



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI
FEDERICO II

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO DELL'ECONOMIA
XXX CICLO

SETTORE SCIENTIFICO-DISCIPLINARE: DIRITTO AMMINISTRATIVO
(IUS/10)

MODULI DI CONTRASTO ALLA CORRUZIONE NEI
CONTRATTI PUBBLICI, TRA MISURE ETEROIMPOSTE
E SOLUZIONI PROCEDIMENTALI

TUTOR
CH.MO PROF. FERDINANDO PINTO

COORDINATORE SCIENTIFICO
CH.MO PROF. MASSIMO IOVANE

CANDIDATO
DOTTOR VINICIO BRIGANTE

INDICE

CAPITOLO 1

FENOMENI CORRUTTIVI NELL’AFFIDAMENTO DI COMMESSE PUBBLICHE: LA DISCREZIONALITÀ MULTILIVELLO COME SOLUZIONE DI MATRICE PROCEDIMENTALE

1. Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema
2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio
 - 2.1 Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell’impianto della legge Merloni e del Codice del 2006
 - 2.2 Il Codice del 2016 e le misure di contrasto “fuori dalle gare”
3. Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale
 - 3.1 La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile
 - 3.2 Equità e etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile
4. Sintesi dei risultati raggiunti e prospettiva della successiva indagine

CAPITOLO 2

ETICA PUBBLICA E PATOLOGIE CORRUTTIVE NEI CONTRATTI PUBBLICI IN URUGUAY: DALL’OPACITÀ ALLA TRASPARENZA

1. Introduzione e premesse metodologiche
2. Il diritto amministrativo quale garante dell’etica pubblica.

3. Contesto giuridico e precisazioni terminologiche in tema di contratti pubblici
4. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche, il *TOCAF (Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado)*
 - 4.1 Principi per l'affidamento di contratti amministrativi
 - 4.2 *La licitación pública*
 - 4.2.1 Le singole fasi della *licitación pública*
 - 4.2.2 Una centralizzazione delle committenze *ante-litteram*: *La Agencia de Compras Y Contrataciones del Estado (ACCE)*.
5. Etica pubblica e modelli di trasparenza nelle procedure d'appalto
 - 5.1 *Junta de Transparencia y Ética Pública*
 - 5.2 Esperienze continentali di contrasto alla corruzione in America Latina
6. Ipergrafia normativa, contrattazione pubblica e etica
7. Proposte per il miglioramento del livello di trasparenza
8. Brevi riflessioni conclusive

CAPITOLO 3

CORRUZIONE E APPALTI PUBBLICI IN ESTREMO ORIENTE: MODULI DI CONTRASTO NELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE E IN GIAPPONE

1. La corruzione in Asia: strategie e misure di contrasto

Sezione Prima

La recente emersione della tematica nell'attuale panorama legislativo cinese: primi approcci e soluzioni di partito

2. Cenni sulla genesi di un diritto amministrativo cinese
3. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche in Cina

4. Genesi e cause della corruzione nell'odierno assetto istituzionale cinese
5. Etica pubblica e misure anticorruzione nella Repubblica Popolare Cinese

Sezione Seconda

La corruzione in Giappone: l'apoteosi di un paradosso

6. Cenni sul diritto amministrativo giapponese e sulle relative modalità di affidamento dei contratti pubblici
7. Public Service Ethics nella legislazione amministrativa giapponese

Sezione Terza

Prospettive d'indagine e ricerca di soluzioni comuni

8. Brevi riflessioni conclusive

INDICE BIBLIOGRAFICO

FENOMENI CORRUTTIVI NELL’AFFIDAMENTO DI COMMESSE PUBBLICHE: LA DISCREZIONALITÀ MULTILIVELLO COME SOLUZIONE DI MATRICE PROCEDIMENTALE

SOMMARIO: 1. Teorie sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema. - 2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio. - 2.1 Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell’impianto della legge Merloni e del Codice del 2006. - 2.2 Il Codice del 2016 e le misure di contrasto “fuori dalle gare”. - 3. Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale. - 3.1 La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile. - 3.2 Equità e etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile. - 4. Sintesi dei risultati raggiunti e prospettiva della successiva indagine

1. Teoria sulla genesi dei fenomeni corruttivi e delimitazione del tema

Ipotizzare di illustrare la storia della corruzione amministrativa è compito arduo, proprio perché la stessa si nasconde, si cela, ma è alquanto ciclica e ripetitiva, in Italia come in altri paesi¹.

La frammentarietà del concetto di corruzione costituisce notazione comune nella letteratura giuridica, poiché rappresenta una nozione multilivello che “oscilla tra dimensione legale, etica ed economica²”.

I tentativi di ricostruire i percorsi dei fenomeni corruttivi incontrano ostacoli insormontabili, che rendono, se non impossibile, quantomeno problematica la maturazione di un’approfondita conoscenza della tematica e delle relative cause. Gli sforzi diretti a cercare di tracciare le tappe fondamentali di quello che è stato definito un “tessuto

¹ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell’Italia contemporanea*, a cura di G. Melis, Napoli, 1999, 183; B.G. Mattarella, *Le regole dell’onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 16.

² G. Fidone, *Lotta alla corruzione e perseguimento dell’efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 753.

articolato di degenerazione morale³”, condividono la stessa frustrazione saggiata dal viaggiatore costretto a orientarsi senza punti cardinali.

Per tali ragioni, è stato sostenuto che “potrebbe risultare ozioso avventurarsi sul rischioso terreno dei paralleli e delle divergenze storiche, per valutare come e quanto la corruzione si sia aggravata negli ultimi tempi⁴”.

Sul tema in argomento si registrano studi e analisi accurate, ma sono pressoché assenti indagini di lungo periodo⁵, proprio perché gli storici lavorano con “qualcosa di imprevedibile⁶”.

³ La definizione è di G. Melis, pronunciata durante la lezione tenuta presso l'Università di Roma 'La Sapienza', il 25 febbraio 2017 e in seguito riprodotta in G. Melis, *La lunga storia della corruzione italiana*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2017.

⁴ E. Narducci, *Processi politici nella Roma antica*, Bari, 1988, 88; D. Della Porta e A. Vannucci, *Mani impunita. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007, 31, “le difficoltà metodologiche derivanti dalla natura delle relazioni e dei processi di influenza ostacolano gli studi empirici e indirizzano gli analisti verso aspetti più evidenti, e ipotesi meglio controllabili”.

⁵ Per una ricostruzione storica del fenomeno, cfr. J.T. Noonan, *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milano, 1987; J. Tulard e G. Thullier, *Administration et corruption*, in *Revue Administrative*, 1993; C.A. Brioschi, *Breve storia della corruzione*, Milano, 2010; G.S. Spinetti, *Parlamento e burocrazia. Pubblica amministrazione sotto inchiesta. Parte prima: 1860-1945*, Roma, 1964; G.S. Spinetti, *La riforma dello Stato: dalla contestazione globale del sistema alla contrapposizione di un nuovo sistema*, Roma, 1969. Per un approccio di tipo sociologico al tema, si consenta di rinviare a A. Bixio, *Le origini sociali della corruzione*, in *Sociologia*, 2015; F. Cuculo, *Corruzione pubblica, inflazione legislativa e strumenti di contrasto*, in *Sociologia*, 2015. Per una prospettiva legata alla corruzione nell'Italia meridionale, cfr. A. Signorelli, *L'incertezza del diritto. Clientelismo politico e innovazione nel Mezzogiorno degli anni '80*, in *Problemi del socialismo*, 1988, 258 ss. Per altro verso, cfr. D. Della Porta, *I circoli viziosi tra corruzione, clientelismo e cattiva amministrazione*, in *Italia illegale*, Torino, 1996, 106 ss.

⁶ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia*, cit., 185, “in sede di predisposizione di misure correttive per i fenomeni corruttivi, nei *Principi di diritto amministrativo* di V.E. Orlando, è a lungo discussa come un'alternativa reale la soluzione inglese del personale pubblico volontario e gratuito”; in tal senso, cfr. S. Cassese, *A che cosa la formazione dei dipendenti pubblici?*, in *Politica del diritto*, 1989, 431 ss. In una prospettiva differente, cfr. R. Cavallo Perin, *Le ragioni di un diritto ineguale e le peculiarità del rapporto di lavoro con le amministrazioni pubbliche*, in *Dir. amm.*, 2003, 119 ss.; A. Mari, *Formazione dei dipendenti pubblici e prevenzione della corruzione negli appalti: per non parlare ai muri*, in www.giustamm.it, 2014, “la costruzione di un percorso formativo specifico finalizzato alla prevenzione della corruzione negli appalti pubblici, presuppone la precisa individuazione degli obiettivi e dei metodi da seguire, anche in considerazione che ci si rivolge a persone inserite da tempo nel mondo del lavoro. In entrambi gli ambiti, si tratta di scelte multiple, che comportano approcci diversi. L'obiettivo principale è di mettere le persone formate nelle condizioni di riconoscere i sintomi della corruzione e comportarsi di conseguenza, ponendo in essere tutte quelle azioni amministrative utili ad evitare che i fenomeni corruttivi si verificino concretamente. Per la formazione rivolta ai responsabili della prevenzione della corruzione e dei referenti delle amministrazioni, quindi a persone che non si occupano in modo specifico di appalti, il percorso formativo avrà lo scopo di approfondire le aree di rischio di corruzione nelle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture e nella gestione dei relativi contratti. In tale ambito, è necessario, innanzi tutto, studiare le metodologie per la costruzione di indicatori che rappresentino indizi di un potenziale rischio di corruzione; occorre individuare poi le possibili misure specifiche di prevenzione e di contrasto: dal punto di vista procedurale, sotto il profilo organizzativo e in riferimento ai rapporti ed ai raccordi con i privati contraenti”.

Nella cospicua produzione letteraria sul tema sono stati anche analizzati gli aspetti positivi della corruzione, definiti le funzioni latenti del fenomeno, consistenti nella compensazione dell'insufficienza dei salari e, più in generale, da rintracciare nel riequilibrio dei poteri dello Stato⁷. Tuttavia sono - pressoché unanimemente - abbandonate le teorie che rintracciano nella corruzione un possibile elemento di efficienza, capace di migliorare il funzionamento dei meccanismi burocratici⁸.

Come rilevato riguardo al primo caso manifesto di corruzione che abbia interessato l'Italia liberale⁹, la conseguenza più dannosa si registra quando l'accertata esistenza dei fenomeni corruttivi è fatalisticamente accettata quale ineliminabile elemento del complesso istituzionale, invece di indurre le stesse istituzioni a predisporre i rimedi necessari.

Le difficoltà riscontrate nel tracciare in maniera organica la storia dei fenomeni corruttivi in Italia sono dovute a diversi fattori.

In primo luogo, si registra una sistematica penuria di fonti articolate e affidabili, che si rivelano del tutto mancanti o solo frammentariamente disponibili. Sono presenti pregevoli studi di sintesi¹⁰, ma sono limitati agli episodi sottoposti a inchieste giudiziarie e parlamentari e non svelano l'essenza strutturale del fenomeno. La ricerca è ostacolata dal reperimento delle fonti, poiché "la corruzione è un mercato occulto, un fiume carsico che appare e scompare, del quale è difficile seguire il corso"¹¹.

