

Il casellario informatico ANAC, la prevenzione della corruzione e la libertà di iniziativa economica privata

di

Anna Maria Nico*

SOMMARIO: 1. Prevenire la corruzione. 2. Il casellario informatico ANAC e la problematica tutela degli operatori economici. 3. La “notizia utile” da inserire nel casellario informatico dei contratti pubblici.

1. Prevenire la corruzione.

La normativa adottata nell’ultimo decennio con riferimento al contrasto del fenomeno corruttivo, almeno fino al 2018, ha teso ad incrementare i mezzi e gli strumenti finalizzati alla sua prevenzione. Una tendenza che ha però subito un cambio di rotta con la Legge 9.1.2019, n. 3 la quale ha modificato la Legge n. 190/2012 ed ha introdotto nuove misure per il contrasto dei reati contro la pubblica amministrazione rifacendosi al rapporto GRECO (gruppo di controllo sulla corruzione del Consiglio d’Europa) del 18.6.2018.

Il metodo preventivo, diversamente da quello repressivo, come sottolineato da molti, ha il pregio di fondarsi sulla diffusione della cultura della legalità la quale produce un «investimento nella diffusione di una cultura civica diversa, fondata su valori di attaccamento e di rispetto della “cosa pubblica”» e che consente «in primo luogo al cittadino, e poi ai «servitori» pubblici di questi, di operare sempre nel rispetto delle leggi e dell’interesse comune»¹.

Una cultura della legalità che, nella specie, trova i suoi addentellati nella Costituzione la quale connota la corruzione in termini di “disvalore costituzionale

*Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico - Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”.

¹ Cfr. C. BUZZACCHI, *Il codice di comportamento come strumento preventivo della corruzione: l’orizzonte di un’etica pubblica*, in *Amm. comm.*, 22.5.2013, 10. Cfr. altresì B.G. MATTARELLA, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2/2013, 123 ss.

implicito”, in quanto “non espressamente previsto nella Costituzione ma variamente individuato e sanzionato dal legislatore, nella misura in cui integra condotte offensive nei confronti di precisi valori costituzionali”². È nel substrato costituzionale del principio di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione che risiede lo strumento più efficace di prevenzione della corruzione, vale a dire il controllo della pubblica amministrazione attraverso, *a fortiori*, la trasparenza dell’attività amministrativa³.

A tal fine, diversi sono stati gli interventi riformatori, tra i quali particolarmente rilevanti sono le disposizioni contenute nella legge n. 190 del 2012 e nel D.lgs. n. 33 del 2013 (c.d. Decreto Trasparenza), modificati dai D.lgs. n. 124 del 7.8.2015 e n. 97 del 2016 (c.d. Decreto F.O.I.A., *Freedom of Information Act*), quest’ultimo definito da una recente pronuncia della Corte costituzionale come “il punto di arrivo del processo evolutivo che ha condotto all’affermazione del principio di trasparenza amministrativa, che consente la conoscenza diffusa delle informazioni e dei dati detenuti dalle pubbliche amministrazioni”⁴.

Un apparato pubblico che rende sempre più “trasparente” ed accessibile ai cittadini i dati relativi all’attività amministrativa costituisce un obiettivo di certo non nuovo nel panorama del diritto amministrativo e che ha una particolare rilevanza anche nel settore economico⁵. Tuttavia, diversamente da quanto accaduto negli scorsi decenni, la rapida diffusione ed implementazione delle tecnologie delle informazioni e comunicazioni ha fornito un formidabile strumento di rimodulazione dell’esercizio dell’azione e della struttura amministrativa.

Il progressivo consolidamento e diffusione delle tecniche informatiche e della digitalizzazione dell’azione amministrativa, quali l’utilizzo di *software* innovativi e multifunzionali e la digitalizzazione degli archivi pubblici, hanno ad esempio

² Ai valori costituzionali impliciti fa riferimento M. GALDI, *La corruzione come disvalore costituzionale*, in *www.federalismi.it*, 2019.

³ I. NICOTRA, *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, 62, ritiene che ““il salto di qualità” che cambia il modo di essere dell’amministrazione nelle relazioni con i cittadini si deve alla trasparenza”.

⁴ Così, Corte cost., sent. n. 20 del 2019.

