



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTI E TUTELE NEI MERCATI
GLOBALIZZATI
XXXVIII CICLO
SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE IUS/17

TESI DI DOTTORATO

**LA TUTELA DELLE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI
CONTRATTI PUBBLICI TRA PREVENZIONE AMMINISTRATIVA
E REPRESSIONE PENALE.**

DOTTORANDA:

dott.ssa Daniela Anna DEL BENE

SUPERVISORE:

Ch.mo Prof. Filippo BOTTALICO

COORDINATORE:

Ch.mo Prof. Vito Sandro LECCESE

ESAME FINALE 2026

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I – Il sistema degli appalti pubblici in Italia

1.1 L'evoluzione della normativa: dall'impianto del D.Lgs. n.

50/2016 al nuovo Codice dei Contratti Pubblici (D.Lgs. n.

36/2023)

1.2 I principi generali del nuovo Codice

1.3 Ambito di applicazione e problematiche interpretative: il ruolo delle fonti non vincolanti (le c.d. *soft law*)

1.4 Le misure di semplificazione a seguito del contesto emergenziale da COVID-19 e dell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)

1.5 Le nuove modalità di affidamento dei contratti pubblici

CAPITOLO II – La tutela e i rischi nelle gare pubbliche

2.1 Il sistema multilivello di controllo e garanzia della correttezza delle gare pubbliche: ruolo e competenze dell'ANAC e delle Pubbliche Amministrazioni

2.1.1 Il ruolo delle linee guida emanate dall'ANAC

2.2 Digitalizzazione delle procedure e uso delle piattaforme telematiche: analisi del caso “Brescia Infrastrutture” come paradigma dell’innovazione digitale

2.3 Controlli: Prefetture, Corte dei Conti e task force PNRR

2.4 I modelli di compliance aziendale e le cause di esclusione dalle gare: profili teorici e applicazioni pratiche

2.5 Infiltrazioni criminali:

2.5.1 Dalla violenza al controllo economico-amministrativo

2.5.2 Criminalità organizzata tra COVID-19 e PNRR

2.5.3 Settori a rischio e prevenzione

2.5.4 Imprese “pulite” (Operazione “Basso profilo”)

CAPITOLO III – La turbata libertà degli incanti nelle gare pubbliche

3.1 Condotte rilevanti ex art. 353 c.p.

3.2 Bene giuridico tutelato e definizioni di “gara” e “P.A.”

3.3 Giurisprudenza: Cass. pen. n. 15758/24 e caso Ieffi

3.4 Condotte rilevanti ex art. 353 bis c.p.

3.5 L’art. 353-bis c.p.: applicabilità nelle gare semplificate

3.6 Il “doppio binario”: tutela o ambiguità normativa?

CAPITOLO IV – Le fattispecie di turbativa d’asta tra vuoti normativi e funzione preventiva: l’evoluzione della tutela penale

4.1 Le evoluzioni dell’articolo 323 c.p.: dal Codice Rocco fino alla sua recente abrogazione

4.2 Ragioni dell’abrogazione e vuoti di tutela

4.3 Conseguenze sistemiche: rischio di traslazione delle condotte illecite sulla turbativa d’asta il caso giurisprudenziale

4.4 I reati di turbativa e le dinamiche di collusione nelle gare pubbliche

CONCLUSIONE

BIBLIOGRAFIA

INTRODUZIONE

L'articolato ambito dei contratti pubblici costituisce uno dei macro argomenti più rilevanti e delicati dell'ordinamento giuridico, in quanto rappresenta il punto di incontro tra esigenze di efficienza amministrativa, tutela della concorrenza e prevenzione dei fenomeni corruttivi.

Negli ultimi anni, tale sistema è stato interessato da profonde evoluzioni normative, che dall'impianto del D.Lgs. n. 50/2016 si è poi giunti all'adozione del D.Lgs. n. 36/2023, con l'introduzione di un nuovo assetto fondato sui principi generali quali il risultato, la fiducia e l'accesso al mercato, segnando il passaggio da un modello formalistico a uno maggiormente orientato alla sostanza dell'azione amministrativa.

In questo dibattito sulla metamorfosi del sistema in parola, ci si è trovati dinnanzi all'avanzata della cosiddetta *soft law* che costituisce un aspetto tra i più controversi.

Invero, una parte di questo studio è stata, dedicata alla verifica da parte del diritto penale dell'uso di alcune caratteristiche considerate tipiche del *soft law*; ciò sembra, ad esempio, accadere con la flessibilità interpretativa tipica delle fasi emergenziali o con il ricorso

a formule ampie in assenza di un accordo su principi e valori condivisi o ancora con l'evidenza del numero sempre crescente dei soggetti e delle fonti legittimate ad intervenire in ambito penale.

In questo contesto, assume particolare rilievo il ruolo delle autorità di controllo e prevenzione, l'ANAC, nonché l'impatto delle innovazioni tecnologiche e dei processi di digitalizzazione, che contribuiscono a ridefinire le modalità di svolgimento delle gare pubbliche e i relativi strumenti di vigilanza.

Ed è proprio l'analisi del caso "Brescia Infrastrutture" a interessare lo studio in parola, come paradigma dell'innovazione digitale, poiché grazie al portale "e-procurement" "Tutto Gare", in qualità di amministrazione aggiudicatrice, oltre che ente aggiudicatore, è riuscita a pubblicare, bandire e aggiudicare una gara per servizi assicurativi per il triennio 2020-2023, comprensivi della polizza relativa alla Metropolitana Leggera Automatica di Brescia, per un importo complessivo di € 3.294.000,00.

Parallelamente, però, il settore degli appalti pubblici continua a rappresentare un terreno esposto a significativi rischi di infiltrazione criminale e di alterazione delle dinamiche concorrenziali, che si manifestano non solo attraverso forme tradizionali di violenza o

intimidazione, ma anche mediante più sofisticate modalità collusive e fraudolente, dove il controllo del territorio può avvenire anche senza spargimento di sangue, ma mediante il dominio economico e istituzionale.

In tale quadro si inseriscono le fattispecie penali della turbata libertà degli incanti e della turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, le quali assumono una funzione sempre più centrale come strumenti di tutela anticipata e come indicatori di possibili fenomeni corruttivi sottostanti.

L'elaborato si offre, pertanto, di esaminare in modo complessivo l'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici, il ruolo degli strumenti di prevenzione amministrativa e le principali problematiche applicative delle fattispecie penali di turbativa, alla luce delle recenti riforme normative e dei mutamenti del contesto economico e istituzionale.

CAPITOLO I

IL SISTEMA DEGLI APPALTI PUBBLICI IN ITALIA

Sommario: 1.1 L'evoluzione della normativa: dal D.lgs n.50/2016 al D.lgs n.36/2023; 1.2 I principi del nuovo codice; 1.3 Ambito di applicazione e problematiche: le c.d. soft law; 1.4 Le semplificazioni a seguito del COVI-19 e dell'attuazione del PNRR; 1.5 Le nuove discipline di affidamento.

1.1 L'evoluzione della normativa: dal D.lgs. n. 50/2016 al D.lgs. n. 36/2023.

In Italia, il primo intervento legislativo che ha riguardato la materia dei contratti pubblici risale alla legge 20 marzo 1865, n. 2284, All. F, con la quale furono affidate al Ministero dei lavori pubblici attribuzioni nel settore dei lavori pubblici e furono definite le regole sulla gestione amministrativa ed economica, poi ulteriormente dettagliate da ulteriori provvedimenti che ne disciplinarono specifici aspetti (regolamento n. 350, 25 maggio 1895, sulla direzione, contabilità e collaudazione dei lavori; capitolato generale di appalto del 28 maggio 1895; regolamento del 29 maggio 1895 per la compilazione dei progetti).

Sul piano sistematico, la disciplina dei contratti pubblici fu invece ricollegata alla materia della contabilità dello stato di cui al r.d. 18

novembre 1923, n. 2440 e al successivo r.d. 23 maggio 1924, n. 827.

Tra gli anni '60 e gli anni '70 si sono succeduti altri interventi normativi che hanno interessato il quadro giuridico preesistente.

Contesto quest'ultimo che era tradizionalmente finalizzato a tutelare l'interesse pubblico a conseguire l'assetto contrattuale più favorevole alla Pubblica Amministrazione, previa selezione del contraente nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza.

A partire dai primi anni '70 la disciplina interna ha subito una profonda influenza da parte del diritto europeo.

Il diritto dell'Unione Europea ha, infatti, portato all'affermazione di un sempre più dettagliato sistema europeo delle procedure per l'aggiudicazione dei contratti pubblici, che ha inciso profondamente l'ordinamento interno e provocato la serie di riforme che hanno determinato un complessivo riassetto della materia, originando un processo evolutivo in continuo divenire.¹

Ciò è dimostrato dalla legge 21 giugno 2022, n. 78, che ha delegato il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti la disciplina dei contratti pubblici e ha avviato il percorso,

¹ M. CLARICH, Il nuovo codice dei contratti pubblici: principi, novità e prime applicazioni, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 22 ss.

recentemente conclusosi con l’emanazione del D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, che ha portato alla nuova riforma.²

Invero, sulla Gazzetta Ufficiale n. 77 del 31 marzo 2023 è stato, dunque, pubblicato il decreto legislativo n. 36/2023 recante “Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici”.

L’approvazione della riforma si inserisce nell’attuazione di impegni assunti dal Governo con il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e risponde all’obiettivo, in primis, come dichiarato nella Relazione Illustrativa di accompagnamento del provvedimento, di semplificazione e rimozione del gold-plating³.

Il nuovo Codice è entrato in vigore il 1° aprile 2023, ma le sue disposizioni trovano applicazione a decorrere dal 1° luglio 2023.

Difatti, la riforma in parola ha previsto un complesso periodo transitorio, fino al 31 dicembre 2023, che disponeva l’estensione

² G. VERCILLO, *Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici*, in *Regolazione dei Mercati* — 2023, Fascicolo 1

³ G. GIRELLI, *I contratti pubblici dopo il D.lgs. 36/2023: guida alla nuova disciplina*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, p. 45.

della vigenza di alcune disposizioni del d. lgs 50/2016 e dei decreti semplificazioni (dl 76/2020) e semplificazioni bis (dl 77/2021).

Il nuovo Dlgs n.36/2023 dedica una parte generale (la Parte I del Libro I) alla codificazione dei principi che presiedono all'intera materia dei contratti pubblici.

Si tratta di una innovazione importante rispetto al previgente codice, che si limitava a riportare i principi generali dell'azione amministrativa di derivazione costituzionale o euro unitaria e, sostanzialmente, operava un rinvio dinamico a quelli contenuti nella legge n. 241/1990.

Il nuovo Codice introduce nella normativa di settore una serie di principi che, nelle intenzioni del legislatore, dovrebbero essere dotati di puntuale valenza operativa, con l'esplicito, duplice obiettivo, di: 1. rendere chiari agli operatori e agli interpreti gli obiettivi sottesi all'adozione di questo nuovo atto legislativo; 2. aprire spazi di discrezionalità alle stazioni appaltanti, indotte a considerare tali principi alla stregua di criteri di orientamento e supporti motivazionali per l'individuazione delle regole da seguire in concreto nella loro attività amministrativa.

In altri termini, il legislatore ha sentito l'esigenza di dover dar corpo e sostanza a principi idonei ad attuare, nel settore dei contratti pubblici, il principio costituzionale del buon andamento⁴, evidentemente ritenendo che nell'attuale fase storica fosse necessario indirizzare e stimolare le pubbliche amministrazioni a tenerne maggior conto, incoraggiandole a privilegiare, nell'esercizio della loro discrezionalità amministrativa, la sostanza del risultato al formalismo procedurale inteso come mero "adempimento".

La nuova riforma, dunque, è funzionale a superare i *limiti* emersi nel *contesto* su cui è intervenuta, attraverso una sistemazione organica della materia che, nel rispetto dei principi e dei criteri direttivi della legge n. 78/2021, deve realizzare una *semplificazione normativa*, intesa nell'accezione virtuosa del termine: ovvero quale semplificazione che è ottenuta attraverso un coordinamento, in un quadro sistematico, delle norme e dei principi che afferiscono alla materia dei contratti pubblici.

La *semplificazione normativa*, a sua volta, identifica lo strumento attraverso cui realizzare la (diversa, ma correlata alla

⁴ B.G. MATTARELLA, La semplificazione amministrativa: analisi e prospettive, Laterza, Roma-Bari, 2022, p. 78.

prima) *semplificazione di carattere amministrativo* cui è pure preordinata la nuova riforma, nella rinnovata convinzione che la riduzione di oneri e di adempimenti non strettamente necessari – tanto più se valutati alla stregua dei livelli di regolazione minima richiesti dalle direttive UE – alla selezione del migliore contraente, la riorganizzazione e razionalizzazione del numero di soggetti pubblici abilitati a contrattare, la riduzione dei tempi di durata delle gare, l'introduzione di un livello maggiore di flessibilità nella gestione dei contratti durante la loro fase esecutiva (specie al verificarsi di circostanze sopravvenute e imprevedibili tali da alterare l'equilibrio sinallagmatico del contratto), non operano contro la concorrenza, ma la promuovono e la preservano, contribuendo al raggiungimento del *risultato* – inteso quale *obiettivo prioritario* da raggiungere - cui è preposta l'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione.

Affinché tutto questo sia possibile, il D.lgs. n. 36/2023 ha così introdotto una serie di norme che hanno conferito alle amministrazioni aggiudicatrici un maggior livello di discrezionalità, rispetto a quella di cui disponevano in base alle norme del D.lgs. n. 50/2016, così come verrà in seguito approfondito.

Questo obiettivo, per essere realizzato, necessita di ricondurre l'intera disciplina "a sistema".

E, a questo fine, un ruolo fondamentale è rivestito proprio dai principi generali, i quali rendono possibile la comprensione delle singole parti di una determinata disciplina, connettendole al tutto e rendono intellegibile il disegno armonico, organico ed unitario sotteso rispetto alla frammentarietà e/o incompletezza delle singole norme.

I principi generali esprimono valori e criteri di valutazione immanenti all'ordine giuridico.

Essi hanno un valore qualificatorio che le singole e specifiche disposizioni di legge non possono avere.

I principi generali dovranno, in sede applicativa e come vedremo nel prossimo capitolo, essere calati in un contesto – quello da cui origina la nuova riforma – che, come si è detto, ha finito per porre in secondo piano la *logica del risultato*, la quale, invece, dovrebbe guidare l'operato delle amministrazioni aggiudicatrici.

La nuova normativa, invero, si pone l'obiettivo di ergere, fra gli altri, il *principio del risultato*, a *criterio prioritario* che dovrà guidare le stazioni appaltanti sia nell'esercizio di una rinnovata discrezionalità,

sia il fattore di impulso della concorrenza nel e/o per il mercato dei contratti pubblici, nella sua duplice accezione “macro” e “micro”⁵.

Ed è proprio il *risultato* il principale obiettivo che la nuova riforma è tesa a realizzare.⁶

⁵ F. CARINGELLA, Manuale di diritto amministrativo, Dike Giuridica, Roma, 2023, p. 963 ss.

⁶ F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Giustizia Amministrativa - Cintioli, Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici, monografia

1.2 I principi del nuovo codice

Con il Titolo I (artt. 1-12), il nuovo Codice ha inteso dedicare una parte generale alla codificazione dei principi che riguardano l'intera materia dei contratti pubblici.⁷

Trattasi di principi "precettivi" dotati di immediata valenza operativa.

La codificazione dei principi si articola in due titoli distinti: Titolo I dedicato ai principi generali veri e propri; Titolo II che codifica i principi comuni a tutti i libri del codice in materia di campo di applicazione, di responsabile unico dell'intervento e di fasi della procedura di affidamento.

A partire da tali principi generali, segue una disamina degli articoli che racchiudono le principali novità introdotte dal nuovo Codice dei contratti pubblici, con l'obiettivo di evidenziare gli aspetti maggiormente innovativi sotto il profilo normativo e applicativo, nonché le implicazioni che essi comportano per le stazioni appaltanti e per gli operatori economici.

⁷ M. CLARICH op. cit., p. 34 ss.

L'art. 1, *Principio Del Risultato*, indica il principio base dell'interesse pubblico primario del Codice e delle stazioni appaltanti volto a perseguire il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza⁸.

È una delle più significative novità del codice dei contratti pubblici del 2023.

Lo conferma anzitutto la sua collocazione topografica: in posizione di centralità all'articolo 1 del codice.

L'articolo 1 precisa ciò che, in verità, era già implicito nella logica del sistema: che il raggiungimento del risultato, pur se rappresenta il primo indirizzo che il legislatore assegna alla stazione appaltante, deve sempre esser coniugato con i principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

L'aspetto forse più significativo, tuttavia, nel testo dell'articolo 1 si ritrova al comma 4, il quale stabilisce che il principio del

⁸ G. GIRELLI, op. cit. p. 61.

risultato è il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto⁹.

Il principio del risultato, specie per tale aspetto, si viene a saldare col principio della fiducia, posto all'art. 2, dato che solo una stazione appaltante che si veda riconosciuta dal sistema la fiducia necessaria, senza ombre di pregiudiziali sospetti, potrà essere in condizioni di raggiungere gli obiettivi e attuare il principio del buon andamento *ex art. 97 Cost.*. Sicché le due disposizioni esprimono un indirizzo unitario, che rivolge un preciso messaggio alle amministrazioni e agli interpreti.

Come corollario del principio di buon andamento, di efficienza, efficacia ed economicità nel raggiungimento degli obiettivi UE fino ad essere considerato quale principio-guida per l'esercizio del potere discrezionale da parte della P.A. nell'applicazione di tutti i principi e norme di legge.

Tale principio è diretto, altresì, verso: i funzionari per valutare la responsabilità nello svolgimento dell'azione amministrativa; gli operatori per l'attribuzione di incentivi economici.

⁹ F. Caringella, op. cit p. 978.

L'art. 2 stabilisce il cd. "*Principio della fiducia*" inteso quale principio della reciproca fiducia nell'azione legittima, trasparente e corretta dell'amministrazione, dei suoi funzionari e degli operatori economici.

La fiducia è intesa come reciproca investendo, dunque, anche l'operato degli operatori economici che partecipano alle gare.

Si tratta, in definitiva, di una versione evoluta del principio di presunzione di legittimità dell'azione amministrativa: "ogni stazione appaltante ha la responsabilità delle gare e deve svolgerle non solo rispettando la legalità formale, ma tenendo sempre presente che ogni gara è funzionale a realizzare un'opera pubblica (o ad acquisire servizi e forniture) nel modo più rispondente agli interessi della collettività.

Il raggiungimento di questo risultato implica il superamento di ogni forma di inerzia e l'esercizio effettivo della discrezionalità di cui la P.A. dispone.

Ciò presuppone la fiducia dell'ordinamento giuridico sulle scelte compiute dalla P.A., alla quale, in assenza di detta fiducia, non si attribuirebbe il potere. Ogni conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento

giuridico verso l'organo destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza dell'Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza le capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale”.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici pone particolare attenzione al *Principio dell'accesso al mercato* (art. 3), attribuendo alle stazioni appaltanti l'obbligo di garantire agli operatori economici pari opportunità di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica. Tale obiettivo deve essere perseguito nel rispetto dei principi fondamentali di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità.

In stretta connessione, l'art. 4 introduce un criterio interpretativo e applicativo generale, stabilendo che tutte le disposizioni del Codice devono essere lette e applicate alla luce dei principi di fiducia, risultato e accesso al mercato.

In caso di dubbio interpretativo, la soluzione da preferire è quella che consenta il raggiungimento dell'interesse pubblico, favorisca la massima apertura del mercato e sia coerente con il

principio di leale collaborazione tra amministrazione, funzionari e operatori economici¹⁰.

All'art. 5, la norma introduce un obbligo specifico per la PA e gli operatori di correttezza, evidenziando, in particolare, che anche prima dell'aggiudicazione si crea, in capo all'operatore economico, un affidamento sul legittimo esercizio del potere e sulla conformità del comportamento amministrativo al principio di buona fede.

Tale affidamento consiste pertanto in una limitazione che si pone all'esercizio del potere amministrativo e può venire in considerazione sia in materia di interessi legittimi sia di diritti soggettivi.

Inoltre, la norma pone delle condizioni di risarcibilità del danno da incolpevole affidamento, in caso di provvedimento di aggiudicazione annullato, in particolare¹¹:

- l'affidamento non si considera incolpevole se l'illegittimità dell'atto o del comportamento della PA era agevolmente rilevabile in base alla diligenza professionale richiesta ai concorrenti;

¹⁰ L. CONTI, Principi generali e accesso al mercato negli appalti pubblici, Zanichelli, 2023, pp. 30-50.

¹¹ F. SALA, Affidamento e affidamento diretto nel nuovo Codice, Wolters Kluwer, 2024, pp. 110-130.

- il danno risarcibile è quello correlato alle conseguenze negative sulle scelte contrattuali dell'operatore economico derivanti dalla scorrettezza della PA, caratterizzandosi come costi inutilmente sostenuti per partecipare alla gara e c.d. chance contrattuale alternativa.

Al contrario, in caso di comportamento scorretto tenuto da un operatore economico, al fine di garantirsi l'aggiudicazione, l'Amministrazione, potrà esercitare l'azione di rivalsa nei suoi confronti se dovesse essere condannata al risarcimento del danno a favore del terzo pretermesso.

In attuazione dei principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale, enunciati nel sesto articolo della riforma in parola, è stato previsto un modello di co-amministrazione delle attività a valenza sociale tra la PA e gli Enti del terzo settore, con l'obiettivo principale di apportare benefici alla collettività in termini di efficacia, efficienza e qualità dei servizi¹².

¹² G. MARINO, Responsabilità e azione di rivalsa nella PA, Jovene, 2024, pp. 45-60.

Pertanto, gli enti affidatari dei servizi andranno scelti nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza ed effettività (e sempre in base al principio del risultato).

La peculiarità di tale modello è che non dovrebbe essere basato su rapporti sinallagmatici, come invece sarebbe nel caso di corresponsione di corrispettivi.

Il principio di auto-organizzazione amministrativa (art. 7) riconosce alle pubbliche amministrazioni la facoltà di scegliere autonomamente le modalità attraverso cui soddisfare i propri fabbisogni di lavori, servizi e forniture, selezionando tra tre modelli alternativi: l'auto-produzione tramite affidamenti a società in house, l'esternalizzazione al mercato e la cooperazione tra amministrazioni pubbliche¹³.

In particolare, per l'in house, pur permanendo l'obbligo di motivazione da parte della stazione appaltante, si assiste a una semplificazione rispetto alla disciplina previgente, nonché all'eliminazione del procedimento di iscrizione nel registro ANAC.

¹³ S. RINALDI, Terzo settore e co-amministrazione: modelli e principi, Giappichelli, 2023, pp. 90-110.

La motivazione richiesta varia in base alla tipologia di servizio (all'utenza o strumentale) e l'intero istituto viene ora ricondotto, in via espressa, ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Le collaborazioni tra amministrazioni, invece, possono avvenire senza gara purché rispettino specifici requisiti previsti dalla norma, tra cui l'assenza di una logica commerciale e la marginalità delle attività sul mercato aperto. Il nuovo assetto normativo segna così il passaggio da una "amministrazione che fa fare" a un modello proattivo di "amministrazione del fare"¹⁴.

Il principio di autonomia contrattuale (art. 8) sancisce la piena capacità negoziale della Pubblica Amministrazione, che può concludere ogni tipologia di contratto ammessa dall'ordinamento, anche a titolo gratuito, con l'unica eccezione delle prestazioni d'opera intellettuale, per le quali è fatto espresso divieto di gratuità, in ossequio al principio dell'equo compenso.

¹⁴ A. PELLEGRINI, Auto-organizzazione e modelli di gestione nelle amministrazioni pubbliche, Giuffrè, 2024, pp. 75-95.

È inoltre riconosciuta la possibilità, per l'amministrazione, di ricevere liberalità (donazioni), purché esse siano coerenti con l'interesse pubblico o collettivo perseguito.

Tali atti, pur riguardando soggetti pubblici, restano soggetti alla disciplina civilistica ordinaria in materia di donazioni.

Il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9) introduce un meccanismo di riequilibrio contrattuale in presenza di eventi straordinari e imprevedibili che determinino una sopravvenuta eccessiva onerosità per una delle parti¹⁵.

A differenza della disciplina civilistica, la norma prevede in questi casi il diritto alla rinegoziazione, finalizzato al ripristino dell'equilibrio originario del contratto, purché gli eventi non siano imputabili alla normale alea o rischio di mercato, né siano stati volontariamente assunti dalla parte danneggiata. L'onere della prova spetta alla parte che invoca la rinegoziazione, da attuarsi secondo buona fede.

La norma chiarisce inoltre che la rinegoziazione deve avvenire nei limiti dello stanziamento finanziario originario e, in caso di incidenza diretta sull'utilità della prestazione, può condurre a una

¹⁵ G. GIRELLI, op. cit., p. 123 ss.

proporzionale riduzione del prezzo. Si promuove infine l'adozione di clausole contrattuali che prevedano in via preventiva strumenti negoziali di gestione delle sopravvenienze.

L'articolo 10 cristallizza il *principio di tassatività delle cause di esclusione*, previste agli art. 94 e 95 del codice, stabilendo altresì:

- il divieto di affidare i contratti pubblici agli operatori economici nei confronti dei quali sia stata accertata la sussistenza delle suddette cause di esclusione espressamente definite dal codice;
- il divieto di introdurre cause di esclusione con fonte regolamentare o con la *lex specialis* del bando di gara, le quali saranno considerate come “non apposte” (nullità parziale);
- l'eterointegrazione delle fonti di *lex specialis* da parte delle norme imperative.

Per quanto riguarda i criteri di selezione, è previsto che la PA introduca:

- necessariamente i requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale¹⁶;

¹⁶ M. ROSSI, Requisiti di selezione e favor participationis negli appalti pubblici, Zanichelli, 2024, pp. 40-60.

- discrezionalmente i requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, che siano attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, nel rispetto del principio del *favor participationis*.

Una ulteriore novità, cristallizzata nell'art. 11 vede l'obbligo per l'operatore economico di presentare prima dell'aggiudicazione o dell'affidamento un'ulteriore dichiarazione con la quale si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato per tutta la durata del contratto ovvero la dichiarazione di equivalenza delle tutele.

Le medesime tutele normative ed economiche devono essere assicurate anche ai lavoratori in subappalto¹⁷.

Alla luce dei principi fondamentali fin qui illustrati, appare evidente come il nuovo decreto punti a definire un quadro normativo coerente, equilibrato e funzionale a garantire trasparenza, efficienza e correttezza nell'azione delle pubbliche amministrazioni.

Tale inquadramento generale costituisce il presupposto indispensabile per comprendere appieno l'ampiezza e le specificità dell'ambito di applicazione della disciplina, che verrà ora analizzato

¹⁷ F. ROMANO, Contratti collettivi e tutele nei contratti pubblici, Jovene, 2023, pp. 120-140.

nel dettaglio per mettere in luce le diverse categorie di contratti e le situazioni alle quali il Codice si applica, nonché le eventuali esclusioni e criticità operative¹⁸.