In secondo luogo, la mutevolezza di vesti con le quali la corruzione si manifesta rende complicata la delimitazione del tema e favorisce il "relativismo delle valutazioni"¹².

⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. J.C. Waquet, *La corruzione. Morale e potere a Firenze nel XVII e XVIII secolo*, Milano, 1986.

⁸ Cfr. R. Williams, *Explaining corruption*, Cheltenham, 2000; M. Arnone e L. Borlini, *Corruption. Economic analysis and international Law*, Cheltenham, 2014. Sui presunti aspetti positivi legati al fenomeno della corruzione, cfr. G. Koenig, *Les discretès de la corruption*, Parigi, 2009. Tuttavia, è opportuno richiamare la teoria di R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1988, che pone in relazione i costi della corruzione e i costi della lotta alla corruzione, individuando il livello ottimale di corruzione (*optimal amount of corruption*) da conservare, per un beneficio nella spesa complessiva.

⁹ Si fa riferimento allo scandalo che coinvolse la Banca Romana nel 1893. Sul tema si rinvia a B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1959; *Governare la moneta. La Banca d'Italia da Einaudi a Ciampi*, a cura di C. Ceccuti, Firenze, 2004; E. Magrì, *I ladri di Roma: 1893 lo scandalo della Banca romana*, Milano, 1993; N. Quilici, *Banca Romana*, Milano, 1935; E. Vitale, *La riforma degli istituti di emissione e gli scandali bancari in Italia*, Roma, 1972.

¹⁰ Per tutti, cfr. F. Cazzola, *Della corruzione: fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988.

¹¹ E. Guastapane, *Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, in *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, a cura di G. Melis, Napoli, 1999, 20.

¹² E.E. Cocciolo, *Corruzione, etica amministrativa e "autoregolazione regolata" dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 174, "le diverse prospettive di analisi e l'utilizzo del vocabolo corruzione in contesti differenti hanno spinto a mettere in dubbio la stessa

Le singole teorie sulla natura della corruzione sono sintetizzate in tre modelli autonomi, che rinviengono i rispettivi centri gravitazionali nella legalità, negli interessi collettivi e nell'opinione pubblica. Tra le tre prospettive, quella basata sulla violazione della legalità - intesa quale tradimento¹³ della funzione pubblica, non necessariamente con rilevanza penale - appare preferibile¹⁴.

La trasmigrazione del tema su un piano etico, e non puramente giuridico, consente di apprezzare il valore collettivo del fenomeno¹⁵, e, di trascurare i comportamenti contrari alla sola etica personale. In tal senso, la corruzione pubblica è il prodotto di una “antietica” o “etica inversa¹⁶”, è la “morte della moralità pubblica¹⁷”.

In via preliminare, appare opportuno operare alcune premesse metodologiche e delimitare il campo d'indagine rispetto a un tema sul quale si registra una letteratura ampia ed accreditata¹⁸.

possibilità di una definizione universale di corruzione. Il dibattito vede contrapporsi i relativisti che pongono l'enfasi sugli aspetti micro-culturali e quanti, invece, propugnano per un modello etico ancorato ai diritti fondamentali”. Sul tema, cfr. G. Colombo, *Mani sporche e colpi di spugna*, in *Mirvomega*, 1996, 22, “la sistematicità della corruzione dipende in gran parte da fattori culturali. E' necessario che cresca una cultura diffusa, che il sentire collettivo si avvicini alla legalità, che si sviluppi il senso dello stato, che l'esercizio della funzione pubblica sia sentito come un servizio e non come uno strumento per ottenere vantaggi personali”. In una prospettiva economica, A.O. Hirschman, *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, 1983, rileva che “l'incidenza effettiva delle condotte di corruzione dipende da quanti tra gli individui aventi accesso alle opportunità di corruzione, risultano inclini o avversi ad alla stessa. La quota di questi individui tende a fluttuare in relazione a ciò che si definisce moralità pubblica”.

¹³ La nozione di tradimento risale a una sentenza emessa dalla *Segunda Sala del Tribunal Supremo* spagnolo, il 20 settembre 1990, secondo cui “la corruzione costituisce un tradimento dei doveri di lealtà, probità e fedeltà inerenti alla funzione pubblica”.

¹⁴ Cfr. M. Johnston, *Political corruption in America*, Belmont, 1982.

¹⁵ Sul tema, in senso ampio, cfr. H. Kelsen, *Il problema della giustizia*, Torino, 1998.

¹⁶ M. Borgi, *Droits de l'homme: fondement universal pour une loi anticorruption; le case de la Suisse*, in *La corruption. L'envers de droits de l'homme*, a cura di B.M. Borgi e P. Meyer-Bisch, Friburgo, 1995, 4, l'etica inversa consiste nella violazione di norme etiche protette giuridicamente.

¹⁷ S. Rodotà, *Elogio del moralismo*, Roma-Bari, 2011, 32, citato da P. Piras, *Gli appalti pubblici tra trasparenza e innovazione*, in *Urb e app.*, 2015, 130.

¹⁸ Senza alcuna pretesa di esaustività, in tema di corruzione e contratti pubblici, cfr. N. Fiorino e E. Galli, *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013; A. Police, *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in *Dir. econ.*, 2015; G.M. Racca e R. Cavallo Perin, *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in *Ius Publicum*, 2014; M. D'Alberti e R. Finocchi, *Corruzione e sistema istituzionale*, Bologna, 1994; B.G. Mattarella, *The Italian efforts on anti-corruption*, in *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, a cura di G.M. Racca e C.R. Yukins, 2014; Y. Lengweiler e E. Wolfstetter, *Corruption in procurement auctions*, in *Handbook of procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo, Cambridge, 2006; A. Vannucci, *Atlante della corruzione*, Torino, 2012; R. Cantone, *Il male italiano. Liberarsi dalla corruzione per cambiare il paese*, Milano, 2015; A. Vannucci, *Invisibili contropartite. Corruzione e collusione nel sistema degli appalti*, in *Appalti e responsabilità*, a cura di M.A. Cabidda, Milano, 2005, 75 ss.; G. Piperata, *Contrattazione*

Il carattere polisemico del fenomeno corruttivo non ha ostacolato i tentativi di definizione¹⁹ o classificazione; l'analisi svolta non si focalizza solo sulla corruzione penale, definita anche "nera", ma indaga quella che autorevole dottrina qualifica come corruzione "grigia"²⁰, declinata "nell'indifferenza all'efficienza, nella resistenza al cambiamento"²¹, nel tradimento dell'etica pubblica e della funzione amministrativa²².

Accanto al concetto penalistico di corruzione, legato indissolubilmente al reato in senso stretto, il linguaggio giuridico ha forgiato una nozione più ampia, che fa riferimento a varie forme di malcostume e di distrazione della funzione pubblica per fini privati, da ricondurre - anche in tema di predisposizione di misure correttive - all'ambito del diritto amministrativo²³. Tuttavia, anche tale distinzione risulta insufficiente per descrivere dettagliatamente la multiformità del fenomeno nel suo complesso.

pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane, in www.federalismi.it, 2015; F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in www.federalismi.it, 2015; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in www.giustamm.it, 2014; G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 325 ss.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb e app.*, 2015, 749 ss.; A.M. Nico, *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in www.costituzionalismo.it, 2016; L. Giampaolino, *Le misure anticorruzione negli appalti: rimedio adeguato al male?*, in www.giustamm.it, 2014; L. Sacconi, *Dall'etica degli affari all'etica pubblica. Oltre il diritto penale*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1995. Per un approccio economico al tema, cfr. R. Coppier, *Corruzione e crescita economica. Teorie ed evidenze di una relazione complessa*, Roma, 2005. Per un approccio sistematico, cfr. F. Manganaro, A. Romano Tassone e F. Saitta, *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013. Per una rassegna delle fonti sovranazionali, F. Di Mascio, *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti-corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 548 ss. Sul tema delle lobbies, che intercetta quello della corruzione nei contratti pubblici, si v. E. Carloni, *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371 ss. Sulla "privatizzazione" della funzione preventiva, si v. G.M. Flick, *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in www.rivistaaic.it, 2015.

¹⁹ Cfr. L. Di Donato, *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, in www.federalismi.it, 2015, "tale fenomeno, come quelli di altre scienze sociali, è volatile ed è soggetto a connotazioni storiche, sociali e culturali". Per altro verso, secondo M. Johnston, *The definitions debate: old conflicts in new gives*, in *The political economy of Corruption*, a cura di A.K. Jain, New York, 2001, 19, la corruzione è un calcolo criminale razionale o, in alternativa, un reato di opportunità.

²⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 17, "la lotta contro la corruzione non può essere condotta con misure di breve periodo e limitate nel tempo, ma deve essere durevole: è una guerra contro un nemico che non si può eliminare definitivamente, ma si può contenere".

²¹ Cfr. S. Cassese, *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, V, 1992, 243, un dato, divenuto ormai una presenza costante negli ordinamenti maggiormente corrotti, è la "sovrabbondanza delle norme, che non limita le pubbliche amministrazioni, ma, al contrario, amplia la loro discrezionalità".

²² M. D'Alberti, *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 384, "Esiste un altro tipo di corruzione che riguarda profili oggettivi: è la degenerazione del sistema istituzionale e amministrativo in sé; in altri termini la corruzione intesa come disfacimento delle regole".

²³ Cfr. *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010; l'importanza dell'approccio non puramente repressivo, tipico del sistema penale, è stato sottolineato dalla Commissione presieduta da S. Cassese nel 1996, il cui rapporto è pubblicato in *Lotta alla corruzione*, Bari, 1998.

La corruzione nell'ordinamento italiano assume i caratteri di un “fenomeno politico-amministrativo sistemico²⁴”, che si sostanzia nel condizionamento improprio delle decisioni pubbliche²⁵. L'espressione “improprio²⁶” rende chiara l'anticipazione di tutela connaturata alla nozione di corruzione amministrativa, che non solo non richiede la commissione di fattispecie penalmente rilevanti, ma non richiede nemmeno l'illegittimità della condotta in senso ampio.

A tal proposito, è stata prospettata una distinzione tra corruzione complessa e semplice, che compongono idealmente una piramide²⁷. La prima coincide con la componente politica del fenomeno, mentre la seconda involge il tema delle decisioni amministrative²⁸.

Nel settore degli appalti pubblici, nel quale la corruzione si è ramificata e si sono consolidati meccanismi corruttivi efficaci e sofisticati, i due piani tendono a sovrapporsi, poiché si verifica una saldatura tra gli interessi del polo politico e di quello economico.

La polisemia si sostanzia in una variabilità sostanziale e formale, e il concetto stesso di corruzione tende a frazionarsi. In questa sede l'indagine si sofferma su quella che è definita,

²⁴ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 346.

