

# *La riforma della disciplina dei contratti pubblici*

**Pierdaniilo Melandro**

**ITACA**



Istituto per l'innovazione e trasparenza degli appalti e la compatibilità ambientale

## Corruzione e distorsioni

1. Corruzione: intesa come qualsiasi distorsione dell'attività amministrativa a fini privati.
2. Corruzione – profili penalistici (artt. 318, 319, 319-ter codice penale).
3. Corruzione «amministrativa» (Funzione Pubblica – Circolare 1/2013 sulla legge n. 190/2012) > nozione ampia.
4. Distorsione delle procedure di gara a fronte di corruzione: artt. 353 (turbativa d'asta) e 353-bis (turbata libertà del procedimento di scelta del contraente).
5. Incidenza della corruzione: prima della gara, durante le fasi di impostazione della stessa (art. 353-bis c.p.) o nel corso della gara, per alterarne l'andamento (art. 353 c.p.).
6. Disposizioni del codice penale sono macro-parametri per rilevare i comportamenti impropri

## Corruzione e distorsioni

- Art. 353-bis codice penale - Turbata libertà del procedimento di scelta del contraente (cd. Bandi fotocopia) - **Prima della gara, durante le fasi di impostazione della stessa**
- *Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque con **violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti**, turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando o di altro atto equipollente al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della pubblica amministrazione è punito con la **reclusione da sei mesi a cinque anni** e con la **multa da euro 103 a euro 1.032***
- Il legislatore, per contrastare il deprecabile fenomeno della turbativa d'asta che nelle sue multiformi manifestazioni **può investire anche il procedimento formativo del bando di gara condizionandone il contenuto** in modo tale che un determinato soggetto possa essere favorito nell'aggiudicazione ancor prima dell'apertura della gara, mettendo il pericolo, da un lato, il buon andamento della pubblica amministrazione e, dall'altro, la libera concorrenza tra i partecipanti alla gara, preso atto dell'orientamento giurisprudenziale, ha introdotto la figura di reato descritta dall'art. 353 bis cod.pen., che, affiancando l'art. 353, **reprime le condotte di turbativa poste in essere antecedentemente alla pubblicazione del bando, che prima sfuggivano alla sanzione penale.**

## Corruzione e distorsioni

- La turbativa del procedimento di selezione del contraente riguarda **non solo i funzionari, ma anche gli amministratori** - Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza 22 ottobre - 7 novembre 2013, n. 44896
- L'azione consiste, dunque, nel turbare mediante atti predeterminati il procedimento amministrativo di formazione del bando, allo scopo di condizionare la scelta del contraente.
- Il delitto previsto dall'art. 353 bis cod.pen. è costruito, sulla stessa falsariga di quello previsto dall'art. 353, come reato di pericolo.
- Poiché il condizionamento del contenuto del bando è il fine dell'azione, è evidente che il reato si consuma indipendentemente dalla realizzazione del fine medesimo.

## Corruzione e distorsioni

- Per integrare il delitto, dunque, non è necessario che il contenuto del bando venga effettivamente modificato in modo tale da condizionare la scelta del contraente, né, a maggior ragione, che la scelta del contraente venga effettivamente condizionata.
- Ambito applicativo esteso:

Trova compiuta applicazione *“quando un bando (o altro atto equivalente) non sia stato adottato, anche ove la relativa procedura sia stata avviata senza essere però approdata al suo esito finale”* (Corte di Cassazione sent. n. 13432/2017)

## Corruzione e distorsioni

- **Corte di Cassazione, sez. VI Penale, sentenza 22 ottobre - 7 novembre 2013, n. 44896**
  - È sufficiente, invece, che si verifichi un turbamento del processo amministrativo, ossia che la correttezza della procedura di predisposizione del bando sia messa concretamente in pericolo.
  - Il che, nella fattispecie, è avvenuto quando il sindaco (o l'amministratore) ha consegnato la bozza del bando, frutto di collusione, al funzionario responsabile dell'ufficio competente per gli appalti pubblici, ordinando che fosse convertita senza modificazioni nel bando pubblico.
  - La disobbedienza del funzionario che rifiutò l'imposizione, ha impedito l'inquinamento del bando, ma non ha cancellato la turbativa oggettivamente arrecata al procedimento amministrativo mediante l'intervento diretto del sindaco sul funzionario a quel procedimento preposto.

## Conflitto di interessi

Nel previgente sistema normativo in materia di appalti pubblici, costituito dal D. Lgs. n. **163/2006** e dal D.P.R. n. 207/2010, **non si rinveniva una specifica previsione normativa del conflitto di interesse.**

Infatti, come efficacemente rappresentato dall'allora AVCP (oggi, ANAC) nel parere sulla normativa del 20/12/2007, rif. AG 17-07, **erano previste solo alcune (e, peraltro, disorganiche) ipotesi di conflitto di interesse:** nell'art. 84 del D. Lgs. 163/2006, per i componenti delle Commissioni di gara, e nell'art. 90, comma 8, per gli incarichi di progettazione; ma anche nell'art. 63 del D. Lgs. n. 267/2000 (il Testo Unico sugli Enti Locali) quando prevede tra i casi di incompatibilità per la carica di sindaco, presidente della provincia, consigliere comunale, provinciale o circoscrizionale, l'essere parte in appalti.