¹⁸ S. Conti, *Il nuovo Codice degli appalti: trasparenza e correttezza amministrativa*, Giappichelli, 2023, pp. 15-30.

1.3 Ambito di applicazione e problematiche: le c.d. “soft Law”

L’ambito di applicazione del Codice dei contratti pubblici si presenta maggiormente più vasto e articolato rispetto a quello delineato dalle sole direttive comunitarie cui è, sostanzialmente, ispirato¹⁹.

Invero le ragioni sono di tipo sostanziale e organiche, che conferiscono al Codice una funzione di unificazione e di coordinamento della complessa materia degli appalti pubblici.

In limine, il Codice non si limita a regolare distintamente i settori ordinari e quelli speciali, ma ne armonizza la disciplina, offrendo un quadro normativo coerente e integrato.

In tal modo, viene superata la frammentazione normativa che caratterizzava la precedente normativa di riferimento.

In secondo luogo, la portata del Codice si estende sia agli appalti di rilievo comunitario, cioè quelli cosiddetti “sopra soglia”, soggetti a un più rigido regime regolatorio, sia agli appalti di rilievo

¹⁹ F. MASTRAGOSTINO, La nuova disciplina dei contratti pubblici: principi generali e ambito di applicazione, in *Giurisprudenza Italiana*, 2023, p. 521 ss.

esclusivamente nazionale, i cosiddetti “sotto soglia”, ai quali sono applicate procedure più snelle ma non per questo meno trasparenti²⁰.

Inoltre, la regolamentazione non si esaurisce nella mera fase della gara d'appalto, ma investe con altrettanta attenzione le fasi che la precedono e la seguono: dalla programmazione e progettazione preliminari, che ne costituiscono la base imprescindibile, fino alla fase di esecuzione del contratto, con tutte le complesse dinamiche gestionali e di controllo che essa comporta²¹.

Non ultimo, il Codice non si limita a normare esclusivamente gli appalti, intesi come contratti di lavori, servizi e forniture, ma si estende a considerare l'intero spettro dei contratti stipulati dalle amministrazioni aggiudicatrici e dagli altri soggetti obbligati all'applicazione della normativa, inclusi quei contratti che, pur essendo esclusi dalla disciplina generale degli appalti, ricadono comunque nel suo ambito applicativo per ragioni di carattere sostanziale o funzionale.

In particolare, l'ambito soggettivo di applicazione della normativa concernente gli appalti pubblici di forniture e servizi di rilievo

²⁰ G. GIRELLI, op. cit. 3, p. 88.

²¹ A. MASSERA, Programmazione, progettazione e controllo nei contratti pubblici, Il Mulino, Bologna, 2023, p. 62 ss.

comunitario si presenta, nella sostanza, ampiamente coincidente con quello delineato dal diritto interno, in un'ottica di armonizzazione tra ordinamento nazionale e disposizioni dell'Unione Europea.

Sono qualificati come amministrazioni aggiudicatrici, e dunque tenuti all'osservanza della disciplina contenuta nel Codice dei contratti pubblici, i seguenti soggetti:

1. Le amministrazioni dello Stato, le Regioni, le Province autonome di Trento e di Bolzano, gli enti pubblici territoriali in genere, nonché le loro unioni, consorzi o associazioni. Rientrano altresì in tale categoria gli altri enti pubblici non economici, ossia quegli enti che, pur non dotati di carattere imprenditoriale, svolgono funzioni di interesse pubblico²².
2. Gli organismi di diritto pubblico, intesi come entità che, pur avendo una propria personalità giuridica distinta, risultano funzionalmente e strutturalmente connesse alla sfera pubblica. Per essere qualificati tali, devono concorrere congiuntamente i seguenti requisiti:
 - il possesso della personalità giuridica;

²² M.A. SANDULLI, Manuale di diritto amministrativo, Nel Diritto Editore, Roma, 2024, p. 733 ss.

- l'essere stati istituiti per soddisfare specifiche finalità di interesse generale, prive di carattere industriale o commerciale;
- l'essere finanziati in misura prevalente dallo Stato, dalle Regioni, dagli enti locali o da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, oppure essere sottoposti al controllo di tali soggetti, oppure ancora avere organi di amministrazione, direzione o vigilanza composti, almeno per metà, da membri designati da tali soggetti pubblici.

Fa eccezione a questa disciplina, in via specifica, l'Amministrazione autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS), per la quale, limitatamente alle forniture di sali e tabacchi, non si applicano le disposizioni del D.lgs. n. 358/1992, in ragione della particolare natura delle attività gestite.

In tale quadro, la normativa si applica in modo da ricomprendere non solo gli enti pubblici in senso stretto, ma anche quei soggetti formalmente autonomi che, per struttura, funzione e legame con la finanza pubblica, ne condividono la responsabilità nella gestione delle risorse e l'obbligo di garantire il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e imparzialità.

Per quel che concerne l'ambito oggettivo di applicazione, in conformità a quanto disposto dall'art. 13 del Codice, le relative norme trovano applicazione in riferimento ai contratti di appalto e concessione, nonché all'aggiudicazione dei lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire o di un altro titolo abilitativo, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ovvero eseguono le relative opere in regime di convenzione (L'allegato I.12 individua le modalità di affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione).

In particolare, la disciplina dei contratti pubblici è caratterizzata da una ripartizione tra affidamenti a rilevanza europea e affidamenti c.d. sottosoglia. I primi riguardano contratti pubblici che, per l'entità del corrispettivo dovuto dalla p.a., assumono rilevanza ai fini dell'applicazione della normativa europea a tutela della concorrenza e del mercato.

I contratti sottosoglia, invece, per l'entità dell'importo non sono soggetti applicazione delle regole di evidenza pubblica.

La previsione di regimi giuridici differenziati in ragione del diverso importo del contratto impone la necessità di evitare elusioni della disciplina applicabile.

Per questo sono state definite regole uniformi per la determinazione del valore stimato dei contratti (art. 14, commi 1-29, del nuovo codice dei contratti pubblici).

Si tratta di criteri che assumono una portata generale in quanto sono riferibili alla totalità dei contratti ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica.²³

La disciplina dei contratti sottosoglia si differenzia da quella per gli affidamenti a rilevanza europea, ma è comunque ispirata a una regola di procedimentalizzazione che si pone in linea di continuità con la disciplina dettata dalle norme di contabilità di stato per i contratti pubblici.

L'obiettivo è quello di garantire comunque la trasparenza, la pubblicità e l'imparzialità nell'affidamento del contratto pubblico.

L'impatto delle norme di evidenza pubblica sull'attività contrattuale della Pubblica Amministrazione spiega l'importanza

²³ M. FRATINI in "Manuale sistematico di Diritto Amministrativo" pag. 806; Nel Diritto Editore 2023/2024

dedicata alla definizione dell'ambito, oggettivo e soggettivo, di applicazione di quelle norme.

Il perimetro si individua, in negativo, attraverso la categoria dei c.d. contratti esclusi²⁴.

Il legislatore esclude dal campo di applicazione della normativa in tema di evidenza pubblica alcune tipologie negoziali.

Le ragioni dell'esclusione, differenti a seconda della singola fattispecie, dipendono dalla presenza di interessi preminenti rispetto alle esigenze di tutela del mercato, ovvero da caratteristiche di certi contratti che non si conciliano con la rigidità delle norme di evidenza pubblica.

In particolare il Codice inibisce la sua applicazione ai:

- contratti esclusi a norma delle direttive comunitarie;
- contratti attivi;
- contratti a titolo gratuito anche se offrono opportunità di guadagno;
- contratti di società e le operazioni straordinarie che non comportino nuovi affidamenti di lavori, servizi e forniture²⁵.

²⁴ M.A. SANDULLI, op. cit, p. 733 ss.

²⁵ F. CARINGELLA, op. cit, p. 991.

Con riguardo a tale ultima tipologia di contratti, non vengono abrogate le norme del d. lgs. 19 agosto 2016, n. 175, che disciplinano la scelta del socio privato prevedendo l'utilizzo di procedure ad evidenza pubblica (art. 17, c. 1, D.lgs. n. 175/2016) e di cessione di quote o di azioni per le quali è previsto il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione e solo in casi eccezionali, ove l'offerta sia particolarmente conveniente, la negoziazione diretta con un singolo acquirente (art. 10, c. 2, D.lgs. n. 175/2016).

Inoltre, si rinvia ad un regolamento del Ministro degli affari esteri, sentita l'ANAC, per la disciplina delle procedure di scelta del contraente e l'esecuzione del contratto da svolgersi all'estero, mantenendo ferma l'applicazione del codice alle procedure di affidamento svolte in Italia.

È prevista una disciplina di specie per quei contratti a titolo gratuito che offrono opportunità di guadagno anche indiretto, il cui affidamento deve avvenire tenendo conto dei principi di cui agli articoli 1 (principio del risultato), 2 (principio della fiducia) e 3 (principio dell'accesso al mercato declinato nei principi di

concorrenza, di imparzialità e non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità).

Parallelamente all'analisi appena completata, non può non evidenziarsi che Il D.Lgs. n. 36/2023, sostanzialmente in linea con il precedente D.Lgs. n. 50/2016, dedica alcuni specifici articoli all'individuazione dei soggetti istituzionali deputati ad intervenire, ciascuno con diversi compiti e funzioni, nella disciplina dei contratti pubblici.

In particolare, nell'ambito del Libro V, rubricato "Del contenzioso e dell'ANAC. disposizioni finali e transitorie", la Parte II è dedicata alla "Governance" e, nell'ambito della medesima, gli artt. 221, 222 e 223 delineano rispettivamente i compiti della Cabina di Regia, dell'ANAC e del Ministero delle infrastrutture e dei Trasporti e struttura tecnica di missione.

Il recente fenomeno delle linee guida ANAC è una novità assoluta per l'ordinamento giuridico italiano, che merita di essere esaminata più approfonditamente.

Secondo la concezione tradizionale, infatti, le linee guida dovrebbero costituire un'espressione propria del potere di direttiva, come si desume anche dalla valenza semantica dell'espressione usata per il

loro nome, che si declina, a sua volta, per mezzo di raccomandazioni, istruzioni operative e, quindi, in definitiva, mediante l'indicazione delle modalità attuative del precetto normativo, ma mai per mezzo di regole cogenti e vincolanti, che, invece, dovrebbero costituire semplicemente il presupposto dei chiarimenti affidati alle linee guida.

Invero, in termini generali, con l'introduzione delle linee guida Anac si è dato avvio ad un confronto sulle c.d. "soft law".

L'espressione soft law nasce nel diritto internazionale, involgendo una serie di fenomeni di regolazione connotati dalla produzione di norme prive di efficacia vincolante diretta.

Il soft law si contrappone ai tradizionali strumenti di normazione quali leggi, regolamenti (c.d. hard law), emanati secondo determinate procedure da organi che, avendone la relativa competenza (parlamenti, governi ecc.), generano norme dotate di efficacia vincolante nei confronti dei destinatari.

Solitamente il soft law consiste in accordi, che non creano obblighi giuridici tra le parti contraenti, ma solo impegni politici il cui rispetto è rimesso alla volontà delle parti. Anche gli atti normativi veri e propri, tuttavia, possono produrre norme di soft law qualora

scelgano di imporre al destinatario obblighi non vincolanti sul piano giuridico (c.d. soft obligation).

La ragione del ricorso a norme del genere può consistere anche nel creare una disciplina flessibile, in grado di adattarsi alla rapida evoluzione tipica di alcuni settori della vita economica o sociale. Si può dire in conclusione che il termine soft law inglobi diversi fenomeni²⁶, che mostrano le caratteristiche della legge perché in qualche modo influenzano e restringono la volontà e la libertà dei loro destinatari, ma che dall'altro lato non stabiliscono una vera e propria obbligazione né prevedono una specifica sanzione.

In tale ottica, il vaglio critico si sposta necessariamente sulle linee guida adottate dall'ANAC che, a detta della giurisprudenza e della dottrina più avveduta²⁷, sembrano integrare alla perfezione la tipologia degli atti di soft law, introducendo nell'ordinamento italiano una nuova forma di legislazione, a prima vista scevra dai tradizionali caratteri di vincolatività, rigidità e formalità, e

²⁶ E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008, p. 26;

²⁷ M.E. BUCALO, *Autorità indipendenti e soft law. Forme, contenuti, limiti e tutele*, Torino, 2018.

maggiormente orientata alla collaborazione tra poteri pubblici ed operatori di settore.

Nel capitolo successivo si procederà a un'analisi più approfondita delle caratteristiche e delle implicazioni giuridiche delle linee guida ANAC, con particolare attenzione al loro ruolo innovativo nel quadro della soft law italiana.

1.4 Le semplificazioni a seguito del COVID-19 e dell'attuazione del PNRR

Nel nostro territorio, in data 30.01.2020 con Delibera del Consiglio dei Ministri, venne dichiarato lo stato di emergenza²⁸ a causa del diffondersi del virus COVID-19 .

Tale dichiarazione è stata la prima di un susseguirsi di decreti-legge, decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri, ordinanze e circolari del Ministero della Salute e del Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Lo stato d'emergenza ha avuto riflessi in molteplici settori tra cui, soprattutto, quello degli appalti pubblici.²⁹

Invero, durante la pandemia da Coronavirus vi era più che mai la necessità di un approvvigionamento rapido ed efficiente di beni, servizi e fornitura da parte delle pubbliche amministrazioni, in particolare quelle attinenti al Servizio Sanitario Nazionale.

²⁸ 1 Esso è stato dichiarato ai sensi degli artt. 7, comma 1, lett. c) e 24, comma 1, del DLgs. 2 gennaio 2018, n. 1;

²⁹ A. BARONE, La gestione amministrativa dell'emergenza COVID-19, in Riv. trim. dir. pubbl., 2020, p. 541 ss.

Tale situazione ha comportato, inevitabilmente, l'introduzione di svariate deroghe alla normativa prevista dal codice dei contratti pubblici, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

Invero, il citato testo normativo già disciplina le procedure di somma urgenza all'art. 63 e all'art. 163.³⁰

In particolare, il primo, che ha recepito l'art. 32 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti tramite una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara qualora, a causa di motivi di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili, i termini per le procedure aperte o per quelle ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati, precisando ulteriormente che l'urgenza non deve essere addebitabile all'amministrazione per carenza di organizzazione o programmazione³¹ o per sua inerzia o responsabilità³².

³⁰ M. COLISTRO, I contratti pubblici prima e durante l'emergenza sanitaria COVID-19: quali prospettive future?, in *RatioIuris*, 2021, pp. 6;

³¹ Cfr. Cons. St., sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882, in cui i giudici amministrativi hanno precisato che «basta al riguardo notare che il codice dei contratti pubblici (con disposizione anche qui avente carattere ricognitivo e quindi applicabile alla fattispecie in esame) stabilisce che le circostanze di estrema urgenza adducibili a giustificazione di una procedura negoziata senza gara “non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti” (art. 57, comma 2, lett. c). Ciò vuol dire che se una stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per

Risulta evidente come la procedura disciplinata all'art. 63 rappresenti una chiara eccezione al principio della pubblicità e della concorrenzialità tipica della procedura aperta. In questo senso si sono espressi i giudici di Palazzo Spada stabilendo che «la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara [...] riveste carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza» .

L'art. 163, invece, disciplina le procedure in caso di somma urgenza e di protezione civile.

Gli affidamenti in questione sono considerati ulteriormente eccezionali nel senso che «la previsione del legislatore delegante (“ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze

tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto non per questo è autorizzata a procedere (a più riprese) a trattativa privata».

³² Cfr. Cons. St., sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5996, in cui i giudici hanno stabilito che «va negato, perciò, che fossero insorte imprevedibili esigenze del servizio, con la conseguenza che non può riconoscersi legittimità al ricorso alla trattativa privata secondo un principio ripetutamente affermato allorché l'urgenza che la giustificerebbe si deve far risalire ad inerzia o responsabilità della stessa P.A.».

collegate alle situazioni emergenziali”) non sembra ancorare l’eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) particolari esigenze collegate alle situazione emergenziali». ³³

Dunque, con riguardo agli affidamenti disciplinati dall’art. 163 si raffigura una disciplina aggiuntiva rispetto a quella di cui all’art. 63. La circostanza di somma urgenza viene ritenuta perdurante fino a che le situazioni di pericolo non vengono eliminate e comunque per un periodo non superiore a quindici giorni dal verificarsi dell’evento o entro il termine stabilito dalla declaratoria dello stato d’emergenza di cui all’art. 5 della L. 225 del 1992. Le deroghe che scaturiscono da tali situazioni emergenziali non comportano l’assenza di controlli. In particolare, esse riguardano le procedure di scelta del contraente, la figura del responsabile del procedimento, le modalità di pubblicazione dei bandi e i relativi criteri di selezione delle offerte, la verifica delle offerte basse.

³³ G. NAPOLITANO, L’eccezione dell’urgenza negli appalti pubblici, in Giorn. dir. amm., 2022, p. 88

Dunque, appare evidente che il sistema derogatorio appena delineato è orientato a snellire quanto possibile le procedure e non, invece, pregiudicare il controllo.

In tale prospettiva si inseriscono anche le recenti modifiche introdotte dal PNRR, che, pur prevedendo significative semplificazioni procedurali in materia di appalti pubblici, ribadiscono l'importanza del rispetto dei principi di trasparenza, legalità e buon andamento, a conferma di un equilibrio tra esigenze di speditezza e necessità di controllo dell'azione amministrativa.

Invero, la riforma generale del Codice dei contratti è finalizzata, nelle intenzioni del legislatore, ad adeguare la normativa interna al diritto europeo e ai principi espressi dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e delle giurisdizioni superiori, interne e sovranazionali, e di razionalizzare il perseguimento di obiettivi di stretta aderenza alle direttive europee, dall'altro da una serie di norme dal carattere semplificatorio ed acceleratorio specificamente dedicate agli interventi finanziati con le risorse previste dal PNRR. Come anticipato, il legame esistente tra il PNRR e le procedure ad evidenza pubblica ha trovato la sua formalizzazione normativa all'interno del Titolo IV (art. da 47 a 56-quater) del D.L. 31 maggio

2021, n. 77 (c.d. Decreto semplificazioni 2021 o Decreto semplificazioni-bis) proprio con riferimento agli investimenti riconducibili all'area del PNRR³⁴.

Entrando nello specifico delle previsioni contenute nel Titolo IV del D.L. n. 77/2021, è possibile riscontrare due differenti tipologie di norme. Una prima categoria è rappresentata da una serie di norme, a carattere temporaneo e derogatorio rispetto al Codice dei Contratti Pubblici (di cui al D.Lgs. 8 aprile 2016, n. 50 e s.m.i.), che trovano applicazione rispetto a tutte le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture.

Affianco a queste, ve ne sono altre che hanno una disciplina speciale in relazione alle procedure afferenti agli investimenti pubblici finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste: – dal Regolamento (UE) 2021/240 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 febbraio 2021, che istituisce uno strumento di sostegno tecnico – dal Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, che istituisce il Next Generation

³⁴ F. MERUSI, "La semplificazione negli appalti pubblici: quadro normativo e prospettive", in *Rivista giuridica dell'edilizia e delle opere pubbliche*, 2022 – per la descrizione delle norme semplificatorie dedicate agli interventi PNRR.

EU; – dal Piano Nazionale per gli investimenti Complementari (PNC) al PNRR .

Si tratta, in altri termini, di una disciplina speciale (*lex specialis*), rivolta a particolari categorie di contratti pubblici, che, di fatto, introduce un doppio binario: da un lato il regime ordinario, così come delineato dal Codice dei Contratti Pubblici (come modificato e integrato dallo stesso D.L. n. 77/2021) e, dall'altro, il regime speciale (e, pertanto, di stretta interpretazione), risultante dalla combinazione del regime ordinario con le norme dettate dal Titolo IV del D.L. 31 maggio 2021, n. 77, appositamente per gli appalti riconducibili al PNRR.³⁵

Successivamente a tali interventi, come noto, è divenuto efficace, dal 1° luglio 2023, il nuovo Codice dei contratti pubblici n. 36/2023, e con questo una serie di limiti e problematiche fra cui la questione se gli appalti PNRR/PNC – per i quali continua ad applicarsi la normativa speciale di cui al D.L. n. 77/2021 (e successive modifiche) – debbano essere aggiudicati in base al nuovo Codice, oppure in base al previgente Codice n. 50/2016.

³⁵ “La Governance del PNRR – Lsa riforma dei contratti pubblici nel PNRR” in [LA GOVERNANCE DEL PIANO NAZIONALE DI RIPRESA E RESILIENZA – La riforma dei contratti pubblici nel PNRR](#), Monografia online.

Ebbene, Il nodo interpretativo ruota attorno a due previsioni del nuovo Codice:

- l'art. 225, comma 8, che ha previsto l'ultrattività delle disposizioni del D.L. n. 77/2021 (e delle ulteriori norme finalizzate a semplificare e agevolare la realizzazione degli obiettivi stabiliti dal PNRR/PNC);
- l'art. 226, comma 5, secondo cui *“Ogni richiamo”* al Codice n. 50/2016 contenuto in *“disposizioni legislative, regolamentari o amministrative”*, *“si intende riferito alle corrispondenti disposizioni”* del nuovo Codice o, in mancanza, ai principi desumibili da quest'ultimo.

Il problema è sorto in quanto il D.L. n. 77/2021 richiama puntuali previsioni del Codice n. 50/2016.

Secondo una recente sentenza del Consiglio di Stato (Sez.

V, 9.9.2024, n. 7496), gli appalti PNRR/PNC continuano ad essere regolati dal Codice n. 50/2016, per la seguente ragione: siccome il D.L. n. 77/2021 rinvia a specifiche previsioni del Codice n. 50, si tratterebbe di un rinvio statico (non dinamico), con la conseguenza di *“cristallizzare”*, per tali appalti, l'applicazione del Codice n. 50,

nonostante la sua intervenuta abrogazione da parte del Codice n. 36/2023.

Alla stessa conclusione era giunto, lo scorso luglio, il Tar Umbria (Sez. III, n. 758/2023), il quale – senza nemmeno richiamare l’art. 226, comma 5, del nuovo Codice – aveva ritenuto che l’art. 225, comma 8, avrebbe sottratto la disciplina degli appalti PNRR/PNC al “*generale spartiacque temporale*” stabilito per l’entrata in vigore del Codice n. 36, stante la specialità della disciplina PNRR/PNC e la sua funzionalizzazione alla “*celere e fruttuosa conclusione*” delle procedure di affidamento, “*in vista della realizzazione delle relative opere*”.³⁶

Tale orientamento, secondo cui le opere PNRR/PNC continuano a soggiacere al Codice n. 50/2016, desta perplessità, perché sembra trascurare sia l’art. 226, comma 5, del nuovo Codice, sia – soprattutto – il fatto che tale previsione è stata espressamente richiamata proprio dalla normativa speciale sul PNRR/PNC, di cui al D.L. n. 77/2021.

³⁶ Avv. M. PARINI in “Appalti PNRR/PNC: quale Codice applicare? Nuovi “sussulti” giurisprudenziali e una norma ignorata” in [SLM | NEWS Appalti PNRR/PNC: quale Codice applicare? Nuovi “sussulti” giurisprudenziali e una norma ignorata. - Studio Legale Mascetti](#)

Infatti, l'art. 48, comma 3, di tale D.L. (novellato dalla Legge n. 108/2023) così dispone, al secondo periodo: “*Trova applicazione l'art. 226, comma 5*” del nuovo Codice.

Nonostante l'infelice collocazione di tale norma in un comma dedicato alle procedure negoziate senza bando, pare ragionevole ritenerla applicabile a tutte le procedure per l'affidamento di opere PNRR/PNC (d'altronde, il comma 1 dell'art. 48 citato prevede l'applicazione di tale articolo a tutte le procedure di affidamento delle opere PNRR/PNC).

Pertanto, l'interpretazione letterale e sistematica degli artt. 226, comma 5, del nuovo Codice, e 48, comma 3, del D.L. n. 77/2021, sembra deporre per l'applicazione del nuovo Codice alle procedure di affidamento delle opere PNRR/PNC indette dal 1° luglio 2023.

In questo senso (seppur facendo leva solo sull'art. 226, comma 5, del nuovo Codice, e non anche sull'art. 48, comma 3, del D.L. n. 77/2021) si sono espressi, ad esempio: Tar Campania-Salerno, Sez. I, n. 639/2024; Tar Lazio, n. 14366/2024; Tar Campania-Salerno, Sez. I, n. 1055/2024 e Tar Toscana, Sez. II, n. 493/2024.

Con questa sentenza, il Tar Umbria ha stabilito che, per quanto non espressamente derogato o disciplinato diversamente dal d.l. n.

77/2021, le procedure di affidamento di appalti finanziati con risorse del PNRR/Pnc ed avviate dopo l'1 luglio 2023 devono comunque essere regolate dalle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici, dovendosi ritenere ad esso riferito ogni richiamo in disposizioni legislative, regolamentari o amministrative vigenti al D.lgs. n. 50/2016.

Ne consegue pertanto che l'applicazione del precedente codice previsto dal D.lgs. n. 50/2016 viene limitata ai procedimenti già in corso.

Questa sentenza è di particolare rilevanza in quanto rappresenta per la prima volta un chiarimento netto circa l'applicabilità del nuovo codice dei contratti alle procedure PNRR scardinando le indicazioni di senso contrario fornite dal Mit che, nella pratica, avevano creato confusione tra gli operatori del settore³⁷.

Il nuovo codice rappresenta infatti una *milestone* del contesto del PNRR, e ha la finalità di adeguare la normativa nazionale al diritto europeo e ai principi delineati dalla giurisprudenza costituzionale e sovranazionale, nonché di razionalizzare, in linea con le direttive

³⁷ M. GROSSO, "Il nuovo Codice dei contratti pubblici", Giuffrè, 2023, pag. 135-140.

europee, una serie di norme dal carattere semplificatorio ed acceleratorio specificamente rivolte agli interventi finanziati con le risorse previste dal PNRR e dal PNC³⁸.

La riforma del settore dei contratti pubblici è guidata principalmente dall'obiettivo primario di attuare la semplificazione, “ottenuta aumentando la discrezionalità delle amministrazioni e rimuovendo il *gold plating* ovunque possibile”, intendendosi per *gold plating* l'introduzione o il mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi imposti dalle direttive europee e, nel contempo, prevenire il rischio di fenomeni corruttivi attraverso “un più ampio ricorso a digitalizzazione, trasparenza e qualificazione”.