²⁵ Rapporto GRECO (*Group of States against corruption*), 2011, “la corruzione in Italia è un fenomeno pervasivo e sistemico”; come rilevato da F. Merloni, *L'applicazione della legislazione anticorruzione nelle Regioni e negli enti locali tra discipline unitarie e autonomia organizzativa*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 350, “una prima accelerazione nella legislazione anticorruzione si è verificata con il Rapporto di *monitoring* del GRECO sull'Italia del 2009, che rivolgeva al nostro paese molte critiche e molte raccomandazioni tra le quali l'adozione di un piano nazionale organico di lotta alla corruzione e la configurazione di un'autorità nazionale che avesse spiccati tratti di indipendenza dal governo”. Per altro verso, si v. D.C. North, *Istituzioni, cambiamento economico, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994, “la corruzione diffusa è in sé un modello istituzionale radicato e persistente, grazie all'affermarsi di precisi vincoli informali”. A. Vannucci, *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011, 291, “le regole della corruzione si adattano plasticamente al cambiamento delle regole formali, che così incidono solo superficialmente sulla realtà del fenomeno. Se c'è l'aspettativa diffusa, la convinzione radicata che nel sistema degli appalti il ricorso alla corruzione sia modello di condotta generalizzato e vincente, allora queste regole - e non le norme di diritto amministrativo e penale - diventano la reale bussola cognitiva che indirizza inesorabilmente le scelte di tutti i soggetti coinvolti verso l'esito atteso e desiderato: la spartizione della rendita attraverso lo scambio corrotto”. Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Aoki, *Toward a comparative institutional analysis*, Cambridge-Londra, 2001.

²⁶ Cfr. ANAC, Determinazione 28 ottobre 2015, n. 12, *Aggiornamento 2015 al Piano Nazionale Anticorruzione*, la corruzione amministrativa consiste nella distrazione degli interessi generali a causa del condizionamento improprio da parte di soggetti titolari di interessi privati. E' necessario che vi sia un pregiudizio nell'affidamento dei cittadini nell'imparzialità dell'amministrazione.

²⁷ Cfr. E.U. Savona e L. Mezzanotte, *La corruzione in Europa*, Roma, 1998, 28, accanto a queste declinazioni del concetto di corruzione, è opportuno rilevare l'esistenza della corruzione rovesciata che riguarda il settore del voto di scambio.

²⁸ La tematica intercetta quella della distinzione tra grande e piccola corruzione, per la cui analisi si rinvia a L. Scomparin, *Corruzione e infiltrazione criminale negli appalti pubblici*, Torino, 2017.

nell'ambito di una tripartizione²⁹, “la cattiva pratica relativa alla domanda e all’offerta dello scambio corrotto”.

La corruzione che si annida nelle varie fasi delle procedure di appalto cessa di riferirsi alla sfera individuale del reo, a quella che è definita l’autonomia morale del soggetto e transita in una declinazione diversa, ossia in un fenomeno di natura collettiva con una proiezione parimenti collettiva.

Le distorsioni corruttive possono svilupparsi nei due rapporti di agenzia che caratterizzano i contratti pubblici, e non necessariamente in maniera alternativa. Il riferimento è al rapporto tra l’amministrazione e il fornitore e alla relazione interna, tra la stazione appaltante e il dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara³⁰.

La stazione appaltante, secondo tale impostazione, risulta essere il contraente debole del rapporto, qualora sia vittima di interferenze indebite di interessi individuali.

In questa sede, è opportuno richiamare la prospettiva elaborata dalle scienze sociali, che identifica la corruzione in “*the abuse of entrusted power for private gain*” (“l’abuso del potere affidato al fine di ottenere un guadagno personale³¹”).

²⁹ Cfr. J.F. Malem Seña, *El fenómeno de la corrupción*, in *La corrupción política*, a cura di F. Laporta e S. Alvarez, Madrid, 1997, l’Autore, sulle orme di A. Heidenheimer, *Perspectives on the perception of corruption*, in *Before Watergate: problems of corruption in American society*, a cura di R. Eisenstadt, New York, 1978, riunisce le definizioni di corruzione in tre grandi gruppi. Il primo gruppo opera un rinvio ai doveri del funzionario e alla peculiarità della funzione pubblica, il secondo all’attività contrattuale e il terzo ha come collante l’interesse pubblico. Per altra ricostruzione, la triplice prospettiva si riferisce ai contenuti della modernità, del sistema normativo vigente e della moralità. In tal senso, cfr. E. Garzón Valdés, *Acerca de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993, 26 ss.

³⁰ Cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016, 83 ss., “i contratti pubblici presentano almeno due problemi di agenzia. Il primo si riferisce ai rapporti con il fornitore; il secondo ha una dimensione interna ai rapporti tra stazione appaltante e dirigente o funzionario responsabile della procedura di gara”. In quest’ultimo rapporto, gli interessi del funzionario preposto al servizio acquisti o alla singola procedura di gara possono divergere da quelli dell’amministrazione di appartenenza. Nello specifico, per ciò che riguarda i profili corruttivi indagati in tale sede, “il pubblico agente può avere un interesse a mantenere buoni rapporti con alcune imprese partecipanti, può essere sensibile a pressioni dei vertici politici dai quali dipende la sua progressione di carriera, può essere tentato a estorcere o accettare compensi o altri vantaggi impropri”. G. Ragazzi, *Corruzione politica e corruzione amministrativa*, in *Econ. pubbl.*, 1994, 171 ss., la corruzione nella pubblica amministrazione deve essere analizzata con strumenti concettuali specifici. Inoltre, si v. R. Cavallo Perin e M. Gagliardi, *Status dell’impiegato pubblico, responsabilità disciplinare e interesse degli amministrati*, in *Dir. amm.*, 2009, 53 ss., “la tendenza a ridurre i valori deontologici ad un sinallagma dare-avere tra dipendente e datore di lavoro porta a ritenere che l’efficienza dell’amministrazione sia data dal mero raggiungimento di risultati verso il datore di lavoro, in ragione del numero di pratiche disbrigate o di prestazioni erogate, che porta inevitabilmente a trascurare l’imparziale erogazione delle stesse”.

³¹ La definizione di J. Pope, *Confronting corruption: The elements of a national Integrity System*, s.l., 2000 è richiamata da G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326. Per altro verso Y. Mény, *La*

Per altro verso, la Convenzione delle Nazioni Unite contro la corruzione, stipulata a Merida nel 2003, ha adottato il concetto di *trading in influence*, che racchiude diversi reati, al fine di coniugare le diverse sensibilità degli Stati rispetto a un tema così rilevante.

Tuttavia, con riferimento al tema dei contratti pubblici, la declinazione del fenomeno patologico-corruttivo da impiegare è “*payments to exercise discretionary powers in favor of briber*”³², che involge, in senso ampio, la tematica della discrezionalità, nella doppia - e contrapposta - accezione di possibile strumento di distorsione e di eventuale soluzione procedimentale alle derive corruttive del mercato³³.

La corruzione è “pulviscolare e come tale imponderabile e impercettibile”³⁴, e ciò è valido in misura maggiore in tema di commesse pubbliche, perché non esiste un indice affidabile e sufficientemente oggettivo, tale da poter fornire un quadro chiaro; “è un fenomeno duttile e polimorfico, che mostra una sorprendente capacità di adattamento a contesti regolativi differenti”³⁵. In altri termini, non esistono flussi di dati talmente indicativi da poter fornire un quadro oggettivo del livello di corruzione³⁶.

I dati sulla corruzione vivono di un’ approssimazione genetica dalla quale non possono essere affrancati, e con la quale si deve convivere, anche in sede di predisposizione delle

corruption de la République, Parigi, 1992, nella sua analisi fenomenologica della corruzione, prospetta quattro modelli. Tra questi, quello che viene in rilievo è la corruzione diretta all’ottenimento di una concessione o all’aggiudicazione di un appalto pubblico; questa specifica declinazione del fenomeno è uno degli indicatori più affidabili per cercare di determinare - quantomeno in via approssimativa - il livello di corruzione di un ordinamento.

³² La definizione di S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999, richiamata da F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 178.

³³ I tratti essenziali e minimi che integrano la sfumatura di corruzione investigata in questa sede sono il potere affidato, il soggetto titolare del potere, un esercizio improprio e deviato del potere e un vantaggio privato conseguito. Sul tema, cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 326; G. Napolitano, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 28 ss.

³⁴ Le definizioni sono di F. Pinto e R. Cantone, pronunciate durante il corso di aggiornamento ‘*Rifondare la cronaca nera, in particolare quella giudiziaria, distinguendo tra deontologia, interesse pubblico e gossip*’, svoltosi presso l’Auditorium RAI di Napoli, il 16 dicembre 2016. Cfr. F. Pinto, *I ladri amano il buio*, in *www.lexitalia.it*, 2016; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014, “la corruzione è il reato degli infedeli, cioè il tradimento della funzione pubblica da parte di chi dovrebbe garantirla. E’ un fenomeno multiforme, di difficile identificazione, poiché corruttore e corrotto, avendo entrambi dei vantaggi, non denunciano il patto criminoso. Per questo, pensare di combattere la corruzione solo punendo il reato è illusorio. Vi è bisogno, invece, di un insieme di misure amministrative preventive, di regole sulla incompatibilità con le funzioni pubbliche, di trasparenza e controllo civico sulle amministrazioni”.

³⁵ A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 271, la corruzione riconfigura “i propri reticoli di scambi e connivenze in relazione alle diverse strutture di incentivi istituzionali che si manifestano”.

³⁶ Sul tema, cfr. R. Cifarelli, *Corruzione “amministrativa” e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2013. Un tentativo di stimare e quantificare i costi della corruzione è fornito da L. Hinna e M. Marcantoni, *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013.

misure correttive al fenomeno³⁷. Tuttavia, se non si conosce l'entità della malattia, non si può prescrivere una cura adeguata.

Inoltre, è da rilevare che neanche i dati relativi alla c.d. corruzione percepita, forniti annualmente da *Transparency International*, risultano affidabili per tracciare un quadro chiaro, poiché sono ontologicamente soggetti a rapidi cambiamenti, non supportati da ragioni di carattere oggettivo, o comunque oggettivamente apprezzabili, e sono destinati a subire il condizionamento di fattori esogeni, quale il condizionamento legato a determinati eventi di cronaca. I dati sulla corruzione percepita hanno una limitata rilevanza con riguardo all'effettività delle misure di contrasto, anche se “siamo su un terreno in cui la percezione conta, perché ispira i comportamenti e diventa realtà futura³⁸”.

Come rilevato, sarebbe opportuno disporre di “dati meno impressionistici sugli snodi e sui luoghi in cui si sviluppa la corruzione³⁹”.

A tale indeterminatezza congenita del fenomeno, si aggiunga il dato della scarsa propensione a denunciare, e di conseguenza a far emergere, le condotte che integrano eventi corruttivi in senso ampio da parte degli agenti pubblici⁴⁰.

Gli interventi di tipo correttivo possono essere predisposti solo attraverso una capillare analisi delle aree maggiormente esposte, da operare attraverso una mappatura dei possibili rischi che mettono in pericolo il regolare svolgimento di gare pubbliche. La conoscenza approfondita del fenomeno nel suo dispiegarsi risulta essenziale per poter adeguare gli strumenti dell'ordinamento, preventivi e repressivi, alle emergenti - e non sempre individuabili - nuove forme di corruzione.

“I valori del barometro della corruzione⁴¹” in materia di affidamento di contratti pubblici sono caratterizzati da un ampio margine d'imprecisione, dovuto anche al condivisibile apprezzamento in base al quale nessuna fase della contrattazione pubblica è

³⁷ Cfr. Alto Commissario Anticorruzione, *Il fenomeno della corruzione in Italia*, in www.irpa.eu; “il livello della corruzione denunciata e giudizialmente accertata è un indicatore molto parziale, e per certi versi fuorviante, rispetto all'effettiva situazione di un ordinamento”.