⁵ Sul profilo dei risvolti economici delle banche dati in possesso della pubblica amministrazione si rinvia a G. LUCHENA, S. CAVALIERE, *Il riutilizzo dei dati pubblici come risorsa economica: problemi e prospettive*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2020, 151 ss.

contribuito a conoscere le modalità attraverso le quali l'Ente pubblico destina le risorse di cui dispone, i risultati che ottiene ed i costi sostenuti. Tutto ciò ha comportato, in alcuni casi, il superamento del principio della segretezza degli atti in possesso dalla P.A.⁶

Non meno significativo in tal senso si è rivelato il ricorso alle tecnologie informatiche e digitali ed in particolare alla capacità di elaborazione dei *big data* posseduti dall'Amministrazione per mezzo dei c.d. algoritmi. Esso è visto come uno strumento in grado di indirizzare l'attività dell'amministrazione⁷ scevra dalle pressioni, di qualsiasi genere, provenienti da soggetti esterni, interessati ad orientare l'azione amministrativa in un senso piuttosto che in un altro. A tal fine, decisivo è considerato l'ausilio delle intelligenze artificiali, le quali, da un lato, limitano la discrezionalità dell'azione amministrativa, rimessa sostanzialmente alla capacità di elaborazione dell'algoritmo prescelto, e, dall'altro lato, dovrebbero rendere trasparente l'azione della P.A. Nello specifico, particolarmente proficuo si è rivelato lo strumento della modellazione digitale (meglio conosciuta con l'acronimo B.I.M., *Building Information Modeling*)⁸, il quale ha contribuito a favorire la diffusione di una nuova tipologia contrattuale, quella dei c.d. contratti semantici, in grado di progettare e modificare il comportamento delle parti contraenti in funzione delle nozioni acquisite⁹.

⁶ Cfr. A. PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, in A. PAPA (a cura di), *Il diritto dell'informazione e della comunicazione nell'era digitale*, Torino, 2018, 159 ss.

⁷ Indagano il rapporto tra algoritmi ed azione amministrativa, G. ORSONI, E. D'ORLANDO, *Nuove prospettive dell'amministrazione digitale: Open Data e algoritmi*, in *Istituzioni del Federalismo. L'Amministrazione di fronte alla sfida digitale*, Rimini, 3/2019, 600 ss. Gli Autori evidenziano come «la possibilità di utilizzare le enormi quantità di dati (*big data*), di cui le PA sono tradizionalmente in possesso, per alimentare gli algoritmi, rende questi ultimi molto appetibili nell'elaborazione delle politiche pubbliche, nell'organizzazione e nell'azione dell'amministrazione».

⁸ Sul punto, cfr. G. M. RACCA, *La modellazione digitale per l'integrità, l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 739 ss., la quale sottolinea che «l'uso del *Building Information Modeling* sin dalla iniziale definizione della domanda pubblica potrebbe garantire gli stessi dati di progetto ai diversi utilizzatori (amministrazioni aggiudicatrici, operatori economici, autorità di vigilanza, cittadini), assicurando la trasparenza, la definizione degli obiettivi e favorendo la cooperazione in fase di attuazione. La modellazione digitale può essere utile sia per la manutenzione di opere esistenti, sia per la selezione, l'esecuzione e la gestione di nuove opere. Inoltre, la tecnologia favorisce un approccio conforme ai principi di sostenibilità e dell'economia circolare, poiché considera in fase progettuale, costruttiva o demolitiva una riduzione degli sprechi e dei residui dei materiali, ovvero il relativo riuso».

⁹ In argomento, cfr. S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell'algoritmo*, in *Foro amm.*, II, 10, 2018, 1787 ss.

Le innovazioni tecnologiche, tuttavia, non sono in grado di sostituire integralmente il tasso di politicità sotteso all'azione amministrativa e, quindi, la discrezionalità delle scelte da essa operate¹⁰. Tuttavia, le tecnologie digitali ed informatiche hanno reso possibile la diffusione delle informazioni e attuato i principi costituzionali del "buon andamento" e dell'"imparzialità" dell'azione amministrativa. Infatti, restando sul piano costituzionale, il modello di una amministrazione aperta (*Open Government*), informato ai c.d. tre pilastri della «trasparenza, partecipazione e collaborazione», ha implementato un rinnovato rapporto di apertura tra P.A. e cittadini che, attraverso la digitalizzazione del settore pubblico, ha consentito di dare attuazione al principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (ex art. 118, co. 4 Cost.) tra P.A. e *cives*, e verticale, riguardante la rete relazionale informatizzata che si è istituita tra le diverse PP. AA., in attuazione del principio di leale collaborazione.