Sarebbe contraddittorio quindi ritenere che una normativa concepita con il fine specifico di realizzare gli obiettivi del Piano e che ne costituisce elemento per la realizzazione dei target previsti non trovi applicazione proprio agli interventi realizzati con risorse del PNRR. Continuare ad applicare il codice precedente a questo contesto implicherebbe di fatto negare la portata innovatrice del nuovo codice, che è stato progettato per essere parte integrante

³⁸ F. MERUSI, “La semplificazione negli appalti pubblici: quadro normativo e prospettive”, in *Rivista giuridica dell'edilizia e delle opere pubbliche*, 2022 – per le norme semplificatorie dedicate al PNRR.

dell'implementazione e del successo del PNRR.³⁹

³⁹ A. Massari, Appalti PNRR-PNC: quale Codice si applica?, in Appalti e Contratti, fasc.10, 2023, pag. 2-10;

1.5 Le nuove discipline di affidamento

Il nuovo quadro regolatorio mira a favorire una gestione più snella e responsabile delle gare, incentivando l'utilizzo di strumenti digitali, criteri qualitativi e meccanismi di concorrenza leale

Come detto, particolare attenzione è rivolta alla valorizzazione del principio di risultato, alla centralità della programmazione e al rafforzamento del ruolo delle stazioni appaltanti, con l'obiettivo di assicurare tempi certi, qualità delle opere e correttezza nei rapporti tra pubblico e operatori economici⁴⁰.

Nel regime del “vecchio” codice degli appalti pubblici, il D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il ricorso all'affidamento diretto era ammesso in presenza di rigidi presupposti⁴¹.

In particolare, per quanto riguardava gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, l'art. 63 consentiva l'affidamento diretto solo nei casi di gara deserta o con offerta inappropriata, creazione o acquisizione di opera d'arte, assenza di concorrenza nel mercato per

⁴⁰ M. GROSSO, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, Giuffrè, 2023, pp. 100-130;

⁴¹ A. BIANCHI, Il Codice dei contratti pubblici 2016, Zanichelli, 2017, pp. 250-270.

motivi tecnici e tutela di diritti esclusivi inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Per gli appalti di importi inferiore alla soglia comunitaria, invece, l'art. 36 tale procedura era prevista solo per gli affidamenti di importo inferiore a € 40.000, mentre per importi superiori e fino alle soglie europee si imponeva la richiesta di preventivo ad un numero predefinito di operatori del mercato.

Il decreto legge n. 76/2020, c.d. decreto "Semplificazioni", convertito con legge n. 120/2020, ha poi introdotto un nuovo regime per gli appalti sotto soglia, prevedendo una deroga all'art. 36, comma 2, al fine di incentivare gli investimenti pubblici e fronteggiare le ricadute economiche derivanti dalla pandemia, e consentendo l'affidamento diretto per lavori entro l'importo di € 150.000 e per servizi e forniture entro l'importo di € 139.000.

Si trattava di una misura emergenziale e destinata - per espressa previsione normativa - ad essere temporanea in quanto legata al fenomeno pandemico e alle sue ripercussioni sull'economia del paese.

Il “nuovo” codice degli appalti, tuttavia, ha recepito tale misura in maniera definitiva⁴².

Invero, ha introdotto nuovi principi, tra cui il principio del risultato perseguito dall’amministrazione e, anche per semplificare e snellire gli affidamenti al di sotto di determinati importi, ha previsto come regola generale quella che prima era un’eccezione: la possibilità di ricorrere all’affidamento diretto per lavori entro € 150.000 e per servizi e forniture entro € 140.000.

L’art. 50, infatti, dispone che le stazioni appaltanti procedono con tale modalità *“anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni contrattuali”*.

Si tratta, in ogni caso, di una possibilità e non di un obbligo: come chiarito dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti con la circolare del 20 novembre 2023 n. 298, resta sempre ferma la facoltà per l’amministrazione di ricorrere alle procedure aperte o ristrette per testare il mercato e attivare la concorrenza.

⁴² L. ROSSI, Le semplificazioni negli appalti pubblici durante la pandemia, Wolters Kluwer, 2021, pp. 45-60.

Per quanto riguarda, invece, gli appalti sopra la soglia comunitaria, il D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 ha mantenuto invariati i rigidi presupposti per l'affidamento diretto, precisando tuttavia anche che la stazione appaltante deve valutare la specifica situazione di fatto e peculiari caratteristiche dei mercati interessati, nel rispetto del principio del risultato, della fiducia e di accesso al mercato⁴³.

Sul punto, una delle novità più dirompenti della nuova codificazione sui contratti pubblici è rappresentata dall'obbligatorietà, per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate con inviti, di rispettare il principio di rotazione, risultando inibiti, almeno in via di principio, ripetuti e continui affidamenti a favore dei medesimi operatori.

La ratio che ne ispira la previsione è quella di evitare il consolidamento di posizioni di vantaggio a favore di pochi concorrenti, oltre che quella di prevenire fenomeni corruttivi derivanti dal consolidarsi di rapporti (eccessivamente confidenziali) tra gli operatori economici e i referenti istituzionali.

⁴³ A. BORSERO "L'affidamento diretto di appalti pubblici secondo il nuovo codice dei contratti" in [L'affidamento diretto di appalti pubblici secondo il nuovo codice dei contratti](#)

In altri termini, in caso di affidamenti diretti (qualora preceduti da mere indagini di mercato e senza l'espletamento di alcuna procedura comparativa, come, ad esempio, per gli ordini di acquisto "diretto"), il rispetto del principio di rotazione impedisce, di regola, che la scelta ricada su un precedente beneficiario; per le procedure negoziate semplificate, invece, la rotazione vale sin dalla fase degli inviti, con la conseguenza che all'uscente (o al precedente beneficiario, anche dell'invito) non può essere inoltrata la c.d. "lettera di invito" a formulare l'offerta⁴⁴.

Tale *modus operandi* presenta indubbi vantaggi anche sul piano procedimentale, considerata la riduzione degli adempimenti (risultando sufficiente una sola e iniziale indagine di mercato ed un unico affidamento) e dei controlli, in quanto il contraente sarebbe sottoposto ai controlli di rito all'atto dell'affidamento e/o dell'aggiudicazione (in luogo di singoli e plurimi controlli all'atto di ogni singolo affidamento), fermo restando le sole verifiche in corso di esecuzione, ove necessarie (quale, ad esempio, il d.u.r.c. ogni 120

⁴⁴ F. Armenante, In principio è la rotazione, in *Amministrativ@mente*, 2018 fasc.9-10

gg, oppure l'attestazione della regolarità fiscale in caso di pagamenti di importo superiore a cinquemila euro)⁴⁵.

⁴⁵ F. VERDI, Principi di trasparenza e rotazione negli appalti pubblici, Jovene, 2024, pp. 75-90.

CAPITOLO II

LA TUTELA E I RISCHI NELLE GARE PUBBLICHE

Sommario: 2.1 Il ruolo dell'ANAC e delle Pubbliche Amministrazioni; 2.1.1 Il ruolo delle linee guida emanate dall'ANAC; 2.2 Digitalizzazione e piattaforme telematiche (caso Brescia Infrastrutture); 2.3 Controlli: Prefetture, Corte dei Conti e task force PNRR; 2.4 Modelli di compliance e cause di esclusione; 2.5 Infiltrazioni criminali: i) Dalla violenza al controllo economico-amministrativo; ii) Criminalità organizzata tra COVID-19 e PNRR; iii) Settori a rischio e prevenzione; iii) Imprese “pulite” (Operazione “Basso profilo”)

2.1 Il ruolo dell'ANAC e delle Pubbliche Amministrazioni

L'ANAC nasce dalla trasformazione di un altro organismo pubblico, ossia la Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche (CIVIT), creata nel 2009 (art. 13 del D.Lgs. n. 150/2009) con la funzione di indirizzare, coordinare e sovrintendere all'esercizio indipendente delle funzioni di misurazione e valutazione della performance organizzativa e individuale dei dirigenti delle pubbliche amministrazioni⁴⁶.

A tali attribuzioni si affiancava il compito di garantire la trasparenza totale delle amministrazioni, cioè l'accessibilità dei dati inerenti al loro funzionamento e, altresì, quello di determinazione degli standard dei servizi pubblici.

⁴⁶ L. DE LUCA, L'Autorità nazionale anticorruzione: tra cultura dell'integrità e trasparenza, Università di Pisa, 2017

Successivamente, la c.d. *legge anticorruzione* (art. 1 della L. 6 novembre 2012 n. 190), attuando le Convenzioni internazionali in materia di lotta alla corruzione, ha individuato la CIVIT quale autorità nazionale competente a coordinare l'attività di contrasto della corruzione nella Pubblica Amministrazione⁴⁷.

Al cambio di denominazione in ANAC (art. 5, D.L. 101/2013) si è aggiunta una ridefinizione delle funzioni (articolo 19 del decreto-legge n. 90/2014), con l'obiettivo principale di concentrare la missione istituzionale dell'Autorità sui compiti relativi alla garanzia della trasparenza e alla prevenzione della corruzione nelle pubbliche amministrazioni.

In tale direzione, il D.L. n. 90/2014 (convertito dalla L. n. 114/2014) ha provveduto in primo luogo a trasferire all'ANAC tutti i compiti e le funzioni dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (AVCP), istituita dall'articolo 4 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, con funzioni di vigilanza sugli appalti di lavori, delle forniture e dei servizi, compresi i settori speciali e quelli d'interesse regionale⁴⁸.

⁴⁷ R. CANTONE – F. MERLONI, *Codice dell'anticorruzione e della trasparenza*, Maggioli, 2018, pag. 15 e ss.

⁴⁸ P. MANTINI, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, Giuffrè, 2015, p. 45 ss.

Tale autorità è stata contestualmente soppressa mediante decadenza dei relativi organi a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto.

Le funzioni in materia di contratti pubblici assegnate all'Autorità sono state successivamente ridefinite dal nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 213, D.Lgs. n. 50/2016).

A fronte di questo insieme di nuove attribuzioni, l'ANAC ha perso le attribuzioni originarie in materia di misurazione e valutazione della performance, che sono state invece assegnate al Dipartimento della funzione pubblica, il quale ha contestualmente ceduto in favore dell'ANAC le competenze in materia di trasparenza e anticorruzione. In attuazione del D.L. 90/2014 (art. 19, co. 10) tali funzioni sono state riordinate con il regolamento adottato con D.P.R. 9 maggio 2016, n. 105.

In attuazione di tale riforma, con DPCM 1 febbraio 2016, ricevuto il parere delle competenti Commissioni parlamentari (Atto del Governo n. 200), è stato approvato dal Consiglio dei ministri il piano di riordino della nuova Autorità nazionale anticorruzione, il quale ha trasferito in via definitiva all'ANAC le risorse umane, strumentali e

finanziarie della soppressa Autorità di vigilanza dei contratti pubblici ed ha istituito il ruolo del personale dipendente dell'ANAC.

Ad oggi, dunque, L'ANAC è un'autorità amministrativa indipendente la cui missione istituzionale è individuata nell'azione di prevenzione della corruzione in tutti gli ambiti dell'attività amministrativa⁴⁹.

L'attività di ANAC si esplica attraverso la vigilanza su vari fronti: applicazione della normativa anticorruzione e rispetto degli obblighi di trasparenza, conferimento degli incarichi pubblici, conflitti di interesse dei funzionari, affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici.

L'ANAC è organo collegiale composto dal Presidente e da quattro componenti scelti tra esperti di elevata professionalità, anche estranei all'amministrazione, con comprovate competenze in Italia e all'estero, sia nel settore pubblico sia in quello privato, di notoria indipendenza e comprovata esperienza in materia di contrasto alla corruzione.⁵⁰

L'autorità in parola, dunque, svolge un'attività di vigilanza e consultiva tramite l'emanazione di pareri sulla normativa e di

⁴⁹ A. CORRADO, Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa, ESI, 2019, pag. 80 e ss..

⁵⁰ [Mission e competenze - www.anticorruzione.it](http://www.anticorruzione.it)

precontenzioso, finalizzati alla risoluzione delle controversie insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara.

La fisionomia dell'ANAC è stata completata con l'esplicito riconoscimento del potere di definire con propri regolamenti l'organizzazione, il funzionamento e l'ordinamento giuridico (art. 52-quater, D.L. n. 50 del 2017 , conv. L. n. 96/2017) ed economico del proprio personale ([art. 1, co. 298, L. n. 205/2017](#)), sulla base dei principi della legge n. 481 del 1995, istitutiva delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità.

Invero, nel suo ruolo di prevenzione alla corruzione ANAC deve principalmente analizzare i fattori e i comportamenti in grado di favorire il fenomeno corruttivo all'interno delle P.A. e per adempiere a tale compito, deve redigere annualmente un atto di indirizzo per le amministrazioni, il Piano Nazionale Anticorruzione (PNA)⁵¹.

All'interno del piano vengono indicate le materie a rischio corruzione e individuate le misure che le amministrazioni pubbliche possono porre in essere per prevenire effettivamente e concretamente la corruzione.

⁵¹ U. FRANGIPANE, La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC, ESI, 2022, pag.62 e ss..

Tali misure preventive, che le amministrazioni possono adottare, non godono di uniformità in quanto vengono rimandate, ad ogni singolo ente, l'individuazione e l'adozione in concreto del rimedio più adeguato alle proprie specifiche esigenze. ANAC può richiedere specifiche informazioni o imporre la cessazione di determinati comportamenti posti in essere dalle amministrazioni, che stridano con le finalità di prevenzione alla corruzione.

Il settore dei contratti pubblici, disciplinato per lo più dal D.lgs. 50 del 2016, è quello in cui ANAC ha i poteri e le prerogative più ampie, in quanto questo è un settore considerato a più alto il rischio di corruzione.

Il Codice dei contratti stabilisce all'art. 213 le attività di regolazione, vigilanza e controllo di ANAC sugli stessi e disciplina le sue due missioni principali, che sono vigilare tale settore e prevenire e contrastare il fenomeno dell'illegalità nelle P.A.

Analizzando il codice si nota immediatamente che ANAC è presente in ogni aspetto della disciplina dei contratti pubblici e che l'art. 213 contiene un vero e proprio elenco generale dei suoi poteri e compiti, poi integrati da altre disposizioni dello stesso.

Pur trattandosi di attività distinte che si esplicano mediante atti dotati di una propria connotazione, è comunque possibile riscontrare tra le stesse un'interazione funzionale, che si dimostra coerente con la posizione peculiare di autorità indipendente.

Difatti, gli atti regolatori a carattere generale sono adeguati, non solo in ragione delle istanze degli stakeholders, bensì anche in base ai risultati della vigilanza, che, segnalando criticità applicative o interpretative, orientano l'intervento del regolatore, contribuendo a migliorare la qualità e l'efficacia delle regole.

Compito della regolazione è quello di tradurre in regole l'esperienza di vigilanza, che viene così ad assumere rilevanza nel procedimento di formazione degli atti regolatori.

Nel contempo, gli atti regolatori a carattere generale concorrono a definire il perimetro d'azione della vigilanza.

Infatti, la conformità degli atti di gara alla normativa di settore è valutata non solo rispetto alle norme di rango primario, bensì anche con riguardo alle regole dettate in via integrativa dall'Autorità.

Pertanto, può affermarsi che tanto la vigilanza quanto la regolazione sono espressione essenziale di un complessivo ruolo dell'Autorità, la quale utilizza le informazioni dal mercato per migliorare la propria

azione regolatoria a garanzia del buon andamento del complessivo settore degli appalti e dei contratti pubblici.

Da questo punto di vista, ci si potrebbe spingere sino a considerare la vigilanza come una forma di partecipazione indiretta degli interessati ai procedimenti di elaborazione dei provvedimenti dell'Autorità, che contribuisce alla democratizzazione del procedimento decisionale ed a superare l'asimmetria informativa che sussiste tra autorità regolatrice e soggetti sottoposti alla regolazione⁵².

⁵² R. CALZONI *“L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma”* in Nomos Le attualità nel diritto 1-2019, pag. 4-5

2.1.1 Il ruolo delle linee guida emanate dall'ANAC

Nell'obiettivo di "semplificare" il complesso sistema di disciplina dei contratti di appalto e concessione di lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive europee di quarta generazione (nn. 23, 24 e 25 del 2014), favorevoli al policentrismo funzionale, il legislatore del 2016 ha invero ritenuto di sostituire il regolamento governativo di attuazione del Codice dei contratti con speciali e strumenti di regolazione "fluida e costantemente aggiornata" (c.d. "linee guida") elaborati (e in molti casi direttamente approvati) dall'Autorità Nazionale Anticorruzione, destinati a integrare e/o attuare, spesso con effetto "vincolante", la disciplina normativa primaria con riferimento ad aspetti e istituti fondamentali della contrattazione pubblica.

Il D.lgs. n. 50 del 2016, che, in forza della delega conferita dalla l. n. 11 del 2016, ha approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ne prevedeva tre diverse tipologie (linee guida approvate con decreto ministeriale su proposta dell'ANAC, linee guida approvate dalla stessa ANAC con carattere vincolante, linee guida approvate dall'ANAC senza carattere

vincolante) di incerto e difficile inquadramento, con quanto ne consegue anche ai fini del regime giuridico applicabile.

In particolare, in attuazione dell'art. 1, comma 1, lett. t), della menzionata legge delega, il Codice prevedeva all'art. 213

(interamente dedicato all'ANAC) che l'Autorità “*attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*”. Diverse disposizioni del Codice fanno poi esplicito riferimento all'adozione da parte dell'Autorità di linee guida, da emanare entro termini appositamente prestabiliti, per la disciplina di profili di centrale importanza della contrattazione pubblica.⁵³

Dal dettato normativo si evince, quindi, che con riferimento a tali atti, in primo luogo, non è rilevante il nomen iuris, bensì la natura sostanziale del provvedimento; in secondo luogo che si tratta di veri e propri strumenti di “regolazione”, seppur di tipo “flessibile”, ma

⁵³ G.A. GIUFFRÈ “Le “nuove” dimensioni del regolamento. Il caso delle Linee guida ANAC” in federalismi.it

non per questo meno vincolanti. Siamo, quindi, di fronte ad un vero e proprio atto di regolazione, con efficacia conformativa dei comportamenti degli operatori ai quali si rivolge.

Dal punto di vista sostanziale la legge delega riconduce le linee guida e tutti gli altri atti comunque denominati al genere degli “atti di indirizzo” qualificandoli, al pari del Codice dei Contratti pubblici, come strumenti di “regolazione flessibile”.

Invero, è stata riservata alle linee guida la disciplina di aspetti determinanti del regime normativo delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, sicché si impone una loro qualificazione giuridica alla quale consegue l’identificazione del modello al quale devono essere ascritte.

Tale già complessa operazione ermeneutica si rivela, tuttavia, complicata dalla diversità delle tipologie di linee guida contemplate dal Codice degli appalti, sia quanto ai contenuti, sia quanto all’autorità emanante, sia, ancora, quanto alla procedura formale prescritta per la loro adozione.

All’ANAC, dunque, veniva peraltro sostanzialmente attribuita una buona parte della “regolazione secondaria”, attraverso “l’esperimento” della c.d. “soft law”, ovvero il potere di emanare

linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di “regolazione flessibile”, unitamente alla previsione, in più punti del Codice, di “linee-guida vincolanti”.

Come accennato nel paragrafo precedente, soft law è una espressione di elaborazione dottrinale⁵⁴, entrata di recente nel linguaggio del diritto, che trova il suo fondamento nell’analisi della complessa attività giuridica contemporanea.

Sul tema, si concorda nel ritenere che la soft law indichi un insieme variegato di atti e fatti latu sensu normativi, caratterizzati in negativo dal non essere spiccatamente autoritativi, vincolanti; ad onta della detta mancanza tali atti, pur non creando di per sé diritti e obblighi, sono tuttavia in grado di produrre determinati effetti dal punto di vista giuridico, trasformandosi in certi casi, grazie al loro uso da parte degli organi competenti, in diritto immediatamente precettivo.⁵⁵ Secondo la teoria tradizionale formale e prescrittiva delle fonti, però, fonte del diritto è solo l’atto o il fatto abilitato dall’ordinamento a produrre norme giuridiche, cioè ad innovare l’ordinamento stesso.

⁵⁴ Il termine nasce nell’ambito della dottrina internazionalistica e prende una forma abbastanza definita nell’ordinamento comunitario. Tra la vasta lettura internazionale si veda BAXTER, *International law in Her Infinite Variety*, in 29ICLQ, 1980, p. 549

⁵⁵ DI STEFANO, *Origini e funzioni del soft law in diritto internazionale*, in Lav. Dir., 2003, p. 18

Con maggior grado di esplicazione, fonte del diritto è ogni strumento espressamente autorizzato dall'ordinamento ad introdurre modifiche ed innovazioni allo stesso, a prescindere da qualsiasi valutazione di natura sostanziale circa il contenuto del precetto.⁵⁶

Però se da un lato la vincolatività e la coercibilità si pongono come connotati tipici del diritto, siffatta soft law connotata da elasticità, la cui ottemperanza ha carattere per lo più volontario, che insiste sulla persuasione piuttosto che sulla cogenza, non potrebbe essere definita quale regola giuridica.⁵⁷

Dall'altro lato poi si deve tener presente del fatto che la soft law trova applicazione, divenendo efficace: giudici, legislatori, arbitri, operatori del diritto trasformano, in relazione alle esigenze concrete, criteri non cogenti in norme definite, così come appare il caso in parola, delle linee guida ANAC.⁵⁸

Invero, tra i diversi modelli di linee guida, il Consiglio di Stato nel parere n. 855 del 2016 ne ha catalogate tre tipologie: a) quelle

⁵⁶ ALPA, I principi generali e le fonti del diritto, in Pol. dir., 1992, p. 653

⁵⁷ FERRERI-PIZZORUSSO, Le fonti del diritto italiano, in SACCO, Trattato di diritto civile, Torino, 1998, p. 299

⁵⁸ ZACCARIA, Trasformazione e riarticolazione delle fonti del diritto, oggi, in Ragion pratica, 2004, p. 109

approvate con decreto ministeriale, b) quelle vincolanti adottate dall'ANAC e c) quelle non vincolanti, sempre adottate dall'ANAC. Le linee guida adottate con decreto del Ministero delle infrastrutture e trasporti, su proposta di ANAC, sono da considerarsi un vero e proprio atto normativo di natura regolamentare, considerata, sempre secondo il Consiglio di Stato, la loro “chiara efficacia innovativa nell'ordinamento, cui si accompagna il carattere generale ed astratto delle norme in esso contenute”.

Mentre le linee guida non vincolanti sono inquadrabili come ordinari atti amministrativi, le linee guida a carattere vincolante dell'ANAC, sono, invece, quelle previste da disposizioni del codice che hanno un contenuto specifico. Alle stesse, secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, non può riconoscersi una pari natura normativa, in quanto non in linea con il sistema delle fonti italiane.

Data la valenza di carattere generale dei provvedimenti in questione, nonché la natura del soggetto emanante, la quale si configura a tutti gli effetti come Autorità indipendente, con funzioni (anche) di regolazione, le linee guida dell'ANAC dovrebbero ricondursi agli atti di regolazione delle Autorità indipendenti, che non sono regolamenti

in senso proprio, ma atti amministrativi generali e, appunto, “di regolazione”⁵⁹

Tutto ciò conferma l’idea che i materiali che compongono il mondo giuridico sono molto più complessi e articolati rispetto a quanto tradizionalmente e semplicisticamente prospettato dalla dogmatica; va allora colta la valenza propria del diritto attenuato, ricerca che pare condurre al punto in cui il tema delle fonti si interseca con quello dell’interpretazione.

⁵⁹ M.C. ROMANO, Atti amministrativi generali, in S.CASSESE (a cura di), Dizionario di diritto pubblico, Milano, 2006, p. 491 ss

2.2 Digitalizzazione e piattaforme telematiche (caso Brescia Infrastrutture)

L'innovazione digitale pare costituire la prospettiva di maggiore interesse nella recente riforma del Codice dei contratti pubblici.

La trasformazione da attuare risulta particolarmente complessa e riguarda profili relativi al contesto organizzativo del settore e ai modelli contrattuali, condizionati entrambi dall'evoluzione delle necessarie forme digitali⁶⁰.

Il contesto sovranazionale evidenzia un panorama europeo molto disomogeneo, ma anche alcune forti tendenze a superare la prospettiva del singolo contratto pubblico, verso analisi di strategie congiunte europee e nazionali, come nuovi modelli organizzativi della domanda pubblica verso una politica industriale europea, se non una geopolitica, dei contratti pubblici⁶¹.

Sono posti nuovi obiettivi strategici, di sostenibilità ambientale, sociale, di economia circolare, di favore per la Net Zero Industry, per l'acquisto di tecnologie a zero emissioni nette, da favorire anche mediante gli appalti di innovazione.

⁶⁰ F. DE VIVO "Appalti pubblici e innovazione tecnologica" in Rivista Giuridica dell'Economia (2021), pp. 78-79

⁶¹ M. ROSSI Digitalizzazione e contratti pubblici in Europa (2020), pp. 34-40

Appare chiaro che, seppur non vi sia una nuova direttiva da recepire, le nuove indicazioni ed i vincoli europei sono cresciuti a seguito delle crisi sanitarie, energetiche, ambientali, dei piani di resilienza, che richiedono un forte coordinamento, per ridefinire le strategie industriali che incidono anche sui contratti pubblici.⁶²

L'art. 19 del D.lgs. n. 36 del 2023 apre la parte II del libro I del codice, interamente dedicata alla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti, quale strumento essenziale (e trasversale all'intero impianto del codice) per contribuire al rilancio del Paese.

Detta finalità è esplicitata nel primo comma, che afferma che “le stazioni appaltanti e gli enti concedenti assicurano la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti”.

La realizzazione di tale obiettivo deve avvenire, come chiarisce ancora lo stesso primo comma, in modo da garantire l'esercizio dei diritti di cittadinanza digitale e nel rispetto di alcuni principi, con

⁶² G.M. RACCA “*Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*” in Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali, ed. Jovene pag. 7-8

espresso rinvio al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 (codice dell'amministrazione digitale)⁶³.

Tra questi rinvii sono, esplicitamente richiamati, i principi di neutralità tecnologica, di trasparenza, di protezione dei dati personali e di sicurezza informatica.

Invero, l'Unione Europea, con l'adozione della Direttiva 2014/24/UE ha innovato la materia degli appalti pubblici, abrogando la precedente Direttiva 2004/18/CE, e disponendo che

«l'aggiudicazione degli appalti pubblici da o per conto di autorità degli Stati membri deve rispettare i principi del trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza».

Tra i principali “driver” delle politiche della Commissione Europea rientra altresì «la digitalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi delle pubbliche amministrazioni (electronic public procurement); l'obiettivo, nel medio periodo, è quello di digitalizzare l'intero processo di

⁶³ F. DE VIVO op. cit., pp. 80-83

approvvigionamento delle pubbliche amministrazioni nelle due fasi di pre e post aggiudicazione, ovvero dalla pubblicazione dei bandi fino al pagamento (appalti elettronici end-to-end).

Il Programma per la Razionalizzazione degli acquisti nella P.A prevede che la spesa pubblica per beni e servizi [...] dovrà essere gradualmente razionalizzata indirizzando le 32.000 stazioni appaltanti verso l'utilizzo delle procedure di acquisto fornite dai soggetti aggregatori, che costituiscono un "sistema a rete" per il perseguimento dei piani di razionalizzazione della spesa pubblica e per la realizzazione di sinergie nell'utilizzo di strumenti informatici per l'acquisto di beni e servizi».

In Italia, il recepimento delle direttive europee, unitamente all'introduzione delle azioni necessarie a regolamentare e standardizzare i processi e le procedure in ambito e-procurement è stato demandato all'art. 58 del D.lgs. n. 50/2016⁶⁴.