³⁸ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 2, “la percezione diffusa e l'assuefazione all'illegalità possono condurre a vanificare le politiche pubbliche di settore. I costi sociali e sistemici sono di due tipi e, proprio per il loro carattere strutturale, sono anche più gravi di quelli meramente economici. Anche le conclusioni del richiamato Consiglio Giustizia e Affari interni dell'Unione Europea ammoniscono sul “*detrimental impact of corruption on values of democracy and rule of law principles*”.

³⁹ Intervista a S. Cassese, su ‘Il Foglio’, pubblicata il 24 gennaio 2017.

⁴⁰ Cfr. G. Forti, *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da “mani pulite”*, a cura di G. Forti, Milano 2003, 85 ss.

⁴¹ P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Dir. econ.*, 2015, 36.

estranea al verificarsi di eventi corruttivi⁴² e risulta pressoché impossibile monitorare ogni momento procedimentale.

La tematica della distorsione del mercato dovuta alla corruzione coinvolge direttamente gli influssi del fenomeno in esame sul valore della concorrenza⁴³. Tuttavia, è opportuno premettere che le esigenze sottese all' "economia sociale di mercato fortemente competitiva", richiamata dall'articolo 3.3 del TUE, da un lato, e quelle legate a un'ottimale assegnazione delle commesse pubbliche, dall'altro, non possono che essere composte e sintetizzate dalla legislazione in materia di contratti pubblici, cui spetta un compito indubbiamente arduo.

Il principio di concorrenza tende a scomporsi, come le norme che incidono su di esso, che alternativamente, possono riguardare la conformazione dei mercati o i comportamenti vietati perché distorsivi del confronto competitivo tra le imprese, ossia il tema approfondito in quest'analisi⁴⁴.

Sul punto, si ritiene di condividere la tesi di chi autorevolmente sostiene di rintracciare il rilievo costituzionale della concorrenza nel diritto europeo⁴⁵, e nello specifico nelle norme di principio⁴⁶. Secondo tale lettura, la pedissequa ricerca di un fondamento costituzionale

⁴² Cfr. G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327, le pratiche corruttive più diffuse nelle gare d'appalto si sostanziano in capitolati su misura per favorire determinate imprese, in abuso delle procedure negoziate in conflitti di interesse nella valutazione delle offerte, in abusi di modifiche dei termini contrattuali dopo la stipula del contratto.. Sul tema si rinvia anche a Presidenza del Consiglio dei Ministri e Ministero per la pubblica amministrazione e la semplificazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma. Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione*, 2012.

⁴³ Per altro verso, F. Di Cristina, *La corruzione*, cit., 225, "lo sviluppo di forme di concorrenza per il mercato degli appalti, utili a ridurre il grado di concentrazione e la possibile collusione tra imprese, è uno dei cardini degli interventi sistemici che le istituzioni e gli organismi internazionali considerano basilari per prevenire e combattere la corruzione. La necessità di un ruolo rafforzato dei regolatori nazionali appare, in tale contesto, necessario". Per altro verso, sul ruolo delle linee guida ANAC in relazione agli illeciti anticoncorrenziali perpetrati nel ciclo dei contratti pubblici, cfr. R. Spagnuolo Vigorita, *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in www.federalismi.it, 2017.

⁴⁴ Tale distinzione è operata da F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 26.

⁴⁵ F. Merusi, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 176 ss., "l'idea che il diritto europeo sia portatore di un principio di concorrenza e che da questo principio derivino conseguenze che investono l'intero sistema economico degli Stati membri è diffusa e data quasi per scontata".

⁴⁶ Cfr. B. Caravita di Toritto, *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in www.federalismi.it, 2017, le norme di principio hanno la stessa struttura, tanto nella Costituzionale quanto nei Trattati. L'articolo 3.3 TUE ha lo stesso valore e significato dell'articolo 2 della Costituzione. Il fondamento costituzionale - in senso sostanziale e ampio - deve essere rintracciato pertanto nella ricerca di

della concorrenza appartiene a un dibattito arretrato e, per certi versi, stantio. Deve essere spostato il fuoco della ricerca e trasposto verso le norme di principio sovranazionali, le quali, al pari delle corrispondenti norme costituzionali di principio, assolvono la tradizionale funzione di orientare legislatore e interpreti.

Accogliendo questa impostazione, è possibile estendere anche la nozione di violazione del principio di concorrenza e anticipare la soglia di tutela rispetto a comportamenti connotati da corruzione e come tali lesivi delle dinamiche del libero mercato.

In altri termini, la distorsione corruttiva nell'affidamento degli appalti pubblici non può mai essere sussunta nel novero delle "imperfezioni del mercato non dannose", che conducono alla teoria economica della concorrenza efficace, o *workable competition*⁴⁷. La corruzione altera il funzionamento del libero mercato che deve essere affrancato "dalle degenerazioni clientelari della politica e dai possibili abusi di una burocrazia infedele"⁴⁸.

La corruzione che si annida nella filiera degli atti per l'affidamento dei contratti pubblici mina l'eguaglianza tra i portatori dell'offerta, tradisce il mercato, inteso quale fitta rete di rapporti tra diversi soggetti e non nell'accezione di singole "relazioni faccia a faccia, l'io – tu di Martin Buber"⁴⁹. E' un fattore di limitazione e alterazione patologica del principio di concorrenza e della "capacità competitiva del sistema economico"⁵⁰.

un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Considerata l'impossibilità oggettiva di richiamare tutte le fonti sul tema, ci si limiterà a quelle che hanno influenzato maggiormente la trattazione. A. Police, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007; M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016, 297 ss.; S. Cassese, *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1132 ss.; G. Napolitano, *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1138 ss.; M. D'Alberti, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297 ss.; M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 71 ss.; M. Clarich, *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 737 ss.; R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.; G. Viciconte, *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2008.

⁴⁷ Secondo tale teoria economica, elaborata da J.M. Clark, *Toward a Concept of Workable competition*, in *The American economic review*, 1940, 241 ss., l'eventuale presenza di imperfezioni del mercato non sempre è dannosa, e il verificarsi di una perdita di indipendenza di un operatore non necessariamente influisce negativamente sul funzionamento del mercato. Tale posizione è richiamata da A. Police, *Tutela della concorrenza*, cit., 2 ss.

⁴⁸ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 25.

⁴⁹ G. Corso, *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 4, che richiama M. Buber, *L'io e il tu (trad. it.)*, Pavia, 1991.

⁵⁰ M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 77 ss., "se la disciplina degli appalti pubblici e le prassi delle stazioni appaltanti consentono in modo sistematico distorsioni, il risultato finale è quello di indebolire le imprese e in ultima analisi la capacità competitiva del sistema economico".

Un'ultima considerazione di carattere generale è da svolgere al fine di limitare il campo dei possibili rimedi ai fenomeni corruttivi. L'indagine svolta in questa sede è orientata alla valorizzazione delle soluzioni di matrice dinamica e procedurale, che ineriscono al c.d. incedere amministrativo in senso stretto, ma è opportuno segnalare che autorevole dottrina ha chiarito che la prevenzione della corruzione deve essere perseguita attraverso l'adozione di misure di contrasto di matrice organizzativa, da predisporre attraverso determinate scelte nell'assetto delle amministrazioni aggiudicatrici, la c.d. fase statica della procedura di gara⁵¹.

La generale permeabilità e la capacità attrattiva che esercita il settore dei contratti pubblici rispetto alle pratiche corruttive sono legate a diversi fattori immediatamente percepibili, che talvolta si sovrappongono alle cause stesse della corruzione, motivo per il quale si opta per una trattazione congiunta⁵².

2. Norme anticorruzione e codificazione a diritto costante: alla ricerca di un difficile equilibrio

Le ragioni dell'affluenza delle pratiche corruttive nella filiera delle aggiudicazioni degli appalti risiedono, in primo luogo, nelle ingenti somme di denaro implicate, a vario titolo, nello svolgimento delle gare pubbliche⁵³, che esercitano una *vis* attrattiva notevole sui fenomeni di malcostume, che finiscono così con il drenare dal sistema economico risorse di rilevante entità.

⁵¹ Sul punto, tuttavia, M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 669, "organizzazione amministrativa e procedimento amministrativo, sebbene siano concetti distinti e vivano di regole e principi apparentemente autonomi, sono tuttavia realtà giuridiche intimamente collegate, così che le norme sul procedimento e sull'azione amministrativa hanno valore organizzativo e quelle sull'organizzazione incidono sullo svolgimento del procedimento"; sul tema, si v. anche C.E. Gallo, *Legge anticorruzione e funzione amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2013.

⁵² Sul tema della vulnerabilità degli appalti, V. Ferraris, *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2017, 65 ss., "la burocratizzazione delle misure di controllo, nonché un apparato normativo complesso, poco chiaro e sovrabbondante sono percepiti come fattori di vulnerabilità cruciali. In alcuni contesti territoriali, come quello austriaco, l'uso di procedure ristrette o negoziate e il fenomeno diffuso di suddividere i contratti in lotti più piccoli al fine di rimanere sotto la soglia comunitaria sono considerati indicatori significativi di vulnerabilità".

⁵³ Nel 2013, ad esempio, il valore totale degli appalti pubblici assegnati è corrisposto al 6,7% del PIN nazionale, per un ammontare complessivo di € 105,70 miliardi. Cfr. Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, *Relazione al Parlamento per l'anno 2013*, 51. Nel 2016, tale valore ha raggiunto l'8,1% del PIL. Cfr. Ministero di economia e delle finanze, *Documento di Economia e Finanza*, 10 aprile 2016, 20.

Per altro verso, la frammentazione della domanda in capo a una platea sproporzionata di soggetti ha reso lo strumento dei controlli talvolta inutilizzabile. A tale disfunzione si è posto - almeno in parte - rimedio, con il codice del 2016, con norme in materia di aggregazione della domanda e di centralizzazione delle committenze⁵⁴, in un'ottica complessiva tesa alla razionalizzazione della spesa pubblica, su cui si tornerà in seguito.

Un posto di rilievo in questa rassegna spetta senza dubbio a quella che è stata definita “elefantiasi normativa⁵⁵”, - definita anche “ipertrofia regolamentare⁵⁶” -, per descrivere il disordine normativo legato all'iperproduzione di norme in tema di commesse pubbliche, con regimi transitori spesso diventati definitivi, e le conseguenti difficoltà riscontrate dagli operatori e dagli interpreti nell'orientarsi in questo labirinto di disposizioni⁵⁷. E' accertato che i regimi legislativi eccessivi nel numero di norme, o incoerenti nella sistematica delle disposizioni, favoriscano lo sviamento dell'interesse generale, alimentando la “corruzione delle regole⁵⁸”.

⁵⁴ Sul tema, si v. L. Fiorentino, *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 443 ss.

⁵⁵ Cfr. M. Clarich e B.G. Mattarella, *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011, 399 ss. Anche in base alla teoria economica elaborata da G. Becker, *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, 169 ss.; la corruzione è un prodotto dell'intervento del governo in economia, poiché “più regolazione si ha, più si vedrà corruzione”. Per una disamina del legame tra gli aspetti normativi della regolazione degli appalti e le opportunità di corruzione, cfr. M.G. Vivarelli, *Il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 351 ss.

