

MERCATO, REGOLAZIONE E RUOLO
DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE

Guido Sorrentino*

Sintesi della tesi di laurea in Diritto Civile, discussa presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno, il giorno 16/12/2019.

Relatrice: Prof.ssa Mariassunta Imbrenda.

Presentazione del lavoro:

Il lavoro realizzato dal dott. Guido Sorrentino affronta in maniera accurata ed esauriente la complessa e interdisciplinare tematica del contrasto al fenomeno corruttivo attraverso la regolazione del mercato affidata alle Autorità indipendenti di settore, dall'angolo prospettico degli effetti conformativi che investono gli strumenti di autonomia.

La trattazione è ben strutturata e si sviluppa con rigore metodologico, ricostruendo in maniera esaustiva il quadro normativo in materia e prestando attenzione tanto alla letteratura giuridica ed economica, quanto alla giurisprudenza maggiormente rilevante.

L'A. si muove senza impaccio nell'articolato contesto delle fonti consultate, che analizza approfonditamente esprimendo autonomia e maturità nella riflessione critica e argomentativa.

Le conclusioni cui il lavoro approda sono interessanti e arricchiscono il dibattito in atto sulla tematica. Per tali ragioni lo scritto è, a parere di chi scrive, meritevole di pubblicazione.

Prof.ssa Mariassunta Imbrenda (Relatrice)

La prevenzione dei fenomeni corruttivi rappresenta una sfida, storica e globale, che ordinariamente permea le plurime legislazioni afferenti l'organizzazione e l'azione della pubblica amministrazione. Tralasciando, le, pur interessanti e stimolanti, ricostruzioni diacroniche e interdisciplinari, rispetto alle quali si registra una vastissima letteratura, il lavoro si apprezza in quanto analizza i plurimi interventi dell'Autorità anticorruzione e i riflessi dei relativi atti di indirizzo sul sistema delle fonti e sull'autonomia negoziale della Pubblica Amministrazione.

In tale ottica la disciplina del conflitto di interessi costituisce uno degli approdi più recenti dell'ermeneutica, assunto a rango di principio generale dopo che il relativo paradigma è stato scolpito nella legge breve sul procedimento amministrativo oltre che trattato in fonti sovranazionali.

Ciò che si apprezza maggiormente è la ricostruzione critica di una tematica rispetto alla quale la giuspubblicistica non è approdata ad indirizzi ermeneutici condivisi.

L'originalità anche delle conclusioni rassegnate rende di interesse divulgativo il lavoro.

Prof. Francesco Armenante

SOMMARIO: 1. – Corruzione, mercato e regolazione. Necessità di un approccio “multiagenziale” al fenomeno corruttivo; 2. – Corruzione, concorrenza e ruolo delle Authorities. Gli atti di regolazione dell’Autorità Anticorruzione tra esigenze di democraticità ed effettiva vincolatività; 3. – Mercato dei contratti pubblici, autonomia negoziale “conformata” e ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione; 4. – Crisi dell’amministrazione, “nudging” e nuove tecnologie. Disintermediazione, “blockchain” e intelligenza artificiale nel sistema dei contratti pubblici. Verso una “nuova regolazione”?; 5. – Riflessione conclusive. Cosa resta dell’autonomia negoziale delle stazioni appaltanti?

1. – Corruzione, mercato e regolazione. Necessità di un approccio “multiagenziale” al fenomeno corruttivo.

Intendendo il fenomeno-corrruzione nella più ampia accezione di “maladministration”¹, ossia come assunzione di decisioni devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari – così travalicando i confini delineati dalla sola fattispecie criminosa di cui agli artt. 318 ss. del Codice Penale – è possibile comprendere la spiccata complessità e multidisciplinarietà del tema oggetto della presente ricerca.

Lo studio del fenomeno corruttivo, infatti, per le notevoli implicazioni che ha sulla società e sulle logiche di mercato², non interessa più i soli studiosi della scienza penalistica o dell’amministrazione,

* Dottore in Giurisprudenza presso l’Università degli Studi di Salerno. Praticante avvocato.

¹ In tal senso, tra gli altri, S. Cassese, “*Maladministration*” e rimedi, in *Foro it.*, 1992. Tale definizione risulta inoltre ampiamente in linea con quella fornita dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, specie nei Piani Nazionali Anticorruzione del 2013 e del 2015.

² Della stretta relazione tra corruzione, mercato, comportamento umano e ricchezza, erano già consapevoli, tra gli altri, Sallustio, *La congiura di Catilina*, in *I classici del pensiero libero greci e latini*, Milano, 2012 (la cui attualità

ma è tale da attirare inevitabilmente l'interesse degli economisti³ e, di conseguenza, degli studiosi del diritto civile, per gli effetti che l'esternalità-corruzione ha sul contratto (pubblico, nello specifico). Indicativo di un approccio necessariamente "multiagenziale"⁴ al fenomeno corruttivo è anche il mutamento da qualche tempo registratosi nel nostro ordinamento che, dopo l'approvazione della c.d. legge Severino (legge n. 190/2012), è passato da un approccio al fenomeno di stampo marcatamente repressivo – che ha come limite quello di intervenire solo una volta che l'episodio corruttivo si è realizzato, non incidendo sulle cause – ad uno che, sulla scorta anche delle norme internazionali in materia, ha posto al centro l'attività di prevenzione⁵.

I meccanismi di prevenzione del fenomeno corruttivo si articolano in una serie di attività che vanno dal controllo alla promozione della trasparenza, fino alla riduzione dei margini di discrezionalità dell'amministrazione e alla sensibilizzazione e gratificazione dei pubblici funzionari, al fine di ridurre le opportunità di corruzione di quanti nella Pubblica Amministrazione lavorano: in quest'ottica, anche

dell'insegnamento è efficacemente colta da V. Musacchio, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazz. Amm.*, 2012), e, in epoca più recente, A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, Edimburgo, 1759, e Id., *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Edimburgo, 1776. N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Riv. It. Sc. Pol.*, 1980, individua invece la corruzione come "uno dei maggiori fallimenti per le istituzioni democratiche".

³ Per un quadro delle teorie economiche sulla corruzione, cfr. V. Visco Comandini, *Profili economici della corruzione*, in F. Merloni, L. Vandelli, a cura di, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.

⁴ Secondo l'insegnamento di S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, per il quale "il principio di *extrema ratio* del diritto penale, per il quale il legislatore è tenuto ad intervenire con la sanzione penale solo quando non siano praticabili altre soluzioni, assume nel nostro ordinamento un rilievo costituzionale".

⁵ Sul punto, *ex multis*, A. Pertici, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, in Id., M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019, il quale evidenzia come "a fronte di una tale diffusione e complessità del fenomeno, il contrasto alla corruzione è avvenuto, fino a un'epoca piuttosto recente, sostanzialmente solo attraverso i tradizionali strumenti repressivi. Come noto, il limite di questi ultimi è che intervengono una volta che l'episodio corruttivo si è realizzato, non riuscendo così a evitare una serie di conseguenze negative, che vanno dall'inefficienza dell'amministrazione pubblica al danno per la competitività del sistema economico, dal dissesto delle finanze pubbliche, alla compromissione della fiducia dei cittadini nelle istituzioni. Tutto ciò rappresenta un costo altissimo per la collettività, che forse non è neppure adeguatamente percepito. Per questo occorre riuscire a diffondere una cultura della legalità e a porre in essere strumenti idonei alla prevenzione della corruzione, al fine di evitare le appena ricordare dannose conseguenze".

l'attività di regolazione del mercato⁶, specialmente intesa come “conformazione” degli atti di autonomia⁷, non può non andare di pari passo con quella di prevenzione, al punto che la prima diventa funzionale alla seconda e viceversa.

Definita dunque la corruzione come esternalità negativa e causa di fallimento del mercato, risulterà più agevole comprendere il legame che intercorre tra prevenzione della corruzione, regolazione del mercato e contratto (pubblico): attraverso la regolazione, che si estrinseca essenzialmente come attività di conformazione degli atti di autonomia, da realizzarsi nel rispetto di principi costituzionali di solidarietà, uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza⁸, l'esternalità-corruzione viene infatti prevenuta e col tempo eliminata, ovviando ai fallimenti del mercato che da essa derivano.

⁶ Tra le tante definizioni della locuzione “regolazione del mercato” la migliore ai fini della presente ricerca sembra essere quella di S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesaurò, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, secondo il quale “Regolazione non è ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia, come la pianificazione, le sovvenzioni, la concertazione, la disciplina sanitaria e del lavoro, ecc. Se si amplia inutilmente la nozione, come fanno molti studiosi americani, essa diviene inutilizzabile, perché finisce per includere tutto il diritto pubblico dell'economia. È bene quindi delimitare la regolazione, limitandola a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare”.

⁷ È questa la definizione di A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enc. Dir. Annali*, III, Roma, 2010, secondo cui la regolazione si identifica in quell'attività “consistente nella conformazione di determinate attività al fine di raggiungere obiettivi che in assenza dell'attività medesima non verrebbero raggiunti” nonché quell'attività “che conforma a contenuti specifici determinate attività al fine di ovviare ai fallimenti del mercato”. Osserva condivisibilmente M. Angelone, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo delle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in A. Federico, G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2019, come una definizione di tal guisa “si presta a rappresentare meglio e in modo più icastico la proteiformità e la latitudine del fenomeno eterointegrativo allorché lo si osserva sotto la lente dei poteri delle authorities”.

⁸ Cfr. M. Angelone, *Autorità Indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012, “Si conferma, dunque, la matrice ordoliberalista dell'intervento eteronomo sul contratto coltivato dalle *authorities*, in quanto la formula esige che l'iniziativa economica sia socialmente giustificata e non in contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana va concretizzata e attualizzata nel paradigma dell'«economia sociale di mercato» teorizzato dalla Scuola di Friburgo e oramai positivizzato nell'art. 3, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea. In definitiva, il ruolo della regolazione (indipendente) di promozione della concorrenza è riconosciuto se ed in quanto si sviluppi nel segno della tutela della persona-contraente debole (utente-cliente-consumatore) e si radichi sotto il profilo assiologico nei valori costituzionali del personalismo, del solidarismo (art. 2 cost.), dell'uguaglianza (art. 3 cost.), nonché di ragionevolezza, proporzionalità e giustizia contrattuale”.

2. – Corruzione, concorrenza e ruolo delle Authorities. Gli atti di regolazione dell’Autorità Anticorruzione tra esigenze di democraticità ed effettiva vincolatività.

Le relazioni tra corruzione e concorrenza sono di non poco rilievo.