Le amministrazioni aggiudicatrici avevano tempo fino al 18 ottobre 2018 «per attuare esclusivamente appalti pubblici elettronici tramite piattaforme dedicate per gli appalti pubblici elettronici. Ciò significa che l'intera procedura di appalto, dalla pubblicazione dei bandi di

⁶⁴ A. BIANCHI Il Codice dei contratti pubblici: guida commentata (2019), pp. 112-120

gara alla presentazione delle offerte, deve essere eseguita elettronicamente».

Ad oggi, ciò che rileva è la carenza di regole tecniche per disciplinare e standardizzare le piattaforme di “e-procurement”.

Un passo avanti in questo processo è stato compiuto con il d.P.C.M. n. 148/2021 (Regolamento recante modalità di digitalizzazione delle procedure dei contratti pubblici, da adottare ai sensi dell’articolo 44 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), attraverso il quale sono state definite le prime regole per standardizzare i sistemi di “e-procurement”.

Al contempo questo decreto ha demandato all’Agenzia per l’Italia digitale (AgID), tramite apposite Linee Guida, l’emissione delle regole tecniche per la definizione delle modalità di digitalizzazione ma che, ad oggi, risultano essere in fase di preparazione.

Le nuove tecnologie e la digitalizzazione hanno acquisito un ruolo strategico nel perseguire obiettivi di efficienza, economicità e trasparenza nelle amministrazioni pubbliche⁶⁵.

Nel corso dei mesi di “*lockdown*”, le amministrazioni pubbliche hanno dovuto affrontare una sfida dall’esito certamente non scontato,

⁶⁵ M. PIGNATTI, La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l’efficienza e l’innovazione nei contratti pubblici, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 133, Abstract.

in quanto hanno dovuto conciliare le esigenze di trasparenza ed efficienza degli affidamenti pubblici con l'impossibilità fattuale di attuare le ordinarie procedure degli appalti.

In realtà, forse anche contro ogni aspettativa, si è dimostrato che anche un'amministrazione pubblica può operare nel processo degli appalti in maniera autonoma, come dimostra l'esempio concreto della Società Brescia Infrastrutture che nel pieno "lockdown", nei mesi di marzo ed aprile 2020, grazie al portale "e-procurement" "Tutto Gare", in qualità di amministrazione aggiudicatrice, oltre che ente aggiudicatore, è riuscita a pubblicare, bandire e aggiudicare una gara per servizi assicurativi per il triennio 2020-2023, comprensivi della polizza relativa alla Metropolitana Leggera Automatica di Brescia, per un importo complessivo di € 3.294.000,00.

Grazie all'utilizzo di tale strumento digitale, per la prima volta, la Commissione di gara ha potuto riunirsi da remoto in video conferenza, aprendo le "buste telematiche", valutando e attribuendo, tramite condivisione delle offerte tecniche, i punteggi in tutta trasparenza attraverso il portale.

Un grande sforzo ma anche una grande soddisfazione perché, in un certo qual modo, sebbene in un momento di difficoltà, si era riuscito

ad attuare pienamente quanto previsto dalla Direttiva 2014/24/UE e dal Codice dei contratti pubblici.

Il principio di “digitalizzazione delle procedure” attraverso l’utilizzo dei mezzi elettronici in tutte le fasi dell’approvvigionamento è stato introdotto dalle politiche europee dal 2010 e, da quel momento, si è cercato, a livello legislativo europeo e nazionale, di favorire il più possibile l’utilizzo degli strumenti informatici.

La sollecitazione alla “conversione digitale” delle procedure amministrative, siano esse quelle legate al rapporto tra PA e cittadino o quelle relative agli affidamenti di contratti e servizi, è stata altresì oggetto della revisione dell’art. 3-bis della l. n. 241/90 operata dal d.l. n. 76/2020, c.d. decreto “Semplificazioni”, che prevede del novellato testo che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati».⁶⁶

Non può, dunque, sottrarsi l’attività luminare posta in essere dall’Ufficio Appalti di Brescia Infrastrutture che ha, come prima

⁶⁶ G. M. BRENCA, Semplificazione e digitalizzazione degli appalti pubblici nel post – Covid: il caso di Brescia Infrastrutture S.r.l., in Ceridap, fasc. n. 3, 2022, pp. 117-134;

accennato, elevato la fase preliminare di studio e progettazione dei documenti di gara a strumento primario e strategico.

Invero, con l'art. 21, è stata particolarmente enfatizzata la fase di pianificazione, prevedendo ex ante quali siano le attività, i lavori e gli interventi che devono essere oggetto di programmazione e pur in presenza di procedure digitalizzate, l'intervento umano e formativo rappresenta l'apporto fondamentale per raggiungere gli obiettivi e minimizzare il contenzioso che incide in maniera positiva sui tempi di gara e di esecuzione dell'appalto.

Secondo l'U.O. della società se questa parte della procedura viene eseguita in modo corretto, il resto dovrebbe svolgersi senza difficoltà, così da ridurre al minimo il rischio di dover modificare o variare l'appalto.

In tale prospettiva risultano essere del tutto condivisibili le riflessioni di Pignatti che correttamente sostiene che *«la connotazione strategica di tale attività evidenzia l'importanza del valore umano che deve adattarsi a scelte di natura tecnico-discrezionale e a svolgere considerazioni di opportunità legate a molteplici fattori, quali gli obiettivi che l'amministrazione intende perseguire, il livello di concorrenza all'interno del mercato di riferimento, il numero*

*degli operatori economici, l'utilizzo e le finalità che
l'amministrazione deve perseguire mediante l'acquisto>>.⁶⁷*

⁶⁷ M. PIGNATTI, La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici, in *federalismi.it*, 12, 2022, p. 139

2.3 Controlli: Prefetture, Corte dei conti e task force PNRR

Nel sistema delle gare pubbliche, i controlli rappresentano un presidio fondamentale per garantire legalità, trasparenza e corretto utilizzo delle risorse pubbliche. A questo scopo intervengono diversi soggetti istituzionali, ciascuno con competenze specifiche, ma chiamati a operare in sinergia, soprattutto in un contesto particolarmente delicato come quello legato all'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁶⁸.

Nel contesto degli appalti pubblici, le verifiche antimafia sono uno strumento fondamentale per garantire la legalità e prevenire infiltrazioni da parte di organizzazioni criminali.

Il Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 36/2023) disciplina in modo dettagliato le modalità di verifica dei soggetti coinvolti nelle gare, al fine di tutelare la trasparenza e l'integrità delle procedure di affidamento.

Infatti, l'art. 17, comma 5 D.Lgs. 36/2023 prevede che la Stazione Appaltante dispone l'aggiudicazione dopo aver verificato il possesso

⁶⁸ F. DE MARCO, Appalti e trasparenza amministrativa, Il Mulino, 2022, pp. 112-115

dei requisiti in capo all'offerente e, quindi, l'assenza di cause di esclusione di cui agli artt. 94 e ss. D.Lgs. 36/2023.

Tra le altre, l'art. 94, co. 2 cit. prevede quale causa di esclusione automatica dalle gare d'appalto *“la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di ragioni di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo codice. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del codice di cui al decreto legislativo n. 159 del 2011, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia”*⁶⁹.

Invero, le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di acquisire d'ufficio la documentazione antimafia necessaria per le procedure di gara, mediante consultazione della Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia, e – qualora ciò non sia possibile - deve inviare una richiesta alla Prefettura competente territorialmente per acquisire la documentazione antimafia necessaria.

⁶⁹ M. SANTORO, Appalti pubblici e prevenzione antimafia, Cedam, 2020, pp. 78-83

In particolare, il Prefetto rilascia la comunicazione antimafia entro trenta giorni (cfr. art. 88, co. 4 D.Lgs. 159/2011) e, decorso tale termine, le Stazioni Appaltanti procedono anche in assenza della comunicazione antimafia, previa acquisizione dell'autocertificazione di cui all'articolo 89⁷⁰.

In tale caso, i contributi, i finanziamenti, le agevolazioni sono corrisposti sotto condizione risolutiva e le Stazioni Appaltanti 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 (cfr. art. 88, co. 4bis D.Lgs. 159/2011).

La Corte dei Conti, esercita invece un controllo a posteriori di tipo giurisdizionale e amministrativo-contabile, finalizzato a garantire la legittimità, l'efficienza e l'economicità dell'azione amministrativa⁷¹.

Particolare attenzione viene riservata ai contratti pubblici, soprattutto in presenza di fondi europei, dove il rischio di irregolarità o mala gestio può comportare la perdita delle risorse stanziare.

Secondo il Presidente della Corte dei Conti, in questo quadro, la Corte è disponibile a svolgere un ruolo di affiancamento alle

⁷⁰ M. SANTORO, Op. cit., pp. 90-95

⁷¹ L. ROSSI, Il controllo della Corte dei Conti nei contratti pubblici, IPSOA, 2023, pp. 120-130

amministrazioni anche in corso d'opera, ispirato al principio di concomitanza, offrendo loro, nell'esercizio delle attività di controllo, un quadro di riferimento per lo svolgimento delle attività, con il conseguente miglioramento dei servizi resi alla collettività.

L'azione di controllo più attenta al monitoraggio e all'analisi economico-finanziaria, nell'accompagnare le amministrazioni verso prassi virtuose, incoraggia la semplificazione delle procedure e consente l'adozione di tempestive misure correttive o la sollecita rimozione delle criticità rilevate, al fine di una più efficace utilizzazione delle risorse stanziata⁷².

La valorizzazione del controllo concomitante, dunque, anche sulla gestione dell'intera procedura contrattuale, potrebbe aumentare l'efficacia complessiva dell'attività contrattuale e la valutazione delle concrete conseguenze sulle comunità amministrate.

In particolare, un ampliamento dei controlli della Corte dei conti nella fase di esecuzione dei contratti pubblici potrebbe garantire una più incisiva verifica dell'attuazione della corretta realizzazione dell'opera.

⁷² Rossi L., Op. cit., pp. 140-145

Verrebbe, in tal modo, agevolata la verifica della conformità tra il programma iniziale, il contratto stipulato e il risultato finale conseguito sia sotto il profilo funzionale che contabile.

Potenziare, inoltre, la funzione di controllo preventivo intestata alla Corte dei conti su alcuni rilevanti atti propedeutici alla stipula dei contratti pubblici, potrebbe consentire in tempi brevi una verifica di conformità a legge dei provvedimenti esaminati e orientare, rendendo altresì più sicura, l'azione dei responsabili di settore.

Un valido supporto per le amministrazioni in fase di aggiudicazione potrebbe ravvisarsi in un controllo della Corte anche nel delicato momento della scelta del contraente e non solo sul successivo decreto di approvazione.

Purtroppo, evidenzia il Presidente Buscema, nella materia di contratti pubblici gli interessi della comunità si scontrano con il fenomeno della corruzione, che vede la Corte dei conti sempre più impegnata nella sua azione di prevenzione, svolta a tutela della legalità, del buon andamento della Pubblica Amministrazione e a garanzia dell'erario pubblico.

Sul punto, viene largamente sostenuto che uno degli strumenti fondamentali per contrastare la corruzione è l'innovazione digitale

che, nel definire chiaramente i percorsi procedurali, promuove la trasparenza delle relazioni nelle pubbliche amministrazioni e dei rapporti con i cittadini e agevola l'individuazione dei responsabili dell'azione amministrativa.⁷³

In parallelo, a partire dal 2021, è stata istituita una task force specifica per il monitoraggio e il controllo del PNRR, composta da esperti provenienti da diversi enti pubblici, tra cui il Ministero dell'Economia e delle Finanze, l'Ispettorato generale per il PNRR (IGeR), la Guardia di Finanza, l'ANAC e altri organismi indipendenti di audit. Questa task force ha il compito di assicurare la corretta attuazione dei progetti finanziati dal Next Generation EU attraverso un sistema integrato di controlli, che include audit periodici, ispezioni mirate e analisi dei rischi.

Tra le sue funzioni vi è anche l'implementazione di strumenti digitali avanzati per il monitoraggio in tempo reale dei flussi finanziari e delle attività di spesa, oltre alla predisposizione di report di sintesi per il Governo e il Parlamento.

⁷³ A. BUSCEMA "Il ruolo dei controlli della Corte dei conti nel sistema dei contratti pubblici" Abstract del 30.05.2019

Tale struttura è inoltre incaricata di coordinare le diverse autorità di controllo per evitare sovrapposizioni e garantire un'azione tempestiva e incisiva contro irregolarità, frodi o inefficienze. Sul punto è agevole riportare un esempio concreto dato dalla Regione Veneto.

Invero, nell'ambito del Progetto 1000 Esperti, previsto dal Sub-investimento 2.2.1 (“Assistenza tecnica a livello centrale e locale”) del PNRR, la Regione del Veneto ha costituito la Task Force Appalti (TFA) ora Task Force Appalti - Progetti (TFA-P) che ha l'obiettivo di affiancare l'amministrazione regionale e le amministrazioni provinciali e locali nella gestione delle procedure complesse relative agli appalti pubblici e fornire supporto per l'attuazione dei progetti finanziati con i fondi del PNRR⁷⁴.

Un aspetto particolarmente importante riguarda l'assistenza sulle specifiche condizioni legate agli appalti finanziati con i fondi del PNRR. In questo ambito, la task force aiuta le amministrazioni a rispettare il principio del “Do No Significant Harm” (DNSH), cioè a non arrecare danni significativi all'ambiente, e a raggiungere i target ambientali stabiliti.

⁷⁴ Cfr. Portale Semplificazione PNRR, Regione Veneto in <https://pnrr-semplificazione.regione.veneto.it/task-force-appalti>

Inoltre, supporta le procedure nel garantire il rispetto dei principi di parità di genere e di inclusione intergenerazionale.

Un altro ambito di supporto riguarda la transizione verso il nuovo Codice dei Contratti pubblici: gli esperti accompagnano le amministrazioni in questo cambiamento, fornendo indicazioni e chiarimenti.

Infine, la task force svolge attività di informazione e promuove un accompagnamento costante per aiutare le amministrazioni a realizzare efficacemente i progetti del PNRR, assicurando così una gestione trasparente e conforme alle regole.

In conclusione, il coordinamento tra Prefetture, Corte dei Conti e task force rappresenta un elemento cruciale per rafforzare il sistema dei controlli e prevenire fenomeni corruttivi, sprechi e inefficienze.

In un'ottica di accountability e trasparenza amministrativa, tale sinergia è ancora più importante nel contesto della straordinaria mole di risorse che l'Italia è chiamata a gestire attraverso il PNRR, in un arco temporale ristretto e con l'obbligo di rispettare target e milestone vincolanti⁷⁵.

⁷⁵ F. DE MARCO, Op. cit., pp. 145-150

2.4 Modelli di compliance e cause di esclusione

Nell'ambito delle gare pubbliche, assumono sempre maggiore rilevanza i modelli di compliance, ossia l'insieme di regole, procedure e strumenti che le imprese devono adottare per garantire il rispetto delle normative vigenti e prevenire comportamenti illeciti. In particolare, molte stazioni appaltanti richiedono che gli operatori economici abbiano adottato un modello organizzativo ai sensi del D.lgs. 231/2001, il quale consente di prevenire responsabilità amministrative derivanti da reati commessi nell'interesse o a vantaggio dell'ente.

Il possesso di un modello 231, eventualmente integrato da un codice etico e da un organismo di vigilanza (OdV), rappresenta oggi un importante segnale di affidabilità per le imprese che intendono partecipare a gare pubbliche⁷⁶.

Questo tipo di compliance organizzativa è particolarmente valorizzato nei settori più esposti a rischi di corruzione, frode o

⁷⁶ A. PUGLIESE, *Modelli di organizzazione e compliance*, Franco Angeli, 2021, pp. 110-130.

criminalità organizzata, e si collega direttamente alla valutazione dell'integrità e dell'idoneità dell'operatore economico⁷⁷.

In particolare, con il D.lgs. n. 24/2023 l'Italia ha recepito la Direttiva Whistleblowing (Direttiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo e del Consiglio), definendo - in un corpus unico di disposizioni valide, seppur con peculiarità e differenze, tanto per il settore pubblico quanto per quello privato – strumenti e misure a tutela della riservatezza e garanzia della protezione da ritorsioni di chi “soffia nel fischietto” (Whistleblower), ossia di chi riscontrato un sospetto illecito si assume la responsabilità di farsi parte attiva denunciandolo. La portata etica della nuova disciplina si coglie nell'ampliamento dei profili soggettivi ed oggettivi del perimetro applicativo del Whistleblowing, che porta l'onere di debellare il fenomeno corruttivo e la mala gestione ben oltre la figura del dipendente pubblico⁷⁸.

L'intervento del Legislatore, infatti, oltre a rispondere al preciso onere di recepimento della normativa europea, coglie in pieno l'esigenza di prestare sempre una maggiore attenzione ai presidi anticorruzione, ponendo l'onere anche sul privato, chiamato oggi più

⁷⁷ S. CIVITARESE MATTEUCCI, La responsabilità amministrativa degli enti, Giuffrè, 2022, pp. 45-70

⁷⁸ M. ROSSI, Whistleblowing e anticorruzione, Edizioni Simone, 2023, pp. 25-50.

che mai a competere sul mercato in termini di responsabilità d'impresa e reputazionali.⁷⁹

Nel precedente assetto normativo (D.Lgs.n. 50/2016) l'intera disciplina sui requisiti di moralità era racchiusa in una lunga ed articolata disposizione (art. 80), più volte oggetto di modifiche e revisioni legislative e, di conseguenza, foriera di notevoli dubbi (interpretativi) e del contenzioso che necessariamente ne derivava.

Il merito del nuovo Codice (D.Lg. 36/2023) è quello di aver “scorporato” il precedente articolato in cinque distinte disposizioni, con l'obiettivo di rendere più sistematica l'intera disciplina; così, nello specifico, l'istituto delle “cause di esclusione” risulta suddiviso in:

art. 94 - Cause di esclusione “automatica”;

art. 95 - Cause di esclusione “non automatica”;

art. 96 - Disciplina dell'esclusione;

art. 97 – Cause di esclusione di partecipanti a raggruppamenti;

art. 98 - Illecito professionale grave.

L' art. 94 individua le cause di esclusione definite “automatiche”, ovvero quelle che operano sulla base di un accertamento “sic et

⁷⁹ G. VIGGIANO “ La disciplina whistleblowing aspetti procedurali e criticità” Abstract in [La-disciplina-whistleblowing-Aspetti-procedurali-e-criticita.pdf](#)

simpliciter” e senza, quindi, lasciar alcun margine di valutazione all’Amministrazione appaltante, che deve di conseguenza disporre l’estromissione dal procedimento di gara al mero accertamento del “fatto storico”.

L’art. 95 prevede invece le cause di esclusione “facoltative” (o “non automatiche”) e si applica quando alla P.A. appaltante è riconosciuta la facoltà di valutare discrezionalmente l’affidabilità dell’operatore economico o la circostanza che la condizione avveratasi non abbia ricadute sulla correttezza della procedura di gara⁸⁰.

Quanto all’art. 96, viene introdotta per la prima volta una disposizione di “Self cleaning” con cui si prevede che i concorrenti possono sempre dimostrare di aver adottato misure idonee a garantire la loro affidabilità, anche con riferimento alle cause di esclusione automatiche, con la precisazione che, se tali misure sono idonee e tempestive, non si dà luogo ad alcuna esclusione.

Unica eccezione all’applicazione di dette misure “riabilitative” attiene alle violazioni definitivamente accertate in materia fiscale e

⁸⁰ F. ESPOSITO, Responsabilità d’impresa e trasparenza, Giappichelli, 2022, pp. 90-105.

tributaria, cui risulta espressamente esclusa ogni ipotesi “riparatrice”⁸¹.

L’art. 97 prevede che, se una causa di esclusione riguarda anche solo uno dei componenti di un raggruppamento temporaneo d’impresa (RTI) o di un consorzio, l’intero raggruppamento può essere escluso dalla gara. Tuttavia, la norma consente in alcuni casi la sostituzione del soggetto escluso, purché ciò non alteri in modo sostanziale l’offerta o la struttura del gruppo.

Questo equilibrio consente di tutelare la legalità senza penalizzare ingiustamente l’intero raggruppamento.

Quanto infine all’art. 98, detto contiene un elenco molto esteso delle condizioni che possono determinare la sussistenza di un “illecito professionale grave”(i provvedimenti ANAC o di altre Autorità, le risoluzioni contrattuali, le condanne al risarcimento-danno (anche non definitiva) per reati non inclusi all’art 94, ovvero i reati tributari, urbanistici, bancarotta semplice e fraudolenta, i reati previsti dal D.Lgs.n. 231/2001); l’elenco è solo apparentemente tassativo, in

⁸¹ C. LOMBARDI, Self-cleaning e affidabilità negli appalti pubblici, Edizioni Giuridiche, 2023, pp. 40-60.

quanto vengono comunque inserite condotte anche “generiche” idonee ad incidere notevolmente sull’affidabilità dell’offerente⁸². Degno di nota è anche l’inserimento di una clausola generale utile all’individuazione di atti o fatti idonei a provare un grave illecito, che contribuisce a integrare l’elenco di mezzi di prova tipizzati precedentemente indicati.

Tra gli anzidetti mezzi “adeguati” di prova, al comma 3: h) viene menzionata anche la “contestata o accertata commissione”, da parte dell’operatore economico (oppure dei soggetti obbligati ai sensi del comma 3 dell’articolo 94), di una serie di reati, tra cui al n. 5) sono espressamente indicati quelli previsti dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231

Ciò avviene con la precisazione che la valutazione circa la rilevanza dell’illecito professionale possa essere valutata in costanza di una “sentenza di condanna definitiva, il decreto penale di condanna irrevocabile”, ma anche nei casi in cui “la condanna non è definitiva, ovvero nel caso di adozione provvedimenti cautelari reali o personali ove emessi dal giudice penale”.

⁸² L. FERRARA, Illecito professionale e sanzioni negli appalti pubblici, Giappichelli, 2023, pp. 100-130.

In pratica viene introdotta la possibilità di riconoscere, ai fini dell'illecito professionale, alcune fattispecie non definitive, qualora riferite ai reati più gravi quali quelli indicati all'art. 94 (tra i quali sono naturalmente compresi anche i reati contro la Pubblica Amministrazione)⁸³.

Su quest'ultimo profilo si rischia dunque d'ingenerare grande confusione rispetto ai presupposti applicativi della disposizione, se si considera che anche la mera contestazione di uno dei reati anzidetti può essere suscettibile di valutazione negativa da parte della S.A.⁸⁴.

⁸³ R. CONTI, Elementi di diritto processuale negli appalti pubblici, Cedam, 2023, pp. 75-95.

⁸⁴ M. SANTORO, Problemi applicativi del nuovo Codice Appalti, Rivista Giuridica Appalti, 2024, pp. 33-48.

2.5 Infiltrazioni criminali

2.5.1 Dalla violenza al controllo economico-amministrativo

I crescenti investimenti dell'Unione Europea nel settore delle grandi opere hanno determinato una sempre più forte attenzione ai rischi di infiltrazioni criminali negli appalti pubblici e alla necessità di perfezionare gli strumenti di contrasto all'illegalità in un ambito che ancora oggi rischia di essere estremamente vulnerabile a causa della non completa armonizzazione della normativa in vigore nei diversi Stati membri.⁸⁵

Negli ultimi decenni, le mafie italiane hanno profondamente modificato la loro strategia di penetrazione nel tessuto economico, passando progressivamente dall'uso della violenza diretta al controllo economico-amministrativo.

Oggi la criminalità organizzata tende a mimetizzarsi, cercando di influenzare appalti pubblici, finanziamenti e attività d'impresa in modo meno visibile, ma non per questo meno pericoloso.

⁸⁵ L. SCOMPARIN "Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici", Giappichelli editore

In particolare, la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del “*public procurement cycle*”, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione.

La correlazione tra fenomeni corruttivi e inefficienza nell'esercizio delle pubbliche funzioni è stata evidenziata anche da studi internazionali che rivelano come lo spreco nel settore appalti sia stato ricollegato per l'80% all'incapacità e solo per il 20% alla corruzione da cui discende la necessità di formare i funzionari e costituire strutture organizzative complesse capaci di svolgere adeguatamente tale funzione, per contrastare la cattiva qualità della contrattazione pubblica superando la scarsa trasparenza, l' inadeguatezza delle clausole dei capitolati di appalto e l'inefficacia degli strumenti di contrasto agli inadempimenti in corso di esecuzione.

Le nuove direttive europee sui contratti pubblici perseguono l'obiettivo di semplificazione delle regole e introducono una disciplina anche riferita ad alcuni profili della fase dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali ove come già rilevato dall'Autorità

Nazionale Anticorruzione (ANAC), maggiori appaiono i rischi di inefficienza e corruzione.⁸⁶

2.5.2 Criminalità organizzata tra COVID-19 e PNRR

L'emergenza pandemica e, successivamente, l'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR) hanno ampliato il perimetro di rischio delle infiltrazioni mafiose.

Oggi, le organizzazioni mafiose si infiltrano nel sistema degli appalti pubblici attraverso società fittizie, prestanome e consorzi, orientando le gare tramite collusioni con soggetti interni alla Pubblica Amministrazione.

L'obiettivo non è più solo quello di ottenere vantaggi economici immediati, ma anche quello di radicarsi nel tessuto economico-legale, conquistando posizioni di influenza e controllo.

Durante la crisi sanitaria, l'urgenza delle procedure ha portato a deroghe e semplificazioni che, seppur necessarie, hanno generato vulnerabilità nei controlli.

⁸⁶ O. BANDIERA-A. PRAT-T. VALLETTI, Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment, in *American Economic Review* 111, 2009, pp. 1278-1308

Con il PNRR, la mole di investimenti straordinari ha attirato l'interesse delle mafie, soprattutto nei settori delle costruzioni, della logistica e della sanità. Le stesse autorità nazionali hanno evidenziato la necessità di intensificare i presidi di legalità in fase di progettazione, affidamento e realizzazione degli interventi finanziati. Nel sistema degli appalti pubblici è frequente la presenza di organizzazioni mafiosi che, attraverso: società fittizie, prestanome e consorzi, orientano le gare tramite collusioni con soggetti interni alla Pubblica Amministrazione.

L'obiettivo non è più solo quello di ottenere vantaggi economici immediati, ma anche quello di radicarsi nel tessuto economico-legale, conquistando posizioni di influenza e controllo.⁸⁷

Invero, la consapevolezza dell'eccezionalità della situazione e la necessità di promuovere azioni proattive a tutela della legalità nella gestione dei fondi del PNRR hanno favorito la sottoscrizione, in data 1° giugno 2022, di un Protocollo di Legalità.

La finalità di tale Protocollo consiste proprio nel rafforzare la prevenzione dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata

⁸⁷ R. PATSCOT "I fondi del PNRR e le possibili infiltrazioni della CRIMINALITA' ORGANIZZATA" pag. 2, Abstract in [I fondi del PNRR e le possibili infiltrazioni della CRIMINALITA' ORGANIZZATA – Unicost](#)

nei contratti stipulati dalle imprese con i rispettivi fornitori di beni e servizi ed esecutori dei lavori.