⁵⁶ A. Di Mucci e D. Provvidenza Petralia, *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016, 2.

⁵⁷ R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 504, “la stratificazione e frammentazione normativa, in una con il difetto di un congruo periodo di riflessione e decantazione normativa, ha comportato il sovrapporsi di regimi transitori, il determinarsi di incertezza applicativa, l'aumento del contenzioso e dei costi amministrativi per le imprese. L'incertezza delle regole ha causato un'elevata mole di contenzioso, diviso tra giudice amministrativo per la fase di gara, giudice ordinario per la fase dell'esecuzione, giudice contabile per controlli e responsabilità dei soggetti intervenuti e giudice penale per l'eventuale repressione di reati commessi nelle more della procedura”. Cfr. R. De Nictolis, *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *www.federalismi.it*, 2016. Per un primo commento al correttivo, M.A. Sandulli, *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Primissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *www.federalismi.it*, 2017.

⁵⁸ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 347. Sul tema, cfr. G. D'Auria, *La corruzione e le leggi*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'Alberti e R. Finocchi, Bologna, 1994, 23 ss.

L'alternarsi, talvolta schizofrenico, dei regimi normativi ha condotto “alla convinzione che, fatta una legge che disponeva in un modo, bisognava aspettarsi a brevissima scadenza la legge che la revocava⁵⁹”.

Il disordine normativo irrigidisce il sistema, inducendo i cittadini a violare le regole; l'inflazione e la cattiva fattura delle leggi possono essere contrastate con alleggerimento e razionalizzazione della normativa⁶⁰.

A tal proposito, da più di un ventennio il diritto amministrativo ha sperimentato, quale reazione alla frammentazione normativa, la tecnica della codificazione a diritto costante⁶¹. Tale tecnica di normazione, di cui è partecipe anche il codice dei contratti pubblici adottato con d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, produce equilibri provvisori, realizzando micro-sistemi legislativi autonomi e indipendenti, ma si tratta di un'autonomia e un'indipendenza debole, non di sistema.

L'indagine delle cause congenite della debolezza della tecnica legislativa sono da rintracciare nel mancato sviluppo di una scienza della legislazione, e, in riferimento alla tematica degli appalti pubblici, “nella sistematica soccombenza delle preoccupazioni di ordine tecnico rispetto a quelle ordine politico⁶³”.

Le prospettive di riforma nel settore degli appalti pubblici sono sempre state permeate da un soggettivismo nelle scelte ordinanti che ha portato a testi intrisi di “una razionalità più debole, incentrati su logiche di settore, di matrice non esclusivamente giuridica⁶⁴”.

⁵⁹ Il virgolettato di P. Calamandrei, *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, 2013, 53, è ripreso da G. Manfredi, *Brevi note su contratti*, cit., 752.

⁶⁰ B.G. Mattarella, *Le regole*, cit., 41 ss.

⁶¹ Cfr. M. Ramajoli, *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 362 ss., “in un contesto generale di abbandono della forma idealtipica codificatoria, la legislazione amministrativa sta sperimentando la tecnica della codificazione a diritto costante. Tale tecnica compartecipa alla stessa logica di frammentazione del sistema che pervade l'ordinamento odierno ed è contestuale al tramonto dell'ordine codicistico classico, laddove sperimentato. Gli attuali codici settoriali, al pari delle consolidazioni rispondono essenzialmente a esigenze pratiche di semplificazione, conoscenza, riordino. Si basano su equilibri del tutto provvisori e criteri di settore. Non aspirano alla stabilità, bensì all'aggiornamento, subendo centinaia di modifiche, non sempre d'agevole ricostruzione”.

⁶² Questa modalità di codificazione, definita anche codificazione parziale o dinamica, è mutuata dal diritto francese nel quale è identificata come *codification à droit constant*. L'aggettivo costante è sintomatico di una disciplina che è caratterizzata dall'intrinseca esigenza di essere sottoposta frequentemente ad aggiornamenti. Sul tema, cfr. G. Napolitano, *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 5 ss.

⁶³ B.G. Mattarella, *La debolezza della tecnica legislativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 927 ss.

⁶⁴ Cons. St., ad. gen., parere 25 ottobre 2004, n. 10548, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 73 ss.

La suggestiva, ancorché utopica, idea secondo cui il diritto dei contratti pubblici formasse “un tutto sapientemente disciplinato e svolgentesi secondo un concetto unico informatore all’insegna della chiarezza e della brevità⁶⁵” è stata puntualmente disattesa.

Tuttavia, se per un verso si registra ormai da anni nel diritto amministrativo l’esigenza di abbandonare la sistematica tradizionale⁶⁶, di decostruire un ordine consolidato che appare non più adeguato alle esigenze da perseguire, risulta difficile individuare la tecnica legislativa adoperata per regolamentare il settore dei contratti pubblici, fortemente condizionata dall’onda emotiva generata dalle vicende di cronaca e dai condizionamenti del diritto sovranazionale.

Inoltre, si registrava una sorta d’idiosincrasia generalizzata degli studiosi di diritto amministrativo ad approfondire lo studio dei reati contro la branca dell’ordinamento oggetto dei loro studi⁶⁷.

⁶⁵ In tal senso, G.L. Broccoli, *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta*, Napoli, 1933, 5 ss, secondo tale ricostruzione era necessaria la redazione, per la parte generale, di un vero e proprio codice, e, per la parte speciale del diritto amministrativo, che includeva i contratti pubblici, di testi organici e interdipendenti. Tuttavia si tendeva a considerare il diritto amministrativo insuscettibile di codificazione, poiché “il diritto pubblico non si presta, non che a una codificazione, spesso nemmeno a una dichiarazione legislativa”. In tal senso, V.E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940. In senso difforme, G. Palma, *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (-finanziaria) all’attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull’attività economica (art. 41 Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, 2017, il codice del 2016, come quello del 2006, non ha il carattere di un classico codice, “così come è stato inteso nella lunga storia della scienza giuridica, poiché è difficile riscontrare in esso un insieme di norme tra loro coerenti e sistematizzate che realizzino una disciplina di per sé esauriente”.

⁶⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Ramajoli, *L’esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 347 ss.; “nella seconda metà del 1900 si sono persi di vista l’insieme e l’architettura del diritto amministrativo. La reazione agli eccessi provocati dal formalismo, dall’astrazione e dalla pretesa di fissità è stata la fuga dalla tensione sistematica. La scienza attuale mostra una propensione per il pensiero problematico, che promuove nell’interprete la coscienza della storicità della propria situazione e un senso più avvertito della relatività delle categorie concettuali utilizzate. Il sapere problematico fa apparire anacronistico il tradizionale sapere sistematico e la necessità che esso si porta dietro di elaborazione di una parte generale. Il *pensiero-sistema*, orientato a ragionare sulla base o all’interno del sistema di forma deduttiva, appare superato, mentre domina il *pensiero-problema*, che si mantiene in un’indagine aperta”. Per altro verso, L. Torchia, *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 315, “la garanzia del formalismo e l’efficienza del sostanzialismo hanno ambedue, sia costi, sia vantaggi, ma soccorre scegliere l’opzione migliore, sapendo che non sarà ottima”.

⁶⁷ Cfr. L. Giampaolino, *La lotta alla corruzione: da un ordinamento sezionale per i lavori e, poi, per i contratti pubblici, ad un sistema da alcuni definito “extra ordinem”*, in www.giustamm.it, 2017, 1, “già, allorché alla fine degli anni ’80, si procedette alla riforma dei reati contro la pubblica amministrazione, che sfociò poi nella legge n. 85 del 1990, fu rilevato che il mondo del diritto amministrativo e della pubblica amministrazione in generale era rimasto del tutto assente nel dibattito che riguardava proprio i reati contro la pubblica amministrazione. Fu osservato che non si rinvenivano studi o

Queste considerazioni sulla mancanza di una visione sistematica nella tecnica legislativa adottata per redigere i testi di legge in materia di contratti pubblici si ripercuotono sulle norme in essi contenute, e sulle misure anticorruzione nello specifico. La perenne - e per certi versi, mai risolta - ricerca di equilibrio tra prevenzione e repressione della corruzione⁶⁸, la collocazione delle misure anticorruptive all'interno dei diversi codici in materia di appalti pubblici e l'assenza di una prospettiva di lungo periodo nelle politiche di contrasto al fenomeno impongono una trattazione cronologica della tematica.

2.1 Un nemico fin troppo noto: la discrezionalità nell'impianto della legge Merloni e del Codice del 2006

Il tentativo di ricostruire l'evoluzione delle misure correttive alla corruzione negli appalti deve necessariamente partire dagli eventi storici, passati agli onori delle cronache giudiziarie con il nome di Tangentopoli, che hanno influenzato in maniera decisiva la disciplina successiva.

E' necessario premettere che gli sforzi compiuti dal legislatore nel predisporre sistemi finanche accurati di contrasto non hanno, non solo risolto i nodi critici legati al rapporto tra configurazione delle regole e rischi di corruzione⁶⁹, ma nemmeno individuato i criteri minimi che devono orientare tale normativa. In tal senso, è impossibile rintracciare un indirizzo unitario nei principi ispiratori delle riforme, che hanno oscillato incessantemente, senza alcuna logica fondata su equilibri di lungo periodo, tra la prevenzione e la repressione, tra il considerare la discrezionalità quale primo fattore di corruzione, per poi riabilitarla nel ruolo di baluardo della legalità.

L'unico tratto caratterizzante che ha accompagnato i diversi impianti normativi è la mancata individuazione di un capo o di un titolo interamente dedicato alle norme anticorruzione, che sono disseminate nelle singole disposizioni. Appare arduo stabilire se tale circostanza sia frutto di una precisa scelta normativa o sia legata a fattori di convenienza posti a presidio di ben altri valori rispetto a quelli che si vogliono tutelare con le norme indagate in questa sede.

scritti o comunque approfonditi interventi di cultura di diritto amministrativo in questa problematica dei reati contro la P.A. che pur presentava, per la sua intima natura, tanti aspetti ed argomenti di competenza propria del diritto amministrativo o, comunque, attinente agli studi dell'organizzazione e dell'azione della pubblica amministrazione".

⁶⁸ Per una ricognizione storica del tema, si consenta di rinviare a A. Algostino, *Prevenire o reprimere? Un dibattito parlamentare di fine Ottocento*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 509 ss.

⁶⁹ In senso conforme, cfr. F. Di Cristina, *La corruzione.*, cit., 181.

Lo strutturato impianto di corruzione svelato dalle indagini giudiziarie aveva condotto alla promulgazione della legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni, ispirata dal clima di sfiducia generalizzato nei confronti delle stazioni appaltanti, delle imprese e, più in generale, nei confronti del sistema di affidamento delle commesse pubbliche⁷⁰.

Tale testo di legge, ispirato ai principi di trasparenza e tempestività dell'azione amministrativa, era contraddistinto da due convinzioni, rivelatesi errate nel tempo, che ne caratterizzavano la struttura.