Tali relazioni sono state ampiamente evidenziate dalle Autorità Indipendenti direttamente interessate dal tema che non hanno potuto evitare di notare come il corretto funzionamento concorrenziale del mercato rappresenti uno degli strumenti più efficaci per combattere la corruzione, e viceversa⁹.

Tra le Authorities¹⁰ che si occupano del fenomeno corruttivo, un ruolo preminente è senza dubbio quello svolto dall’Autorità Nazionale Anticorruzione, sulla cui genesi e sulle cui funzioni è opportuno brevemente interrogarsi.

Il passaggio da un approccio repressivo ad uno marcatamente preventivo ha, infatti, visto come indiscussa protagonista l’Autorità che, istituita dalla legge Severino del 2012, a seguito della conversione con legge n. 114/2014 del decreto-legge n. 90/2014 che le ha attribuito le funzioni della vecchia Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, ha assunto i tratti propri di una Authority, nonché, a seguito dell’entrata in vigore del d. lgs. n. 50/2016 (c.d. Codice dei Contratti Pubblici), una assoluta centralità nel sistema di vigilanza sui contratti pubblici e di attuazione delle disposizioni dello stesso Codice¹¹.

Le funzioni attribuite all’Autorità, tuttavia, deviano significativamente dal novero delle funzioni “tipiche” (ammesso che di “tipicità” delle Autorità Indipendenti possa parlarsi) di una Authority.

⁹ Sul punto si segnala la significativa Relazione sull’attività svolta del Presidente dell’AGCM del 2015.

¹⁰ Per un quadro completo del tema delle Authorities, cfr., *ex multis*, M. D’Alberti, *Autorità Indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IV, Roma, 1995, A. Predieri, *L’erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997, P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999, G. Gitti, *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006, M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015, M. Interlandi, *Autorità Amministrative Indipendenti*, in Autori Vari, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell’economia*, Torino, 2017.

¹¹ Cfr. sul punto, I.A. Nicotra, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in Ead. (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, che osserva “Dal quadro di principi costituzionali che delineano la dimensione preventiva del contrasto alla corruzione è possibile risalire al fondamento giustificativo di funzioni e ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione. Le funzioni di regolazione, vigilanza e sanzioni sono preordinate a salvaguardare la libera concorrenza nel mercato e in particolare nel settore degli appalti, impedendone deviazioni e patologie, frutto di pratiche illegali e corruttive. Il corretto funzionamento della contrattualistica pubblica deve avvenire nel rispetto del principio della trasparenza, della sostenibilità ambientale e paesaggistica, nel più elevato livello di certezza del diritto, di semplificazione e rapidità dei procedimenti”.

Per quanto sia infatti difficile ricondurre le Autorità Indipendenti ad uno o più modelli, si è infatti rilevata da più parti la difficoltà di ricondurre l’Autorità Anticorruzione ad uno di quelli già presenti¹²: autorevole dottrina si è, ad esempio, interrogata sulla effettiva “indipendenza” dell’ANAC rispetto al potere esecutivo¹³, mentre altri hanno efficacemente evidenziato come il mercato presidiato dall’Autorità, quello dei contratti pubblici, sia un mercato di per sé molto diverso da quelli normalmente sottoposti a regolazione indipendente.

Nel mercato dei contratti pubblici, infatti, diversi sono innanzitutto i destinatari della regolazione – soggetti privati nei mercati tradizionali, pubbliche amministrazioni, nella loro qualità di stazioni appaltanti, in quello in esame –, e la strutturazione del mercato dal quale le stazioni appaltanti, a differenza degli operatori economici privati, non possono certo scegliere se e quando entrare.

Altra rilevante differenza attiene poi al rapporto tra atto di regolazione, soggetti regolati e soggetti che concorrono per l’aggiudicazione di un contratto pubblico: a differenza infatti degli altri mercati regolati, in cui l’atto di regolazione si applica direttamente agli operatori che possono eventualmente contestarne la legittimità in sede giurisdizionale, l’atto di regolazione dell’ANAC può essere invocato dagli operatori economici privati solo nei confronti della stazione appaltante che non l’abbia correttamente applicato, facendo valere l’illegittimità del provvedimento amministrativo in contrasto con l’atto regolativo¹⁴.

Ancora, va evidenziato come nell’attività dell’Autorità Anticorruzione inevitabilmente si intrecciano i profili della prevenzione e del contrasto della corruzione (da intendersi sempre nell’ampia accezione di “maladministration”) e attività di regolazione del mercato dei contratti pubblici¹⁵, un mercato che necessita di essere regolato in prospettiva pro-concorrenziale attraverso il contrasto alla corruzione.

¹² Di ANAC come “autorità atipica” parla, tra gli altri, N. Longobardi, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016.

¹³ Tra questi, F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017.

¹⁴ Le differenze tra il mercato dei contratti pubblici e gli altri mercati tradizionali sono state efficacemente evidenziate, tra gli altri, da L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016.

¹⁵ Non a caso autorevolmente A. PAJNO, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015, ha definito l’Autorità un “luogo qualificato di esercizio di poteri e funzioni assai estesi, che superano i compiti di prevenzione della corruzione, che fanno di essa un vero e proprio strumento amministrativo di regolazione del sistema”.

A tal fine, è l'art. 213 del Codice dei Contratti Pubblici la norma da cui muovere per la ricostruzione del ruolo svolto dall'Autorità Anticorruzione nel sistema dei contratti pubblici e la ricognizione degli strumenti di prevenzione-regolazione che la legge pone a sua disposizione.

“La vigilanza e il controllo sui contratti pubblici e l'attività di regolazione degli stessi sono affidati” stabilisce la norma “all'Autorità Nazionale Anticorruzione” la quale, attraverso una serie di strumenti individuati in “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”.

I procedimenti di adozione degli atti individuati dall'art. 213 rappresentano il momento in cui si realizza ciò che, in ragione del coinvolgimento nella procedura dei c.d. “stakeholders” è stata correttamente definita “regolazione condivisa”¹⁶.

È proprio questo meccanismo ormai tipizzato e consolidato di formazione degli atti di regolazione che, anche sulla scorta delle esperienze internazionali, muove, in ottica collaborativa e non meramente formale, dall'ascolto di portatori di interesse, imprese ed amministrazioni, a permettere a questi atti di recuperare, sul piano procedurale, legalità¹⁷.

¹⁶ La significativa espressione è di I.A. Nicotra, *L'Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, cit., la quale osserva: “La formazione degli atti di regolazione avviene attraverso una interlocuzione continua con gli *stakeholders*. Al criterio verticale, tratto tipico delle fonti del diritto, si preferisce quello della “circularità” in cui la consultazione sistematica rappresenta una forma necessaria, strutturata e trasparente di partecipazione al *decision making process* dei soggetti interessati. In tal modo, sebbene la *soft regulation* rappresenti una tipologia poco conosciuta al nostro sistema delle fonti “in assenza di una definizione della sua disciplina sostanziale e procedimentale”, l'osservanza di specifiche modalità procedurali mira proprio a soddisfare l'ulteriore finalità di offrire elementi istruttori e motivazionali per l'adozione finale del provvedimento regolatorio. Si modellano nuovi istituti che servono a riempire il “fossato” tra Autorità di regolazione, amministrazioni ed operatori economici, in cui anche il linguaggio semplice e diretto utilizzato per la scrittura delle linee guida sembra costituire un segnale non indifferente di evoluzione di un iter procedimentale ispirato al principio della più ampia partecipazione democratica”.

¹⁷ Cfr. M. Imbrenda, *Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, I. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017, che osserva “Nella prospettiva che configura un fondamento dal basso della indipendenza e neutralità delle autorità, a condizione che siano assicurate le condizioni del giusto procedimento e che il controllo avvenga in sede giurisdizionale, si reputa instaurata una correlazione inversa tra legalità sostanziale e legalità procedurale: quanto meno è garantita la prima, per effetto dell'attribuzione alle autorità indipendenti di poteri normativi e amministrativi in bianco o dell'esercizio di poteri impliciti, tanto maggiore è l'esigenza di potenziare le forme di coinvolgimento di tutti i soggetti interessati nel procedimento per far emergere la regola che appaia, tecnicamente, la più

Tale meccanismo generalizzato (c.d. “notice and comment”), mediante il quale si dà preventiva notizia del progetto di atto di regolazione così da consentire agli interessati di far pervenire le proprie osservazioni di cui poi il regolatore pubblico dovrà tener conto, è la tecnica che da sempre utilizza l’Autorità Anticorruzione nella predisposizione dei suoi atti normativi di regolazione.

Venendo poi agli effetti dei singoli atti di regolazione, vengono in luce le difficoltà poste specialmente da quelli a carattere non vincolante, le linee guida in particolare.

I destinatari degli atti di regolazione non vincolanti, come riconosciuto dal Consiglio di Stato già in sede di parere consultivo al Codice dei Contratti, possono, infatti, solo “motivatamente” discostarsene, con la conseguenza che un provvedimento amministrativo che devia dalle indicazioni non vincolanti dell’Autorità necessita di una motivazione adeguata e maggiormente dettagliata, pena l’illegittimità dello stesso per difetto di motivazione.

Tale circostanza è di per sé sintomatica di una dubbia riconducibilità di questi atti al novero del c.d. “soft law” il cui tratto essenziale è proprio il carattere non vincolante¹⁸.

In generale, dubbi sulla riconducibilità degli atti delle Autorità Indipendenti al novero del diritto “morbido” venivano già espressi più di dieci anni fa da un autorevole civilista il quale già osservava come gli atti di regolazione, a prescindere dal *nomen iuris* o dalla loro espressa o meno vincolatività, abbiano carattere sostanzialmente cogente: “qualunque dichiarazione dell’autorità indipendente” osservava l’Autore “viene considerata come norma per chi deve svolgere un’attività soggetta a quella autorità indipendente per quel che interessa, stipulare contratti”¹⁹.

idonea a disciplinare la fattispecie”. Tra le pronunce dei giudici amministrativi sulla legalità procedurale cfr., *ex multis*, Cons. Stato, 16 ottobre 2008, n. 5026, Cons. Stato, 2 marzo 2010, n. 1215.

¹⁸ Cfr. sul punto V. Giannelli, *Linee guida Anac e “fuga” dall’Esecutivo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018. Per un quadro completo invece della *vexata quaestio* delle linee guida ANAC cfr., *ex multis*, I.A. Nicotra, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, cit., Ead., *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, cit., F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri di precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, cit., S. Licciardello, *Prime note sulla funzione di regolazione dell’ANAC nel nuovo codice degli Appalti*, in www.federalismi.it, 2016, F. Giuffrè, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, 2016, F. Marone, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell’ANAC nel sistema delle fonti*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione*, cit., C. Deodato, *Le linee guida dell’ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Riv. dir. amm.*, 2016, G. Morbidelli, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, in *Riv. dir. amm.*, 2016. Di fondamentale importanza per la ricostruzione del fenomeno è inoltre il parere Cons. Stato, 1 aprile 2016, n. 855.