Pertanto, secondo l'Autorità, laddove non riconducibili a tali previsioni normative, le potenziali situazioni di conflitto di interesse configurabili nell'ambito delle procedure di gara, andavano valutate e risolte attraverso l'esame della giurisprudenza che, sul punto, secondo un orientamento allora costante e consolidato, riteneva che *“le situazioni di conflitto di interessi, **nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite**”* (Cons. Stato, sez. V, 19/09/2006, n. 5444).

## Conflitto di interessi

Dunque, al di là delle singole disposizioni normative, **si riteneva che ogni situazione che determinasse un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, fosse rilevante**, ciò in quanto, secondo costante affermazione della giurisprudenza, *“ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost.(Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giur., 26 aprile 1996, n. 83; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1995, n. 775), tanto che le regole sull’incompatibilità, oltre ad assicurare l’imparzialità dell’azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563)”*.

Alla luce di tali insegnamenti giurisprudenziali, pertanto, ai fini della configurabilità di un conflitto di interesse, non occorre sindacare se in concreto avesse avuto luogo la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento, **doendosi ritenere sufficiente la sussistenza di un ragionevole dubbio circa la possibilità che ciò potesse avvenire**, in quanto ciò è già di per se stesso idoneo a ledere il principio che vuole l’immagine della Pubblica Amministrazione al di sopra di ogni sospetto.

Riferendo tali argomentazioni alla specifica materia degli appalti pubblici, dunque, l’Autorità concludeva nel senso di ritenere che **la sola potenziale violazione dei principi di buon andamento e imparzialità nonché del principio della parità di trattamento che deve presiedere le procedure ad evidenza pubblica, fosse sufficiente a configurare un conflitto di interesse e dunque a ritenere inammissibile la partecipazione ad esse del soggetto in potenziale conflitto.**



## Conflitto di interessi

- Con il D. Lgs. n. 50/2016, è stata però finalmente introdotta una specifica previsione normativa del conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di gara (art. 42), facendone derivare precisi obblighi e sanzioni (artt. 42 e 80).
- Infatti, ai sensi del comma 2 dell'art. 42 – che disciplina le modalità per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici –
- *“Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, **ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione.** In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62”.*

## Conflitto di interessi

- *“Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico”* (art. 42, comma 3).
- E qualora *“la partecipazione dell’operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell’articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile”*, **le stazioni appaltanti lo escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto** (art. 80, comma 5, lett. d, D. Lgs. n. 50/2016).

Su tale previsione normativa ed i suoi effetti escludenti nei termini sopra indicati, si è pronunciato il TAR Pescara, che, con la sentenza del 9 gennaio 2017, n. 21, ha chiarito, estendendone la portata, che:

1. **il riferimento, contenuto nell’ultimo periodo del comma 2 dell’art. 42, alle ipotesi previste dall’art. 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62, costituisce un rinvio ampliativo ed esemplificativo e non limitativo, come si evince dall’uso della locuzione “in particolare”;**
2. **l’art. 42 si riferisce al personale ma in senso lato, cioè non solo a soggetti titolari di un contratto di lavoro dipendente con gli enti coinvolti, ma anche, e a maggior ragione, a coloro i quali, rivestendo una influente posizione sociale o di gestione amministrativa, hanno gioco forza un maggior “interesse finanziario, economico o altro interesse personale”;**
3. **l’obbligo di astensione, essendo, come noto, da un punto di vista del diritto amministrativo, posto a tutela di un pericolo astratto e presunto, non richiede la dimostrazione, volta per volta, del vantaggio conseguito con l’omessa astensione.**

## Patti di integrità o Protocolli di legalità

La possibilità di utilizzare tali strumenti è insita nel dettato dell'art. 1, comma 17, della legge 190/2012 (Codice leggi antimafia) che recita *«Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che **il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara**».*

Accanto alle dichiarazioni di natura comportamentale, tese a rafforzare gli impegni alla legalità e alla trasparenza, le pattuizioni contenute nei documenti in questione consentono alle stazioni appaltanti di **avvalersi di un regime sanzionatorio che spazia dall'esclusione in fase di partecipazione alla gara nel caso di mancata sottoscrizione/accettazione del patto, alla revoca dell'aggiudicazione con conseguente applicazione delle misure accessorie (escussione della cauzione e segnalazione all'ANAC) e infine alla risoluzione del contratto eventualmente stipulato, nei casi in cui venga accertata la violazione delle clausole pattuite.** A queste misure vanno aggiunte anche quelle interdittive connesse alla cancellazione dagli Albi degli operatori economici qualificati, laddove utilizzati, e al divieto di partecipazione a tutte le procedure di affidamento per un periodo predeterminato.