In primo luogo, era radicata l'idea che i fenomeni corruttivi si annidassero maggiormente nella fase dell'aggiudicazione. Come dimostrato dai rilievi operati dalla soppressa Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici⁷¹, ogni singola tappa della procedura ad evidenza pubblica è permeabile a pressioni di tipo corruttivo, a partire dalla fase dell'individuazione dei fabbisogni e della programmazione dell'intervento⁷².

La fase più critica, poiché meno soggetta ai paradigmi della trasparenza e dei controlli, risulta essere quella dell'esecuzione, estremamente vulnerabile a influenze esterne di matrice corruttiva, che si concretizzano attraverso l'utilizzo improprio delle proroghe o dei rinnovi,

⁷⁰ L. Giampaolino, *La lotta alla corruzione*, cit., 3 ss., “ed allorché si dovette affrontare la grave evenienza di eclatanti scandali riguardanti la materia degli appalti pubblici e che fu catalogata sotto il nome di “Tangentopoli”, si scelse di individuare il rimedio, più che nell'esercizio dell'azione penale, in una riforma organizzativa e funzionale del settore con l'obiettivo di ridare vigore e dignità, in questo ambito, all'amministrazione, ricostituendo quelle istanze e quelle misure che l'avrebbero resa capace di trovare al suo interno rimedi e sanzioni alle sue disfunzioni, come era detto nella relazione al disegno di legge che poi divenne la legge 11 febbraio 1994, n. 109, la c.d. legge Merloni.”

⁷¹ Sul ruolo dell'AVCP, si v. L. Giampaolino e L. Ponzone, *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008, 706 ss.

⁷² G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 327 ss., nella fase della programmazione dell'intervento la corruzione può manifestarsi attraverso la redazione di bandi su misura, predisposti appositamente per le caratteristiche di una determinata impresa; G.M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2007, 112, “la corruzione è risultata particolarmente diffusa nel settore dei contratti pubblici per l'inefficienza che ha caratterizzato ogni fase del *public procurement cycle*, dalla definizione dei fabbisogni fino al termine dell'esecuzione”. Per altro verso, per un'analisi economica dei costi legati alla corruzione negli appalti, cfr. O. Bandiera, A. Prat e T. Valletti, *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009, 1278 ss. Sul tema, cfr. N. Stansbury, *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Transparency International. Global corruption report*, 2015, 36 ss., “durante la fase di pianificazione e di progettazione la corruzione può risultare nell'avvio di progetti che sono sovradimensionati, sopravvalutati, o nell'approvazione di progetti che sono inutili. In certi casi, i progetti sono concepiti soltanto come uno strumento per la corruzione e non avrebbero superato la fase di pianificazione senza tale motivazione”.

o mediante l'istituto delle c.d. varianti in corso d'opera⁷³, che possono modificare, anche in maniera sostanziale, il contenuto del contratto, vanificando talvolta l'intera fase ad evidenza pubblica⁷⁴.

A tal proposito, è condivisibile il rilievo secondo il quale i fenomeni collusivi e corruttivi sono stati favoriti dalla separazione dell'operazione economico-contrattuale in due parti, che si riflette nelle differenti giurisdizioni poste a presidio delle distinte fasi⁷⁵, separazione che non ha assicurato legalità all'intero sistema.

La iper-regolamentazione della fase dell'aggiudicazione, assoggettata a obblighi stringenti di trasparenza e pubblicità, non ha limitato il proliferare dei fenomeni corruttivi ma ha provocato una migrazione degli stessi verso altre fasi - soggette a controlli più

⁷³ La manipolazione di tipo corruttivo della fase dell'esecuzione dei contratti pubblici può rivelarsi attraverso negoziazioni di contratti aggiudicati o nell'ampia categoria dei contratti di subappalto, legato alla discrezionalità, che spesso sfocia in arbitrio, nella scelta dei subcontraenti. Il tema involge in senso ampio quello della tutela della concorrenza nella fase dell'esecuzione, sul quale, cfr. R. Cavallo Perin e G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione*, cit., 325 ss.; "empiricamente si è rilevato che la gara non sempre riesce ad assicurare un'effettiva concorrenza tra le imprese se l'offerta risultata vincente non sia stata correttamente adempiuta, non importa se per effetto di interessi collusivi tra l'amministrazione e l'aggiudicatario, oppure per mancanza di un efficace controllo sull'esecuzione contrattuale ed ancora prima per una incoerente ed inadeguata redazione dei capitolati". Sul tema, si v. G.M. Racca, R. Cavallo Perin e G.L. Albano, *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011, 89 ss., "a losing bidder's right to fair competition during the selection phase could be violated in the case of any unforeseeable change in the contract conditions during the execution phase. This theory is supported by the Court of Justice, which maintained that material amendments are modifications outside of the scope of the awarded contract that bidders could not have reasonably anticipated at the time of the original award and might have led to participation by a different set of bidders and, possibly, to a different winning bidder. Losing bidders have a right to fairness and competition under mandatory European and national rules. More egregious and fairness violations can render a contract ineffective. Material amendments, outside the scope of the contract, preclude other bidders from taking part in competitions for the award of a new, different contract. In accordance with the recent directive, this is one of the scenarios that can lead to the ineffectiveness of a contract". G.M. Racca e R. Cavallo Perin, *Material amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption*, in *European Procurement & Public Private Law Review*, 2013, 286 ss. Come sinteticamente rilevato da V. Ferraris, *La vulnerabilità*, cit., 79, "le autorità aggiudicatrici sembrano dimenticare del contratto dopo averlo firmato e raramente controllano le prestazioni di un appaltatore". Sul punto, G.M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 137, "le nuove direttive europee sui contratti pubblici, innovando il previgente sistema, introducono talune disposizioni anche sulla fase di esecuzione del contratto per assicurare la tutela della concorrenza, che risulterebbe vanificata ove le condizioni dell'offerta aggiudicataria non venissero rispettate durante l'esecuzione contrattuale. Le modificazioni sostanziali in sede di esecuzione, non solo risultano illegittime, ma sono oggi sanzionate dalla previsione europea della nullità in quanto equivalgono alla stipulazione di un nuovo contratto senza l'espletamento di una gara pubblica dunque senza la necessaria pubblicità e trasparenza".

⁷⁴ Cfr. F.J. Vazquez Matilla, *The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency*, in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G.M. Racca e C.R. Yukins, 2014, 275 ss.

⁷⁵ Sul tema, in senso ampio, si v. A. Police, *La tutela giurisdizionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007, 749 ss.; F. Satta, *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014, 1643 ss.

deboli, poiché informate da un paradigma della concorrenza meno intenso - del rapporto tra l'amministrazione e le imprese.

In secondo luogo, la legge del 1994 - e per certi versi l'assunto vale anche per il Codice del 2006 - era legata all'idea che la discrezionalità fosse di per sé fonte di corruzione, ragion per cui era necessario intervenire con norme volte a irrigidire le procedure di selezione del contraente⁷⁶. Tali normative riflettevano la preoccupazione predominante di vincolare la procedura di scelta del contraente a una preventiva programmazione delle opere e, più in generale, di eliminare formalmente qualsiasi margine di discrezionalità dell'agente pubblico⁷⁷.

Sotto tale aspetto, è stato dimostrato che privare la pubblica amministrazione del potere discrezionale, che ad essa è connaturato, determina perdita di efficienza dell'intera filiera della decisione pubblica e non elimina le distorsioni corruttive del mercato⁷⁸. Secondo tale teoria, predeterminare in maniera rigida la scelta della pubblica amministrazione, riguardo a contratti sulle cui qualità e caratteristiche la stazione appaltante patisce uno svantaggio informativo⁷⁹, si rivela una scelta legislativa che conduce a fenomeni che in economia sono definiti di "selezione avversa"⁸⁰. Secondo tale teoria, calata nel

⁷⁶ Da un punto di vista economico, la necessità di limitare la discrezionalità e il potere dell'amministrazione è sostenuta da R. Klitgaard, *Controlling corruption*, Boston, 1991.

⁷⁷ Si v. C. Pasut, *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005.

⁷⁸ G. Fidone, *Lotta alla corruzione*, cit., 760, "l'esperienza dimostra che la rigidità della regolazione dei contratti pubblici non ha contrastato in alcun modo il dilagare della corruzione, che costituisce ancora una grave patologia nella contrattualistica pubblica italiana. Negli ultimi anni, in Italia, sono emersi importanti fatti di corruzione legati alla realizzazione di opere pubbliche. Il riferimento è alle opere di Expo Milano 2015 e a quelle volte alla realizzazione del Mose di Venezia, ai fatti di 'Mafia Capitale' a Roma. Tali fenomeni inducono a riflettere sul generale problema della corruzione negli appalti pubblici e sulle azioni del Legislatore, volte a contrastare tale fenomeno". G.D. Comporti, *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007, 231 ss., rileva che c'è una costante nell'approccio che in Italia ha caratterizzato la regolazione delle attività contrattuali: la diffidenza nei confronti della discrezionalità. Sul tema, cfr. M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 676, "l'aver fatto leva sulla rigidità e sull'oggettività del procedimento ha finito per costruire un filtro insuperabile ad ogni indagine, così che ogni patto scellerato con cui si concordasse in anticipo l'illegittimo transito di informazioni creava, grazie allo schermo formale del rispetto del rigore procedimentale, un ostacolo alla verifica sostanziale di ciò che in concreto era accaduto".

⁷⁹ Sul tema delle asimmetrie informative tra amministrazione e fornitore, cfr. M. Clarich, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici*, cit., 83 ss.; F. Saitta, *Appalti e contratti pubblici: commentario sistematico*, Padova, 2016.

⁸⁰ Sul tema, cfr. G. Fidone, *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013.

contesto dell'aggiudicazione delle commesse pubbliche, surrogare la discrezionalità amministrativa con modelli standardizzati genera effetti negativi sull'intera fase di scelta⁸¹.

Per l'aggiudicazione di appalti complessi è opportuno ricorrere a procedure flessibili, affinché le stesse si rivelino strumento utile per colmare le lacune cognitive della stazione appaltante e far giungere la stessa a una decisione informata. La flessibilità deve essere intesa quale possibilità per l'amministrazione di avvalersi di procedure di selezione del contraente che prevedano un confronto negoziale costante con il mercato, per colmare il divario cognitivo esistente, garantire l'utente finale (*rectius* cittadino comune) dai rischi di cattiva selezione e orientare l'amministrazione verso una valutazione consapevole e ragionevolmente ponderata⁸².

La necessità di vincolare - e per certi versi comprimere - l'azione amministrativa nella scelta del contraente privato avrebbe dovuto preservare l'affidamento di lavori pubblici da qualsiasi rischio di alterazione corruttiva e agevolare il ruolo svolto dall'istituto dei controlli⁸³.

⁸¹ C. Colosimo, *L'oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011, 65 ss., "la disciplina previgente era pervasa dal timore che la stazione appaltante potesse esercitare la sua discrezionalità per colludere con la controparte contrattuale in danno della concorrenza e del mercato. Per prevenire decisioni discriminatorie e abusi delle stazioni appaltanti, si era quindi giunti ad adottare un modello regolatorio di tipo *command and control*, caratterizzato dall'imposizione di norme minuziose, utili a descrivere dettagliatamente le procedure di aggiudicazione e a lasciare all'amministrazione un margine di scelta irrisorio".