¹⁹ Così G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. Gitti (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

In un siffatto quadro – si domandava l’Autore con una emblematica domanda a cui si cercherà di dare una risposta in sede di conclusioni – “il contratto è regolato dall’autorità indipendente o è “scritto” per le parti dall’autorità indipendente?”²⁰.

Recentemente, a mettere (apparentemente) ordine alla materia delle linee guida, con una scelta di politica legislativa netta, è intervenuto il decreto-legge n. 32/2019 recante “disposizioni per il rilancio del settore dei contratti pubblici” (c.d. decreto Sblocca Cantieri), convertito dal Parlamento con la legge n. 140/2019, la cui principale novità è rappresentata dall’introduzione nel Codice dei Contratti Pubblici del comma 27-*octies* dell’art. 216 il quale prevede che sia emanato, con un decreto concertato del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, un “*regolamento unico recante disposizioni di attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti attuativi*”.

Il ritorno al Regolamento Unico, già previsto dal vecchio Codice degli Appalti, ed il conseguente superamento delle linee guida (che non pochi problemi hanno posto agli interpreti e diversi dubbi hanno fatto sorgere tra gli stakeholders) rappresenta probabilmente la novità più rilevante introdotta dal decreto Sblocca Cantieri, sulle cui norme l’Autorità Anticorruzione ha già avuto di modo di pronunciarsi criticamente (e condivisibilmente), giungendo a definire il nuovo quadro normativo “confuso e poco chiaro”²¹.

Necessario è poi interrogarsi sul destino di quelle linee guida non vincolanti sulle quali il decreto Sblocca Cantieri nulla dispone: resta, infatti, ancora in vigore l’art. 213 del Codice dei Contratti – che in nulla è stato modificato – con la conseguenza che resta immutato il potere dell’ANAC di adottare linee guida e, in generale, atti di regolazione a carattere non vincolante (bandi e contratti tipo in

²⁰ G. De Nova, *o.u.c.*

²¹ Il report dell’ANAC sul decreto Sblocca Cantieri, liberamente consultabile sul sito www.anticorruzione.it, evidenzia alcuni significativi critici. Nelle prime valutazioni dell’Autorità si osserva, infatti, come la nuova normativa secondaria “non sostituirà *tutte* le linee guida e i decreti indicati nel Codice posto che alcuna disposizioni contemplanti tali provvedimenti attuativi non sono state modificate, facendo salva quindi l’adozione dei predetti atti”. Ancora l’ANAC evidenzia le criticità derivanti dalla previsione del termine di 180 giorni (non rispettato) per l’adozione del regolamento unito al regime transitorio introdotto: «*tale previsione normativa*» si legge «*crystallizza i contenuti delle linee guida e non consente all’Autorità di apportare modifiche o integrazioni alle stesse, rendendole di fatto inapplicabili perché – in parte – non più coerenti con la fonte primarie di riferimento (ad esempio linee guida n. 4/2016, non più attuali rispetto all’art. 36 del Codice, modificato dal d.l. 32/2019, ma in vigore ai sensi dell’art. 216, comma 27-*octies*)*». Da tutto ciò deriva quello che l’Autorità, condivisibilmente e senza giri di parole, definisce «*un quadro normativo confuso e poco chiaro*» con conseguenti difficoltà applicative del Codice e delle linee guide per gli *stakeholders* e soprattutto per il rischio di contenzioso che ne può derivare.

particolare): restano, inoltre, ancora in vigore, quelle linee guida, sempre non vincolanti, fino ad oggi approvate se non aventi ad oggetto materie ricomprese nel nuovo Regolamento Unico.

In un contesto così delineato non verranno dunque meno quelle iniziative che, ancorché non espressione di una potestà regolamentare dell’Autorità Anticorruzione ma riconducibili piuttosto alle funzioni c.dd. di “advocacy” ed “adjudication”, sono state iconicamente definite da alcuni autori “criptoregolazione” o “regolazione sommersa”²².

Espressione di questa tendenza, con riferimento all’Autorità Anticorruzione, sono, oltre alle sopra citate linee guida non vincolanti (dalle quali, si ricorda, le stazioni appaltanti possono solo “motivatamente” discostarsi), anche i bandi-tipo, i contratti-tipo ed i pareri di precontenzioso, ed in generale tutti i *dicta* dell’Autorità e del suo Presidente, atti che finiscono con l’imporsi alla generalità degli operatori del mercato dei contratti pubblici i quali ne riconoscono il carattere “sostanzialmente” vincolante tanto da avvertire il bisogno di adeguarsi al fine di evitare possibili giudizi negativi o sanzioni.

Non può infine tacersi, per un quadro completo dell’attività di regolazione, il ruolo svolto dagli istituti di rating, in particolare del rating di legalità e del rating di impresa, la cui incidenza negli anni è diventata sempre più rilevante²³.

Il comma 13 dell’art. 93 del Codice dei Contratti Pubblici prevede infatti espressamente l’assegnazione di un punteggio preferenziale in sede di valutazione delle offerte alle imprese dotate del rating di legalità (che – si ricorda – è strumento posto in capo all’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) e, ancora, prevede che l’importo della garanzia per i contratti di servizi e forniture sia ridotto del 30% per i possessori del rating.

Il rating di legalità è inoltre tenuto in considerazione dall’ANAC per l’attribuzione del rating d’impresa *ex art.* 83 del Codice dei Contratti Pubblici²⁴.

²² Espressioni del genere si rinvencono in M. Angelone, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell’autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in A. Federico, G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, cit., il quale mutua l’espressione utilizzata da M. Buccello, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell’energia*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Contratti dell’energia*, Torino, 2015.

²³ Sul punto cfr. G.M.F. Nitti, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*, in www.federalismi.it, 2019.

²⁴ Ai sensi dell’articolo 83 del Codice dei Contratti Pubblici “È istituito presso l’ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative premialità, per il quale l’Autorità rilascia apposita certificazione agli operatori economici, su richiesta. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono l’affidabilità. L’ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa

Istituti quali il rating di legalità ed il rating di impresa sono indicativi di quella nuova tendenza della regolazione che, attraverso una “spinta gentile”²⁵, ossia sanzioni positive espressione di quella ben nota funzione promozionale del diritto su cui tanto i teorici hanno scritto, e la “moral suasion” delle Autorità (che sopra si è definita “criptoregolazione”), piuttosto che attraverso norme e sanzioni negative, cerca di orientare le scelte ed i comportamenti dei soggetti operanti nel mercato regolato²⁶.

3. – Mercato dei contratti pubblici, autonomia negoziale “conformata” e ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.

Delineato il fenomeno della regolazione (da intendersi essenzialmente nell’accezione di “conformazione”), il ruolo svolto dalle Autorità Indipendenti e gli strumenti a tal fine posti a loro disposizione, è necessario approfondire l’effettiva incidenza che tale attività ha sull’autonomia negoziale e sul contratto quale strumento di esplicazione della stessa.

Della stretta relazione tra contratto e mercato si è ormai consapevoli: d’altronde “quando si disciplina il contratto, indirettamente si disciplina anche il mercato” con la conseguenza che la disciplina del contratto e quella del mercato sono conformate ai medesimi valori e principi²⁷.

Il contratto diventa dunque “strumento indiretto della regolazione” non più nelle mani esclusive dei privati, ma a disposizione delle Authorities che, in vario modo e a vario titolo, lo utilizzano per produrre effetti economici al fine ultimo di realizzare l’efficace funzionamento del mercato²⁸.

certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente disposizione”. I requisiti reputazionali prescritti dall’articolo 83 tengono conto di vari fattori, in particolare dei comportamenti precedenti dell’impresa, con riferimento al mancato utilizzo del soccorso istruttorio, l’applicazione delle disposizioni sulla denuncia obbligatoria di richieste estorsive o corruttive, nonché il rispetto dei tempi di esecuzione dei contratti e della loro incidenza sul contenzioso.

²⁵ “Spinta gentile” è la traduzione italiana dell’espressione “*nudging*” coniata dagli degli economisti Premio Nobel 2017 R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008 (trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2018).

²⁶ La stessa Autorità Anticorruzione ha evidenziato in una sua segnalazione del 1 febbraio 2017 come l’istituto del rating di legalità occupi un ruolo chiave nel processo di trasformazione del mercato dei contratti pubblici in quanto finalizzato a valutare, valorizzare e conseguentemente migliorare la *performance* contrattuale degli operatori economici e, contemporaneamente, la qualità nell’esecuzione dei contratti pubblici e l’efficientamento del mercato di riferimento

²⁷ Così P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.

²⁸ Cfr. M. Imbrenda, *Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto*, cit. Cfr. anche E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell’economia*, Torino, 2017 per cui “Il contratto stipulato tra soggetti che agiscono in un mercato regolato è, al contempo, l’accordo tra due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale; uno degli atti attraverso i quali si realizza una specifica attività di impresa, intesa come unità

Il contratto pubblico – il cui potere di conclusione spetta alle c.d. stazioni appaltanti, ossia i soggetti che questo tipo di contratti aggiudicano – quale estrinsecazione dell'autonomia negoziale che, secondo autorevole insegnamento, va riferita non solo a soggetti privati ma anche alle Pubbliche Amministrazioni, non è esente da interventi regolativi-conformativi dell'Autorità Nazionale Anticorruzione²⁹.

Anche per le pubbliche amministrazioni-stazioni appaltanti, infatti, autonomia negoziale non significa totale libertà, autodeterminazione ed autoregolamentazione; anche in riferimento a questi soggetti può ritenersi superato il “dogma dell'autonomia privata”³⁰.

Tradizionalmente si afferma che l'autonomia negoziale si traduce in una serie di libertà, innanzitutto nella libertà di negoziare, di scelta del contraente, di determinare il contenuto del contratto, talvolta di sceglierne la forma: a tali libertà corrispondono una serie di limiti posti dalla legge (nel caso dei contratti pubblici, posti dalla normativa sugli appalti sia di fonte primaria che secondaria) che non sono da considerare più esterni ed eccezionali, ma interni, espressione diretta dell'autonomia e del suo significato costituzionale³¹.