Il modello di amministrazione finalizzato al perseguimento dei tre obiettivi prima citati deve quindi, in primo luogo, dare effettività alla trasparenza, intesa, secondo la definizione di cui all'art. 1 del D.lgs. n. 33 del 2013, "come accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche". Da ciò consegue, ai sensi dell'art. 10, un obbligo per la pubblica amministrazione di predisposizione di un Piano Triennale per la Trasparenza e l'Integrità.

Tali innovazioni, come è stato fatto notare, hanno dato vita ad una nuova funzione della P.A., «volta alla organizzazione, fruizione e gestione dei dati (o, semplicemente, funzione amministrativa dei dati), quale nuova componente dei poteri organizzatori pubblici»¹¹.

E' evidente, tuttavia, che la evoluzione tecnologica e la prassi amministrativa corrono a velocità diverse e mentre la prima richiede un continuo aggiornamento tecnologico e una rapida raccolta dei dati, la seconda stenta a scrollarsi di dosso una

¹⁰ Al riguardo, cfr. I. M. DELGADO, *Automazione, intelligenza artificiale e pubblica amministrazione: vecchie categorie concettuali per nuovi problemi?*, in *Istituzioni del Federalismo*, cit., 643 ss.

¹¹ In tal senso, D.U. GALETTA, *Open Government, Open Data e azione amministrativa*, *Istituzioni del Federalismo*, cit. 672. L'Autrice, sul punto, si rifà espressamente alla innovativa ricostruzione di G. CARULLO, *Gestione, fruizione e diffusione dei dati dell'amministrazione digitale e funzione amministrativa*, Torino, 2017, 36.

burocrazia stratificata che regge con difficoltà le innovazioni apportate dagli strumenti informatici.

Non può trascurarsi di considerare, però, che un passo in avanti per l'implementazione dell'*open government* è stato realizzato attraverso l'accesso civico generalizzato (art. 5 del D. lgs. n. 97 del 2016), il quale consente all'utente di accedere a qualsiasi atto o documento nella disponibilità della P.A., senza che il soggetto richiedente vanti una posizione giuridicamente rilevante nei confronti dell'Amministrazione stessa¹².

In tal modo si è inteso, ai sensi dell'art. 5, "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche", che presuppongono l'obbligo di rendere pubblici i documenti della pubblica amministrazione e garantire il controllo dell'agire amministrativo.

Si tratta di innovazioni dall'evidente impatto sociale, oltre che istituzionale, in quanto consentono di realizzare l'immediatezza, l'efficienza e – non secondariamente – la semplificazione della strategia pubblica, riducendo così i rischi di infiltrazioni malavitose nel procedimento amministrativo e la sopravvenienza di un più generale fenomeno di *maladministration*.

La predisposizione della digitalizzazione dell'azione e della struttura amministrativa, infatti, consentirebbero di rendere più "trasparente" l'amministrazione anche allo scopo di prevenire, attraverso un controllo efficace, ogni forma di infiltrazione illegale nell'azione pubblica e correggere quei fenomeni di malamministrazione.

Uno dei settori maggiormente attenzionati rispetto all'interesse che essi sollecitano nelle piccole e grandi organizzazioni criminali è quello dei contratti pubblici¹³ per i quali il D. lgs. n. 50 del 2016, all'art. 213 ha previsto il "casellario informatico dei contratti pubblici", in cui possono essere iscritte ed al contempo consultate le principali informazioni inerenti alla vita professionale di un'impresa aggiudicatrice di contratti pubblici. Nel casellario viene indicato ogni ritardo, errore, condanna e qualsiasi altro

¹² Sul punto PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, cit, 165,166.

¹³ A tal proposito si rinvia alla attenta analisi di A. FIORITO, *Contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, 150 ss.

elemento possa indicare una potenziale illiceità, dai quali conseguono azioni nei confronti dell'imprenditore.

La trasparenza dell'azione amministrativa attraverso la digitalizzazione e la raccolta di banche dati, tuttavia, deve trovare un corretto bilanciamento con la tutela della riservatezza e, nello specifico, con la posizione soggettiva delle partecipanti alle gare pubbliche. Tutto ciò, al fine di non comprimere la libertà d'iniziativa economica delle imprese aggiudicatrici, le quali, una volta destinatarie di provvedimenti "interdittivi" resi pubblici attraverso le banche dati, potrebbero subire dei danni irreversibili laddove i provvedimenti adottati si dovessero rivelare destituiti di fondamento.