⁸² G. Fidone, *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. Cartei, Torino, 2013, 136 ss., "nell'aggiudicazione degli appalti esistono per la pubblica amministrazione rischi ulteriori rispetto a quelli di scegliere un cattivo contraente o una cattiva offerta (che potrebbero definirsi rischi di cattiva selezione). Il riferimento è, in particolare, al rischio di collusione tra amministratori e imprese e ad eventuali pratiche di aggiustamento pilotato delle gare. Tali distorsioni, peraltro, possono trovare origine in un rapporto asimmetrico (oltre a quello esistente tra committente e appaltatore), quello tra amministratori e collettività amministrata. Nell'ambito di esso, un vantaggio informativo dei primi può causare fenomeni di azzardo morale a scapito della seconda: in buona sostanza, in assenza di adeguati controlli e approfittando dei margini di discrezionalità loro concessi, gli amministratori potrebbero perseguire il proprio interesse e favorire un concorrente. Ebbene certamente una procedura più flessibile e con un ampio margine di discrezionalità per l'amministrazione può presentare un aumento di tale ultima categoria di rischio. Quando vi sia un forte asimmetria informativa a svantaggio dell'amministrazione, ricorrere a una procedura rigida può presentare svantaggi. Così facendo, infatti, la pubblica amministrazione si obbligherebbe a chiamare le offerte sulla base delle conoscenze che già possiede e si priverebbe della possibilità di aumentare le sue informazioni sul bene offerto dai concorrenti in corso di procedura. Evidentemente, se tali informazioni sono carenti è alto il rischio che la gara possa condurre a fenomeni di selezione avversa"; D. Della Porta, *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992, la selezione avversa determina un sistema ad alta densità di corruzione o di corruzione ambientale.

⁸³ Sul tema, cfr. L. Giampaolino, *La lotta alla corruzione*, cit., 2017, la recessione del principio di legalità nell'azione amministrativa, a favore dei principi di efficienza e tempestività e, quindi, del

Nella prospettiva del legislatore dell'epoca si poneva la necessità di operare un equilibrio tra “due ordini di valori irrinunciabili, ma in parte confliggenti: rigore, trasparenza, imparzialità da un lato; flessibilità, informalità, celerità delle procedure dall'altro⁸⁴”. Si riteneva di dover garantire la massima trasparenza⁸⁵ attraverso regole rigide e automatismi valutativi, invece di cercare di sintetizzare tutti i principi in gioco attraverso norme di raccordo e strumenti flessibili.

La legge del 1994 ha inoltre previsto un sistema articolato di accertamenti e monitoraggio di cui era titolare l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, istituita proprio con la legge in questione.

Tale normativa ha determinato una chiusura protezionistica del mercato delle commesse pubbliche, tradendo le spinte pro-concorrenziali di matrice europea, senza peraltro far registrare risultati significativi sul versante dell'impatto della corruzione.

In seguito, la promulgazione delle direttive comunitarie 17 e 18 del 2004 si poneva l'ambizioso obiettivo di comporre in un unico testo di legge i principi di flessibilità, concorrenza, trasparenza e relativi corollari. Inoltre, la direttiva 2004/18/CE conteneva uno specifico richiamo alla tutela dell'ordine, della moralità e della sicurezza pubblica, connessa al pericolo di infiltrazioni criminali e di corruzione.

Tuttavia, il testo di legge di recepimento, il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, non ha recepito gli strumenti di regolamentazione flessibile previsti in via programmatica dalle direttive, “congelati ad opera di un decreto legge e, in seguito, disattesi dal primo e dal secondo correttivo decreto correttivo al codice⁸⁶”.

buon andamento ha provocato la recessione del sistema dei controlli, specie quelli esterni, svolti in posizione di terzietà, controlli ritenuti formali, sino alla loro sostanziale abolizione per interi settori dell'ordinamento, come nel caso degli enti locali. Questo attutirsi della percezione del principio di legalità come bene in sé, seppure a favore di altri principi, pur parimenti da perseguire e parimenti costituzionalmente tutelati, e, conseguentemente, l'avversione, quasi di principio, agli strumenti dei controlli o di analoghi rimedi avvertiti soprattutto quali intralci, non poco ha contribuito all'allentamento del senso del rispetto delle regole, con riflessi, ci sembra, anche, sullo stesso spessore professionale e, sia consentito rilevarlo, morale dei soggetti operanti”.

⁸⁴ M. Clarich, *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002, 1400 ss., la *par condicio* tra le imprese che aspirano a stipulare contratti con l'amministrazione appaltante deve essere perseguita attraverso procedure che non devono attribuire all'amministrazione alcun margine di discrezionalità.

⁸⁵ M. Dugato, *Organizzazione delle amministrazioni*, cit., 668, “la trasparenza non costituisce un valore in sé”; per un'analisi critica della scelta del legislatore di limitare la portata della trasparenza amministrativa alla sola pubblicazione sui siti istituzionali, cfr. M. Savino, *Le norme in materia di trasparenza amministrativa e la loro codificazione*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pellissero, Torino, 2013.

⁸⁶ R. De Nictolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 504.

Il codice dei contratti pubblici, emanato nel 2006, “ha deluso le notevoli aspettative che si sono erano accompagnate alla sua promulgazione: non è riuscito, infatti, per una serie di ragioni anche indipendenti dal dato testuale, né ad apportare miglioramenti alle procedure di affidamento in termini di efficienza, né tantomeno ad impedire fatti di corruzione, anche eclatanti, che hanno interessato alcune grandi opere⁸⁷”.

La prima ragione di tale affermazione è da rinvenire nel disordine normativo dovuto al sovrapporsi disordinato, e talvolta non controllabile, di regimi normativi e disposizioni settoriali, che come visto, si rivela essere terreno fertile per eventi di corruzione⁸⁸. I numerosi interventi di normazione integrativa hanno condotto la dottrina a definire il codice “una disciplina *in progress*⁸⁹”.

A ciò si aggiunga una notevole produzione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia UE e del Consiglio di Stato che talvolta, invece di rendere il contesto normativo chiaro, ha contribuito a complicarlo.

Tale confusione legislativa ha giustificato il ricorso frequente a normative speciali e a regimi derogatori, al di fuori di quelli previsti per legge, soprattutto riguardo alla realizzazione di grandi opere⁹⁰.

⁸⁷ R. Cantone, *Audizione nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni)*, in *www.anticorruzione.it*, 2015.

⁸⁸ M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 436 ss., come rilevato, “si trattava, in origine, di un testo relativamente sintetico, composto da 257 articoli e vari allegati. Nel corso del successivo decennio il testo iniziale del Codice del 2006 è stato significativamente aumentato per effetto di tre decreti correttivi e di decine di modifiche occasionali, inserite nelle più svariate leggi, a carattere per lo più frammentario e particolare. Non ci sono cifre certe del numero di integrazioni e modifiche. Sul testo hanno inciso sei regolamenti dell'UE. Al Codice si è poi aggiunto il Regolamento di esecuzione e attuazione (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). Del quadro normativo degli appalti pubblici facevano inoltre parte varie discipline “speciali”, come per gli appalti per i beni culturali, la difesa e la sicurezza; nonché un certo numero di disposizioni delle risalenti leggi di contabilità dello Stato (neanche adesso del tutto abrogate). Ed ancora le leggi di regioni speciali e delle Province autonome, numerose malgrado i noti limiti alle loro competenze legislative in materia”.

⁸⁹ G. Palma, Conclusioni al convegno ‘*Anticorruzione e trasparenza negli enti locali*’, svoltosi a Torre del Greco, il 19 aprile 2016.

⁹⁰ Emblematico è il caso delle opere appaltate per l'evento Expo Milano 2015, per la realizzazione delle quali le ordinanze del Presidente del Consiglio e successivamente una legge *ad hoc* hanno introdotto la possibilità di derogare a circa 85 articoli del codice del 2006. Sul tema, Cons. St., Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, con nota di F. Peirone, *L'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940 ss. Sul tema, cfr. B. Barmann, *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 78 ss; M. Fiocca e G. Montedoro, *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb e app.*, 2004, 1132 ss.

Per altro verso, il diffondersi della “cultura dell'emergenza”⁹¹ per l'affidamento di lavori pubblici connotati da particolari urgenze, in quanto tali impermeabili ai controlli ordinari, ha reso i processi decisionali particolarmente esposti a eventi di corruzione.

In un quadro normativo così frastagliato, l'opinione pubblica ha espresso pieno apprezzamento per l'opzione del ddl 1678/2014 che, nel recepire le direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, ha deciso di riscrivere integralmente il codice dei contratti pubblici, invece di procedere all'ennesima interpolazione e revisione di un testo ritenuto, dagli operatori del settore, non più adeguato⁹².

Tale disamina storica si rende necessaria al fine di apprezzare l'evoluzione dei percorsi corruttivi e dei relativi rimedi, anche se si ritiene di condividere il rilievo secondo cui “questa ormai è storia passata e non conviene indugiare su di essa potendo affiorare un sentimento mesto di sterile rammarico per le occasioni mancate, per il rifiuto alle proposte avanzate, per il disconoscimento e lo snaturamento ed, infine, la cancellazione di quanto, pur con tanta fatica, si era riusciti a costruire, per l'abbattersi, infine, su di esso, di nefaste evenienze”⁹³.

2.2 Il Codice del 2016 e le misure di contrasto “fuori dalle gare”

La lunga e complessa attuazione delle tre direttive UE del 2014, avvenuta con il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ha innovato il quadro delle fonti normative in tema di contratti pubblici, collocando il nuovo codice in un contesto normativo profondamente mutato e caratterizzato da un rinnovato senso comune di contrasto alla corruzione.

Dapprima, la legge 6 novembre 2012, n. 190, recante “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione”⁹⁴, ha

⁹¹ D. Della Porta e A. Vannucci, *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994, 66 ss., la nozione di emergenza ha subito, nel corso del tempo, un significativo “stiramento del concetto”.

⁹² M.P. Chiti, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 438; “la legge 11/2016 ha offerto al Governo l'alternativa tra un modello semplificato di recepimento delle direttive seguito dal riordino complessivo della disciplina vigente per i contratti pubblici ed il modello di intervento unitario sia per l'attuazione delle direttive che per il riordino. Opportunamente il legislatore delegato ha utilizzato il secondo modello, adottando un unico decreto e così evitando il sovrapporsi temporaneo di più normative, fonte di incertezze interpretative e di blocco delle procedure contrattuali”.

⁹³ L. Giampaolino, *La lotta alla corruzione*, cit.

⁹⁴ Cfr. S. Foà, *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb e app.*, 2013, 293 ss. Sul tema della prevenzione, cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 123 ss., “la trasparenza, nel senso di pubblicità delle informazioni, è indubbiamente un ottimo strumento per prevenire il malcostume, soprattutto per quanto riguarda l'uso di risorse pubbliche”;

previsto, tra gli altri, un regime di pubblicità su determinati dati inerenti aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, ha ampliato il novero dei reati che conducono alla risoluzione unilaterale del contratto e ha disposto l'obbligatorietà delle *white list*⁹⁵.