Nello specifico, l'intervento dell'Autorità Anticorruzione nelle vicende del contratto pubblico trova la sua legittimazione in quelle disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici che variamente

teleologica di singoli atti di impresa; un'operazione in grado di condizionare economicamente, ed esserne a sua volta condizionata, l'assetto del più ampio contesto di traffici nel quale essa è naturalmente inserito. [...] Lo strumento negoziale, quale elemento del sistema-mercato è dunque destinato a giocare un ruolo aggiuntivo rispetto a quello classico di disciplina di sfere di interessi. Così esso è destinato ad interagire con altri elementi (contratti) del sistema, reclamando criteri di composizione e decodificazione di queste interazioni. Ma, soprattutto, esso è altresì destinato a volgere verso quelle mete cui con proprie leggi generali “evolve” il mercato”.

²⁹ Sulla necessità di riferire il concetto di autonomia anche alle Pubbliche Amministrazioni, cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006. Osservano inoltre Id., A. Federico, *Contratti della pubblica amministrazione*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018, come “La peculiare missione del contraente pubblica amministrazione impone la configurazione e la regolamentazione del procedimento di formazione della “volontà” del soggetto pubblico sia nell'*an*, sia nel *quomodo*, sia nell'individuazione del contraente privato al fine di assicurare la ponderazione degli interessi coinvolti dall'azione della pubblica amministrazione, l'individuazione del concreto “interesse pubblico” da soddisfare nel rispetto dei principi dell'ordinamento giuridico, la puntuale determinazione dello schema di regolamento contrattuale, la migliore scelta del contraente”.

³⁰ Cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit.

³¹ È questo l'insegnamento sempre di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit.

richiamano l'intervento dell'Autorità in chiave attuativa-regolativa della disciplina di fonte legale primaria.

Particolare rilievo assume a tal fine il già analizzato art. 213 del Codice che attribuisce all'ANAC, con finalità anche preventive del fenomeno corruttivo, il ruolo di soggetto regolatore del mercato dei contratti pubblici, nei limiti stabiliti dalla legge stessa: l'Autorità, dunque, al fine di prevenire la corruzione e regolare il mercato, interviene direttamente sul potere di autonomia delle stazioni appaltanti limitandolo e conformandolo.

Circa la libertà di concludere o meno il contratto (libertà di negoziare), l'intervento dell'Autorità non si esplica nella previsione di obblighi a contrarre ma si manifesta attraverso uno specifico procedimento, quello di qualificazione delle stazioni appaltanti, che limita di fatto l'accesso delle stesse al mercato.

Tale meccanismo di qualificazione, di cui agli artt. 37-38 del Codice, salutato come una delle maggiori novità del nuovo diritto dei contratti pubblici, recepisce l'esigenza manifestata dal legislatore delegante di ridurre il numero delle stazioni appaltanti e di qualificare le stesse sulla base di criteri di qualità, efficienza e professionalizzazione, di fatto non permettendo a tutte le Pubbliche Amministrazioni di accedere al mercato di riferimento, e costringendo quante ne siano escluse a ricorrere a forme di aggregazione o centralizzazione delle committenze.

Le modalità di attuazione del sistema di qualificazione³² sono stabilite proprio dall'Autorità Anticorruzione la quale assegna alle stazioni appaltanti e alle centrali di committenza un termine congruo per dotarsi dei requisiti necessari, con le conseguenze di cui al comma ottavo per cui l'ANAC non rilascia il CIG (codice identificativo gara) alle stazioni appaltanti che procedano per l'acquisizione di beni, servizi o lavori non rientranti nella qualificazione conseguita.

Sul versante opposto, invece, l'Autorità interviene con propri atti per l'individuazione puntuale dei requisiti degli operatori economici perché questi possano contrarre con la Pubblica Amministrazione. Nello specifico, perché un operatore sia ammesso a partecipare alle gare, abbia quindi accesso al mercato dei contratti pubblici, è necessario che sia in possesso di requisiti di idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali, da proporzionare all'oggetto

³² Si rammenti che per la qualificazione delle stazioni appaltanti vige ancora oggi il regime transitorio di cui all'art. 216 del Codice dei Contratti (per cui i requisiti sono soddisfatti attraverso l'iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, anch'essa istituita presso l'ANAC), destinato a terminare con l'entrata in vigore del nuovo Regolamento Unico in cui le linee guida che dovevano essere emanate (l'Autorità, prima del mutamento del quadro politico, ne aveva predisposto la bozza e trasmessa ai competenti organi) saranno trasfuse.

dell'appalto e la cui specifica individuazione è rimessa ad uno specifico atto attuativo di regolazione³³.

Sui requisiti di partecipazione nei soli affidamenti c.d. sotto-soglia sono finora intervenute le sole linee guida ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016 (inquadrate dal Consiglio di Stato come non vincolanti³⁴) recanti “procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” le quali hanno chiarito che *«l'operatore economico deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici nonché dei requisiti speciali richiesti dalla stazione appaltante. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale»*³⁵.

Sulla scelta del contraente, poi, l'art. 95 del Codice dei Contratti Pubblici individua poi i criteri che le amministrazioni procedenti devono seguire per l'individuazione dell'operatore economico aggiudicatario, criteri che vengono integrati da atti di regolazione dell'ANAC tra cui, su tutte, spiccano le linee guida n. 2 sull'offerta economicamente più vantaggiosa.

Tra i criteri indicati dal Codice dei Contratti, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla cui base è l'idea che la stazione appaltante, in sede di scelta del contraente, non badi esclusivamente ad un risparmio sui costi ma tenga in considerazione anche la qualità di ciò che viene acquistato, è infatti quello che trova più larga applicazione e sul quale, non a caso, è da registrare anche un significativo intervento attuativo-regolativo dell'Autorità Anticorruzione.

Le linee guida in esame sono inoltre emblematiche del carattere di “expertise” delle Autorità Indipendenti, atteso che esse forniscono alle stazioni appaltanti indicazioni di carattere

³³ Anche in questo caso, come per il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti, bisogna registrare il notevole ritardo dell'intervento attuativo rispetto all'emanazione del Codice. Solo a marzo dell'anno scorso, infatti, l'Autorità Anticorruzione ha trasmesso al Ministero delle Infrastrutture la proposta per l'adozione del decreto ministeriale contenente le linee guida (in questo caso, vincolanti) per la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, che il comma 2 dell'art. 83 prevedeva dovesse essere adottato entro un anno. Il decreto Sblocca Cantieri è poi ulteriormente intervenuto modificando, nelle more dell'avvio della procedura istituzionale di adozione del decreto attuativo, l'art. 83 del Codice dei Contratti Pubblici prevedendo che anche la disciplina dei requisiti degli operatori economici debba entrare a far parte del nuovo Regolamento Unico.

³⁴ Cons. Stato, 26 gennaio 2018, parere n. 361.

³⁵ Linee guida ANAC n. 4 del 2016 recanti “Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici” approvate con delibera dell'Autorità n. 636 del 10 luglio 2019.

prevalentemente tecnico-matematico per la determinazione dei criteri quantitativi e qualitativi dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la successiva aggregazione dei punteggi per la formazione della graduatoria.

Espressione del potere di autonomia è ancora la libertà di fissare, nei limiti imposti dalla legge, il contenuto del contratto: con riferimento al contratto pubblico assume rilevanza il potere, riconosciuto all'Autorità Nazionale Anticorruzione dall'art. 213 del Codice dei Contratti, di predisporre bandi tipo e contratti tipo che assurgono a veri e propri strumenti di regolazione.

Il fenomeno in esame, definito da autorevole dottrina, "tipizzazione in positivo"³⁶, è diretta espressione delle istanze provenienti dal diritto europeo (e di cui le Autorità Indipendenti si fanno portatrici) di stampo marcatamente neoformalistico e che si estrinsecano nella predisposizione di intere clausole contrattuali che concorrono a determinare il contenuto di taluni contratti, ad uniformarli al punto che essi, almeno in parte, divengono "contratti scritti sul tavolo della autorità garanti"³⁷.

È questo l'intento che l'Autorità Anticorruzione persegue, ad esempio, attraverso l'emanazione di linee guida recanti clausole contrattuali-tipo (es. la determinazione n. 618/2016 recante "Linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi" nella quale vengono fornite una serie di clausole contrattuali tipo che devono disciplinare il rapporto intercorrente tra le stazioni appaltanti e le imprese di assicurazione aggiudicatarie di contratti pubblici di servizi assicurativi); le linee guida [non vincolanti] n. 13/2019 recanti la disciplina delle clausole sociali) ed attraverso l'emanazione dei numerosi bandi-tipo.

Il bando-tipo, che l'Autorità a tal fine fornisce sul proprio sito anche in formato word, a differenza delle linee guida che hanno carattere prettamente normativo, al pari del contratto-tipo, disciplina pedissequamente e dettagliatamente il contenuto che la *lex specialis* di gara deve avere, lasciando alle stazioni appaltanti dei meri spazi bianchi da compilare con i dati dell'Amministrazione e del contratto che si intende affidare: evidente è dunque la maggiore vincolatività fornita dall'art. 71 del Codice rispetto a quella attribuita agli altri strumenti di regolazione di cui all'art. 213.

³⁶ L'espressione la si rinviene, tra gli altri, in G. Gitti, *La «tenuta» del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, il quale osserva come il tipo contrattuale sia emarginato dal novero delle fonti di disciplina del contratto e come la disciplina dei singoli contratti (il caso dell'appalto pubblico) non vada più ricercata nella parte speciale del Codice Civile quanto piuttosto nella disciplina di settore, spesso proveniente dalle Autorità Indipendenti, creando così quelli che vengono definiti dall'A. «tipi contrattuali extralegali».

³⁷ Così G. De Nova, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001.

Gli esempi portati all'attenzione di chi legge permettono, in definitiva, di comprendere appieno le finalità dell'intervento regolativo-conformativo delle Autorità sul contratto e di comprendere il doppio ruolo delle Authorities di "creatori del diritto e custodi del contratto giusto" che, in ossequio alle istanze neoformalistiche di derivazione europea, consentono di "superare il gap informativo e di potere contrattuale tra le parti", fenomeno quest'ultimo da cui non è immune il complesso e sensibile mercato dei contratti pubblici³⁸.

4. – Crisi dell'amministrazione, "nudging" e nuove tecnologie. Disintermediazione, "blockchain" e intelligenza artificiale nel sistema dei contratti pubblici. Verso una "nuova regolazione"?