In un contesto di grande fermento e di importanti prospettive di crescita, Confindustria – la principale associazione di rappresentanza delle imprese manifatturiere e di servizi del Paese – ha avvertito l’esigenza di sottolineare con forza come soltanto legalità e sicurezza possano garantire i principi di libertà d’impresa e contribuire a un sano sviluppo del mercato, prevedendo un rafforzamento delle azioni di prevenzione del pericolo di infiltrazione della criminalità organizzata nelle attività imprenditoriali.⁸⁸

⁸⁸ E. SOMALVICO, C. TODARO, V. IAVARONE “PNRR e criminalità organizzata: mitigazione dei rischi di infiltrazione nel Sistema Industriale Nazionale” pag. 9 ed. CISINT [O.S.S.I.S.Na. - PNRR e Criminalità Organizzata: mitigazione dei rischi di infiltrazione nel Sistema Industriale Nazionale](#)

2.5.3 Settori a rischio e prevenzione

I settori più esposti al rischio di infiltrazione sono quelli a elevata intensità di capitale e a basso presidio etico, come l'edilizia, la gestione dei rifiuti, il ciclo del cemento, i trasporti e le forniture sanitarie.

Per contrastare tali fenomeni, è essenziale l'adozione di strumenti di prevenzione avanzati: *white list* prefettizie, interdittive antimafia, protocolli di legalità, controlli incrociati sulle filiere di subappalto, sistemi di tracciabilità digitale e rafforzamento della due diligence nelle gare.

La trasparenza e l'interoperabilità delle banche dati pubbliche rappresentano un ulteriore strumento fondamentale per individuare legami sospetti tra imprese e criminalità.

In proposito, l'art. 1, comma 53 della Legge 6 novembre 2012, n. 190 (Legge Severino), modificato dall'art. 4-bis del DL 8 aprile 2020 n. 23 (convertito dalla L. 5 giugno 2020 n. 40), definisce in modo tassativo le attività considerate più esposte alle infiltrazioni delle organizzazioni criminali.

Si ricorda che, anche se attività accessorie compaiono indirettamente nei contratti, l'impresa coinvolta deve essere iscritta alla White List antimafia; altrimenti è esclusa dalla gara.

La riforma del 2020 ha sensibilmente ampliato la platea dei settori “a rischio”, includendo anche attività fino ad allora ritenute marginali o non tradizionalmente connesse all'edilizia o grandi opere.

In particolare, i servizi funerari, la ristorazione/catering e la gestione dei servizi ambientali sono stati riconosciuti come potenziali veicoli di penetrazione mafiosa, anche se non sono direttamente legati all'appalto principale.

Sul punto è obbligo evidenziare che con una recente sentenza, la suprema Corte di Cassazione ha statuito che la mancata iscrizione nella white list dei prestatori di servizi ed esecutori di lavori non soggetti al rischio di infiltrazione mafiosa va considerata equivalente a un'interdittiva antimafia.

L'azienda ha dunque diritto al controllo giudiziario, per evitare di essere posta in liquidazione con il licenziamento dei dipendenti.

Ad avviso della Cassazione i presupposti che legittimano il diniego di iscrizione nella white list sono gli stessi che fanno scattare l'interdittiva antimafia.

Circostanza che deve portare ad affermare «una sostanziale equiparazione tra i due istituti, con la differenza che il primo consegue ad un procedimento promosso dal privato, la seconda ad un procedimento attivato d'ufficio».⁸⁹

⁸⁹ Cfr. Cass. Pen., Sez. II, n. 2156/2023, dep. 19.01.2023

2.5.4 Imprese “pulite” (Operazione “Basso profilo”)

L’operazione “Basso profilo”, condotta nel gennaio 2021 dalla Direzione Investigativa Antimafia (DIA) e coordinata dalla DDA di Catanzaro, rappresenta una delle più significative indagini contro l’infiltrazione della ‘ndrangheta nel tessuto politico-imprenditoriale calabrese.

Il blitz ha coinvolto circa 200 agenti e sequestrato un patrimonio stimato superiore ai 300 milioni di euro, comprendente 59 società.

Dal punto di vista operativo, l’inchiesta ha evidenziato un meccanismo sofisticato di emissione di fatture per operazioni inesistenti (FOI), gestite attraverso una rete di imprese cartiere e canali finanziari illegali.

Il sistema prevedeva contabilità fittizia, prelievi in contanti e retrocessione di fondi, a fronte del pagamento accidentale di Iva e tasse non dovute.

Questa forma di frode fiscale è stata definita dagli inquirenti come il “nuovo oro” dei clan.

Secondo l’ex magistrato e studioso Enzo Ciconte, autore della monografia Processo alla ‘Ndrangheta (Laterza, 1996), la

‘ndrangheta ha storicamente mutato pelle, non limitandosi più a omicidi, estorsioni o traffico di droga, ma immergendosi profondamente nella legalità apparente, tramite prestanome, professionisti e appalti pubblici.

L’operazione “Basso profilo” ne disegna un ritratto contemporaneo: il coinvolgimento di commercialisti, avvocati, notai, amministratori e politici (tra cui un ex assessore regionale e l’allora segretario nazionale dell’UDC), dimostra la lucida strategia dei clan di infiltrarsi nei gangli istituzionali.

Il successivo percorso giudiziario – con oltre 20 condanne confermate in rito abbreviato nel 2021 – e le confische definitive di beni (500 000 € nel 2024 e ulteriori 4,8 milioni di euro nel marzo 2025) mettono in evidenza la capacità del sistema giudiziario di seguire la tracciabilità economica del fenomeno e di demolire la base patrimoniale del clan.

Nel confronto tra l’analisi accademica di Ciconte e l’operato concreto dell’operazione “Basso profilo”, emerge come la ‘ndrangheta calabrese abbia evoluto il proprio *modus operandi*, spostandosi verso strategie di penetrazione “soft” tramite frodi fiscali, appalti, reti professionali e relazioni politiche.

Tale quadro riflette con chiarezza quanto espresso da Ciconte: la crisi dell'ordine mafioso tradizionale viene compensata con una strategia ibrida, fluida e tecnologicamente avanzata, dove il controllo del territorio può avvenire anche senza spargimento di sangue, ma mediante il dominio economico e istituzionale.⁹⁰

⁹⁰ E. CICONTE "Processo alla 'Ndrangheta", pag. 80, ed. Laterza 1996

CAPITOLO III

LA TURBATA LIBERTÀ DEGLI INCANTI NELLE GARE PUBBLICHE

Sommario: 3.1 Condotte rilevanti ex art. 353 c.p.; 3.2 Bene giuridico tutelato e definizioni di “gara” e “P.A.”; 3.3 Giurisprudenza: Il caso Ieffi; 3.4 Condotte rilevanti ex art. 353 bis c.p. ; 3.5 L’art. 353-bis c.p.: applicabilità nelle gare semplificate; 3.6 Il “doppio binario”: tutela o ambiguità normativa?

3.1 Condotte rilevanti ex art. 353 c.p.

I reati contro la Pubblica Amministrazione formano un ambito particolarmente delicato, soprattutto per quanto riguarda i delitti dei pubblici ufficiali che privilegiano il tornaconto personale all’interesse pubblico affidato alle loro mansioni.

Tuttavia, anche i privati possono commettere dei delitti contro la PA, come violenza o minaccia a un pubblico ufficiale, resistenza a un pubblico ufficiale o interruzione di pubblico servizio.

Disciplinati nel titolo II del libro II del Codice penale, i reati contro la PA si suddividono così in due grandi categorie:

- delitti commessi dai pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio contro la Pubblica Amministrazione;
- delitti commessi dai privati contro la Pubblica Amministrazione.

Quando è il cittadino privato a causare un danno della Pubblica Amministrazione si parla di *reato comune*.

In particolare, nel caso che ci occupa in questo elaborato, nella vasta costellazione delle fattispecie criminose volte a sanzionare comportamenti contrari agli interessi della Pubblica Amministrazione, i delitti di turbativa si presentano come ipotesi ancillari, stelle minori la cui luce si riverbera su dinamiche affaristiche nel contesto degli appalti pubblici che solo potenzialmente potrebbero degenerare in vere e proprie pratiche corruttive⁹¹.

Invero, negli ultimi tempi, i delitti di turbata libertà degli incanti e turbata libertà del procedimento di scelta del contraente si candidano ad atteggiarsi quali nuovi “reati-spia”, idonei a fungere da segnali d’allarme di un retrostante mercimonio della funzione pubblica; d’altro canto, la parabola applicativa che ha interessato le ipotesi di turbativa ha dimostrato come tali reati posseggano una capacità espansiva davvero difficilmente governabile, che il legislatore penale non ha potuto (o non ha voluto) fronteggiare⁹²

⁹¹ E. PENCO, I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale, in *Legislazione Penale*, 2024, pag.6;

⁹² G. DONATI, La turbata libertà degli incanti tra logiche d’autore e principio di offensività, in *SP* 2022, p. 209.

La disciplina amministrativa relativa alle procedure ad evidenza pubblica ha subito un profondo e significativo sviluppo, e, paradossalmente, il legislatore non si è preoccupato di aggiornare le norme penali poste a presidio di tali meccanismi di selezione, così ingenerando un rapido fenomeno di obsolescenza del precetto criminale⁹³.

È ben noto, in questo senso, come l'art. 353 c.p. continui a richiamare le procedure degli «incanti pubblici» e delle «licitazioni private» disciplinate dalla legge di contabilità dello Stato di cui al r.d. 18.11.1923 n. 2440; il perdurare di tale riferimento testuale, oltre a riflettersi in termini problematici sul significato da attribuire all'elemento normativo della “gara pubblica”, che verrà approfondito nel successivo paragrafo, rende manifesto un «anacronismo definitorio» del Codice penale che di fatto ha legittimato l'opera di supplenza ermeneutica intrapresa dalla giurisprudenza⁹⁴

Invero, in punto di elemento oggettivo del reato, l'art. 353 c.p. è un reato a forma vincolata. Esso presenta, infatti, un elenco tassativo di condotte attraverso cui può essere integrato: violenza, minaccia, doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti. Qualche voce

⁹³ G. DONATI, op. cit., 210

⁹⁴ G. MARCONI, Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.), in Trattato teorico-pratico di diritto penale, diretto da F. Palazzo, C.E. Paliero, M. Pelissero, I, Reati contro la Pubblica Amministrazione, a cura di M. Catenacci, Torino 2022, pag.358

dottrinale, però, non manca di sottolineare come l'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione "altri mezzi fraudolenti" incrinì seriamente la tassatività del precetto, introducendo un elemento di forte indeterminatezza in grado quasi di trasformare il delitto in un reato a forma libera.⁹⁵

Le prime due condotte a venire in rilievo nel dettato dell'art. 353 sono la violenza e la minaccia.

La nozione di violenza da accogliere in relazione all'art. 353 è una nozione ampia, che include sicuramente il nucleo originario di violenza come estrinsecazione di forza fisica, ma poi si allarga fino a ricomprendervi anche la violenza intesa come coartazione di tipo psicologico.⁹⁶

Tale ricostruzione appare preferibile rispetto alla posizione di coloro che vorrebbero un'interpretazione tradizionale di violenza comprendente solo esercizio della forza fisica⁹⁷, soprattutto se si analizza l'offensività di una condotta di questo tipo rispetto al bene giuridico tutelato dalla norma. Infatti, poiché l'art. 353 si prefigge di tutelare la libertà di concorrenza – quale possibilità dei privati di

⁹⁵ P. VENTURATI, Incanti (frodi negli), in Dig. pen, VI, Torino, UTET, 1992, p. 305;

⁹⁶ V. MORMANDO, La tutela penale dei pubblici incanti, Padova, CEDAM, 1999,, p. 39;

⁹⁷ O. DI GIOVINE, Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (diretto da), Trattato di diritto penale. Parte speciale, II, Torino, UTET, 2008, p. 803

proporre in piena libertà le proprie offerte affinché l'amministrazione possa scegliere la più vantaggiosa –, appare evidente che ogni tipo di violenza, e non solo quella fisica, è in grado di coartare la volontà della vittima, alterando il gioco della gara⁹⁸.

Anche la giurisprudenza di legittimità accoglie la nozione estesa, affermando che la violenza “*si identifica in qualsiasi mezzo idoneo a privare coattivamente l'offeso della libertà di determinazione e di azione*”⁹⁹

Per quanto concerne la minaccia, si accoglie nell'analisi del delitto in esame la definizione tipica, caratteristica di tutte le fattispecie di parte speciale ossia, quale atto di chi prospetta ad altri un male futuro, la cui realizzazione è subordinata alla sua volontà, diretto a ledere un bene del soggetto passivo o di persone a lui prossime¹⁰⁰.

A titolo esemplificativo, si richiama un caso giurisprudenziale in cui, per turbativa di gara, gli imputati furono ritenuti colpevoli di aver minacciato un potenziale partecipante, prospettandogli gravi conseguenze, tali da indurlo a desistere dall'acquisto¹⁰¹.

La dottrina ha escluso, però, che possa considerarsi minaccia la mera prospezzazione di un esercizio legittimo di un diritto, salvo che tale

⁹⁸ N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, Napoli, Jovene Editore, 2012, pp. 101-103

⁹⁹ Cass. pen., sez. V, 29 settembre 2015, n. 4284.

¹⁰⁰ G .L. GATTA, La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante, Roma, Aracne, 2013, p. 17.

¹⁰¹ Cass. pen., sez. VI, 11 giugno 2024, n. 29204.

esercizio non assuma connotazioni abusive, configurando così un illecito¹⁰².

Parimenti, la minaccia implicita è stata, con ragione, esclusa dalla nozione tipica, onde evitare un'eccessiva estensione della punibilità e garantire un corretto bilanciamento tra i concetti di minaccia e "altri mezzi fraudolenti".

Perché violenza e minaccia risultino penalmente rilevanti ai sensi dell'articolo 353 c.p., esse devono possedere l'idoneità a comprimere la libertà di azione dei soggetti coinvolti nella gara, senza che importi se la condotta intimidatoria sia rivolta a singoli individui o alla collettività¹⁰³.

Tuttavia, il destinatario dell'intimidazione deve essere colui il cui comportamento determina l'evento di turbativa, non potendo configurarsi reato qualora la minaccia sia diretta a terzi estranei.

L'efficacia intimidatoria delle condotte va valutata, nella prevalente dottrina, secondo parametri oggettivi ex ante, sebbene non manchino orientamenti che attribuiscono rilievo anche alla soggettività della vittima, soprattutto nel caso della minaccia¹⁰⁴.

¹⁰² A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, Giuffrè 2008, p. 532

¹⁰³ V. MORMANDO, *La tutela penale dei pubblici incanti*, cit., pp. 43-44.

¹⁰⁴ V. MUSACCHIO, *La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Rivista penale*, 1993, n. 5 p. 540;

In ultimo, la distinzione tra violenza e minaccia si fonda sul criterio temporale: la violenza è contraddistinta dall'immediatezza dell'azione, mentre la minaccia si caratterizza per la prospettazione di un male futuro.

Tuttavia, nel contesto della turbativa, tale distinzione perde parte della sua pregnanza, poiché ambedue le modalità si configurano come strumenti volti a turbare la volontà del soggetto, rappresentando così un'endiadi inscindibile ai fini dell'incriminazione¹⁰⁵.

Parallelamente alle condotte intimidatorie, il legislatore prevede, strumenti di realizzazione dei delitti di turbativa, i mezzi di natura fraudolenta, i doni e le promesse.

Per quanto riguarda la nozione di doni, la dottrina prende spunto dall'analisi compiuta in relazione ad altre fattispecie dell'ordinamento, in particolare dal delitto di corruzione, e afferma che rientra nella definizione qualsiasi trasferimento a titolo gratuito di un'utilità che abbia un valore economico o sia comunque in grado di arrecare un vantaggio.¹⁰⁶

Sulla possibilità di includere nella nozione in esame anche i vantaggi non materialmente incorporati in un bene tangibile, quali possono

¹⁰⁵ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., p. 80.

¹⁰⁶ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2021, 6^a ed., p. 339

essere prestazioni lavorative o sessuali, esistono opinioni divergenti: per alcuni si tratta comunque di doni, mentre per altri rientrano nella categoria delle promesse¹⁰⁷.

Come risulterà più evidente esaminando la definizione di promessa, la distinzione tra doni e promesse, in relazione ai vantaggi immateriali, non deve fondarsi sulla natura stessa del beneficio, bensì esclusivamente sul momento in cui tali regalie sono ricevute dal destinatario.

Pertanto, si parlerà di doni qualora il beneficiario possa fruire immediatamente del vantaggio, mentre si tratterà di promesse quando il godimento del beneficio, non incorporato in un bene materiale, potrà realizzarsi solo in un momento successivo.

Passando quindi alla definizione di promessa, questa viene infatti indicata come un'offerta di una qualsivoglia utilità futura.¹⁰⁸

Perché un'offerta di utilità possa rivestire i caratteri di una promessa ai sensi dell'art. 353 c.p., quest'ultima deve presentare alcuni tratti – recuperati dalla dottrina penalistica dallo studio che il diritto privato ha fatto del concetto – i quali caratterizzano l'offensività di tale

¹⁰⁷ A. PAGLIARO, M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale*, cit., p. 532; A. DI MARTINO, *I delitti di turbativa di gara*, cit., p. 438.

¹⁰⁸ R. ROSSI, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Archivio penale*, 1982, p. 557;

modalità di condotta, evitando un eccessivo allargamento del penalmente rilevante.

La promessa, infatti, non può essere astratta o generica, ma deve rivestire i caratteri della tipicità, della concretezza e della rilevanza.¹⁰⁹

Il dibattito dottrinale sul significato di doni e promesse nell'articolo 353 c.p. ruota principalmente sul rapporto tra queste e l'utilità che l'agente intende ottenere.

Una parte della dottrina sostiene che doni e promesse debbano rappresentare una retribuzione proporzionata all'utilità attesa, con una connessione teleologica chiara tra dono/promessa e vantaggio¹¹⁰. Al contrario, un'altra parte ritiene che doni e promesse non richiedano un rapporto di scambio sinallagmatico, bensì una semplice relazione causale con la manipolazione della gara, sottolineando la natura spontanea e liberale di tali atti¹¹¹.

Questa seconda impostazione è preferibile perché consente di includere nel reato anche doni fatti prima della gara, come regali di cortesia o mance, purché si dimostri la volontà di turbare la gara e un nesso causale tra condotta ed evento.

¹⁰⁹ V. MORMANDO, La tutela penale dei pubblici incanti, cit., p. 47

¹¹⁰ V. MORMANDO, La tutela penale dei pubblici incanti, cit., p. 65

¹¹¹ S. VINCIGUERRA, I delitti contro la Pubblica Amministrazione, Padova, CEDAM, 2008., p. 411;

Tuttavia, rilevano solo condotte riferite a gare specifiche, escludendo azioni in vista di una generica possibilità futura¹¹².

Anche tra i sostenitori della seconda posizione vi sono differenze: alcuni escludono ogni necessità di proporzionalità tra doni/promesse e vantaggio, altri invece richiedono che tali atti abbiano un'effettiva capacità di influenzare la volontà del beneficiario.

Quest'ultima interpretazione è preferita, poiché la legge richiede che doni e promesse abbiano una consistenza tale da poter svolgere una funzione causale rispetto al reato, influenzando la volontà in modo valutabile dal giudice secondo criteri oggettivi, integrati da considerazioni specifiche sul destinatario¹¹³.

L'illustrazione delle condotte di rilevanza penale della fattispecie speciale in parola si estende, poi, alle collusioni, comunemente intese da dottrina e giurisprudenza come accordi occulti volti ad alterare il normale svolgimento della gara.¹¹⁴

La Suprema Corte ha puntualizzato che gli accordi possono essere conclusi fra tutti i partecipanti alla gara oppure solamente tra alcuni di essi o anche tra partecipanti e preposto, il quale “fornisce [...]”

¹¹² N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., pp. 118-121

¹¹³ N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., pp. 124-125.

¹¹⁴ O. DI GIOVINE, Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti, cit., p. 803

suggerimenti e consigli ai fini della determinazione del contenuto dell'offerta da presentare”¹¹⁵

O ancora, la collusione si può manifestare nella forma di un accordo che prevede il comportamento omissivo di uno dei partecipanti.

Tale ultima ipotesi collusiva prevede la possibilità di configurare una condotta omissiva che rende difficile distinguere i casi in cui il comportamento di astensione è comunque parte integrante di un accordo collusivo punibile ai sensi dell'art. 353 c.p. da quelli in cui si configura più semplicemente un'astensione dalla gara dietro compenso ai sensi dall'art. 354 c.p., il quale prevede una pena meno severa¹¹⁶

Le conseguenze della diversità strutturale tra le modalità di condotta sono molto significative sul piano applicativo: nel caso di doni o promesse solamente il soggetto attivo risponde ai sensi dell'art. 353 c.p., mentre il beneficiario può essere punito ex art. 354 nel caso in cui all'accettazione del dono o della promessa segua l'astensione della gara; se si configura, invece, un accordo collusivo tutti i partecipanti sono correi del reato di turbata libertà degli incanti.¹¹⁷

¹¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 16 maggio 2019, n. 4113.

¹¹⁶ V. MORMANDO, La tutela penale dei pubblici incanti, cit., p. 132 ss

¹¹⁷ N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., p. 133

È per tale ragione che risulta fondamentale cogliere il criterio distintivo tra promessa accettata e collusione, le quali tuttavia appaiono molto simili dal punto di vista fenomenico.

In apertura del presente paragrafo si è voluta sottolineare la vaghezza del legislatore che fa vacillare la tassatività dell'elencazione delle modalità della condotta, portando alcuni autori a ritenere la fattispecie in esame un reato a forma libera, alla luce del finale riferimento ad “altri mezzi fraudolenti”, quali ulteriori ipotesi di condotta.

Si può affermare che nella categoria dei mezzi fraudolenti rientrano tutti quegli strumenti che risultano in concreto idonei a realizzare gli eventi previsti dal delitto di turbata libertà degli incanti e che possono consistere quindi in artifici, menzogne e in qualsiasi altro raggirio di natura ingannatoria¹¹⁸

Sul punto, si può affermare che vi è accordo, fra dottrina e giurisprudenza, nel comprendere nella definizione, oltre ad artifici e raggiri – tipiche condotte fraudolente – anche il semplice mendacio¹¹⁹, la simulazione di fatti inesistenti e la dissimulazione di fatti esistenti, la soppressione dei mezzi di pubblicità, lo screditare la cosa messa all'asta.

¹¹⁸ R. ROSSI, Sul delitto di turbata libertà degli incanti, cit., p. 559

¹¹⁹ V. MUSACCHIO, La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti, cit., p. 542;

Al contrario, il dibattito non risulta concluso in relazione alla condotta di omissione di informazioni dovute: sebbene vi sia chi in dottrina afferma la rilevanza penale anche del mero silenzio, sembra preferibile l'opinione di chi, basandosi sulla formulazione del dettato dell'art. 353, richiede un comportamento attivo per integrare la condotta fraudolenta in questione.¹²⁰

¹²⁰ N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., pp. 165-166

3.2 Bene giuridico tutelato e definizioni di “gara” e “P.A.”

Secondo il dettato del comma 1 dell’art. 353, la fattispecie mira a punire chi *aut vi aut fraude* impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di pubbliche Amministrazioni ovvero ne allontana gli offerenti.

Ai sensi del comma 3 dell’articolo in esame, il reato punisce anche chi realizza le condotte appena citate nel corso di licitazioni private per conto di privati, quando dirette da un pubblico ufficiale o da persona legalmente autorizzata; in tal caso le pene previste dall’art. 353, commi 1 e 2 sono dimezzate.

La toponomastica della norma merita una preliminare notazione. La fattispecie prevista dall'attuale art. 353 c.p., era già presente nel codice Zanardelli all'art. 299, tra i reati contro la fede pubblica, e più nello specifico, in materia di frodi nei commerci, nelle industrie e negli incanti.

Già in quell'epoca i commentatori¹²¹ avevano segnalato come il Legislatore avesse ritenuto meritevoli di tutela le pubbliche gare in quanto procedimento funzionale a far sì che la Pubblica

Amministrazione svolgesse la contrattazione più giusta e vantaggiosa,

¹²¹ A. F. MORONE, La tutela penale delle gare pubbliche, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 42-44.

anche in termini di allocazione delle risorse finanziarie dello Stato, nonché in ossequio al principio di libera concorrenza¹²².

Aderendo a una siffatta lettura in chiave formale (se non apertamente formalistica) dell'oggettività giuridica, nella quale il fuoco della tutela si incentra sulla regolarità amministrativa e sulla trasparenza della gara, è evidente come la fattispecie si presti a venire in rilievo anche nel caso della mera violazione di regole di funzionamento della sequenza procedimentale, a prescindere dalla compromissione degli obiettivi perseguiti dalla p.a. con l'espletamento della procedura¹²³

Tuttavia, questa visione è stata criticata per la sua genericità e per l'eccessivo margine interpretativo lasciato ai giudici.¹²⁴

Di conseguenza, nel tentativo di dare concretezza applicativa a un delitto che si propone di proteggere gli interessi della pubblica amministrazione in senso ampio, l'opera della dottrina è proseguita cercando di selezionare un bene giuridico che permetta di contenere l'ambito applicativo del reato, ma al contempo inglobi il disvalore specifico dei fatti che la norma mira a punire, ossia la regolarità e la trasparenza della gara¹²⁵

¹²² 3 O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., p. 796.

¹²³ E. PENCO, *I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, in *Legislazione Penale*, 2024, pag.6;

¹²⁴ A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., p.18.

¹²⁵ G. RUGGIERO, *Incanti (turbativa ed astensione)*, *Enciclopedia del diritto*, XX, Milano, Giuffrè, 1970, p. 908

E' stato criticato, però, che l'individuazione del bene giuridico nella regolarità della gara impedisce di punire situazioni in cui le condotte sanzionate della norma hanno prodotto irregolarità sostanziali che, però, non hanno trovato riflesso nella violazione di regole formali, finendo per incorrere nel rischio di estendere il reato a semplici irregolarità procedurali, anche prive di effettiva lesività¹²⁶.

Nel corso del tempo si sono susseguite numerose interpretazioni, fra le quali quella sulla natura di reato plurioffensivo.

Invero, secondo alcuni autori, la norma mira, non solo a tutelare l'interesse della Pubblica Amministrazione alla regolarità e alla trasparenza delle procedure di gara, ma si prefigge al contempo di preservare l'affidamento dei privati di poter partecipare alle gare pubbliche in un regime di uguaglianza competitiva¹²⁷

Altri commenti dottrinali si sono espressi in modo critico nei confronti dell'interpretazione plurioffensiva del reato.

Infatti, come già evidenziato, l'individuazione di bene giuridico molto ampio, come può essere l'interesse della Pubblica Amministrazione in generale, o, come in questo caso, di più beni giuridici azzerà il ruolo cruciale attribuito all'interesse tutelato come selezionatore delle

¹²⁶ N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., p. 20.

