 90 vale *pro futuro* (le stazioni appaltanti, infatti, adeguano gli atti generali di propria competenza alla delibera), ha altresì portata retroattiva (per i contratti stipulati anteriormente al 25 giugno 2014, le modalità di controllo dei flussi finanziari devono essere adeguate a quanto stabilito dal Comitato interministeriale), e impegna il Cipe ad aggiornare il sistema di monitoraggio sulla base della disciplina relativa alla valutazione degli investimenti in opere pubbliche (32), alla verifica dello stato di attuazione delle opere e dell'utilizzo dei finanziamenti nei tempi previsti, nonché a quanto disposto dallo stesso Cipe (33) in tema di completamento del Sistema di monitoraggio degli investimenti pubblici (Mip) e di utilizzo del Codice unico di progetto (Cup). Sono previste dal decreto apposite coperture (34): è

(30) Art. 161, c. 6-*bis*, del Codice dei contratti pubblici: «Per consentire il monitoraggio finanziario delle opere di cui al presente capo con il ricorso al Siope (Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici), tutti i soggetti responsabili di dette opere, anche diversi dalle pubbliche amministrazioni come definite secondo i criteri di contabilità nazionale SEC 95, dovranno procedere per i loro pagamenti in base alle procedure previste per il Siope e dovranno provvedere a far riportare anche il Cup (Codice unico di progetto) sui mandati informatici utilizzati per il pagamento dei fornitori».

(31) Art. 176, c. 3, lett. e), del Codice dei contratti pubblici. Il soggetto aggiudicatore provvede «alla stipulazione di appositi accordi con gli organi competenti in materia di sicurezza nonché di prevenzione e repressione della criminalità, finalizzati alla verifica preventiva del programma di esecuzione dei lavori in vista del successivo monitoraggio di tutte le fasi di esecuzione delle opere e dei soggetti che le realizzano. I contenuti di tali accordi sono definiti dal Cipe sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere, [...], in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva am-

missione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Le prescrizioni del Cipe a cui si uniformano gli accordi di sicurezza sono vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a qualunque titolo alla realizzazione dei lavori. Le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa comprendono il controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli concernenti risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori [...] e quelli derivanti dalla attuazione di ogni altra modalità di finanza di progetto. Il Cipe definisce, altresì, lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario, indicando i soggetti sottoposti a tale forma di controllo, le modalità attraverso le quali esercitare il monitoraggio, nonché le soglie di valore delle transazioni finanziarie oggetto del monitoraggio stesso [...]».

(32) Decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 228, e decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, emanati in attuazione di apposita delega contenuta nella legge di contabilità e finanza pubblica (31 dicembre 2009, n. 196).

(33) Delibera n. 124 del 2012.

(34) Circa 1,3 milioni di euro per il 2014 derivanti dalla riduzione del fondo destinato a coprire le assunzioni di personale a

venuto meno, almeno in questo caso, l'attacco alle clausole di invarianza finanziaria che ha contraddistinto le norme relative alla prevenzione della corruzione del 2012.

La delibera del Cipe di cui si discute, cui il monitoraggio finanziario dovrebbe aderire, ha carattere precettivo (e la necessaria portata generale, funzionale ad estenderne la portata all'intero sistema di monitoraggio dei lavori relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi) solo in alcune parti. In particolare, essa dispone la proroga della sperimentazione relativa alla tracciabilità dei flussi già avviata per la realizzazione della tratta T5 della linea C della metropolitana di Roma; la creazione di applicativi informatici appositamente dedicati (tra questi, uno che consenta forme automatiche di *warning* in caso di anomalie nei pagamenti); il subentro del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere (Casgo) nelle funzioni di coordinamento della sperimentazione; la prosecuzione della stessa, già avviata per la realizzazione della c.d. "variante di Cannitello", estesa a tutti i soggetti appartenenti alla filiera; l'utilizzo di conti correnti dedicati e di bonifici *Sepa on line* per i pagamenti ai fornitori; la previsione di apposite sanzioni in caso di violazione dei protocolli di legalità (risoluzione di contratti e subcontratti, applicazione di penali pecuniarie). Insomma, la disposizione in questione "positivizza" una tendenza del sistema preventivo, ossia la rimessione a prassi applicative, concordate tra soggetto aggiudicatore, contraente generale e Prefettura competente per territorio, del controllo *in itinere* dei pagamenti effettuati per la realizzazione di alcuni tipi di lavori pubblici.

Infine, una disposizione parzialmente riscritta in sede di conversione per rimpicciolirne l'oggetto introduce un obbligo di comunicazione delle varianti in corso d'opera, sebbene lasci sfumare i contorni del potere attribuito all'Autorità a fronte della co-

municazione sino all'indefinibilità. Entro 30 giorni dall'approvazione della variante da parte della stazione appaltante, fermi restando gli obblighi di comunicazione all'Osservatorio dei contratti pubblici, la stessa la trasmette all'Anac "per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza". La disposizione prevede che, per gli appalti sopra soglia, l'obbligo di comunicazione sussista per tre delle cinque tipologie di varianti che l'art. 132 del Codice dei contratti pubblici contempla (cause impreviste o imprevedibili o possibilità di utilizzare nuovi strumenti che determinino aumenti di qualità e non di costo, rinvenimenti o eventi imprevisti riguardanti i beni su cui si interviene, aumento notevole di onerosità per cause geologiche o idriche non previste dalle parti) (35) e che alla variante si accompagnino altri documenti (progetto esecutivo, atto di validazione, relazione del responsabile del procedimento). Per gli appalti sotto soglia, invece, sussiste un obbligo di comunicazione all'Osservatorio, la cui inosservanza è sanzionata pecuniariamente (36), di tutte le varianti di cui all'art. 132 del Codice "per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza dell'Anac".