"Le pubbliche amministrazioni italiane e i giudici amministrativi attraversano un periodo difficile"³⁹. Così esordisce un recente e significativo contributo in cui vengono evidenziati segnali e fattori di crisi dell'amministrazione e, in generale, del diritto amministrativo, crisi in cui un ruolo non poco rilevante è giocato dai c.d. controllori (tra cui anche l'Autorità Anticorruzione) che "operano come minacce permanenti, senza però che la loro azione sia realmente efficace, sia per la gestione finanziaria, sia per la corruzione": tra questi "controllori" lo studio segnala anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione, "nuovo custode della legalità [...] che mette insieme prevenzione della corruzione, trasparenza, controllo dei contratti ed altro, e concentra compiti normativi, esecutivi e sanzionatori, abusando delle linee guida, che non dettano linee e non guidano, oltre ad essere modificate o rinnovate continuamente" con il risultato che "inseguendo l'indimostrato mito dell'Italia corrotta, ed agitandone lo spauracchio, per prevenire la corruzione, si privilegia il non fare rispetto al fare".

Tale fenomeno per cui l'Amministrazione "privilegia il non fare rispetto al fare", di non poco rilievo economico e sociale ed al quale si assiste sempre di più, è stato efficacemente definito, mutuando l'espressione dal linguaggio medico, "amministrazione difensiva"⁴⁰, così indicando una distorsione delle scelte dell'amministrazione indirizzate all'autotutela rispetto ai rischi, sia patrimoniali che non, conseguenti all'analisi del funzionamento della propria azione⁴¹.

³⁸ Cfr. M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015.

³⁹ S. Cassese, *Cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019.

⁴⁰ Il fenomeno è stato di recente efficacemente evidenziato dallo studio di S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2019.

⁴¹ Cfr. G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura & Legal Systems*, 2019.

Il settore dei contratti pubblici abbonda di fenomeni di amministrazione difensiva: lo dimostrano interviste, sondaggi, studi e casi di cronaca che evidenziano in primo luogo un elevato livello di rischio percepito dai pubblici funzionari di incorrere in responsabilità (a conferma di ciò si veda anche il recente sviluppo del mercato delle polizze assicurative per responsabilità erariale).

Il rischio – sia quello reale che quello percepito dai pubblici funzionari – di incorrere in responsabilità aumenta nei casi in cui la discrezionalità dell'amministrazione nell'aggiudicazione dei contratti è più ampia e, contemporaneamente, decresce nei casi in cui i contratti sono aggiudicati con criteri più automatici riferiti al prezzo.

Ma la “fuga dalla discrezionalità”, che non può non tradursi in casi “maladministration” ed inefficacia dell'azione amministrativa, costo che la collettività decide di pagare pur di evitare una perdita eventuale connessa al danno erariale,⁴² non può essere la soluzione al problema in esame.

È necessario interrogarsi in questa sede sulle ricadute che questo fenomeno ha sulla performance contrattuale delle amministrazioni-stazioni appaltanti e sull'impatto positivo o negativo che la regolazione (attraverso anche nuovi approcci e nuove tecnologie) può avere su di essa.

La “maladministration” però risente anche e soprattutto di una generale impreparazione dei funzionari (che può anche, in alcuni casi, essere dovuta a fenomeni di carattere corruttivo) di cui il fenomeno dell'amministrazione difensiva, che l'ordinamento non sembra ancora riuscire a fronteggiare in maniera efficace, è emblematico: anzi, paradossale, come è stato condivisibilmente osservato, l'attuale assetto normativo che rischia di esporre a responsabilità (anche penale) quel funzionario che, con l'intento di incrementare la performance dell'amministrazione presso cui lavora, esercita appieno la propria discrezionalità.

A conferma ancora una volta di un approccio “multiagenziale” al tema della “maladministration”, tutte le branche del diritto sono chiamate a svolgere un ruolo per il superamento di questa crisi: una nuova amministrazione non può infatti prescindere da un riassetto in primo luogo della normativa in materia dei reati contro la pubblica amministrazione e del reato di abuso d'ufficio in particolare, essendo quello attorno cui ruota tutta la tematica del conflitto di interessi e a cui si lega il problema della valutazione del rischio anticorruzione⁴³.

Anche la regolazione è chiamata in questo contesto ad assumere nuove forme, passando da una “better regulation” (espressione questa in voga negli anni Novanta) ad una “smart regulation” (letteralmente, una regolazione “intelligente”), una regolazione che tiene cioè conto dei più recenti sviluppi

⁴² G. Dalia, *o.u.c.*

⁴³ Sul punto cfr. A. Castaldo (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018.

dell'economia comportamentale (le teorie del “nudging” in particolare) e delle possibili applicazioni delle c.d. nuove tecnologie (“blockchain” ed intelligenza artificiale in particolare) nella lotta alla corruzione e per l'eliminazione dei fenomeni di “maladministration”.

Da qualche tempo gli studiosi del fenomeno in esame si chiedono, infatti, se, in particolare, un'amministrazione “intelligente” possa eliminare i problemi posti dalla crisi dell'amministrazione e migliorarne la performance, in termini sia prettamente contrattuali che di prevenzione e contrasto dei fenomeni corruttivi.

Amministrazione “intelligente” può essere definita non solo quell'amministrazione dotata di valide risorse materiali o economiche ma soprattutto quella composta da funzionari e dirigenti formati alla cultura della legalità amministrativa e che, tra le altre cose, sa gestire correttamente ed in armonia con l'ordinamento la grande mole di dati con cui viene quotidianamente in contatto attraverso l'apporto delle c.d. nuove tecnologie che facilitano sempre di più l'utilizzo da parte delle amministrazioni che li detengono dei “big data”, nonché un accesso facilitato alle informazioni ed un maggior controllo della propria performance sia ordinaria che contrattuale.

Tra queste tecnologie un ruolo preminente è svolto dalla tecnologia “blockchain” (letteralmente “catena di blocchi”) che negli ultimi anni si è fatta strada, rivoluzionando numerosi settori della vita quotidiana dalla finanza ai pagamenti passando per il sistema di voto, e permette di memorizzare determinate operazioni partendo da un “blocco” a cui vengono aggiunti successivi blocchi fino a formare una catena immodificabile contenente le informazioni di tutte le operazioni realizzate: pertanto, ogni documento pubblico riguardante anche procedure di aggiudicazione di contratti, una volta inserito in “blockchain” risulterà immutabile e non falsificabile, riuscendo così a rendere al massimo trasparente e facilmente rintracciabile ogni azione di un pubblico ufficiale facilitando l'individuazione di eventi a carattere corruttivo.

A svolgere un ruolo altrettanto significativo tra le nuove tecnologie sono i c.d. sistemi di Intelligenza Artificiale (IA), tecnologia anch'essa basata sull'interazione dei dati, definita “*una delle tecnologie più promettenti dei nostri tempi*”⁴⁴ che “*nella Pubblica amministrazione può essere utilizzata con profitto nel sistema sanitario, scolastico, giudiziario, nel pubblico impiego, nella sicurezza e, più in generale, nella gestione delle relazioni coi cittadini, che possono venire semplificate e rese allo stesso tempo più efficaci, veloci ed efficienti*”⁴⁵.

⁴⁴ Così la definisce il Libro Bianco “L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino” dell'Agenzia per l'Italia Digitale, consultabile sul sito dell'agenzia www.agid.gov.it.

⁴⁵ Libro Bianco “L'Intelligenza Artificiale al servizio del cittadino”.

Chi si è occupato e si sta occupando dello studio delle applicazioni di queste tecnologie in ambito legale ha avuto modo di osservare come alla base di questi nuovi sistemi sia sempre l'idea della c.d. disintermediazione, intendendosi con questo termine quel processo di eliminazione degli intermediari nell'acquisizione di beni e servizi, in maniera tale che domanda e offerta possono incontrarsi direttamente, senza alcuna mediazione⁴⁶.

Espressione della disintermediazione in ambito contrattuale sono i c.dd. "smart contracts" (letteralmente "contratti intelligenti") le cui potenzialità sono notevolmente aumentate grazie all'applicazione della tecnologia "blockchain".

Il carattere essenziale del contratto intelligente è rappresentato dal fatto che le parti raggiungono un accordo sul contenuto negoziale sfruttando il meccanismo "if this then that" (ossia, se si verifica un presupposto allora consegue un risultato) e che il contratto intelligente, inoltre, ha la capacità di far rispettare da sé le proprie clausole⁴⁷.

Proprio l'avvento della tecnologia "blockchain" ha inciso profondamente sul funzionamento dei contratti "intelligenti" che hanno cominciato ad essere distribuiti e programmati su catene di blocchi che permettono di avviare automaticamente alcune azioni non appena si verificano le condizioni pattuite, senza necessità di intermediazione tra le parti.

L'applicazione degli "smart contracts" è oggi ristretta ad alcuni semplici contratti, ma è tuttavia ragionevolmente prevedibile che lo sviluppo delle nuove tecnologie porti ad un parallelo sviluppo delle applicazioni degli stessi e della normativa in materia, per realizzare quella che da più parti viene definita "Tokeneconomics", ossia una economia basata sui "token" intesi come contratti "intelligenti" che raccolgano e distribuiscono ricchezza.

Anche il contratto pubblico e la lotta alla corruzione non potranno non passare da una applicazione più incisiva, oltre che della tecnologia "blockchain", degli "smart contracts" che, nel delicato mercato dei contratti pubblici non potrà che portare ad una maggiore efficienza del sistema in termini sia di performance contrattuale che di prevenzione dei fenomeni corruttivi: i contratti "intelligenti" non prevedono infatti intermediazioni e costi di transazione così che si prestano ad essere del tutto immuni dalla corruzione.

⁴⁶ Di "disintermediazione" ha parlato per primo l'economista P. Hawken, *The next economy*, New York, 1983.

⁴⁷ Si pensi, ad esempio, ad una clausola negoziale tra Tizio e Caio che prevede il versamento di una somma denaro in caso di inadempimento contrattuale: in uno "smart contract" l'avverarsi della condizione di inadempimento da parte di Tizio comporterà automaticamente, senza alcuna necessità di intermediazione tra le parti, il versamento della penale dal conto corrente dell'inadempiente a quello di Caio.

5. – Riflessioni conclusive. Cosa resta dell'autonomia negoziale delle stazioni appaltanti?

A conclusione della presente ricerca si può ritenere che un mercato in cui si verificano fenomeni a carattere corruttivo è un mercato che non funziona correttamente e che, al tempo stesso, un mercato in cui non è garantita la piena ed effettiva concorrenza è terreno fertile per la corruzione.

Tra le soluzioni proposte al problema, quella della regolazione/conformazione, inserita in più ampio approccio multiagenziale al fenomeno corruttivo, è sembrata rivelarsi la più efficace per correggere l'esternalità-corruzione e garantire il corretto funzionamento del mercato di riferimento.