¹²⁷ V. MUSACCHIO, La qualificazione pubblicistico penalistica del delitto di turbata libertà degli incanti, cit., p. 536;

condotte meritevoli di punizione in quanto realmente offensive degli beni protetti dalla fattispecie, lasciando la giurisprudenza libera nel dilatare l'ambito applicativo della norma, in contrasto con i principi della frammentarietà e della concezione del diritto penale come *extrema ratio*¹²⁸

Infine, negli studi più recenti, la dottrina ha mostrato un crescente orientamento verso l'idea che il vero bene giuridico tutelato dall'art. 353 c.p. sia la libertà di concorrenza¹²⁹.

Questa impostazione appare particolarmente convincente perché valorizza il significato sostanziale della gara pubblica: un meccanismo competitivo finalizzato a garantire la libera formazione delle offerte e, di conseguenza, l'aggiudicazione più vantaggiosa per la Pubblica Amministrazione.

All'interno di questa linea interpretativa, esistono comunque alcune sfumature. C'è chi sottolinea che la norma protegge sia l'interesse pubblico dell'amministrazione ad acquisire beni o servizi alle condizioni migliori, sia l'interesse dei privati a influenzare l'esito della gara attraverso un confronto trasparente e competitivo¹³⁰.

¹²⁸ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., pp. 798-799;

¹²⁹ A. SANTANGELO, *Uno studio sui delitti di turbativa*, cit., p.18;

¹³⁰ N. MADIA, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, cit., pp. 32-33

Altri, invece, ribadiscono la centralità dell'interesse pubblicistico, considerando la tutela dei privati solo come riflesso o strumento per garantire il buon funzionamento dell'azione amministrativa.

Nonostante queste differenze, vi è accordo nel riconoscere alla concorrenza un ruolo chiave: essa rappresenta il cuore stesso della procedura di gara, un mezzo attraverso cui si realizza la massimizzazione dell'interesse pubblico¹³¹.

Proprio per questo, tra tutte le interpretazioni proposte, quella fondata sulla libertà di concorrenza sembra cogliere al meglio la vera funzione della norma, in quanto riconduce il reato alla tutela dell'interesse collettivo, senza escludere la rilevanza degli interessi individuali.

In particolare, appare preferibile l'impostazione che, anche per ragioni sistematiche, considera prioritario l'interesse pubblico, includendo in esso – in forma indiretta – anche la posizione dei privati partecipanti alla gara.

È stato anche osservato che, adottando questa prospettiva, le differenze tra la libertà di concorrenza e quella di partecipazione (intesa in senso pubblicistico) tendono a dissolversi: entrambe le nozioni mirano, in fondo, a garantire un confronto reale tra offerte e, quindi, la migliore scelta per l'amministrazione.

¹³¹ O. DI GIOVINE, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, cit., p. 799

Infine, questo approccio consente di giustificare l'estensione legislativa del reato anche alle cosiddette gare informali.

Se ciò che conta è tutelare il momento concorrenziale – e non tanto la regolarità formale della procedura – allora anche le gare prive di formalismi, ma comunque improntate al confronto competitivo, possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 353 c.p.¹³².

Ebbene, in questo excursus interpretativo non può non menzionarsi l'evoluzione, operata prevalentemente dalla Suprema Corte in punto di interpretazione del lemma “gara” e “Pubblica Amministrazione”.

Con particolare riferimento al primo, i giudici di legittimità¹³³ - secondo l'approccio “sostanzialista” summenzionato, che valorizza i caratteri essenziali della procedura adottata, a prescindere dunque dal *nomen iuris* adottato – ritengono integrato l'elemento obiettivo del reato ogni qual volta si attui una procedura selettiva, anche minima, che comunque presupponga una valutazione comparativa tra offerenti operata mediante criteri predeterminati, indipendentemente dalla denominazione assunta e da formalità specifiche.

Dunque, il raggio di azione finisce per ricomprendere anche tutte quelle procedure informali/esplorative, nelle quali comunque sussista

¹³² N. MADIA, La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche, cit., p. 28;

¹³³ Cass. pen., sez. VI, sent. n. 15758/24

un auto-vincolo da parte della stazione appaltante ad un - pur minimo
- raffronto tra offerte, secondo parametri prefissati.

Questa ricostruzione - rileva la Corte suprema - non costituisce
violazione del divieto di cd. analogia in malam partem ma
interpretazione estensiva con finalità adeguatrice al tempo, dunque
consentita.

Pertanto, le fattispecie non operano nei casi di indagine di mercato,
procedura negoziata senza gara ed affidamento diretto, tutte ipotesi in
cui la stazione appaltante od il concedente non svolgono una
comparazione tra più aspiranti regolata da parametri, seppur minimali,
prestabiliti: in tali casi, difatti, non sussistono quei doveri (parità
trattamento; non fornire informazioni destinate ad avvantaggiare
qualcuno a danno di altro/i) propri di una «gara» (anche se non rituale)
e dunque non si concreta quell'esigenza di protezione insita nelle
norme del codice penale.

Parimenti evolutiva è, poi, l'interpretazione dell'anzidetta locuzione di
“pubbliche amministrazioni”, nel senso di ricomprendervi - secondo la
nozione “sostanziale” di matrice sovranazionale ed ormai
consolidatasi anche nel nostro sistema normativo - ogni ente che, a
prescindere dalla formale veste giuridica rivestita (pubblica o privata
che sia), risulti istituzionalmente preposto alla tutela ed alla cura di un

pubblico interesse.

Sarebbe pertanto irragionevole ipotizzare un differente regime tra affidamenti indetti da pubbliche amministrazioni in senso stretto rispetto a soggetti tout court privati, ma nondimeno tenuti allo statuto della contrattualistica pubblica (l'ampio spettro costituito, tra gli altri, da organismi di diritto pubblico, società miste, privati realizzatori di lavori a scomputi degli oneri di urbanizzazione, etc.), fondandolo sulla bipartizione operata dall'art. 353 c.p. tra licitazione privata "per conto di pubbliche amministrazioni" (ipotesi base) e licitazione privata svolta "per conto di privati, dirette da un pubblico ufficiale" (l'ipotesi prevista dal secondo capoverso, con pene più miti perché ridotte alla metà).

Ogni tipo di affidamento, qualunque sia la stazione appaltante, è destinato a ricadere dunque nella prima delle due, ossia quella generale, laddove la seconda fattispecie anzidetta resta confinata a quella - ben circoscritta - ipotesi cui, secondo i lavori preparatori al codice, era originariamente dedicata la norma, ossia la vendita dei beni per il pagamento dei debiti ereditari di cui all'art. 719, capoverso del codice civile (fattispecie che ovviamente esula dal nostro recinto di valutazione)

in quelle (indagine di mercato, negoziata senza gara, affidamento

diretto) che non presentino un seppure minimo raffronto tra candidature secondo parametri prefissati.¹³⁴

¹³⁴ A. AREDDU “*Le “turbative di gara” nel codice penale*” in MediAppalti, anno XV n. 1

3.3 Giurisprudenza: Il caso Ieffi

Nel caso che occupa il presente elaborato, la Giurisprudenza ha rivestito, più che mai, un ruolo cruciale nella formazione interpretativa della materia, in quanto successivamente all'analisi di cui al paragrafo precedente, sul termine “gara” e “Pubblica Amministrazione”, si è, altresì, soffermata in punto di turbativa d'asta, disciplinata dall'art. 353 del codice penale. La Corte di Cassazione è intervenuta per chiarire i confini applicativi della norma, affrontando un caso in cui la condotta illecita risultava priva di una reale alterazione del regolare svolgimento delle gare pubbliche.

Come noto, l'articolo 353 c.p. punisce chiunque, mediante violenza, minaccia, inganno o altri mezzi fraudolenti, altera il regolare svolgimento di una gara d'appalto o di un'asta pubblica. Lo scopo della norma è, dunque, quello teso a garantire la trasparenza e la libera concorrenza nelle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici, fondamentali per la tutela dell'interesse collettivo e per il buon funzionamento della Pubblica Amministrazione.

Nel caso in parola, secondo la tesi accusatoria, le modalità con cui l'imprenditore aveva partecipato alla gara, in quanto tra l'altro non legittimato a parteciparvi, per la fornitura di mascherine – in un

contesto emergenziale e caratterizzato da estrema urgenza – avessero compromesso la regolarità della procedura, configurando così il reato di turbativa.

Il nodo centrale della pronuncia riguarda l'interpretazione del concetto di “o altri mezzi fraudolenti”, mettendo in evidenza, come l'effettiva configurabilità del reato di turbativa d'asta richieda una chiara dimostrazione di alterazione del meccanismo concorsuale.

Per la Corte, infatti, non è sufficiente una mera anomalia procedurale o una condotta discutibile dal punto di vista etico o gestionale.

Invero, con la sentenza definitiva del 25 febbraio 2022, l'imprenditore veniva assolto, in quanto, secondo il principio cristallizzato, è necessario che il comportamento dell'imputato abbia concretamente inciso sul regolare svolgimento della gara, alterando la parità di trattamento tra i partecipanti o influenzando in modo significativo l'esito dell'appalto.

In tale contesto e per quel che riguarda, dunque, il reato di turbativa d'asta, la posizione presa dalla giurisprudenza in commento, si pone come pietra miliare, imponendo un'importante funzione di garanzia.

Invero, la competizione economica, specie negli appalti pubblici come visto nei paragrafi precedenti, è un ambito complesso dove le contestazioni e i sospetti possono sorgere con facilità, a volte per

dinamiche di mercato o per inefficienze amministrative non necessariamente penalmente rilevanti, come nel caso di specie.

Il principio espresso dalla Cassazione tutela così l'equilibrio tra la necessità di punire condotte realmente illecite e quella di evitare sanzioni ingiustificate a carico di soggetti che hanno operato in buona fede o in condizioni particolarmente difficili, come nel caso dell'emergenza sanitaria.

Infatti, nel caso Ieffi, non poteva non gravare il contesto temporale ed operativo.

Come noto, l'emergenza pandemica da COVID-19 ha imposto rapidità e flessibilità, in ogni ambito, specie negli approvvigionamenti pubblici, generando situazioni nuove che la normativa e la giurisprudenza hanno dovuto interpretare con particolare attenzione per essere in linea con le esigenze sanitarie.

Il rischio di incriminazioni basate su un'applicazione rigida e formale delle norme poteva ledere la capacità dello Stato di rispondere efficacemente alle esigenze della collettività.

La pronuncia di assoluzione della Cassazione, quindi, rappresenta anche un'esortazione a bilanciare la rigidità della legge con la realtà concreta, soprattutto in casi di emergenza.

Sul punto è bene soffermarsi -fugacemente- sulla portata dell'assoluzione, avvenuta, come noto, con formula piena, "il fatto non sussiste", nei confronti dell'imprenditore.

La Suprema Corte, invero, pur essendo un giudice di legittimità e non già di merito, a seguito di un esame complessivo e approfondito degli atti, ha voluto e potuto valutare la completezza e consistenza della prova e pronunciarsi sulla non configurabilità ab origine del reato, senza dover necessariamente rinviare il processo al giudice di merito per ulteriori accertamenti.

Nel caso che ci occupa è d'uopo anche evidenziare la distinzione fra la turbativa d'asta, ex art. 353 c.p. e la sua forma aggravata ex art. 353 bis c.p. che si approfondirà nei paragrafi che seguono.

Quest'ultima, infatti, prevede pene più severe in presenza di particolari circostanze, come la partecipazione di pubblici ufficiali abusanti del loro ruolo o l'interesse pubblico rilevante della gara.

Sebbene nel caso Ieffi l'appalto in questione aveva un valore economico considerevole (15,8 milioni di euro) e di importanza strategica, l'assoluzione ha di fatto escluso anche la configurabilità di queste aggravanti, in quanto non è stato riconosciuto neppure il reato base.

In conclusione, il caso in esame, Antonello Ieffi, rappresenta un caso rappresentativo del necessario equilibrio cui la giurisprudenza deve sempre ispirarsi fra la repressione dei reati contro la Pubblica Amministrazione e la tutela del diritto di difesa e della presunzione di innocenza.

Il principio qui sancito evidenzia come il reato di turbativa d'asta necessiti di una dimostrazione rigorosa con alla base prove tassative e non già inclini a supposizioni e/o interpretazioni estensive.

Questo orientamento giurisprudenziale contribuisce a delineare i confini precisi del reato, evitando derive penalistiche che potrebbero ostacolare la libera partecipazione alle gare pubbliche e, in casi di emergenza, rallentare interventi cruciali per la collettività.

3.4 Condotte rilevanti ex art. 353 bis c.p.

Come anticipato nei paragrafi precedenti, il legislatore nazionale ha recepito le indicazioni che provengono dall'ordinamento europeo incline a promuovere una gestione elastica e dinamica del settore degli appalti pubblici, consentendo il raggiungimento delle finalità d'interesse collettivo attraverso una pluralità di strumenti che permettano all'amministrazione di agire come fosse un contraente privato allorché si riveli la strategia migliore in chiave di imparzialità e buon andamento, quindi, mentre i riti "ordinari" sono stati riferiti rispettivamente ai pubblici incanti e alle licitazioni private, le procedure negoziate sono state assimilate alla disciplina antecedente della trattativa privata, ponendo maggiori problemi in relazione ai confini applicativi dell'art. 353 c.p.¹³⁵

Invero, il reato di cui all'art. 353-bis è stato introdotto dalla l. n. 136 del 2010 con l'obiettivo di estendere la tutela penale alle fasi antecedenti la pubblicazione del bando.

Come si evince dal titolo della legge, denominata "Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia", questo intervento è stato determinato dalla volontà

¹³⁵ A. SANTANGELO, Uno studio sui delitti di turbativa, cit., pp. 47- 48.

legislativa di fornire nuovi strumenti per la repressione delle condotte illecite realizzate nel corso di gare pubbliche, poiché – a causa della sua rilevanza economica – il settore degli appalti pubblici è sempre più terreno d’interesse per le infiltrazioni mafiose.

Come noto, infatti, l’art. 353 bis c.p. è stato introdotto con l’obiettivo di sanzionare penalmente episodi antecedenti allo svolgimento effettivo delle gare che – almeno secondo una parte della giurisprudenza – sarebbero rimasti esclusi dell’ambito applicativo dell’art. 353 c.p., la norma de qua contempla una condotta del tutto speculare rispetto a quella della fattispecie di turbata libertà degli incanti, differenziandosi invece in punto di descrizione dell’oggetto della stessa.

Superato l’obsoleto richiamo ai «pubblici incanti o licitazioni private», il legislatore del 2010 ha infatti previsto che le condotte tipiche ex art. 353-bis Cp debbano incidere in senso turbativo (già) sul procedimento volto a determinare il «contenuto del bando o di altro atto equipollente».¹³⁶

A fronte del quadro sopra delineato si comprendono le ragioni per cui molti esponenti della dottrina, nel commentare la nuova fattispecie di reato in parola, abbiano sottolineato come la portata innovativa

¹³⁶ E. PENCO, I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale, in *Legislazione Penale*, 2024, pag.6;

annunciata dal legislatore non sia in realtà così significativa, dato che era già prassi giurisprudenziale¹³⁷ ricomprendere nell'ambito di operatività del reato dell'art. 353 le turbative precedenti la gara.

Invero, parte della dottrina ha mostrato dubbi riguardo al ruolo dell'articolo 353-bis nel colmare le eventuali lacune nella punibilità del sistema giuridico, sottolineando come il giudice disponesse già di strumenti sufficienti per sanzionare tali comportamenti, come altri reati contro la Pubblica Amministrazione, in particolare i reati di corruzione.

In questo ambito, è stato persino osservato che queste tipologie di reato probabilmente continueranno a essere applicate anche dopo l'entrata in vigore dell'articolo 353-bis, il quale, in virtù della clausola di sussidiarietà, deve lasciare spazio ai reati puniti con pene più severe.¹³⁸

Allo stesso tempo però, prima dell'entrata in vigore dell'art. 353 bis c.p., nell'ipotesi in cui alla turbativa del procedimento di scelta del contraente non seguiva, per qualsiasi causa, la pubblicazione del bando di gara, la condotta era tradizionalmente non sanzionabile.

In tale scenario, l'art. 353-bis è intervenuto estendendo la tutela penale delle procedure di gara pubblica, in quanto non richiede l'effettivo

¹³⁷ *ex multis* Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 2009, n. 11005

¹³⁸ N. MADIA, Note sugli aspetti caratteristici del delitto di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente di cui al nuovo art. 353-bis c.p., cit., p. 495

avvio della competizione, ma incrimina le condotte di turbativa che non si concretizzano nella pubblicazione del bando.

Inoltre, il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente si configura come consumato anche qualora alla condotta perturbatrice segua la pubblicazione di un bando non influenzato da tale condotta. Prima dell'introduzione dell'art. 353-bis, tale fattispecie era perseguibile esclusivamente nella forma tentata ai sensi dell'art. 353 c.p.¹³⁹

Chiarita la finalità della nuova norma, la stessa consente – senza far ricorso all'analogia – di applicare la fattispecie a tutte quelle modalità di selezione del contraente che l'interpretazione più restrittiva, conforme al principio di legalità, esclude dal raggio di configurabilità dell'art. 353, ma che vi risultano invece ricomprese da una parte consistente della dottrina e dalla giurisprudenza prevalente.

La formula “bando o altro atto equipollente” ha consentito quindi di configurare il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente in relazione a situazioni molto diversificate, al punto che alcuni autori si sono espressi in modo critico nei confronti di questa

¹³⁹ S. SEMINARA, sub Art. 353-bis, cit., p. 1308.

espressione, sostenendo la sua contrarietà al principio di determinatezza e tassatività della norma penale¹⁴⁰.

In tempi recenti, la Corte di Cassazione ha effettuato un significativo cambiamento di indirizzo sostenendo che “la condotta perturbatrice non finalizzata ad inquinare il contenuto del bando – o di un atto ad esso equipollente –, ma volta ad impedire la gara attraverso l’affidamento illegittimo diretto dei lavori, è esterna rispetto al perimetro testuale della norma”¹⁴¹

La Corte ha precisato che l’affidamento diretto esclude qualsiasi competizione e pertanto non può considerarsi un atto equipollente al bando.

Un ulteriore esempio della lettura tassativizzante delle fattispecie di turbativa offerta dalla recente giurisprudenza di legittimità attiene al profilo della riconducibilità del mero mendacio alla formula “di chiusura” degli «altri mezzi fraudolenti»

Con riferimento in particolare al momento e all’oggetto del falso, la Corte di cassazione ha ritenuto possa integrare una condotta di turbativa il mendacio idoneo a incidere su di una gara già avviata: così, ad esempio, sono state ricondotte alla fattispecie di turbata libertà degli incanti le false attestazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti

¹⁴⁰ V. MORMANDO, Appunti sulla nuova fattispecie di turbativa del procedimento Amministrativo, cit., p. 400;

¹⁴¹ Cass. pen., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

necessari per conseguire l'aggiudicazione¹⁴², ovvero il falso circa l'assenza di rapporti con altre imprese partecipanti in sede di presentazione delle offerte.

Non sono tuttavia mancate prese di posizione – tanto in dottrina quanto nella giurisprudenza di legittimità – a favore dell'applicabilità dei delitti di turbativa anche nel caso in cui il mendacio avesse avuto ad oggetto dichiarazioni antecedenti allo svolgimento vero e proprio della gara, e anzi funzionali alla partecipazione alla stessa, quali quelle relative al possesso dei requisiti di ammissione alla procedura selettiva.

La tutela penale rispetto a condotte mendaci antecedenti allo svolgimento della gara, in definitiva, non può che essere garantita dalle fattispecie di falso ideologico (su tutte, l'art. 483 Cp), dovendosi rifuggire una lettura estensivo-analogica dell'art. 353 c.p. che vada oltre il «limite estremo» della lettera legis, così da realizzare una «dilatazione eccessiva della fattispecie incriminatrice [che] anticiperebbe la soglia della punibilità in contrasto con i canoni dell'offensività e della ragionevolezza ispirati a principi di sussidiarietà e proporzionalità»¹⁴³

¹⁴² E. ZUFFADA, Art. 353, in Codice penale commentato, cit., 1403.

¹⁴³ E. PENCO, I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale, in Legislazione Penale, 2024, pag.21.

3.5 L'art. 353-bis c.p.: applicabilità nelle gare semplificate

Come noto, il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale» recava, nel Titolo I, Capo I (Semplificazioni in materia di contratti pubblici), alcune rilevanti novità in materia di contratti pubblici, finalizzate ad incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché a fronteggiare le ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19.

Invero, l'articolo specificatamente dedicato alle procedure di scelta del contraente, art. 50, riprende quasi testualmente le previsioni introdotte dall'art. 1, comma 2 d.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, cd. decreto semplificazioni, stabilizzando il regime temporaneo introdotto in tempo pandemico.

Facendo proprie le istanze di semplificazione e di celerità nella fase di aggiudicazione — esigenze divenute particolarmente pressanti in contesti emergenziali — l'attuale disciplina codicistica conferma l'impiego dell'affidamento diretto e della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando quali strumenti privilegiati per l'individuazione del contraente.

In tale prospettiva, per i lavori di valore inferiore a 150.000 euro, così come per i servizi e le forniture al di sotto della soglia dei 140.000 euro, è consentito il ricorso all'affidamento diretto, anche in assenza di preventiva consultazione di una pluralità di operatori economici (art. 50, comma 1, lett. a e b).

Si tratta della modalità selettiva più snella e meno gravata da formalismi, che consente all'amministrazione di procedere all'affidamento del contratto sulla base di una valutazione discrezionale. Tale valutazione, sebbene svincolata da una procedura competitiva, deve comunque conformarsi ai principi e ai vincoli dettati dal Codice dei contratti pubblici, a garanzia della legittimità e della trasparenza dell'azione amministrativa.¹⁴⁴

Diversamente, per i lavori di importo compreso tra 150.000 euro e 1 milione di euro, nonché per l'affidamento di servizi e forniture di valore pari o superiore a 140.000 euro e fino al limite stabilito dall'art. 14 del Codice, la normativa prevede il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, condizionata alla consultazione di almeno cinque operatori economici (comma 1, lett. c ed e). In relazione, invece, ai lavori il cui importo sia pari o superiore

¹⁴⁴ Allegato I.1, art. 3, c. 1, lett. d) D.lgs. n. 36 del 2023: "affidamento diretto, l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice"

a 1 milione di euro e inferiore alla soglia comunitaria, resta ferma l'applicazione della medesima procedura negoziata, ma con l'obbligo di interpellare almeno dieci operatori economici (comma 1, lett. d). Tale modalità di selezione del contraente si distingue per un elevato grado di semplificazione: essa non implica la pubblicazione di un avviso iniziale né la predisposizione di una struttura procedurale formalizzata, ma si limita all'attivazione di una gara informale. Quest'ultima si sostanzia in una consultazione di mercato rivolta a soggetti scelti discrezionalmente dalla stazione appaltante, con i quali vengono poi negoziate le condizioni contrattuali, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e parità di trattamento.¹⁴⁵

Il giudizio dottrinale circa l'impianto normativo previsto per l'affidamento dei contratti sottosoglia si presenta tutt'altro che univoco.

Una parte della dottrina esprime un orientamento favorevole, riconoscendo nella scelta legislativa una soluzione coerente con la piena attuazione dei principi del risultato e della fiducia, posti a fondamento dell'intero Codice.

¹⁴⁵ Allegato I.1 art. 3, c. 1, lett. h) D.lgs. n. 36 del 2023: "procedure negoziate, le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto".

In tale prospettiva, la disciplina ispirata a criteri di flessibilità procedurale e riduzione del formalismo viene letta come un recupero significativo della discrezionalità amministrativa, da tempo compressa da una regolazione eccessivamente prescrittiva e vincolante.¹⁴⁶

Di segno opposto, invece, è la posizione di quanti muovono rilievi critici alle previsioni dell'art. 50, ritenendo che la drastica riduzione delle tipologie procedurali — circoscritte all'affidamento diretto e alla procedura negoziata senza bando — si ponga, in realtà, in contrasto con l'intento dichiarato di rafforzare l'autonomia decisionale delle amministrazioni.

A giudizio di tali interpreti, l'apparente ampliamento del margine discrezionale sarebbe, in effetti, svuotato dalla rigidità della struttura normativa, nella quale l'interesse all'accelerazione e all'efficienza dell'azione amministrativa sembrerebbe prevalere su ogni altra istanza, inclusa quella — pur solennemente enunciata — della fiducia nell'agente pubblico.¹⁴⁷

Fatta questa dovuta introduzione, e passando, dunque, al rapporto tra affidamento diretto e la fattispecie incriminatrice prevista dall'art.

¹⁴⁶ 3 E. GIARDINO, Gli affidamenti sotto soglia, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2023, pag. 346

¹⁴⁷ M. CAFAGNO, Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento, in *Giorn. dir. amm.*, 2024, n. 1, pp. 103-104, 106

353-bis cod., è d'obbligo riportare una delle ultime pronunce della Suprema Corte.

Con la sentenza n. 7264 del 27 gennaio 2022 (depositata il 1° marzo 2022), la Corte di Cassazione, Sezione VI penale, è nuovamente intervenuta sul tema della fase preparatoria dell'affidamento diretto, fornendo chiarimenti significativi in merito alla sua natura giuridica. Secondo quanto affermato dalla Corte, tale fase non può essere in alcun modo assimilata a un procedimento selettivo vero e proprio, in quanto non si caratterizza per la presenza di atti volti a definire requisiti o modalità di partecipazione che diano luogo a una competizione tra operatori economici.

Richiamando inoltre un ulteriore precedente (Sez. VI, sentenza n. 5536 del 28 ottobre 2021, depositata il 22 gennaio 2022), la Suprema Corte ha ribadito un principio ormai consolidato: il reato di turbata libertà del procedimento di scelta del contraente, di cui all'art. 353-bis del codice penale, può ritenersi configurabile esclusivamente quando, anche sotto la veste formale dell'affidamento diretto, si realizzi nei fatti una vera e propria gara — ancorché informale — ossia una fase procedimentale connotata da elementi di confronto competitivo tra più soggetti.

Diversamente, tale fattispecie incriminatrice non trova applicazione nei casi in cui l'amministrazione proceda attraverso una trattativa privata in senso proprio, del tutto priva di connotati concorsuali, e quindi svincolata da ogni logica selettiva. In tali ipotesi, il percorso negoziale si sviluppa in assenza di competizione e rimane circoscritto all'esercizio di una discrezionalità amministrativa non deformata da intenti elusivi o da meccanismi di turbativa.

A differenza dell'art. 353 del codice penale, che incrimina alternativamente tanto l'impedimento quanto il turbamento della gara, l'art. 353-bis si concentra in via esclusiva sul turbamento del procedimento amministrativo funzionale all'individuazione del contraente.

In tale prospettiva, l'evento tipico del reato si identifica nella manipolazione — o nel tentativo di manipolazione — del contenuto di un atto, quale il bando di gara o un atto a questo equipollente, volto a disciplinare i requisiti di partecipazione e le modalità di selezione degli operatori economici.

La fattispecie richiede, pertanto, sul piano della tipicità, una condotta che incida in modo distorsivo sulla genesi di un atto destinato a regolare l'accesso alla procedura selettiva, definendone i criteri, le condizioni operative e le modalità comparative.