2. Il casellario informatico ANAC e la problematica tutela degli operatori economici.

Garantire l'accesso c.d. libero ai dati della P.A. al fine di conoscere come vengono gestite le risorse pubbliche, non è, come anticipato, un'attività priva di conseguenze giuridiche. L'obiettivo di un apparato pubblico con una organizzazione che consenta la trasparenza dei dati impone la predisposizione di un adeguato sistema di garanzie, al fine di evitare che alcune informazioni in possesso della P.A. diventino oggetto di conoscenza e di sfruttamento per ragioni che esulano dall'interesse pubblico¹⁴.

Per tal motivo, l'accesso civico generalizzato e tutte le altre forme di connessione diretta tra il cittadino e la P.A. devono essere strettamente preordinati a "favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 1, c. 1, del D. Lgs. n. 33 del 2013) e non già a soddisfare un «pretensivo diritto alla notizia»¹⁵, finalizzato alla mera diffusione di informazioni che non hanno alcuna incidenza sulla funzione sociale. In sostanza, la diffusione e la circolazione delle informazioni devono essere funzionali alla corretta azione

¹⁴ «Questo implica che si debba naturalmente valutare se la divulgazione sia finalizzata a fornire trasparenza sulle modalità di condotta degli affari pubblici e su questioni di interesse per la società nel suo insieme; e quindi, in ultima analisi, se sia finalizzata a consentire la partecipazione dell'insieme della collettività al governo pubblico. In conclusione, l'interesse sotteso all'accesso generalizzato al fine di interesse pubblico non può essere ridotto alla voglia di informazioni sulla vita privata dei consociati». Così L. RUFO, *La trasparenza amministrativa: la ricerca di giusto equilibrio tra il diritto d'accesso generalizzato e il diritto alla riservatezza*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, 210. Su tali profili cfr. anche A. PAPA, *Dati pubblici, trasparenza e libera circolazione delle informazioni*, cit., 169 ss.

¹⁵ Cfr. A. LOIODICE, *Contributo allo studio sulla libertà di informazione*, Napoli, 1969, 69 ss.

amministrativa e non possono di certo spingersi sino al punto di sacrificare altri diritti costituzionalmente garantiti.

Diviene, dunque, necessario pervenire ad un bilanciamento¹⁶, informato ad un criterio di proporzionalità (del sacrificio)¹⁷, tra l'esigenza di garantire l'integrità dell'azione amministrativa attraverso le suddette "forme diffuse di controllo" sociale, realizzate – anche, se non soprattutto – per mezzo degli strumenti informatici e la tutela di altrettanti principi costituzionalmente rilevanti come quello della riservatezza e della libertà di iniziativa economica privata (ex art. 41 Cost.).

La digitalizzazione dei dati inerenti agli operatori economici tocca tali diritti i quali possono essere incisi laddove le informazioni di cui dispone la P.A. siano diffuse senza una adeguata ponderazione sulla utilità della loro diffusione. Non solo, anche la conservazione dei dati necessita di un costante monitoraggio che riguardi la verifica delle informazioni e il loro aggiornamento. Infatti, le informazioni erranee o obsolete potrebbero rappresentare un ostacolo alla continuazione od alla ripresa dell'attività da parte dell'operatore economico, come ad esempio informazioni aventi caratterizzazione negativa per l'impresa.

Il casellario informatico ANAC, previsto dall'art. 213, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, ha la funzione di raccogliere alcuni dati relativi agli operatori economici per fornire alle stazioni appaltanti le informazioni necessarie. Una sorta di elenco definito dall'art. 80 del Codice, il quale ha originato non pochi problemi interpretativi soprattutto con riguardo al comma 5, lettera c)¹⁸.

¹⁶ In argomento, il T.A.R. Campania (sent. 5901/2017) ha avuto modo di precisare che "ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di prevenzione della corruzione e della trasparenza (..) il diritto a conoscere prevale sulla tutela dei dati personali, se l'amministrazione nel fornire il dato generico richiesto avrebbe potuto omettere tutte le informazioni impattanti con il diritto alla riservatezza del controinteressato".