Attraverso l'intervento delle Autorità Indipendenti – si è osservato – i fenomeni corruttivi vengono al tempo stesso prevenuti e regolati: strumenti quali i rating di legalità e di impresa, il sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti e, in generale, gli atti di regolazione dell'Autorità contribuiscono, infatti, alla realizzazione di quel mercato – che è stato efficacemente definito “etico”⁴⁸ – nel quale l'autonomia negoziale dei soggetti che vi operano, per fini prettamente preventivi della corruzione, si conforma ai *dicta* delle Autorità Indipendenti.

A tal fine, qualche pagina fa ci si è lasciati con la domanda che, più di dieci anni fa, ben prima dell'erompere dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, un autorevole civilista, analizzando il rapporto tra fonti di disciplina del contratto e atti delle Autorità Indipendenti, si poneva chiedendosi, in termini generali, alla luce dell'attività non solo normativa ma anche di “moral suasion” delle Authorities, se il contratto concluso in un mercato presidiato, fosse solamente “regolato” dalle Autorità o “scritto” da queste per le parti⁴⁹.

Alla luce della presente ricerca, questa domanda potrebbe parafrasarsi in tal senso: il contratto pubblico – bisogna domandarsi – è regolato dall'Autorità Anticorruzione per le parti o è scritto per queste dall'Autorità?

La “moral suasion” dell'Autorità Anticorruzione è stata particolarmente evidenziata nel corso di questo lavoro rilevando come gli atti di regolazione, anche quando non vincolanti, finiscono per influenzare fortemente le scelte delle stazioni appaltanti, chiamate ad una motivazione maggiormente dettagliata nei casi in cui intendano discostarsi dalle indicazioni fornite dall'Autorità: potrebbe dunque dirsi che gli atti di regolazione dell'Autorità Anticorruzione siano, a prescindere, “tendenzialmente” vincolanti per gli operatori del mercato dei contratti pubblici.

⁴⁸ L'espressione è di L. Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012.

⁴⁹ La domanda se la poneva G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.

Viene dunque da chiedersi, anche alla luce degli ultimi interventi legislativi, cosa resti, in un siffatto contesto ordinamentale, dell'autonomia negoziale.

La massiccia presenza di contenuti imposti dalle Autorità Indipendenti non può ritenersi comporti, come qualcuno ebbe a dire nell'immediato dopoguerra dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la "profanazione" dell'autonomia negoziale, tantomeno la "morte del contratto"⁵⁰: l'attenzione deve necessariamente spostarsi dal dogma dell'autonomia all'atto da valutare non isolatamente, ma nell'ambito dell'attività svolta dal soggetto operante nel mercato, e, in tal senso, l'autonomia, nella prospettiva di un mercato ispirati ai principi di derivazione costituzionale, è sempre da intendersi come concorso di autoregolamentazione ed eteroregolamentazione e "si prospetta, nel suo minimo e costante denominatore, come atto di iniziativa di almeno una delle parti interessate alla negoziazione"⁵¹.

Piuttosto che di morte o profanazione, è opportuno dunque parlare in questo di casi di "funzionalizzazione del contratto"⁵², non più "affare privato tra privati"⁵³ quanto piuttosto strumento (di regolazione) mediante il quale ordinare il mercato e perseguire interessi superindividuali che i liberi operatori del mercato non sono da soli capaci di promuovere.

Il contratto pubblico – si è osservato – trova la sua disciplina, oltre che nel Codice Civile, nella disciplina speciale del Codice dei Contratti Pubblici che individua nell'Autorità Anticorruzione il principale soggetto attuatore delle disposizioni codicistiche speciali così che le linee guida, i bandi-tipo, i contratti-tipo e tutti gli altri atti di regolamentazione flessibile dell'ANAC influenzano fortemente l'autonomia dei soggetti operanti nel mercato dei contratti pubblici: quand'anche non vincolanti, infatti, essi finiscono per condizionare le scelte delle stazioni appaltanti che, come evidenziato dal Consiglio di Stato in sede di parere, solo "motivatamente" possono discostarsi nei loro provvedimenti dalle indicazioni non vincolanti dell'Autorità.

Discorso diverso è da farsi invece per gli atti di regolazione vincolanti i quali incidono direttamente sull'autonomia negoziale dal momento che la loro violazione può comportare, oltre alle conseguenze derivanti dalla violazione di norme imperative, l'adozione di un procedimento sanzionatorio a carico della stazione appaltante con effetti sulla sua reputazione (si pensi, ad esempio, al potere riconosciuto all'ANAC di impugnare i bandi di gara non redatti in conformità ai bandi-tipo).

⁵⁰ Di cui parlava letteralmente G. Gilmore, *The death of contract* (trad. it. *La morte del contratto*), Columbus, 1974.

⁵¹ P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

⁵² P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rass. dir. civ.*, 2017.

⁵³ V. Picozza, E. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017.

Può pacificamente affermarsi che il contratto pubblico è “regolato” dall’Autorità Anticorruzione, essendo quello della regolazione uno dei tratti maggiormente distintivi della nuova disciplina, pur non mancando, tuttavia, casi in cui si può affermare che il contratto è, almeno tendenzialmente, “scritto” dall’Autorità per le parti: si pensi ai bandi-tipo cui le stazioni appaltanti devono, *ex art. 71* del Codice dei Contratti, attenersi nella redazione di quella *lex specialis* di gara che finisce per definire quasi totalmente il contenuto del contratto che si andrà successivamente a concludere; o, ancora, si pensi allo strumento del contratto-tipo che, seppur dotato di forza vincolante minore rispetto al bando-tipo, ha una forte “moral suasion” nei confronti delle stazioni appaltanti.

Per rispondere dunque, in via definitiva, alla domanda da cui si è partiti, non può non ricordarsi ancora una volta che l’autonomia negoziale è nel suo minimo essenziale pur sempre potere di iniziativa, libertà di scelta se concludere o meno il contratto, e, in un mercato particolarmente sensibile e particolarmente esposto a fenomeni corruttivi come quello dei contratti pubblici, i non pochi limiti all’autonomia non sono da considerarsi esterni ed eccezionali quanto piuttosto espressione della necessità che l’atto di autonomia realizzi interessi meritevoli di tutela secondo l’ordinamento⁵⁴, meritevolezza che nei contratti pubblici va valutata in relazione a quei principi costituzionali di legalità, solidarietà, imparzialità, fedeltà e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

La tendenza più recente del legislatore, quantomeno di quello che era maggioranza nel Parlamento prima dell’ultima crisi di governo, sembra però orientata, più che all’attuazione di un mercato etico e regolato, verso una tendenza alla semplificazione ed alla totale “deregulation”: si ricordino sul punto le travagliate vicende parlamentari del decreto Sblocca Cantieri al quale, in un primo momento, era stato proposto da uno dei partiti dell’allora maggioranza un emendamento, poi ritirato, che prevedeva la “sospensione” per due anni del Codice dei Contratti Pubblici.

Ciò nonostante, come evidenziato dalla stessa Autorità Anticorruzione in un suo report sul decreto, la finalità del legislatore sembra essere stata disattesa con il rischio di un disorientamento degli operatori nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina, definita dall’ANAC “*un quadro normativo confuso e poco chiaro, con evidenti difficoltà applicative*”; ugualmente sembra essere disattesa la finalità di “deregulation” dal momento che il nuovo regolamento unico, sulle cui tempistiche di adozione è ragionevole dubitare, non sostituirà integralmente tutti gli atti di regolazione dell’Autorità.

Ma semplificazione e “deregulation” non possono non accompagnarsi, specie nel particolarmente sensibile mercato dei contratti pubblici, a misure di prevenzione della corruzione delle quali il

⁵⁴ È questo l’insegnamento di P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit.

legislatore non è sembrato recentemente tener conto, se non in termini prettamente repressivi (si pensi alla legge c.d. Spazzacorrotti n. 3/2019).

Il legislatore che si è recentemente occupato di corruzione e contratti pubblici ha dunque mostrato segnali contrastanti: se da una parte è infatti intervenuto con misure molto forti in termini repressivi, espressione forse di un diritto penale “simbolico” o “dell’emergenza”, sui reati contro la pubblica amministrazione, dall’altra ha fortemente svilito, nel nome della semplificazione, il ruolo dell’Autorità Anticorruzione portando addirittura alle dimissioni del suo Presidente e alla stasi della sua attività di regolazione.

Il legislatore non sembra inoltre aver ancora compreso le potenzialità derivanti dall’applicazione di quelle nuove tecnologie che, nonostante possano fortemente aiutare le stazioni appaltanti a combattere e prevenire i fenomeni corruttivi, nel nostro ordinamento ancora non trovano una completa disciplina, e, ugualmente, non sembra aver compreso, nonostante l’istituzione di comitati *ad hoc*, le potenzialità derivanti dall’utilizzo di nuove tecniche di regolazione riconducibili al “nudging” e alla c.d. spinta gentile che, salvo alcuni casi sporadici rappresentati da istituti quali i rating di legalità e di impresa o i sistemi di qualificazione delle stazioni appaltanti, non trovano nel nostro sistema una applicazione armonica e costante.

Solo un mercato ed una regolazione informati ai principi costituzionali sopra citati, un mercato in cui operano una nuova qualificata amministrazione “intelligente” ed operatori economici “spinti” ed incentivati a presentare offerte qualificate potrà debellare i fenomeni di corruzione, “una bestemmia, un cancro che logora le nostre vite”⁵⁵, e realizzare un’economia solidale in cui questi fenomeni non trovino posto perché prevenuti ed adeguatamente combattuti.

Indice della tesi

⁵⁵ Così l’ha definita recentemente Papa Francesco.