Si tratta, in sostanza, di un atto che, per contenuto e funzione, è idoneo a determinare la cornice regolativa di una competizione tra più soggetti.

Ne consegue che il reato previsto dall'art. 353-bis c.p. può dirsi integrato soltanto laddove il turbamento si inserisca in un procedimento amministrativo che contempra una dimensione concorsuale, formalizzata o informale che sia, e che si concretizzi attraverso la predisposizione di un bando o di un atto che, per funzione e struttura, ne assolva le medesime finalità.

In tale quadro, la Corte di Cassazione ha chiarito che, nel caso dell'affidamento diretto, mancando del tutto un impianto procedurale a carattere selettivo e concorrenziale, non può configurarsi il reato di cui all'art. 353-bis.

L'assegnazione del contratto, infatti, avviene secondo modalità che non prevedono né la pubblicazione di un bando né la formulazione di criteri comparativi tra più operatori, ma si fondano su un modello negoziale privo di formalità competitive, quale delineato dalla disciplina di riferimento¹⁴⁸.

¹⁴⁸ A. BARBIERO "Repetita iuvant: quando c'è affidamento diretto non c'è gara" in www.GiurisprudenzAppalti.it

3.6 Il “doppio binario”: tutela o ambiguità normativa?

Con l'introduzione dell'art. 353-bis c.p. il sistema penale italiano ha subito una importante evoluzione in materia di tutela della concorrenza e della trasparenza nei procedimenti di evidenza pubblica.

Parallelamente però, come anticipato nei paragrafi precedenti, l'affiancamento all'art. 353 c.p. ha originato una situazione definita da parte della dottrina e della giurisprudenza conosciuta come “doppio binario” normativo¹⁴⁹.

Per doppio binario, nel caso di specie, si intende la sussistenza di due fattispecie incriminatrici che, sebbene formalmente distinte, finiscono per sovrapporsi almeno in parte quanto all'oggetto della tutela, ai contesti di applicazione e al momento consumativo del reato stesso.

Rebus sic stantibus è evidente come si imponga, nel presente contesto, una valutazione circa l'effettiva funzionalità delle due norme inducendoci ad una riflessione accurata sulle stesse senza tralasciare l'aspetto dell'incertezza scaturente da questo dualismo, ai fini di una maggiore o minore tutela dell'interesse pubblico.

¹⁴⁹ Fiandaca-Musco, Diritto penale. Parte speciale, vol. I, op. cit. pagg. 330-345

Come approfondito nei paragrafi precedenti, l'art. 353 c.p., rubricato "Turbata libertà degli incanti", è una norma già presente nell'alveo codicistico precedente, risalente al codice Rocco, che tutela la regolarità delle pubbliche gare, principalmente quelle svolte secondo il modello tradizionale dell'asta pubblica.

Il dettato codicistico prevede la inibizione dell'utilizzo di attività e mezzi violenti, minacciosi o fraudolenti diretti a turbare la libertà di partecipazione o lo svolgimento della gara.

Tuttavia, con l'evoluzione della prassi amministrativa data anche dall'introduzione di nuove forme di affidamento, rese meno formali e più snelle, per assecondare le esigenze dell'ambito sociale e temporale, la norma risultava di fatto inadeguata a coprire l'intera gamma di procedure concorrenziali previste dal diritto dei contratti pubblici.

Per colmare questa lacuna, dunque, è stato introdotto l'art. 353-bis c.p., con l'esplicita finalità di estendere la tutela penale a tutti quei procedimenti di evidenza pubblica che, pur non essendo formalmente qualificabili come incanti, risultano comunque caratterizzati dalla necessaria concorrenzialità tra operatori.

In tal senso, la norma mira a tutelare la "libertà del procedimento di scelta del contraente", prevedendo un modello incriminatorio più

elastico e ampio, idoneo ad abbracciare anche le procedure negoziate, gli affidamenti diretti, le consultazioni preliminari e, in generale, tutte le fasi preparatorie di una gara pubblica.

Difatti, ricapitolando, se, da un lato, la finalità dell'art. 353-bis c.p. è chiara e condivisibile, dall'altro la sua introduzione ha aperto una serie di interrogativi sistematici e applicativi, primo fra tutti quello dei confini tra le due fattispecie.

I giudici hanno affermato a chiare lettere la necessità di superare l'orientamento precedente e, piuttosto, valorizzare l'argomento testuale, che esclude rilevanza penale alle condotte prodromiche a un affidamento diretto il quale, per definizione, implica l'assenza di una gara, anche "ufficiosa".

Ciò nondimeno, si continua a ribadire che "qualunque condotta tesa a interferire sulla libera concorrenza, anche se calata nell'ambito di paradigmi concorrenziali diversi, coopera alla genesi della lesione di quegli interessi posti a giustificazione della tutela penale.

Il reato è cioè configurabile in ogni situazione in cui si debba sviluppare la libera attività di concorrenza"¹⁵⁰

Entrambe le norme perseguono, dunque, condotte turbative volte a falsare la regolarità della procedura competitiva, ponendosi in una relazione di potenziale continuità o addirittura sovrapposizione.

¹⁵⁰ Cass., sez. VI, 28 ottobre 2021, n. 5536.

Sul punto, in parte, ciò che può venire in soccorso è la formulazione delle fattispecie incriminatrici che suggerisce una distinzione tra i fatti che precedono e quelli che seguono il bando di gara o, meglio, l'atto funzionalmente tipico all'avvio della competizione¹⁵¹.

Ma questa distinzione formale tra aste pubbliche e altri procedimenti di scelta del contraente non è sufficiente a garantire una netta separazione operativa.

Come si nota nell'evoluzione della applicazione concreta delle norme, da una parte la prassi amministrativa si è sempre più conformata ad una maggiore flessibilità delle procedure, dall'altra la giurisprudenza fornisce letture omnicomprensive delle figure poste a protezioni degli incanti, difficilmente conciliabili coi principi di determinatezza e tassatività.

Difatti, uno dei rischi più elevati scaturenti dalla patologia del doppio binario è rappresentato dal pericolo di duplicazione delle fattispecie e, conseguentemente, dalla violazione del principio di determinatezza e tassatività della norma penale.

Per fare fronte a questo fenomeno patogeno, da un lato, è necessario evitare di perpetuare la violazione del principio di tassatività che si consuma nella prassi, attraverso smaccati ricorsi all'analogia in malam

¹⁵¹ MADIA N. Il fascino riscoperto dei reati di turbativa d'asta: fattispecie a rischio overbreadth abstract in Archiviopenale.it

partem per colmare vuoti di tutela in nome di esigenze di politica criminale la cui cura dovrebbe restare prerogativa esclusiva del legislatore; dall'altro, dove tale operazione è favorita dalla vaghezza del precetto, nella rassegnata consapevolezza che la Consulta non interverrà, dovranno fungere da autentici argini a simili forme di straripamento operativo l'interesse sotteso a questo addentellato normativo (la libera concorrenza) e lo scopo finale in forza del quale quell'interesse viene protetto (il buon andamento della Pubblica Amministrazione).¹⁵²

Alla luce di tali criticità, una parte della dottrina propone una revisione organica del sistema¹⁵³, che potrebbe passare attraverso un'armonizzazione delle due norme, con la creazione di fattispecie in grado di coprire, con sufficiente determinatezza, l'intero alveo dei procedimenti pubblici di scelta del contraente permettendo di superare l'attuale dicotomia, assicurando maggiore certezza del diritto e coerenza sistematica.

Così, ad esempio, operando sul piano prettamente testuale, si potrebbe immaginare una riformulazione dell'art. 353 c.p. che, in primis, contempli una descrizione in positivo dei procedimenti rilevanti per la fattispecie, tale da individuare l'oggetto della condotta nei seguenti

¹⁵² MADIA N. op .cit.

¹⁵³ V. MORMANDO, La tutela penale dei pubblici incanti, cit., pp. 155-159

termini: «chiunque, con violenza o minaccia [...], impedisce una gara caratterizzata dalla effettiva competizione tra gli offerenti e dalla predeterminazione di precisi criteri di selezione delle offerte, ovvero ne cagioni il concreto turbamento, o ne allontani gli offerenti, è punito [...]».

Nell'ottica poi di valorizzare la predetta dicotomia tra scelta discrezionale o vincolata del contraente, si potrebbe successivamente prevedere, in negativo, una clausola di delimitazione del tipo¹⁷² volta a specificare come «la presenza di una gara rilevante ai sensi del comma precedente è esclusa nel caso in cui l'amministrazione conservi una libertà discrezionale di scelta del contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità».

Così tratteggiate le caratteristiche della “gara” la cui turbativa o il cui impedimento integra l'ipotesi delittuosa di cui all'art. 353 c.p., sembrerebbe infine opportuno estendere tale riferimento alla fattispecie di cui all'art. 353-bis c.p., al fine di superare l'attuale asimmetria descrittiva tra le due ipotesi delittuose.

Si potrebbe, in questo senso, interpolare il testo della norma puntualizzando come il «bando o altro atto equipollente» debba essere

«funzionale all'espletamento di una gara ai sensi dell'art. 353, primo comma». ¹⁵⁴

La soluzione, dunque, non può che non passare da una riforma sistematica della norma, che tenga conto della necessità di salvaguardare i principi costituzionali del diritto penale – tassatività, determinatezza, offensività – senza rinunciare alla difesa della legalità e della trasparenza amministrativa. Solo un intervento normativo chiaro, unitamente a un orientamento giurisprudenziale coerente, potrà sciogliere il nodo del doppio binario, restituendo certezza e proporzionalità all'intervento repressivo in materia di turbativa delle gare pubbliche.

¹⁵⁴ E. PENCO op. cit.

CAPITOLO IV

LE FATTISPECIE DI TURBATIVA D'ASTA TRA VUOTI NORMATIVI E FUNZIONE PREVENTIVA: L'EVOLUZIONE DELLA TUTELA PENALE

Sommario: 4.1 Le evoluzioni dell'articolo 323 c.p.: dal Codice Rocco fino alla sua recente abrogazione; 4.2 Ragioni dell'abrogazione e vuoti di tutela; 4.3 Conseguenze sistemiche: rischio di traslazione delle condotte illecite sulla turbativa d'asta il caso giurisprudenziale; 4.4 I reati di turbativa e le dinamiche di collusione nelle gare pubbliche.

4.1 Le evoluzioni dell'articolo 323 c.p.: dal Codice Rocco fino alla sua recente abrogazione

L'art. 323 c.p., introdotto fin dall'inizio nel codice del 1930 denominato "*Abuso di ufficio in casi non preveduti specificamente dalla legge*", ha avuto una storia complessa, culminata, da ultimo, nella definitiva abrogazione della disposizione stessa.

Nel periodo della sua vigenza, infatti, l'articolo in parola ha sempre subito numerose modifiche, tutte finalizzate perlopiù a conferire maggiore determinatezza ad una fattispecie che ha sollevato dubbi di costituzionalità sia nella dottrina che nella giurisprudenza fin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Carta costituzionale¹⁵⁵

¹⁵⁵ F. BRICOLA, In tema di legittimità costituzionale dell'art. 323 c.p., in Riv. it. dir. e proc. pen., 1966, 985 ss.

Invero, in virtù della clausola di sussidiarietà, si trattava di una disposizione destinata ad operare in via residuale e con funzione di chiusura del sistema dei delitti contro la Pubblica Amministrazione. Il primo intervento sulla fattispecie del codice Rocco avvenne ad opera del legislatore del '90, che tuttavia non pose rimedio alla indeterminatezza che già caratterizzava il testo originario dell'art. 323 c.p., ma che incise – probabilmente- sul carattere vago della norma, ampliandone l'ambito di operatività facendovi di fatto confluire le abrogate fattispecie altrettanto generiche di “interesse privato in atti d'ufficio” (art. 324 c.p.) e di “peculato per distrazione” (art. 314, c. 2 c.p.), permettendo al giudice penale di operare un sindacato rigoroso e pregnante sull'attività dei pubblici funzionari. Pertanto, al fine di contenere le intrusioni dell'autorità giudiziaria penale, il legislatore, bilanciando tra chi proponeva soluzioni che sostenevano l'abrogazione e chi tendeva a voler sostituire la disposizione vigente con nuove e specifiche fattispecie, optò, intervenendo con la legge n. 234 del 16 luglio 1997, per una rimodulazione dell'art. 323 c.p., introducendovi elementi di tipicità. Sicché, la nuova formulazione stabiliva espressamente che la condotta dovesse definirsi in una violazione di legge o di regolamento (ciò al

fine di escludere il vizio di eccesso di potere, non previsto); ed inoltre, la disposizione veniva configurata quale reato di evento – sia di dolo che di vantaggio – caratterizzato dalla ingiustizia e, aspetto non meno importante, veniva richiesto il dolo intenzionale.

Era stata poi introdotta una condotta alternativa di abuso, finalizzata a punire l'inosservanza dell'obbligo di astensione in quei casi in cui sussistesse un interesse proprio o dei prossimi congiunti o negli altri casi specificamente previsti.

Per dovere di completezza si vuol evidenziare, altresì, un ulteriore intervento sul reato di abuso d'ufficio, nel 2012, incluso all'interno di una più ampia riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione. Questa volta, tuttavia, la modifica ha riguardato solamente la cornice edittale, aumentata nell'ambito di un più ampio inasprimento delle sanzioni per reati simili.

Ed ancora, il testo in vigore al momento dell'abrogazione dell'art. 323 c.p., era il risultato di una ulteriore riformulazione della fattispecie, operata con l'art. 23 del D. L. 16 luglio 2020 n. 76, c.d. “decreto semplificazioni”, emanato allo scopo di contribuire alla “semplificazione dei procedimenti amministrativi, all'eliminazione e alla velocizzazione di adempimenti burocratici”.

La riflessione che ha indotto il Governo a intervenire attraverso un provvedimento emergenziale è stata dichiaratamente quella di superare la c.d. “sindrome della firma”, in un momento in cui era necessario far ripartire il Paese dopo la stasi cagionata dalla nota pandemia di COVID-19; a ben vedere, tuttavia, è stata colta l’occasione per rispondere alla mai sopita esigenza di determinatezza. Invero, con l’intervento normativo del 2020 in parola, si stabiliva che la condotta “abusiva” dovesse violare regole di condotta specifiche ed espresse, previste dalla legge e da altre fonti primarie, con l’intento di impedire la rilevanza penale della violazione dei regolamenti e al contempo delle condotte contrastanti con meri principi generali. Inoltre, il legislatore ha voluto limitare la rilevanza penale delle sole attività c.d. “vincolate” del pubblico amministratore, con esclusione espressa della rilevanza dell’attività c.d. “discrezionale”. Per il resto era stato mantenuto fermo sia il profilo soggettivo nella identità richiesta dalla riforma del 1997 (dolo intenzionale), sia quello concernente l’evento (ingiusto danno o ingiusto vantaggio patrimoniale). Rimaneva, però, analogamente inalterata la seconda

parte della disposizione concernente l'inosservanza dell'obbligo di astensione ¹⁵⁶.

Sul punto, preme evidenziare la successiva interpretazione estensiva operata dalla Suprema Corte sul novellato art. 323 c.p., che ha sterilizzato in buona parte l'effetto restrittivo della riforma.

Le prime pronunce di legittimità, infatti, avevano riportato nell'ambito della rilevanza penale da una parte l'attività discrezionale, dall'altra la violazione di norme regolamentari, pur ribadendo la sottrazione al giudice penale dell'apprezzamento dell'osservanza di principi generali, quali l'imparzialità e il buon andamento della Pubblica Amministrazione¹⁵⁷

Tale interpretazione ha dato origine a una immediata reazione in sede parlamentare, dando impulso a nuove iniziative, e a nuovi disegni di legge

diretti a intervenire ancora una volta sulla fattispecie dell'art. 323 c.p.

A prevalere, infine, è stata la proposta di iniziativa governativa,

condensata nel c.d. d.d.l. Nordio, in seguito divenuto la legge n. 114

¹⁵⁶ A. MELCHIONDA, La riforma dell'“abuso d'ufficio” nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da COVID-19, in *Archivio Penale*, 2, 2021

¹⁵⁷ Ex multis Cass. pen, sez. VI, 9 dicembre 2020 (dep. 8 gennaio 2021), n. 442, in *Cass. pen.*, 2021, 2, p. 490

del 2024, che ha comportato, come noto, l'abrogazione secca dell'art. 323 c.p.

La relazione introduttiva del menzionato disegno di legge ha sottolineato che «nonostante i plurimi interventi normativi volti a dare maggiore determinatezza alla disposizione (effettuati nel 1990, nel 1997, nel 2012 e nel 2020)», si constatava ancora un rilevante squilibrio tra iscrizioni della notizie di reato e decisioni di merito, «rimasto costante anche dopo le modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi».

È questa “anomalia” che «ha portato alla scelta proposta con il presente disegno di legge». Sempre nella relazione, peraltro, come rilevato in apertura del presente lavoro, si fa cenno alla possibilità di valutare l'introduzione in futuro di nuove fattispecie di reato, con formulazioni più circoscritte e precise rispetto all'abrogato abuso d'ufficio, in osservanza di «eventuali indicazioni di matrice euro-unitaria che dovessero sopravvenire»: il riferimento è, con ogni probabilità, alla proposta di Direttiva europea sulla lotta contro la di corruzione, il cui iter di approvazione non è ancora concluso.

4.2 Ragioni dell'abrogazione e vuoti di tutela

Le problematiche connesse all'avvenuta abrogazione della fattispecie sono un tema che solleva rilevanti questioni di carattere giuridico e sistematico. L'eliminazione di una norma dal sistema legislativo, infatti, non rappresenta un semplice atto formale, ma comporta conseguenze che incidono tanto sul piano teorico quanto su quello pratico.

Occorre interrogarsi sugli effetti dell'abrogazione rispetto a situazioni giuridiche già cristallizzate, nonché sull'eventuale vuoto normativo creato dalla soppressione della previsione originaria.

Pertanto si rende necessario analizzare tali implicazioni, mettendo in luce i nodi critici e offrendo una riflessione sull'equilibrio tra esigenze di certezza del diritto e necessità di adeguamento dell'ordinamento.

In primo luogo, gran parte del dibattito pubblico sull'abolizione del reato si è incentrato sugli obblighi di criminalizzazione dell'abuso d'ufficio derivanti dagli impegni internazionali assunti dall'Italia in forza dalla sua appartenenza all'Unione Europea.

Invero, l'art. 11 della Proposta di Direttiva dell'Unione Europea sulla lotta contro la corruzione presentata dalla Commissione il 3 maggio 2023 rubricato "Abuso d'ufficio", prevede, tra l'altro, che gli Stati membri «prendono le misure necessarie affinché sia punibile come

reato la condotta seguente, se intenzionale: 1. l'esecuzione o l'omissione di un atto, in violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo; [...]»¹⁵⁸

Ove approvata in questa formulazione, la Direttiva imporrebbe a ciascuno Stato membro di prevedere sanzioni penali per le condotte di abuso prefigurate dall'art. 11, tra le quali possiamo senz'altro annoverare una buona parte di quelle contemplate dall'abrogato art. 323 Cp, ma non le prevaricazioni esercitate dal pubblico agente.

Laddove questa Proposta di Direttiva della Commissione europea dovesse essere approvata, potrebbe prospettarsi quindi un problema di compatibilità tra la soluzione abrogativa e il diritto euro-unitario.

Sul punto però, il 19 luglio 2023 la Commissione Politiche dell'Unione Europea della Camera dei deputati italiana ha redatto un "parere motivato" esponendo le ragioni per le quali riteneva che il progetto di atto legislativo europeo sulla corruzione non fosse conforme al principio di sussidiarietà, che richiederebbe all'Unione Europea di intervenire solo se gli obiettivi presi di mira siano meglio

¹⁵⁸ G.L. GATTA, L'annunciata riforma dell'abuso d'ufficio: tra "paura della firma", esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione, e, in www.sistemapenale.it, 5/2023., 169

realizzabili in questo contesto invece che con gli interventi dei singoli Stati.

Per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, in particolare, il carattere transnazionale del fenomeno criminale oggetto della disciplina – invocato dalla Commissione europea a sostegno della conformità dell'intervento normativo al principio di sussidiarietà – non sarebbe stato interamente dimostrato. Il parere è stato approvato dalla Camera il 26 luglio 2023, con richiesta di operare un'analisi più approfondita dei profili di criticità emersi, nel corso del prosieguo dell'esame della Proposta a livello di Unione europea¹⁵⁹

Successivamente, in seguito alla presentazione della Proposta il gruppo “Cooperazione giudiziaria in materia penale” (COPEN) e i consiglieri GAI la hanno esaminata nel corso delle presidenze svedese spagnola e belga del Consiglio e in questa sede si è raggiunto un accordo in ordine ad un nuovo testo che, per quanto riguarda l'abuso d'ufficio, sostituisce l'obbligo di penalizzazione con una mera facoltà, nei seguenti termini «Gli Stati membri [...] possono prendere le misure necessarie affinché [...] l'esecuzione o l'omissione di un atto, in

¹⁵⁹ M. Gambardella, La “Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d'ufficio e traffico di influenze, in www.sistemapenale.it, 27.07.2023;

violazione delle leggi, da parte di un funzionario pubblico nell'esercizio delle sue funzioni al fine di ottenere un indebito vantaggio per sé o per un terzo, sia punibile come reato, se intenzionale. [...]»¹⁶⁰ facendo, così, venir meno ogni rischio di contrasto della riforma appena approvata con il futuro diritto dell'Unione.

Tralasciando i profili dei vincoli europei risulta d'obbligo interrogarsi sugli argomenti che sono stati enunciati dal legislatore italiano come ragioni dell'abrogazione di questa fattispecie di chiusura dei delitti contro la Pubblica Amministrazione.

La scelta abolitrice è sostenuta da un duplice ordine di ragioni: da una parte, come anticipato nel paragrafo che precede, l'asserita "paura della firma" che attanaglia i pubblici decisori, scaturente da una fattispecie che, come quella ex art. 323 c.p., punisce gli abusi dei pubblici amministratori sui cittadini.

Dall'altra, il governo ha fatto leva sullo squilibrio tra le iscrizioni della notizia di reato e le decisioni di merito, rimasto costante anche dopo le

¹⁶⁰ art. 11 in www.data.consilium.europa.eu

modifiche volte a ricondurre la fattispecie entro più rigorosi criteri descrittivi¹⁶¹.

In merito alla prima argomentazione, si ricorda, tuttavia, che l'ambito oggettivo del reato era stato già ampiamente circoscritto ad opera dell'art. 23 del d.l. 76/2020 (decreto c.d. "semplificazioni"), che ha sostituito l'originaria formulazione: «in violazione di norme di legge o di regolamento» con quella più restrittiva: «in violazione di specifiche regole di condotta espressamente previste dalla legge o da atti aventi forza di legge e dalle quali non residuino margini di discrezionalità», apparentemente sottraendo al sindacato del giudice penale la discrezionalità amministrativa.

Il novero di attività per le quali un amministratore pubblico potrebbe incorrere in responsabilità penale in relazione alla propria "firma" sembra dunque assai limitato.

Per altro verso, è stato ampiamente osservato in dottrina come il mero dato statistico della scarsità di condanne non sembra sufficiente, sul piano logico, a considerare un illecito penale – l'abuso d'ufficio in particolare (!) – superfluo, non tenendosi in adeguata considerazione

¹⁶¹ I dati statistici riportati nella Relazione al d.d.l. evidenziano che si sono registrate solo 18 condanne nel 2021 per abuso d'ufficio in dibattimento di primo grado a fronte dell'elevato numero di iscrizioni nel registro degli indagati (4745 nel 2021 e 3938 nel 2022, sfociate in 4121 archiviazioni nel 2021 e 3536 nel 2022)

non solo l'effetto di prevenzione generale e deterrenza connesso alla criminalizzazione di determinati fatti, ma anche l'importanza dei beni giuridici tutelati¹⁶²

Guardando ai rapporti con le fattispecie contigue a quella dell'abuso d'ufficio, un primo vuoto da considerare è quello che in realtà è stato già urgentemente colmato con l'art. 9 del citato d.l. 4.7.2024 n. 92 – un decreto legge concernente principalmente la materia penitenziaria – e che attiene al tema delicatissimo del peculato per distrazione.

Ricorrendo alla decretazione d'urgenza è stata infatti introdotta una nuova fattispecie, l'indebita destinazione di denaro o cose mobili (art. 314-bis), punita con la reclusione da sei mesi a tre anni, applicabile «fuori dei casi previsti dall'articolo 314», quando il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio avendo, per ragione del suo ufficio o servizio, il possesso o la disponibilità di denaro o altra cosa mobile altrui, «li destina ad un uso diverso da quello previsto da specifiche disposizioni di legge o da atti aventi forza di legge dai quali non residuano margini di discrezionalità e intenzionalmente procura a sé o ad altri un ingiusto vantaggio patrimoniale o ad altri un danno ingiusto».

¹⁶² M. GAMBARDELLA, L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio" a, in Sistema penale web 26 settembre 2023

In termini generali, pur sempre ipotetici, molti evidenziano che il rischio sia quello di una riqualificazione dei fatti che ricadevano nell'art. 323 Cp in reati più gravi, quali i citati peculato e turbata libertà degli incanti oltre alla concussione e alla corruzione¹⁶³. Se, per quanto riguarda il peculato, la riqualificazione di alcuni fatti nell'art. 314 Cp pare al momento evitata attraverso l'art. 314-bis Cp, che è sanzionato meno gravemente dell'abuso d'ufficio, riteniamo che questi timori dovrebbero essere comunque superati da una giurisprudenza rispettosa della legalità e da argomenti auspicabilmente razionali. All'abolizione avrebbero dovuto senza dubbio accompagnarsi alcuni interventi – ben più meditati di quello a cui abbiamo assistito – sulle fattispecie contigue, necessari per colmare le più gravi lacune che si sono venute ad aprire; lacune, tuttavia, che la giurisprudenza non dovrebbe poter superare ricorrendo per via interpretativa a fattispecie punite più gravemente¹⁶⁴, neppure di fronte alle prospettive più preoccupanti.

¹⁶³ M. Gambardella, L'abrogazione dell'abuso d'ufficio e la riformulazione del traffico d'influenze nel "disegno di legge Nordio", cit., 2.

¹⁶⁴ M. Parodi Giusino, La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze, in www.la legislazione penale.eu, 10.05.2024;

4.3 Conseguenze sistemiche: rischio di traslazione delle condotte illecite sulla turbativa d'asta il caso giurisprudenziale.

Come già evidenziato, la soppressione del reato di abuso d'ufficio ha generato, a livello dottrinale e giurisprudenziale, un ampio dibattito circa la possibile insorgenza di un vuoto normativo.

Nel presente elaborato si propone una riflessione che può, a buon diritto, qualificarsi nei termini di una visione lungimirante.

Il 10 luglio 2024, come noto, il Consiglio dei Ministri approva un disegno di legge per abrogare la norma che incrimina l'abuso d'ufficio sul presupposto che vi sarebbero tante archiviazioni e assoluzioni e pochissime condanne per quel reato.

Il giorno successivo, la Sesta Sezione della Corte di cassazione deposita una sentenza, n. 26225/2023, con la quale conferma una condanna per abuso d'ufficio, annullando invece la condanna per turbativa d'asta relativa a un diverso capo d'imputazione.