¹⁷ A tal riguardo si rinvia anche alla normativa sul trattamento dei dati personali ed in particolare al D. Lgs. n. 196/2003 (c.d. Codice della Privacy), al Regolamento EU n.679/2016 (c.d. GDPR), il quale, in particolare, nel *considerando* n. 4, ha previsto che il diritto alla protezione dei dati personali deve essere contemperato con diritti altrettanto fondamentali, in base ad un criterio di proporzionalità e al D. Lgs. n. 101 del 2018, il quale ha introdotto nel c.d. Codice della Privacy l'art. 2-*sexies*, rubricato "Trattamento di categorie particolari di dati personali necessario per motivi di interesse pubblico rilevante".

¹⁸ Cfr. E. CAMPAGNANO, *L'affidabilità dell'appaltatore tra falso ed errore. Le informazioni false o fuorvianti rilevanti come cause di esclusione ex art. 80, c.5, lett. C), del Codice dei Contratti Pubblici*, in F. GARELLA, M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *I nodi dei contratti pubblici*, Bari,

La disposizione, in tale sua parte, prevede che la stazione appaltante può escludere l'operatore economico dalla procedura laddove dimostri con mezzi adeguati che quest'ultimo si sia reso *“colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”*. Il comma 13 del medesimo articolo stabilisce che sia l'ANAC a precisare meglio la portata di tale statuizione, come la definizione dei mezzi di prova e le carenze nell'esecuzione dei precedenti contratti. A ciò deve aggiungersi che l'art. 213, al comma 10, ha previsto che *“l'Autorità stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso, della verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), dell'attribuzione del rating di impresa di cui all'articolo 83, comma 10, o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'articolo 84”*. Dal combinato disposto delle due disposizioni emerge con tutta evidenza come all'ANAC sia stato affidato un ruolo determinate nella vita dell'operatore economico. Infatti, già «la definizione di utilità riferita alla notizia destinata ad essere inserita nel casellario informatico ANAC assume (...) particolare rilevanza nei confronti delle imprese che intendono operare nel campo dei contratti pubblici»¹⁹ ed è rimessa all'Autorità una piena discrezionalità in tale ambito. Discrezionalità che dovrebbe tuttavia essere temperata con la tutela della riservatezza e della libertà di iniziativa economica e tanto in virtù della potenziale estensione della nozione di *“utilità”*, sulla quale si tornerà in seguito.

Secondo la *ratio* del Codice, le informazioni inserite nel casellario informatico ANAC hanno una funzione conoscitiva per la stazione appaltante la quale può escludere o meno gli operatori economici dalla procedura di gara in relazione alle annotazioni presenti sul casellario informatico ANAC. Si tratta di annotazioni di portata differente non solo negli effetti ma anche nell'accessibilità ai dati. Proprio per definire i casi di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) l'ANAC ha adottato le Linee Guida, n. 6/2016 *“Indicazioni dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice”*,

161 ss. B. BRUNO, *Articolo 80. Motivi di esclusione*, in M. MARIANI, L. SPAGNOLETTI, E. TOMA (a cura di), *La legge “sblocca cantieri”*, Torino, 2019.

¹⁹ Così I. PAZIANI, *Il Casellario Informatico ANAC e il concetto di utilità*, in www.mediappalti.it, 15.11.2019, 2.

Dalla lettura delle linee guida è agevole notare che i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione fanno riferimento al *profilo oggettivo* dell'operatore economico, quali quelle connesse alle "Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto" e ai "Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara". Il verificarsi – anche contestuale – di tutte le circostanze ivi previste non determina, di per sé, l'esclusione dell'impresa dalla gara ai sensi dell'art. 80 comma 5 del Codice. Infatti, la stazione appaltante può disporre l'esclusione solo quando il comportamento illecito si rivela direttamente lesivo dell'integrità o dell'affidabilità dell'operatore economico, tenuto conto della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare.

Per il profilo soggettivo ed in particolare sul procedimento di valutazione dei gravi illeciti professionali l'operatore economico può adottare misure di c.d. *self-cleaning*, intendendo per tali tutte quelle misure cautelative adottate dall'impresa per dimostrare la propria integrità al fine di scongiurare l'esclusione dalla gara da parte della stazione appaltante ed ottenere, così, l'affidamento dell'opera nonostante l'esistenza di un motivo di esclusione²⁰. Le garanzie previste dalle linee guida per l'esclusione derivanti da gravi illeciti professionali (VI, punto 6.1) consistono nel preliminare esperimento del procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato, nonché l'adozione di un provvedimento finale motivato dell'esclusione dalla gara da parte della stazione appaltante²¹.