INTRODUZIONE

pag. 1

CAPITOLO I

CORRUZIONE, MERCATO E REGOLAZIONE

- | | |
|--|---------|
| 1. Corruzione, etica pubblica e “maladministration” | pag. 3 |
| 2. Corruzione, morale e fallimento del mercato | pag. 6 |
| 3. Necessità di un approccio “multiagenziale” al fenomeno corruttivo | pag. 12 |
| 4. Prevenzione della corruzione, regolazione del mercato e conformazione degli atti di autonomia | pag. 14 |
| 5. Corruzione, concorrenza e ruolo delle Autorità Indipendenti | pag. 19 |

CAPITOLO II

**CORRUZIONE, CONCORRENZA
E RUOLO DELLE AUTHORITIES**

- | | |
|--|---------|
| 1. Le Autorità Amministrative Indipendenti di regolazione del mercato | pag. 23 |
| 2. L’Autorità Nazionale Anticorruzione. Genesi e funzioni di una Autorità “atipica” | pag. 30 |
| 3. Il doppio ruolo dell’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e regolazione. Gli strumenti di prevenzione-regolazione a disposizione dell’ANAC. | pag. 35 |
| 4. La funzione normativa delle Authorities tra “criptoregolazione” e “soft law”: la <i>vexata quaestio</i> delle linee guida ANAC ed il suo recente ridimensionamento nel decreto c.d. Sblocca Cantieri. | pag. 40 |
| 5. L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato. Genesi e funzioni. | pag. 54 |
| 6. Rating di legalità, etica e «spinta gentile» nell’attività di contrasto alla corruzione dell’Autorità Antitrust | pag. 56 |
| 7. ANAC e Antitrust insieme contro la corruzione | pag. 61 |
| 8. “Chi controlla i controllori?” Interpretazione e controllo degli atti delle Autorità Indipendenti. | pag. 62 |

CAPITOLO III

**MERCATO DEI CONTRATTI PUBBLICI,
AUTONOMIA NEGOZIALE E RUOLO
DELLA AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE**

- | | |
|--|----------|
| 1. Autonomia, mercato, contratto e regolazione indipendente | pag. 66 |
| 2. Contratto pubblico, autonomia e libertà negoziali | pag. 70 |
| 3. Regolazione delle Authorities, conformazione ed eterointegrazione del contratto.
L'intervento dell'ANAC nelle vicende del contratto pubblico. | pag. 76 |
| 4. Libertà di contrarre, accesso al mercato, qualificazione delle stazioni appaltanti
e requisiti degli operatori economici | pag. 82 |
| 5. Criteri di aggiudicazione, offerta economicamente più vantaggiosa e
libertà di scelta del contraente | pag. 90 |
| 6. Libertà di determinazione del contenuto contrattuale ed intervento dell'Autorità
Anticorruzione. Il contratto tipo come strumento di regolazione. | pag. 94 |
| 7. Procedure di affidamento, bando di gara e consultazioni preliminari | pag. 98 |
| 8. Contratti sotto soglia, affidamento diretto, principio di rotazione ed
autonomia alla luce delle novità del decreto Sblocca Cantieri | pag. 106 |
| 9. Esclusione dalla gara, inadempimento e risoluzione del contratto pubblico | pag. 111 |
| 10. Conflitto di interessi, prevenzione della corruzione e regolazione indipendente | pag. 114 |
| 11. Norme imperative, nullità e rimedi all'atto di autonomia confliggente
con i <i>dicta</i> delle Authorities. "Giusto rimedio" e meritevolezza nel sistema
dei contratti pubblici. | pag. 116 |

CAPITOLO IV

**CRISI DELL'AMMINISTRAZIONE,
"NUDGING" E NUOVE TECNOLOGIE.
VERSO UNA "NUOVA REGOLAZIONE"?**

- | | |
|--|----------|
| 1. Crisi dell'amministrazione, performance e maladministration | pag. 124 |
|--|----------|

2. Un'amministrazione "intelligente" per combattere corruzione e "maladministration". Dati, "blockchain" e intelligenza artificiale nel sistema dei contratti pubblici. Quale ruolo per le Authorities?	pag. 129
3. Disintermediazione, "blockchain" e contratti pubblici "intelligenti"	pag. 138
4. "Nudging" e approccio comportamentale: verso una "nuova regolazione" del mercato dei contratti pubblici?	pag. 143
CONCLUSIONI	pag. 148
BIBLIOGRAFIA	pag. 155
SITOGRAFIA	pag. 169
GIURISPRUDENZA CITATA	pag. 171

Bibliografia

- G. Alpa, *La c.d. giuridificazione delle logiche dell'economia di mercato*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1999.
- G. Alpa, *I poteri regolamentari delle autorità amministrative indipendenti*, in S. Ambrosino, G. Sammarco, M. Morisi (a cura di), *Istituzioni, mercato, democrazia*, Liber amicorum per gli 80 anni di Alberto Predieri, Torino, 2002
- M. Angelone, *Autorità Indipendenti e eteroregolamentazione del contratto*, Napoli, 2012.
- M. Angelone, *Diritto privato «regolatorio», conformazione dell'autonomia negoziale e controllo sulle discipline eteronome dettate dalle authorities*, in A. Federico, G. Perlingieri (a cura di), *Il contratto*, Napoli, 2019.
- F. Armenante, *Riflessioni a prima lettura sul nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016.
- Autori Vari, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017.
- M. Barbieri, S. Talamo, *Lo stato aperto al pubblico. Trasparenza ora o mai più: la riforma della PA alla prova del cittadino*, Milano, 2014.
- S. Battini, F. Decarolis, *L'amministrazione si difende*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019.
- Benedetto XVI, *Caritas in veritate*, Città del Vaticano, 2009.
- M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 2019.
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Diritto costituzionale*, Torino, 2019.
- R. Bin, G. Pitruzzella, *Le fonti del diritto*, Torino, 2019.
- N. Bobbio, *La democrazia e il potere invisibile*, in *Rivista Italiana di Scienze Politiche*, 1980.
- R. Borruso, *Computer e Diritto, Tomo II, Problemi giuridici dell'informatica*, Milano, 1988.
- M. Bucello, *Alcune ipotesi di regolazione sommersa nel settore dell'energia*, in M. De Focatiis, A. Maestroni (a cura di), *Contratti dell'energia*, Torino, 2015.
- V. Buonocore (a cura di), *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2017.
- C. Cammeo, *I contratti della pubblica amministrazione*, Firenze, 1937.
- R. Cantone, G. Di Feo, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il Paese*, Bologna, 2015.
- R. Cantone, *Il sistema di prevenzione della corruzione in Italia*, in www.penalecontemporaneo.it, 2017.

- R. Cantone, *Il contrasto alla corruzione. Il modello italiano*, in www.penalecontemporaneo.it, 2018.
- E. Carloni, R. Cantone, *Percezione della corruzione e politiche anticorruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2019.
- S. Carrer, *Se l'amicus curiae è un algoritmo: il chiacchierato caso Loomis alla Corte Suprema del Wisconsin*, in www.giurisprudenzapenale.com, 2019.
- S. Cassese, "Maladministration" e rimedi, in *Foro Italiano*, 1992.
- S. Cassese, *Regolazione e concorrenza*, in G. Tesauro, M. D'Alberti, *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001.
- S. Cassese, *Che cosa resta dell'amministrazione pubblica?*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2019.
- A. Castaldo (a cura di), *Migliorare la performance della Pubblica Amministrazione. Riscrivere l'abuso d'ufficio*, Torino, 2018.
- A. Catania, *Filosofia del diritto. Introduzione critica ai concetti giuridici*, a cura di F. MANCUSO, Torino, 2015.
- R. Cavallo Borgia, *Un'etica per l'economia e l'impresa*, in Autori Vari, *Scritti in onore di Marcello Foschini*, Padova, 2011.
- V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in F. Merloni, L. Vandelli, *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.
- M. Chiarelli, *L'Autorità garante della concorrenza non è giudice: nota a Corte costituzionale 31 gennaio 2019, n. 13*, in www.federalismi.it, 2019.
- F. Cintioli, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida, sui pareri del c.d. precontenzioso e sulle raccomandazioni di Anac*, in *Diritto Processuale Amministrativo*, 2017.
- F. Criscuolo, *Autonomia negoziale e autonomia contrattuale*, in P. Perlingieri (diretto da) *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato*, Napoli, 2008.
- M. D'Alberti, *Autorità Indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. Giur.*, Vol. IV, Roma, 1995.
- G. Dalia, *L'esperienza italiana nella lotta alla corruzione: prevenzione, sanzione penale, contrasto processuale e performance*, in *Iura & Legal Systems*, 2019.
- R. De Luca, *Il rating di legalità: nuovo regolamento e vantaggi per le imprese*, in www.appaltiecontratti.it, 2016.
- G. De Nova, *Provvedimenti delle autorità indipendenti e disciplina dei contratti*, in *Società*, 2001.

- G. De Nova, *Le fonti di disciplina del contratto e le autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- C. Deodato, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Rivista di diritto amministrativo*, 2016.
- L. Di Donato, *La corruzione e l'approccio comportamentale: una nuova prospettiva di ricerca?*, in *Amministrazione in cammino*, 2019.
- G. M. Esposito (a cura di), *Codice dei contratti pubblici: commentario di dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2017.
- D. Fauceglia, *L'eterointegrazione del contratto ad opera dei provvedimenti dell'Autorità dell'energia elettrica e del gas*, in *Contratti*, 2016.
- D. Fauceglia, *La conformazione autoritativa dei contratti delle comunicazioni elettroniche*, in *Contratti*, 2018.
- A. Federico, *Autonomia negoziale e discrezionalità amministrativa. Gli «accordi» tra privati e pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1999.
- A. Federico, *Integrazione del contratto e poteri regolatori delle Autorità Amministrative indipendenti. Il ruolo dell'Autorità Nazionale Anticorruzione nella costruzione del regolamento contrattuale*, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2017.
- G. Fiandaca, E. Musco, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2012.
- L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016.
- G. M. Flick, *Dalla repressione alla prevenzione o viceversa? Dalle parole ai fatti per non convivere con la corruzione*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.
- G. M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato (artt. 7 e 18 della Legge 124/2015)*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015.
- D. Floyd, *Mexico tests blockchain to track public contracts bids*, in www.coindesk.com, 2018.
- L. Forti, *Sulla formazione dei contratti dello Stato*, in *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, 1938.
- L. Galli, M. Ramajoli, *Il ruolo della reputazione nel mercato dei contratti pubblici: il rating d'impresa*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016.
- Gazzoni, *Obbligazioni e contratti*, estratto da ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2016.
 - Gentili, *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, Torino, 2015.

- M. Gerardo, *Anticorruzione e trasparenza nella pubblica amministrazione. Profili giuridici, economici ed informatici*, in www.judicium.it, 2016.
- V. Giannelli, *Linee guida Anac e “fuga” dall’Esecutivo*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.
- M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970.
- Gilmore, *The death of contract* (trad. it. *La morte del contratto*), Columbus, 1974.
- Gitti (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- G. Gitti, *Autorità indipendenti, contrattazione collettiva, singoli contratti*, in ID. (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- G. Gitti, P. Spada, *La regolazione del mercato come strategia*, in G. GITTI (a cura di), *L’autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- F. Giuffrè, *Le Autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello Stato di diritto: il caso dell’Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, 2016.
- G. Greco, *I contratti dell’amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986.
- R. Greco, *Il ruolo dell’Anac nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016.
- R. Greco, *Overdose da ANAC*, in www.rivistaparadox.it, 2016.
- P. Hawken, *The next economy*, New York, 1983.
- M. Imbrenda, *Libertà e controllo nei rapporti socio-economici: la prospettiva delle Autorità Indipendenti di mercato*, in P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999.
- M. Imbrenda, *Il ruolo delle autorità indipendenti nella integrazione e conformazione del contratto*, in E. Caterini, L. Di Nella, A. Flamini, L. Mezzasoma, S. Polidori (a cura di), *Scritti in onore di Vito Rizzo. Persona, mercato, contratto e rapporti di consumo*, Napoli, 2017.
- M. Imbrenda, *Asimmetria di posizioni contrattuali, contratto predisposto e ruolo delle Authorities*, in P. Sirena, A. Zoppini (a cura di), *I poteri privati e il diritto della regolazione*, Roma, 2018.
- N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Roma, 2003.
- N. Kossow, V. Dykes, *Linkages between blockchain technology and corruption issues*, Transparency International, 2018.
- E. Levi, *La politica economica e l’economia comportamentale: non solo nudge*, in www.eticaeconomia.it.