Partendo dai fatti oggetto della sentenza: il direttore di un ente pubblico viene condannato dal Tribunale e poi dalla Corte d'Appello di Milano nell'ambito di una vicenda relativa a una procedura di mobilità del personale interna alla Pubblica Amministrazione.

Il direttore, che aveva uno stabile rapporto sentimentale con una donna interessata al posto di Istruttore direttivo tecnico messo a bando per mobilità interna, viene in particolare condannato in primo e in secondo grado per abuso d'ufficio (art. 323 c.p.) e per turbata libertà degli incanti (art. 353 c.p.).

La condanna per abuso d'ufficio è motivata in ragione dell'omissione dell'obbligo di astensione del direttore dell'Ente, imposto, tra l'altro, dal codice di comportamento dei dipendenti pubblici avendo egli un conflitto di interessi derivante dal rapporto sentimentale con la candidata al posto, alla quale procurava un ingiusto vantaggio patrimoniale.

La candidata, che si trovava in graduatoria in un concorso presso un comune, è stata infatti assunta presso il citato Ente pubblico.

Un ulteriore addebito, per tentato abuso d'ufficio, riguarda poi l'illegittima attribuzione di un contratto di consulenza a un possibile concorrente al posto in mobilità, per evitare che questi presentasse domanda.

Tutti fatti – si noti per inciso – che con l'abrogazione dell'art. 323 c.p. non costituirebbero più reato.

La condanna per turbata libertà degli incanti è stata motivata, invece, in ragione dell'allontanamento di altri possibili candidati, della riduzione illegittima del termine di pubblicazione del bando e di condizioni immotivatamente restrittive per la presentazione delle domande, tali da ostacolare la partecipazione.

Ebbene, come su detto, la Sesta Sezione della Corte di cassazione conferma la condanna per abuso d'ufficio e annulla invece la condanna per turbata libertà degli incanti, premurandosi di precisare che non si determina alcun vuoto di tutela, poiché le condotte erroneamente qualificate come turbativa d'asta risultano in realtà riconducibili alla fattispecie di abuso d'ufficio.

Quid iuris.

Invero, la giurisprudenza di legittimità ha finalmente chiarito che, in tema di turbativa d'asta, le procedure concorsuali per l'assunzione di personale da parte dello Stato e delle sue articolazioni – ivi comprese le procedure di concorso per il reclutamento di professori universitari – non possono essere ricondotte alla nozione di “gara” di cui la Pubblica Amministrazione si avvale per l'acquisizione di beni e servizi, impedendolo il dato testuale dell'art. 353 c.p., che si riferisce alle gare nei “pubblici incanti e nelle licitazioni private per conto di

pubbliche amministrazioni”, e, dunque, il divieto di analogia in malam partem¹⁶⁵.

È chiaro allora che, in questi contesti, l’abolizione dell’abuso d’ufficio ha lasciato aperte delle lacune che non si sarebbero dovute ignorare.

Non sono essi gli unici territori rimasti privi di presidio penalistico, naturalmente, ma sono quelli rispetto ai quali il ricorso ad altre forme di tutela ci sembra del tutto insufficiente, anche nella prospettiva della lotta alla corruzione latamente intesa.

In termini generali, pur sempre ipotetici, molti evidenziano che il rischio sia quello di una riqualificazione dei fatti che ricadevano nell’art. 323 Cp in reati più gravi, quali i citati peculato e turbata libertà degli incanti oltre alla concussione e alla corruzione¹⁶⁶.

Parallelamente, però, si vuole evidenziare che se le fattispecie più gravi si prestassero a questa interpretazione le Corti avrebbero già dovuto ricorrervi facendo prevalere la fattispecie più grave, visto che l’abuso d’ufficio conteneva la clausola di sussidiarietà espressa «salvo che il fatto non costituisca un più grave reato», che imponeva ai reati

¹⁶⁵ E. Penco, I delitti di turbativa, tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale, in www.lalegislazionepenale.eu, 15.04.2023, 21 ss.

¹⁶⁶ G.L. Gatta, L’annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione, n www.sistemapenale.it, 5/2023, 170;

in concorso formale di soccombere solo ove più lievi. Alla sua eliminazione, quindi, non dovrebbe conseguire, almeno in linea teorica, l'espansione della portata di altre norme che disciplinino reati più gravi, riempiendo gli spazi lasciati vuoti¹⁶⁷.

Sul punto, poi, ben può valutarsi anche la posizione della Pubblica Amministrazione, in quanto esistono anche altri rami dell'ordinamento, che svolgono un ruolo essenziale per garantire la sussidiarietà dell'intervento penale.

Invero, la P.A. non dovrebbe essere concepita come un nemico da educare solo con la minaccia penale consegnata nelle mani della Procura della Repubblica. Per assicurare il corretto agire della P.A., del resto, esistono strumenti, sanzioni e forme di tutela che possono essere molto efficaci in termini di deterrenza e di prevenzione positiva ed è corretto che il legislatore vi abbia fatto riferimento nel momento in cui ha prospettato l'abolizione del reato, invitando implicitamente ad una riflessione sulle attuali caratteristiche del contesto in cui l'abuso d'ufficio si trova ad operare¹⁶⁸.

La tutela in sede amministrativa dovrebbe essere favorita nei casi in cui «l'illecito viene identificato nella stessa intima trama, per così

¹⁶⁷ D. Brunelli, Eliminare l'abuso d'ufficio: l'uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?, in www.archiviopenale.it, 3/2023, 5

¹⁶⁸ E. MATTEVI l'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione, in www.lalegislazionepenale.eu

dire, dell'attività amministrativa e nel suo contenuto proprio»¹⁶⁹, e quindi proprio nelle vicende che chiamavano in gioco da vicino l'abuso d'ufficio.

La giustizia amministrativa, infatti, è volta a garantire la legalità dell'azione amministrativa e, se del caso, a correggere le deviazioni della funzione pubblica dai suoi fini istituzionali¹⁷⁰.

¹⁶⁹ V. Onida, La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale, , in *Giornale dir. amm.* 1995, 672.

¹⁷⁰ A. Merlo, Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza, in www.sistemapenale.it, 01.03.2021, 9.

4.4 I reati di turbativa e le dinamiche di collusione nelle gare pubbliche

Fra le categorie di incriminazioni che, pur non essendo costruite come reati-accordo, racchiudono una modalità di commissione fondata sull'accordo, è quella dei reati di turbativa.

Come detto nei paragrafi precedenti le note figure, di cui agli artt. 353 e 353-bis c.p., ammettono infatti che la turbativa degli incanti o della scelta del contraente avvengano mediante "collusioni". Ma non solo.

I due delitti, come noto, rispettivamente puniscono chiunque, con violenza o minaccia, o con doni, promesse, collusioni o altri mezzi fraudolenti, rispettivamente impedisce o turba la gara nei pubblici incanti o nelle licitazioni private per conto di Pubbliche

Amministrazioni, ovvero ne allontana gli offerenti, e, (salvo che il fatto costituisca più grave reato) turba il procedimento amministrativo diretto a stabilire il contenuto del bando (o equipollente) al fine di condizionare le modalità di scelta del contraente da parte della P.A.

Invero, i doni e le promesse riecheggiano tratti del fenomeno corruttivo, quali condotte volte ad ottenere favori ma che, a differenza di quelle corruttive, non si inseriscono in un accordo e non

rappresentano il “corrispettivo” di una prestazione da parte dell’agente pubblico.

Già da un primo punto di partenza strettamente semantico manca, icto oculi, il carattere retributivo, di scambio, che la consegna di denaro o di altra utilità porta con sé nella corruzione, carattere rafforzato dal fatto che quest’ultima condotta – a differenza di quanto avviene nelle turbative – viene teleologicamente posta in essere al fine di far omettere, ritardare, compiere l’atto o esercitare la funzione.

La relazione che dono e promessa intrattengono con l’evento di turbativa non ha quindi natura teleologica, in quanto frutto di un rapporto sinallagmatico tra offerente e preposto alla gara, bensì meramente eziologica, quale legame causale oggettivo: l’effetto di turbativa è realizzato “con doni, promesse...”. Il sinallagma è assente, ed invero è punito il solo offerente che con i suoi doni o promesse, pur senza accordarsi con il preposto, ha innescato l’esito di turbativa.¹⁷¹

Sotto tale profilo, i delitti in esame “completano” quelli di corruzione, reprimendo quelle iniziative unilaterali, quelle blandizie sfumate abbastanza da esulare dal campo della corruzione.

¹⁷¹ I. MERENDA, I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione, Dike, 2016. p. 42 ss

La condotta collusiva si distingue invece dalle precedenti, in quanto conferisce rilevanza ad un accordo occulto – tra privati o con l’agente pubblico preposto agli incanti, su un piano di parità – teso alla turbativa, il quale consente, a rigore, di punirne tutti i partecipanti, in quanto autori della condotta incriminata.

In questo contesto di illeciti accordi e turbative, si inserisce con particolare gravità il fenomeno dell’infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici.

Le organizzazioni criminali, infatti, sfruttano le dinamiche collusive per orientare gare e assegnazioni a proprio vantaggio, compromettendo la trasparenza, la libera concorrenza e l’efficienza dell’azione amministrativa.

Invero, la corruzione influisce sulla concorrenza negli appalti favorendo alcuni attori a esclusione di altri.

Si traduce nella sistematica aggiudicazione dei contratti all’impresa favorita, contribuendo a provocare l’uscita dei concorrenti dal mercato. Le imprese oneste si ritrovano costrette a decidere se sopportare i maggiori costi e rischi o abbandonare il mercato.

Si rafforza così un meccanismo di autoesclusione che riflette una rinuncia delle aziende a partecipare alle gare la cui aggiudicazione risulterebbe predeterminata.

Si rileva che nei territori in cui si investe maggiormente in risorse adibite al contrasto della corruzione la probabilità di ricevere una singola offerta è minore; di conseguenza una maggiore competizione tra concorrenti è associata a un minore rischio di corruzione.¹⁷²

In questo contesto è emerso che le mafie portano alla restrizione della concorrenza tramite due modalità: 1) il ricorso sistematico all'intimidazione, con minacce, pressioni o attentati a beni o persone per indurre le imprese indesiderate a non presentarsi alla gara o a ritirare l'offerta; 2) le falsificazioni documentali e l'alterazione delle procedure per estromettere le imprese rivali facendo emergere dei vizi formali.¹⁷³

Il ribasso di aggiudicazione, invece, è un'altra circostanza oggetto di numerose analisi empiriche.

¹⁷² R. MILANI, F. CALDERONI, C. CARBONE, M. ROTONDI L'impatto di corruzione e mafia sugli appalti pubblici: un'esplorazione empirica.

¹⁷³ Assolombardia (2015), rischi di infiltrazione mafiosa nelle imprese del Nord ,Italia Prevenzione delle infiltrazioni criminali nelle aziende e valorizzazione dei beni confiscati in Lombardia, una opportunità per lo sviluppo territoriale, Centro studi Federico Stella e Fondazione ISTUD, Milano, <http://www.toolkit-rischi-di-infiltrazione-mafiosa.assolombarda.it/file/report.pdf>

Diversamente dal singolo offerente, il ribasso è generalmente considerato indice di concorrenza e di efficienza. In un sistema concorrenziale, l'appalto è aggiudicato all'azienda capace offrire una prestazione, sia essa la realizzazione di un lavoro, bene o servizio, al giusto prezzo ("value for money").

Minore è il costo di realizzazione di un'opera pubblica, a parità di qualità delle prestazioni e quantità prodotte, e maggiore è il grado di efficienza della Pubblica Amministrazione coinvolta.

Le mafie infatti svolgono infatti un ruolo di promotore e catalizzatore dei cartelli, nei quali affiora la domanda di protezione legata all'esigenza di coordinare le offerte tra gli imprenditori; questi ultimi si spartiscono le gare seguendo dei turni, su base territoriale o in relazione agli enti appaltanti.

Questo schema emerge anche da una delle relazioni della Direzione investigativa antimafia che descrive come la mafia (specialmente la camorra e la 'ndrangheta) abbiano iniziato ad adottare il c.d. "metodo del tavolino"¹⁷⁴, in base al quale tutte le aziende del cartello si impegnano a offrire il massimo ribasso e si alternano nella aggiudicazione degli appalti.

¹⁷⁴ Dia (2016), attività svolta e risultati conseguiti dalla direzione investigativa antimafia Secondo semestre 2016, Ministero dell'Interno, Roma.

Può, dunque, desumersi che le strategie di alterazione della libera concorrenza nel sistema degli appalti sono frequenti, ma altresì molteplici.

L'infiltrazione mafiosa negli appalti pubblici rappresenta una minaccia concreta e sistemica alla legalità e al corretto funzionamento del mercato. Attraverso pratiche collusive, intimidazioni e reti di complicità, le organizzazioni criminali alterano la libera concorrenza, ostacolano lo sviluppo economico sano e minano la fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Contrastare efficacemente questo fenomeno richiede un impegno costante, sia sul piano repressivo che su quello della prevenzione.

CONCLUSIONE

Lo studio effettuato ha evidenziato come il complesso dei contratti pubblici si collochi oggi al centro di un complesso equilibrio tra esigenze di semplificazione, efficienza e tutela della legalità.

La nota riforma, introdotta con il D.lgs. n. 36/2023, ha, come visto, segnato un'importante crescita nel predetto ambito, ponendo in prima linea principi quali il risultato e la fiducia e attribuendo maggiore discrezionalità alle amministrazioni, nel tentativo di superare rigidità e inefficienze del passato.

Tuttavia, tale ampliamento degli spazi decisionali comporta inevitabilmente un incremento dei rischi di abuso e distorsione delle procedure.

In questo scenario, il ruolo degli strumenti di prevenzione amministrativa – in particolare dell'ANAC e dei sistemi di controllo – si rivela essenziale per garantire trasparenza e correttezza nelle gare pubbliche, così come fondamentale è l'apporto della digitalizzazione, che, se adeguatamente implementata, può contribuire a ridurre le opacità e le asimmetrie informative.

Il contesto sovranazionale, poi, evidenzia alcune forti tendenze a superare la prospettiva del singolo contratto pubblico, verso analisi di

strategie congiunte europee e nazionali, come nuovi modelli organizzativi della domanda pubblica verso una politica industriale europea, se non una geopolitica, dei contratti pubblici.

Sul versante penalistico, le fattispecie di turbativa d'asta si confermano strumenti di tutela anticipata di primaria importanza, capaci di intercettare condotte illecite anche in una fase prodromica rispetto alla corruzione. Nondimeno, permangono criticità legate alla loro formulazione normativa, caratterizzata da elementi di indeterminatezza e da un'evoluzione interpretativa affidata in larga misura alla giurisprudenza.

Invero, la competizione economica, specie negli appalti pubblici come visto nel presente elaborato, è un ambito complesso dove le contestazioni e i sospetti possono sorgere con facilità, a volte per dinamiche di mercato o per inefficienze amministrative non necessariamente penalmente rilevanti, e la giurisprudenza ha evidenziato come il reato di turbativa d'asta necessiti di una dimostrazione rigorosa con alla base prove tassative e non già inclini a supposizioni e/o interpretazioni estensive.

L'abrogazione dell'abuso d'ufficio ha ulteriormente inciso sull'assetto sistematico dei reati contro la pubblica amministrazione,

determinando il rischio di una traslazione delle condotte illecite verso altre fattispecie, tra cui proprio quelle di turbativa, con possibili effetti di dilatazione applicativa.

Sul punto, non può sottrarsi la recente direttiva europea anticorruzione del marzo 2026, la quale impone agli Stati membri di punire penalmente le condotte di abuso di funzione dei pubblici ufficiali.

Ciò rappresenta una risposta diretta al vuoto normativo creato dall'abrogazione del reato di abuso d'ufficio in Italia nel 2024.

Difatti, l'Unione Europea richiede la reintroduzione di sanzioni per le fattispecie più gravi, garantendo uniformità nella lotta alla corruzione, evidenziando, parallelamente, il ruolo vincolante del diritto UE nella tutela della legalità amministrativa.

In conclusione, emerge la necessità di un continuo intervento di bilanciamento tra semplificazione e garanzia, tra discrezionalità amministrativa e controllo, nonché tra esigenze di determinatezza normativa e capacità dell'ordinamento di intercettare fenomeni illeciti sempre più complessi. Solo attraverso un approccio integrato, che coniughi strumenti amministrativi e penali, sarà possibile assicurare

un sistema degli appalti pubblici realmente efficiente, trasparente e impermeabile alle infiltrazioni illecite.

BIBLIOGRAFIA

- A. Areddu, Le “turbative di gara” nel codice penale, in *MediAppalti*, anno XV n. 1
- O. Bandiera, A. Prat., T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review* 111, 2009, pp. 1278-1308
- A. Bianchi, *Il Codice dei contratti pubblici: guida commentata*, 2019, pp. 112-120
- G. M. Brenca, *Semplificazione e digitalizzazione degli appalti pubblici nel post – Covid: il caso di Brescia Infrastrutture S.r.l.*, in *Ceridap*, fasc. n. 3, 2022, pp. 117-134
- F. Bricola, *In tema di legittimità costituzionale dell’art. 323 c.p.*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1966, 985 ss.
- D. Brunelli, *Eliminare l’abuso d’ufficio: l’uovo di Colombo o un ennesimo passaggio a vuoto?*, in www.archiviopenale.it, 3/2023, 5
- A. Buscema, *Il ruolo dei controlli della Corte dei conti nel sistema dei contratti pubblici*, in *Abstract* del 30.05.2019

- R. Calzoni, *L'ANAC, la vigilanza sui contratti pubblici e le prospettive di riforma*, in Nomos Le attualità nel diritto 1-2019, pag. 4-5
- R. Cantone, F. Merloni, *Codice dell'anticorruzione e della trasparenza*, Maggioli, 2018, pag. 15 e ss.
- F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, Dike Giuridica, Roma, 2023, p. 963 ss.
- E. Ciconte, *Processo alla 'Ndrangheta*, ed. Laterza, 1996, pag. 80
- F. Cintioli, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in [Giustizia Amministrativa - Cintioli, Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici](#), monografia
- S. Civitarese Matteucci, *La responsabilità amministrativa degli enti*, Giuffrè, 2022, pp. 45-70
- M. Clarich, *Il nuovo codice dei contratti pubblici: principi, novità e prime applicazioni*, in Il Mulino, Bologna, 2023, p. 22 ss
- L. Conti, *Principi generali e accesso al mercato negli appalti pubblici*, Zanichelli, 2023, pp. 30-50

- R. Conti, *Elementi di diritto processuale negli appalti pubblici*, in Cedam, 2023, pp. 75-95
- S. Conti, *Il nuovo Codice degli appalti: trasparenza e correttezza amministrativa*, Giappichelli, 2023, pp. 15-30
- A. Corrado, *Conoscere per partecipare: la strada tracciata dalla trasparenza amministrativa*, ESI, 2019, pag. 80 e ss.
- L. De Luca, *L'Autorità nazionale anticorruzione: tra cultura dell'integrità e trasparenza*, Università di Pisa, 2017
- F. De Marco, *Appalti e trasparenza amministrativa*, in Il Mulino, 2022, pp. 112-115
- F. De Vivo, *Appalti pubblici e innovazione tecnologica*, in Rivista Giuridica dell'Economia, 2021, pp. 78-79
- O. Di Giovine, *Turbata libertà degli incanti e astensione dagli incanti*, in Trattato di diritto penale. Parte speciale, II, Torino, UTET, 2008, pag. 803
- A. Di Martino, *I delitti di turbativa di gara*, cit., pag. 438
- G. Donati, *La turbata libertà degli incanti tra logiche d'autore e principio di offensività*, in SP 2022, pag. 209
- F. Esposito, *Responsabilità d'impresa e trasparenza*, in Giappichelli, 2022, pp. 90-105

- L. Ferrara, *Illecito professionale e sanzioni negli appalti pubblici*, in Giappichelli, 2023, pp. 100-130
- G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, Zanichelli, 2021, 6^a ed., pag. 339
- U. Frangipane, *La controversa natura giuridica delle linee guida ANAC*, ESI, 2022, pag.62ss.
- M. Fratini, *Manuale sistematico di Diritto Amministrativo*, in Nel Diritto Editore 2023/2024, pag. 806
- M. Gambardella, *La “Proposta di Direttiva in materia di lotta alla corruzione” al vaglio del Parlamento: qualche riflessione sui reati di abuso d’ufficio e traffico di influenze*, in www.sistemapenale.it, 27.07.2023;
- M. Gambardella, *L’abrogazione dell’abuso d’ufficio e la riformulazione del traffico d’influenze nel “disegno di legge Nordio”*, in Sistema penale web 26 settembre 2023
- G .L. Gatta, *La minaccia. Contributo allo studio delle modalità della condotta penalmente rilevante*, Roma, 2013, p. 17
- G.L. Gatta, *L’annunciata riforma dell’abuso d’ufficio: tra “paura della firma”, esigenze di tutela e obblighi internazionali di incriminazione*, in www.sistemapenale.it, 5/2023, pag.169

- G. Girelli, *I contratti pubblici dopo il D.lgs. 36/2023: guida alla nuova disciplina*, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2023, pag. 45
- C. Lombardi, *Self-cleaning e affidabilità negli appalti pubblici*, in Edizioni Giuridiche, 2023, pp. 40-60
- N. Madia, *La tutela penale della libertà di concorrenza nelle gare pubbliche*, Napoli, Jovene Editore, 2012, pp. 101-103
- P. Mantini, *Nel cantiere dei nuovi appalti pubblici*, in Giuffrè, 2015, p. 45 ss.
- G. Marconi, *Delitti di turbativa delle opere pubbliche (artt. 353, 353-bis e 354 c.p.)*, in Trattato teorico-pratico di diritto penale, Torino 2022, pag.358
- G. Marino, *Responsabilità e azione di rivalsa nella PA*, in Jovene, 2024, pp. 45-60
- A. Massera, *Programmazione, progettazione e controllo nei contratti pubblici*, in Il Mulino, Bologna, 2023, p. 62 ss.
- F. Mastragostino, *La nuova disciplina dei contratti pubblici: principi generali e ambito di applicazione*, in Giurisprudenza Italiana, 2023, p. 521 ss.

- B.G. Mattarella, *La semplificazione amministrativa: analisi e prospettive*, Ed. Laterza, 2022, pag. 78
- E. Mattevi, *L'abuso d'ufficio: considerazioni a margine della sua abrogazione*, in www.la legislazione penale.eu
- A. Melchionda, *La riforma dell' "abuso d'ufficio" nel caleidoscopio del sistema penale dell'emergenza da COVID-19*, in *Archivio Penale*, 2, 2021, pag. 20
- I. Merenda, *I reati a concorso necessario tra coautoria e partecipazione*, in *Dike*, 2016, p. 42 ss
- A. Merlo, *Lo scudo di cristallo: la riforma dell'abuso d'ufficio e la riemergente tentazione "neutralizzatrice" della giurisprudenza*, in www.sistemapenale.it, 2021
- R. Milani, F. Calderoni, C. Carbone, M. Rotondini, *L'impatto di corruzione e mafia sugli appalti pubblici: un'esplorazione empirica*, Franco Angeli, 2018, p.142 ss
- V. Mormando, *La tutela penale dei pubblici incanti*, in CEDAM, 1999, pag. 39
- A. F. Morone, *La tutela penale delle gare pubbliche*, Giappichelli, 2022, pp. 42-44

- V. Onida, *La discrezionalità amministrativa e il sindacato giurisdizionale*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 1995, pag. 672
- A. Pagliaro, M. Parodi Giusino, *Principi di diritto penale*, Giuffrè 2008, pag. 532
- M. Parodi Giusino, *La proposta di abolizione dell'abuso d'ufficio: discutibili ragioni e dannose conseguenze*, in www.la legislazione penale.eu, 2024
- R. Patscot, *I fondi del PNRR e le possibili infiltrazioni della criminalità organizzata*, in *I fondi del PNRR e le possibili infiltrazioni della criminalità organizzata*, Unicost, pag. 2
- A. Pellegrini, *Auto-organizzazione e modelli di gestione nelle amministrazioni pubbliche*, in Giuffrè, 2024, pp. 75-95
- E. Penco, *I delitti di turbativa tra immobilismo legislativo e supplenza giurisprudenziale*, in *Legislazione Penale*, 2024, pag. 6
- M. Pignatti, *La digitalizzazione e le tecnologie informatiche per l'efficienza e l'innovazione nei contratti pubblici*, in federalismi.it, 2022, pag. 133

- A. Pugliese, *Modelli di organizzazione e compliance*, Franco Angeli, 2021, pp. 110-130
- G.M. Racca, *Trasformazioni e innovazioni digitali nella riforma dei contratti pubblici*, in *Contratti Pubblici e Innovazioni nel nuovo Codice. Trasformazioni sostanziali e processuali*, ed. Jovene, pag. 7-8
- S. Rinaldi, *Terzo settore e co-amministrazione: modelli e principi*, Giappichelli, 2023, pp. 90-110
- F. Romano, *Contratti collettivi e tutele nei contratti pubblici*, Jovene, 2023, pp. 120-140
- R. Rossi, *Sul delitto di turbata libertà degli incanti*, in *Archivio penale*, 1982, pag. 557
- M. Rossi, *Digitalizzazione e contratti pubblici in Europa*, 2020, pp. 34-40
- L. Rossi, *Il controllo della Corte dei Conti nei contratti pubblici*, IPSOA, 2023, pp. 120-130
- M. Rossi, *Whistleblowing e anticorruzione*, in Edizioni Simone, 2023, pp. 25-50
- M. Rossi, *Requisiti di selezione e favor participationis negli appalti pubblici*, Zanichelli, 2024, pp. 40-60

- G. Ruggiero, *Incanti (turbativa ed astensione)*, in Giuffrè, 1970, pag. 908
- F. Sala, *Affidamento e affidamento diretto nel nuovo Codice*, Wolters Kluwer, 2024, pp. 110-130
- M.A. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, in Diritto Editore, 2024, p. 733 ss.
- M. Santoro, *Appalti pubblici e prevenzione antimafia*, in Cedam, 2020, pp. 78-83
- M. Santoro, *Problemi applicativi del nuovo Codice Appalti*, Rivista Giuridica Appalti, 2024, pp. 33-48
- L. Scomparin, *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, Giappichelli editore, 2017, pag. 175
- E. Somalvico, C. Todaro, V. Iavarone, *PNRR e criminalità organizzata: mitigazione dei rischi di infiltrazione nel Sistema Industriale Nazionale*, in CISINT, pag.9
- P. Venturati, *Incanti (frodi negli)*, in Dig. pen, VI, Torino, UTET, 1992, pag. 305;
- G. Vercillo, *Riflessioni intorno alle ragioni e agli obiettivi della nuova riforma dei contratti pubblici*, in Regolazione dei Mercati — 2023, Fascicolo 1

- G. Viggiano, *La disciplina whistleblowing aspetti procedurali e criticità*, in Abstract in La-disciplina-whistleblowing-Aspetti-procedurali-e-criticita.pdf
- S. Vinciguerra, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in CEDAM, 2008, p. 411