In virtù degli artt. 80 e 213, comma 10, del Codice e delle Linee Guida n. 6, le informazioni relative agli operatori economici confluiscono nel Casellario informatico che l'ANAC ha la funzione di gestire. Con delibera del 6.6.2018 n. 533, la stessa ANAC ha emanato il *Regolamento per la gestione del casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, suddividendo il casellario medesimo in tre sezioni, la A (area

²⁰ L'ANAC ha indicato esempi di *self cleaning* per ottenere il giudizio positivo della stazione appaltante. Tra questi, particolarmente rilevanti si sono rivelate l'adozione di misure finalizzate a migliorare la qualità delle prestazioni per mezzo di interventi strutturali e la rinnovazione degli organi societari.

²¹ La motivazione del provvedimento dovrà dare conto, specialmente nel caso in cui venga disposta l'esclusione dalla gara, delle specifiche ragioni che hanno condotto la Stazione Appaltante alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare.

pubblica), la B (area riservata alle s.a. e alle S.O.A) e la C (area riservata all'Autorità), nelle quali vengono inserite le differenti informazioni e diversificato il regime di accesso²².

In sostanza, dunque, il casellario informatico nel suo insieme contiene tutte le informazioni di cui all'articolo 80 e quelle *ulteriori informazioni ritenute utili* ai fini della tenuta del Casellario, quelle risultanti dalla verifica dei gravi illeciti professionali di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) e quelle provenienti dall'attribuzione del *rating* di impresa di cui all'art. 83, comma 10 o del conseguimento dell'attestazione di qualificazione di cui all'art. 84 del codice. In sostanza, mentre per la prima tipologia l'Autorità è tenuta ad inserire le informazioni nel Casellario²³, per la seconda l'Autorità detiene un'ampia discrezionalità nella valutazione ed inserimento delle notizie.

La stazione appaltante ha accesso alle informazioni contenute nella sola sezione B del casellario informatico. In virtù della circostanza che nella suddetta sezione sono contenute due tipologie di informazioni, quelle che comportano l'immediata esclusione perché, secondo il dettato normativo, non consentono all'Autorità una valutazione discrezionale della informazione bensì l'automatico inserimento delle stesse e conseguente automatica esclusione *ex lege*, presieduta dalla garanzia del contraddittorio²⁴, e quelle delle c.d. *altre informazioni*. Queste ultime, infatti, potrebbero non incidere in misura certa ed immediata sull'affidabilità dell'impresa o essere risalenti nel tempo²⁵. In questa ipotesi spetterà alla stazione appaltante, sulla scorta delle linee guida ANAC n. 6, l'onere di effettuare una istruttoria che tenga conto della

²² Per un inquadramento generale del casellario informatico dei contratti pubblici, cfr. L. NANNIPIERI, *Il "nuovo" casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in A. PERTICI, M. TRAPANI (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, Torino, 2019, 187 ss.

²³ Ancora, L. NANNIPIERI, *Il "nuovo" casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, in *La prevenzione della corruzione*, cit., 192.

²⁴ Il rispetto del principio del contraddittorio è un elemento essenziale del procedimento amministrativo anche nelle c.d. interdittive antimafia, tanto che il T.A.R. Puglia, Sez. III, ord. n. 28 del 13.01.2020 ha sollevato questione pregiudiziale dinanzi alla CGUE proprio in relazione alla necessità di scongiurare la grave violazione dei diritti dell'impresa derivante dalla pretermissione del contraddittorio. Una pretermissione che impedirebbe alla società di addurre, nell'ambito del procedimento amministrativo, elementi atti a orientare in senso favorevole la pubblica Amministrazione decidente con grave violazione del proprio diritto, costituzionalmente garantito, al contraddittorio processuale.

²⁵ In tal senso, I. PAZIANI, *Il Casellario Informatico ANAC e il concetto di utilità*, cit., 4.

rilevanza delle annotazioni e di motivare compiutamente le ragioni della propria decisione, positiva o negativa che sia.