- S. Licciardello, *Prime note sulla funzione di regolazione dell'ANAC nel nuovo codice degli Appalti*, in www.federalismi.it, 2016.
- N. Lipari, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in *Foro amministrativo TAR*, 2010.
- N. Longobardi, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la nuova normativa sui contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2016.
- M. Lunardelli, *Il procedimento a evidenza pubblica come strumento di prevenzione della corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019.
- F. Marone, *Osservazioni sulla collocazione delle linee guida dell’ANAC nel sistema delle fonti*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019.
- F. Messineo, *Contratto normativo e contratto-tipo*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1962.
- S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- S. Moccia, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
- F. Monteduro, S. Brunelli, A. Buratti, *La corruzione. Definizione, misurazione e impatti economici*, Roma 2013.
- G. Morbidelli, *Linee guida dell’ANAC: comandi o consigli?*, in *Rivista di Diritto Amministrativo*, 2016.
- V. Musacchio, *Prevenzione e repressione nella lotta alla corruzione nella pubblica amministrazione*, in *Gazzetta Amministrativa*, 2012.
- I.A. Nicotra, *L’Autorità Nazionale Anticorruzione e la soft regulation nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in EAD. (a cura di), *L’Autorità Nazionale Anticorruzione tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016.
- I. A. Nicotra, *Il quadro delle fonti normative in tema di prevenzione e contrasto alla corruzione*, in A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019.

- G.M.F. Nitti, *Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*, in www.federalismi.it, 2019.
- M. Orlandi, *Autonomia privata e autorità indipendenti*, in G. GITTI (a cura di), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, Bologna, 2006.
- A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2015.
- F. Parisi, *Il contratto concluso mediante computer*, Padova, 1987.
- P. Perlingieri, *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975.
- P. Perlingieri (a cura di), *Authorities e tutela della persona*, Napoli, 1999.
- P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003.
- P. Perlingieri, P. Femia, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004.
- P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.
- P. Perlingieri, *Il "giusto" rimedio nel diritto civile*, in *Il giusto processo civile*, 2011.
- P. Perlingieri, «Controllo» e «conformazione» degli atti di autonomia negoziale, in *Rassegna di Diritto Civile*, 2017.
- P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018.
- P. Perlingieri, A. Federico, *Contratti della pubblica amministrazione*, in P. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2018.
- S. Perongini, *Teoria e dogmatica del provvedimento amministrativo*, Torino, 2016.
- A. Pertici, M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019.
- A. Pertici, *La prevenzione della corruzione e dei conflitti d'interessi: introduzione a un sistema in continua evoluzione*, in ID., M. Trapani (a cura di), *La prevenzione della corruzione. Quadro normativo e strumenti di un sistema in evoluzione. Atti del Convegno. Pisa, 5 ottobre 2018*, Torino, 2019.
- E. Picozza, V. Ricciuto, *Diritto dell'economia*, Torino, 2017.
- Platone, *La Repubblica – Libro V*, in *I classici del pensiero libero greci e latini*, Milano, 2012.
- J. Pope, *Confronting corruption: The elements of a national integrity system*, Transparency International, 2000.

- A. Predieri, *L'erompere delle autorità indipendenti*, Firenze, 1997.
- A. Raganelli, S. Oggianu, *Il contratto di appalto pubblico*, in G. Cassano (a cura di), *I singoli contratti*, Tomo I, Padova, 2017.
- V. Ricciuto, *Autorità amministrative indipendenti, contratto e mercato*, in Autori Vari, *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Napoli, 2006.
- S. Rodotà, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma, 2004.
- Rossi Carleo, *La tutela amministrativa contro le clausole vessatorie*, in *Obbligazioni e contratti*, 2012.
- G. Sallustio, *La congiura di Catilina*, in *I classici del pensiero libero greci e latini*, Milano, 2012.
- P. Samuelson, *Economia*, Torino, 2014.
- G. Serges, *Crisi della rappresentanza parlamentare e moltiplicazione delle fonti*, in *Osservatorio sulle fonti*, 2017.
- A. Smith, *Teoria dei sentimenti morali*, Edimburgo, 1759.
- A. Smith, *Indagine sulla natura e le cause della ricchezza delle nazioni*, Edimburgo, 1776.
- J. Svensonn, *Eight Questions about Corruption*, in *Journal of Economic Perspectives*, 2005.
- R. Thaler, C. Sunstein, *Nudge. Improving Decisions about Health, Wealth and Happiness*, New Haven, 2008 (trad. it. *La spinta gentile. La nuova strategia per migliorare le nostre decisioni su denaro, salute, felicità*, Milano, 2018).
- L. Torchia, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2016.
- L. Torchia, *La regolazione del mercato dei contratti pubblici*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2016.
 - Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2017.
- M. Trapani, *La prevenzione e il controllo della corruzione e dell'etica pubblica mediante l'utilizzo delle nuove tecnologie*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2018.
- A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2018.
- S. Valaguzza, *Nudging pubblico vs. pubblico: nuovi strumenti per una regolazione flessibile di ANAC*, in *Rivista della Regolazione dei Mercati*, 2017.
- S. Varva, *Requisiti di partecipazione, criteri di scelta, condizioni di esecuzione*, in M. Carinci, C. Cester, M. Mattarolo, F. Scarpelli (a cura di), *Tutela e sicurezza del lavoro negli appalti privati e pubblici. Inquadramento giuridico ed effettività*, Torino, 2011.

- V. Visco Comandini, *Profili economici della corruzione*, in F. Merloni, L. Vandelli (a cura di), *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzione e rimedi*, Firenze, 2010.
- V. Viti, *Il contratto e le Autorità indipendenti*, Napoli, 2013.
- M. Zarro, *Poteri indipendenti e rapporti civili. Italia, Germania e diritto europeo*, Napoli, 2015.
- A. Zito, *Mercati (regolazione dei)*, in *Enciclopedia del Diritto Annali*, III, Roma, 2010.
- A. Zito, *Il rating d'impresa nel sistema degli appalti pubblici: un contributo per la sua definizione e messa in opera*, in www.giustamm.it, 2016.
- A. Zoppini, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in E. Del Prato (a cura di), *Studi in onore di A. Cataudella*, Napoli, 2013.
- A. Zoppini, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Rivista di diritto e procedura civile*, 2013.

Abstract. – Il fenomeno corruzione, inteso nell’accezione più ampia di *maladministration* ed uso distorto dei pubblici uffici per fini privati, impone un approccio nei suoi confronti di stampo marcatamente interdisciplinare che tenga conto dei fondamentali profili della prevenzione e della regolazione del mercato. La regolazione, affidata nel nostro ordinamento essenzialmente all’attività delle Autorità Amministrative Indipendenti, rappresenta il più efficace antidoto alla corruzione per la realizzazione di un mercato correttamente funzionante. L’Autorità Nazionale Anticorruzione, attraverso i suoi atti di regolazione (linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo, ecc.) incide direttamente sull’autonomia negoziale di quei soggetti operanti nel mercato chiamati alla stipulazione di contratti pubblici, conformandola e limitandola, per finalità proconcorrenziali e di prevenzione della corruzione. L’intervento attuativo-regolativo dell’ANAC limita le libertà negoziali delle stazioni appaltanti in termini di accesso al mercato (libertà di contrarre), scelta del contraente e determinazione del contenuto contrattuale. Parallelamente ad un intervento di tipo “autoritativo”, le Autorità regolano il mercato di riferimento anche attraverso sanzioni positive/reputazionali e strumenti di *nudging*, *rating*, meccanismi di qualificazione ed altro, attraverso i quali esse indirizzano i comportamenti degli operatori del mercato verso quelli ritenuti più auspicabili dall’ordinamento. Preso atto poi dell’attuale crisi dell’amministrazione, derivante essenzialmente dai fenomeni di c.d. amministrazione difensiva, nonché da una generale impreparazione dei pubblici funzionari, le nuove tecnologie, basate sull’interazione algoritmica dei dati (su tutte l’Intelligenza Artificiale) e su un’idea di disintermediazione tra gli operatori (*blockchain* e contratti “intelligenti”), e le nuove tecniche di regolazione «gentile», che ancora non trovano nel nostro ordinamento una disciplina legislativa

esauriente ed una applicazione organica, sono destinate ad avere un forte impatto nella regolazione del mercato dei contratti pubblici per la correzione dei fenomeni di *maladministration* e la prevenzione della corruzione.

Abstract. – Corruption, widely meant as maladministration and abuse of a public office for a private gain, needs to be multidisciplinary approached keeping in consideration the two relevant profiles of prevention and market regulation. Market regulation, which is mostly entrusted in our legal system to Independent Authorities, represents the most effective antidote to corruption in order to realize a well-functioning market. The National Anticorruption Authority, by its regulatory acts, (such as binding and not binding guidelines, typed calls, typed contracts, etc.) directly influences those subjects that operate in the public procurements market, by limiting and conforming their negotiating autonomy, in order to prevent corruption and realize good competition in the market. The ANAC implementation/regulation intervention affects negotiating freedoms of the contracting administrations in terms of access to the market (freedom to negotiate), selection of the other part of the contract and shaping the content of the contract. Parallel to an “authoritative” intervention, the Authorities regulate the market also by positive/reputational sanctions and nudging instruments, ratings, mechanism of qualification and others, by which they address the behaviors of those subjects that work in the market toward the ones that the legal system considers desirable. Then, having taken note that the administration is in this moment in a crisis, which mostly derives from phenomena of the so called “defensive administration” and incompetence of the public agents, new technologies, based on algorithmic interaction of data (above all the Artificial Intelligence) and on an idea of disintermediation between the agents (*blockchain* and smart contracts), and the new techniques of “gentle” regulation, that do not still find in our system an exhaustive legal discipline and an organic application, are destined to have a huge impact in the public procurements market regulation in order to correct maladministration phenomena and prevent corruption.