Ebbene, prescindendo da considerazioni sul carico di lavoro che dalla disposizione deriverà e sui tempi necessari al suo smaltimento (37), il doppio binario creato dalla disposizione in questione presenta alcune difficoltà d'interpretazione.

In primo luogo, per gli appalti sopra soglia, prevede un obbligo di trasmissione all'Anac «fermo restando quanto previsto in merito agli obblighi di comunicazione all'Osservatorio» e, per quelli sotto soglia, un obbligo di trasmissione all'Osservatorio per le valutazioni e i provvedimenti di competenza dell'Anac. Osservatorio e Anac sono distinti solo funzionalmente (come del resto la "fusione per incorporazione" dell'Avcp da parte della ex Civit, prevista proprio dal decreto n. 90, conferma): un obbligo nei confronti dell'Osservatorio dovrebbe

tempo indeterminato delle amministrazioni soggette a limitazioni assunzionali relative a graduatorie approvate dopo il 30 settembre 2003, e, a regime, dal contributo dello 0,0006% versato dai soggetti aggiudicatari di cui all'art. 176 del Codice dei contratti pubblici a sostegno delle spese di monitoraggio e prevenzione dell'illegalità.

(35) L'obbligo di comunicazione esclude implicitamente il medesimo obbligo per le varianti derivanti da sopravvenute disposizioni legislative o regolamentari e dal manifestarsi di errori o di omissioni del progetto esecutivo che pregiudicano, in tutto o in parte, la realizzazione dell'opera ovvero la sua utilizzazione.

(36) Come disposto dall'art. 6, c. 11, del Codice dei contratti pubblici «Con provvedimento dell'Autorità, i soggetti ai quali è richiesto di fornire gli elementi di cui al comma 9 sono sottoposti alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro

25.822 se rifiutano od omettono, senza giustificato motivo, di fornire le informazioni o di esibire i documenti, ovvero alla sanzione amministrativa pecuniaria fino a euro 51.545 se forniscono informazioni od esibiscono documenti non veritieri. [...]».

(37) Nella *Relazione annuale* del 2012 dell'attività svolta dall'Avcp, si trovano dati delle varianti in corso d'opera relative alle sole opere della "legge obiettivo". Tra le opere in esecuzione o concluse (373 lotti), nel 56,3% dei casi è stata validata una variante, con frequenza maggiore per gli appalti di importo compreso tra 10 e 50 milioni di euro aggiudicati con procedure negoziate (72%) e criterio di aggiudicazione del massimo ribasso. In aggiunta, la stessa Autorità segnalava che "vengono spesso indicate cause impreviste ed imprevedibili che talvolta mascherano l'insufficiente capacità delle stazioni appaltanti di progettare opere pubbliche anche quando queste sono di importo non particolarmente elevato".

Normativa

Pubblica amministrazione

equivalere, sul piano degli effetti (ma anche del *drafting* normativo), ad un obbligo nei confronti dell'Anac.

In secondo luogo, una precisa scelta di politica legislativa ha escluso che, per gli appalti di importo e importanza maggiori, le stazioni appaltanti debbano comunicare le varianti relative a norme sopravvenute o a gravi errori od omissioni nel progetto esecutivo. Una scelta di pari grado ha incluso queste due tipologie di variante nella comunicazione relativa agli appalti sotto soglia (38). Una valutazione dell'Autorità sulla eventuale illegittimità di una variante per un errore nel progetto esecutivo, forse voluta a fini di ribasso in sede di gara e successiva artificiale lievitazione dei costi in fase esecutiva, sarebbe stata probabilmente funzionale al rafforzamento del sistema di prevenzione (39).

In terzo luogo, il riferimento alle “valutazioni” e agli “eventuali provvedimenti di competenza dell'Anac” appare vago. Forse lo è volutamente e lascia all'Autorità il più ampio margine di manovra. Tuttavia, come è noto, il legislatore non ha affidato al-

l'Avcp alcun potere di sindacato delle varianti in corso d'opera, né sotto il profilo della legittimità, né sotto quello del merito. È immaginabile che, a seguito dell'esame condotto dall'Autorità anticorruzione, essa possa segnalare eventuali profili di irregolarità o sospetta illiceità all'autorità giudiziaria.

Quest'ultima, in verità, è il convitato di pietra del decreto: per evitare che un'autorità amministrativa come l'Anac si ibridi con quella giudiziaria, le sinergie tra le due sono cruciali per l'efficacia degli strumenti preventivi e repressivi, nonché per il potenziamento della necessaria complementarietà tra attività amministrativa e giudiziaria. Inoltre, ciò che la lettura e la riconduzione a sistema delle disposizioni del decreto suggerisce è che non esista un'Autorità con più poteri, bensì un suo Presidente con maggiori prerogative. In futuro, a ordinamento fermo, la nomina di quest'ultimo condizionerà il modo in cui l'Autorità si farà carico dei propri compiti istituzionali, utilizzando con minore o maggiore *verve* gli strumenti che il legislatore le ha recentemente affidato.