E' evidente che anche per le citate linee guida si profila la problematica di carattere generale sulla natura giuridica della "soft law" e sugli effetti della regolazione di un così delicato ambito dei contratti pubblici²⁶. La questione di fondo, infatti, rimane l'inquadramento dell'intero "sistema" delle linee guida ANAC alla luce della *ratio* sottesa al Codice dei contratti che viene ricondotta ad una sorta di pieno governo dell'autorità preposta al controllo e alla gestione organizzativa-economica delle amministrazioni pubbliche al di fuori della categoria delle fonti del diritto tipizzate²⁷.

Sotto un differente e più specifico profilo, la non indicazione nelle linee guida n. 6 di precise fattispecie di esclusione dell'impresa dalla gara di appalto, determina un ampliamento della discrezionalità della P.A. nella valutazione dell'affidabilità dell'operatore economico.

3. La "notizia utile" da inserire nel casellario informatico dei contratti pubblici.

Come già accennato, l'art. 213, comma 10, prevede che l'ANAC "stabilisce le ulteriori informazioni che devono essere presenti nel casellario ritenute utili ai fini della tenuta dello stesso". Dal tenore del dettato normativo si desume una ampia discrezionalità affidata all'ANAC nel selezionare le "informazioni ritenute utili" da inserire nel casellario informatico. Una discrezionalità che si spiega anche in ragione dei poteri che il Codice ha attribuito all'Autorità. Sebbene i più recenti interventi legislativi di "riordino" del Codice dei contratti pubblici (Legge 14.6.2019, n. 55, c.d. "sblocca cantieri") abbiano depotenziato l'ANAC soprattutto quale produttore di fonti, tuttavia l'art. 213, comma 10 e le linee guida n. 6 non sono state incise dalle "riforme".

²⁶ Cfr. GRASSO G., *Le Autorità amministrative indipendenti della Repubblica. Tra legittimità costituzionale e legittimazione democratica*, Milano, 2006; ROLLI R., TAGLIATA A., *La legittimazione costituzionale delle Autorità amministrative indipendenti*, in www.giustamm.it, 2010.

²⁷ Sul tema si rinvia al lavoro, e alla bibliografia ivi citata, di TITOMANLIO R., *Riflessioni sul potere normativo delle autorità amministrative indipendenti fra legalità "sostanziale", legalità "procedurale" e funzione di regolazione*, in *Nomos*, 1, 2017, nonché D.U. GALETTA, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri?"*, in www.federalismi.it, 9 maggio 2018, 8; nello stesso senso, cfr. C. DEODATO, *La difficile convivenza dell'accesso civico generalizzato (FOIA) con la tutela della privacy: un conflitto insanabile?*, in www.giustiziaamministrativa.it, 2017, 4.

La genericità della formulazione della disposizione su menzionata è stata oggetto di interpretazione da parte della giurisprudenza amministrativa la quale ne ha circoscritto l'ambito applicativo e individuato i criteri in base ai quali ritenere "utile" una notizia da inserire nel casellario e, in quanto tale, passibile di utilizzo e di diffusione pubblica.

E tanto in ragione della tangibile possibilità che in nome della "utilità" di una notizia, invero non essenziale, si possa alterare il mercato ed il sistema degli affidamenti pubblici, estromettendo operatori economici soltanto sospettati di non essere trasparenti ovvero di agire nell'illegalità.

Eppure, non essendo stata introdotta alcuna specificazione legislativa in ordine alla nozione di "utilità", è con i criteri elaborati dalla giurisprudenza amministrativa che bisogna confrontarsi ed è su di essi (e, in particolare, su quelli più recenti) che si soffermerà l'analisi.

Con l'intento di meglio perimetrare il concetto di "utilità" di cui all'art. 213 del Codice dei contratti pubblici, il T.A.R. Lazio sez. I - Roma, 02/10/2019, n. 11470, ha specificato che l'ANAC è tenuta ad annotare nel casellario informatico notizie ritenute "utili" "in applicazione dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa"²⁸. Alla luce di tale criterio, il giudice amministrativo ha dichiarato l'illegittimità di quelle annotazioni del tutto inconferenti rispetto alle finalità per cui il casellario informatico è stato istituito, con l'intento di scongiurare una indebita torsione dello stesso in strumento di esclusione di operatori economici dal mercato e dagli affidamenti pubblici. Con una recente decisione, sempre lo stesso Tribunale amministrativo (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 7199/2020), richiamando i propri precedenti, ha voluto sottolineare *"che ai fini della decisione di disporre una annotazione nel Casellario tenuto dall'ANAC come "notizie utili", il rispetto dei canoni di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa si estrinseca non tanto nell'obbligo, per l'ANAC, di valutare il merito della vicenda segnalata, e quindi la fondatezza della segnalazione, quanto piuttosto la conferenza della notizia rispetto alle finalità di tenuta del Casellario nonché l'utilità della notizia quale indice rivelatore di inaffidabilità dell'operatore economico attinto dalla annotazione"* ..

²⁸ Un orientamento, quest'ultimo, che conferma le precedenti pronunce dello stesso TAR Lazio, Roma, sez. I, nn. 4577/2018, 3660/2019, 7595/2019.

Affinché le annotazioni possano essere considerate rispettose “dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza dell’azione amministrativa” devono essere accompagnate da una puntuale motivazione da parte dell’ANAC. Infatti, “*le annotazioni ANAC non incidono mai in maniera indolore nella vita dell’impresa, anche laddove non prevedano l’automatica esclusione o la conseguente interdizione dalle gare pubbliche, perché comunque rilevanti sia sotto il profilo dell’immagine sia sotto quello dell’aggravamento della partecipazione a selezioni pubbliche, dovendosi considerare che qualsiasi dubbio sulla affidabilità dell’operatore economico è in grado di ridondare sulla partecipazione delle gare ristrette, ad invito*” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2178/2019). Tuttavia, sempre secondo il giudice amministrativo, “*l’obbligo di motivazione va modulato caso per caso (...) ed esso può ritenersi “alleggerito” quando vengano in considerazione fatti rilevanti quali illeciti professionali gravi, poiché rispetto ad essi il legislatore ha già effettuato a monte una valutazione in termini di “utilità” della annotazione*” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, n. 7199/2020).

Peraltro, la giurisprudenza ha ulteriormente specificato il contenuto del suddetto onere motivazionale, questa volta con riguardo alle attività redazionali incombenti sull’ANAC stessa al momento dell’annotazione nel casellario informatico. In particolare, sull’ANAC grava l’onere di dare contezza delle diverse ricostruzioni del medesimo fatto che, in sede istruttoria, siano state operate da altre parti interessate. In altri termini, laddove l’operatore economico abbia fornito una lettura dei fatti diversa da quella adottata dall’ente segnalante, in capo a quest’ultimo si configura un “*obbligo di più completa descrizione delle risultanze istruttorie ovvero, ove l’Autorità le ritenga inconferenti, delle ragioni di recessività delle stesse*” (così, T.A.R. Lazio – Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3098)²⁹.

In sintesi, dalla giurisprudenza citata si può ricavare un catalogo dei principi in materia di annotazioni nel casellario informatico ANAC. In particolare, allorché si proceda all’annotazione nel casellario di informazioni incidenti sulla vita economica di un’impresa devono essere rispettati i canoni di proporzionalità e di ragionevolezza, al

²⁹ A margine della richiamata specificazione dell’onere motivazionale gravante sulla stessa A.N.A.C., il T.A.R. Lazio – Roma ha evidenziato che, ove le memorie difensive non siano ritenute conferenti, è fatta salva la possibilità, per l’ANAC, di indicare le ragioni della ritenuta irrilevanza, anche con possibile riferimento all’esistenza o meno di un contenzioso giurisdizionale e, successivamente, all’esito dello stesso (cfr. Tar Lazio, Roma, sez. I, 8 marzo 2019, n. 3098).

fine di garantire che la notizia sia correttamente riportata. Le annotazioni devono essere puntualmente motivate e a tal fine devono essere rese pubbliche le ragioni di connessione tra i fatti oggetto di segnalazione e le finalità specifiche indicate dall'articolo 213 comma 10 del Codice. L'intento così perseguito è quello di implementare le possibili strategie di intervento in vista di un miglioramento del comportamento dei pubblici apparati al cospetto di ipotesi di problematico inserimento di informazioni "utili" nel casellario informatico.

Un dato di cui si può prendere atto è che, ancora una volta, dinanzi ad una normativa oscura e di difficile interpretazione è dovuta intervenire la magistratura amministrativa per chiarire la portata della disposizione citata ed i limiti applicativi. In sostanza ed in via generale si può ancora una volta rilevare che la "chiarezza" della legislazione costituisce il punto di partenza per la semplificazione della P.A. e per combattere efficacemente il fenomeno corruttivo.

diritti.fondamentali.it