In seguito, il decreto legge 4 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114, ha previsto una serie di disposizioni relative alla lotta alla corruzione, che hanno inciso sull'organizzazione amministrativa, attraverso la soppressione della Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici⁹⁶ e l'attribuzione delle relative funzioni all'Autorità nazionale anticorruzione⁹⁷, "dando evidenza semantica alla riconosciuta sistematicità del fenomeno"⁹⁸. La legge del 2014 ha riconosciuto per la prima volta l'importanza nodale rivestita dalla fase dell'esecuzione dei contratti, attraverso la previsione della trasmissione all'Autorità anticorruzione delle c.d. varianti in corso d'opera.

Lo stesso d.lgs. 50 del 2016 prescrive la necessità che la qualificazione delle stazioni appaltanti sia subordinata al controllo di determinati requisiti premianti, tra i quali la valutazione positiva dell'ANAC in ordine ad attuazione di misure di prevenzione dei rischi di corruzione e promozione della legalità.

L'articolo 42 obbliga le stazioni appaltanti a prevedere misure per contrastare le frodi, i potenziali conflitti di interesse e i rischi di corruzione nell'aggiudicazione degli appalti per prevenire qualsiasi distorsione della concorrenza.

Inoltre, sono previste misure di contrasto alla corruzione legate alla soglia di anomalia delle offerte e alla commissione di specifici reati.

In un'analisi ad ampio raggio è possibile individuare un impianto normativo corposo, che appare ampiamente adeguato alle esigenze da perseguire, composto dalle misure

C. Mazza, *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2017, 83 ss.

⁹⁵ Cfr. J. Buggea, *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014, 675 ss.

⁹⁶ L'istituzione dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici si è rivelata inadeguata a causa di diversi fattori: limitata legittimazione, contrapposizione con altri poteri, ridotta collaborazione con altre autorità. Sul punto, cfr. D. De Grazia, *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013, 155 ss.

⁹⁷ Cfr. F. Di Cristina, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1023 ss. Sul ruolo istituzionale in senso ampio, cfr. F. Garri, *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008. F. Di Lascio e B. Neri, *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 454 ss.

⁹⁸ G.M. Racca, *Dall'Autorità sui contratti pubblici*, cit., 349.

generali anticorruzione, definita la disciplina “fuori dalle gare”⁹⁹, ma ad esse applicabile, a cui si aggiunge una normativa specifica per la contrattualistica pubblica.

Tuttavia, sull'eccessivo interesse dedicato al tema della corruzione nel corpo del codice del 2016, si ritiene di condividere l'opinione di chi, autorevolmente, ha sostenuto che “la disciplina dei contratti pubblici è scritta dall'angolo visuale della corruzione, ciò che fa perdere di vista gli altri obiettivi, la legislazione degli ultimi anni è sostanzialmente ispirata al principio del sospetto generalizzato, che è l'anticamera dell'autoritarismo”¹⁰⁰.

La limitazione (*rectius* privazione) della discrezionalità, la coercizione dell'azione amministrativa nella fase di selezione del contraente non solo non si è rivelata una strategia efficace di contrasto alla corruzione, ma ha generato inefficienza e rallentamenti dell'intera operazione per l'affidamento di commesse pubbliche.

Lo sforzo, che talvolta si è trasformato in ossessione normativa, di individuare gli strumenti di contrasto al fenomeno corruttivo in precetti normativi, e quindi di cercare una soluzione esterna all'incedere dell'azione amministrativa, ha allontanato e dissuaso la riflessione legislativa dalla ricerca di una soluzione interna, di tipo procedimentale.

Un impianto normativo, per quanto particolareggiato possa essere, non può definire ogni aspetto dei rapporti giuridici, il che implica il riconoscimento dell'autonomia dell'amministrazione e la necessità di preservare l'elasticità della “zona grigia del potere amministrativo”¹⁰¹.

Inoltre, nell'ordinamento italiano, gli strumenti di contrasto alla corruzione si presentano come “un *patch-work* confuso, una rete piena di rattoppi e smagliature, comunque incapace di corrispondere alla variabilità degli eventi, a necessità e situazioni che cambiano nel corso del tempo”¹⁰².

La soluzione di tipo procedimentale consiste in una declinazione ottimale della discrezionalità¹⁰³, “autentico assillo per la cultura giuridica”¹⁰⁴, che deve essere orientata al

⁹⁹ G. Fidone, *La corruzione e la discrezionalità*, cit., 337 ss., “inefficienza e corruzione sono due mali diversi che vanno combattuti con gli opportuni diversi rimedi. La corruzione deve essere combattuta senza rinunciare a priori all'efficienza dei contratti, attraverso misure che non limitino la discrezionalità amministrativa nelle procedure di affidamento, ingessando le regole della gara”. Sul tema, cfr. A. Vannucci, *Inefficienza amministrativa e corruzione. Elementi per un'analisi del caso italiano*, in *Riv. trim. scienza amm.*, 1997, 29 ss.

¹⁰⁰ Intervista a S. Cassese, su ‘Il Foglio’, pubblicata il 24 gennaio 2017.

¹⁰¹ M. Ramajoli, *A proposito della codificazione*, cit., 353.

¹⁰² G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 934.

¹⁰³ Sul tema, F. Cortese, *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012.

¹⁰⁴ S. Cassese, *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444.

raggiungimento della scelta ottimale per l'amministrazione e il cittadino, e deve essere posta al riparo da eventuali derive corruttive.

3. Discrezionalità multilivello: una soluzione di matrice procedimentale

La necessità di declinare la nozione polisemica di discrezionalità¹⁰⁵ è un corollario diretto della naturale “multipolarità del potere amministrativo¹⁰⁶” e la diversa sfumatura assunta dal potere amministrativo dipende dal ruolo ricoperto dai diritti da bilanciare nel caso concreto. Il diritto amministrativo si dirige sempre più verso un ruolo di garante della concorrenza e, in questa rinnovata concezione del potere pubblico, la discrezionalità deve necessariamente essere “scrutinata secondo gli elastici parametri della ragionevolezza e della proporzionalità¹⁰⁷”.

“L'intensità della discrezionalità amministrativa, polarizzata attorno ai due estremi *auction* o *negotiation*, varia rispettivamente dal minimo al massimo con limitate estensioni intermedie, senza la previsione di una terza via¹⁰⁸”. La declinazione ottimale del potere discrezionale, per un contrasto di matrice procedimentale alla corruzione, deve essere ricercato proprio in quelle sfumature mediane, che oscillano tra i due poli menzionati.

Tuttavia, è stata evidenziata la differenza tra le discipline amministrative di settore volte a regolare l'attività di impresa, rispetto alle quali, in genere, concorrenza e

¹⁰⁵ Già E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949, 449 ss., individuava cinque significati diversi di discrezionalità: discrezionalità sovrana, discrezionalità amministrativa pura, tecnica, di carattere suppletivo e discrezionalità come apprezzamento condotto alla stregua di criteri desumibili dalla coscienza sociale e quindi extragiuridici.

¹⁰⁶ S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 769, “i tre fattori chiave del concetto di discrezionalità risiedono nelle nozioni, tra loro variamente collegate, di libertà, vaghezza del diritto e conferimento di un potere”. La vaghezza del diritto, in relazione al tema indagato in questa sede, corrisponde all'idea degli “elementi imprecisi” che devono essere riempiti di significato dalla stazione appaltante, evocata da V. Cerulli Irelli, *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463 ss.

¹⁰⁷ G. Tropea, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 131 ss. Per altro verso, cfr. A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 3 ss., secondo cui la fattispecie legale che fonda l'esercizio del potere lecito da parte dell'autorità è sempre integrata da clausole generali estremamente elastiche, quali ragionevolezza e non discriminazione.

¹⁰⁸ M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità, dialogo competitivo e il nuovo promotore*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011, 145 ss., “la domanda è se l'alternativa tra *auction* o *negotiation*, con la possibilità in entrambi i casi, comunque, di inserire meccanismi operativi di discrezionalità, possa esaurire le soluzioni percorribili o se, invece, in ragione delle caratteristiche del contratto da affidare non si debba guardare ad un terzo possibile percorso”.

discrezionalità sono concetti antitetici (si pensi al *favor* generalizzato del diritto europeo per le autorizzazioni vincolate), e il caso dei contratti pubblici, rispetto ai quali la buona discrezionalità non è nemica della concorrenza, anzi ne costituisce un incentivo¹⁰⁹.

La discrezionalità non rappresenta un concetto tecnicamente neutrale, ma è un concetto “spesso¹¹⁰”, nel quale non si può separare l’aspetto fattuale da quello valutativo.

La tendenza del legislatore a limitare la discrezionalità amministrativa nei confronti delle attività economiche¹¹¹ - e, di converso, a implementare e rafforzare il processo di semplificazione¹¹², privilegiando moduli di autoamministrazione¹¹³ - è pienamente in linea con l’evoluzione del ruolo delle norme che regolano i contratti pubblici, transitate dall’essere previste in funzione dell’interesse pubblico, al divenire regole in materia di tutela della concorrenza¹¹⁴.

¹⁰⁹ Si v. M. Clarich, *Contratti pubblici e concorrenza*, in *www.astrid-online.it*, 2015.

¹¹⁰ B. Williams, *L’etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, 1987, 157 ss., rievocato da S. Civitarese Matteucci, *Funzione, potere amministrativo*, cit., 739 ss., i concetti spessi rappresentano quei termini morali, che per essere compresi, presuppongono l’immedesimazione da parte dell’interprete in un ruolo di tipo valutativo.

¹¹¹ G. Napolitano e M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009, 231 ss., “nel decidere quanta discrezionalità attribuire alle amministrazioni, pertanto, il legislatore è chiamato ad una complessa ponderazione: da un lato, vi sono i benefici, in termini di scelte appropriate e informate, che derivano dall’attribuzione di un’ampia sfera decisionale alle amministrazioni competenti; dall’altro vi sono le perdite, dal punto di vista distributivo, che possono derivare da scelte compiute arbitrariamente o in base a preferenze personali dei funzionari pubblici”.

¹¹² Sul tema, cfr. P. Lazzara, *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2012; M. Calabrò, *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte*, in *Dir. econ.*, 224, “la semplificazione non rappresenta un bene in sé, bensì acquisisce valore nella misura in cui da strumento per conseguire risultati ulteriori in termini di miglior perseguimento di uno o più interessi pubblici”, tale considerazione assume valore nodale per il tema indagato in questa sede. In ordine al legame tra semplificazione e competitività del paese, si v. T. Bonetti, *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, 179 ss.

¹¹³ P. Duret, *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004.

¹¹⁴ F. Trimarchi Banfi, *Il principio di concorrenza*, cit., 17 ss., “la legislazione amministrativa recente viene presentata come guidata dal principio di concorrenza, cui l’opinione dominante riconosce l’attitudine a promuovere il benessere collettivo. La parola concorrenza evoca scenari di razionalità nel metodo e di progresso economico nel risultato. L’ordine della concorrenza non si presenta come un mezzo tra altri, pure ipotizzabili, per promuovere il benessere economico e si identifica, piuttosto, con quest’ultimo. L’attitudine del mezzo a raggiungere il fine ne fa tutt’uno con il fine. La razionalità intrinseca al metodo della concorrenza gli assicura una posizione privilegiata quando si ragiona di politiche pubbliche: il principio di concorrenza ha dalla sua l’autorità che gli deriva dalla natura delle cose, osservata e tradotta in leggi dalla teoria economica dei mercati di concorrenza”. In senso conforme, cfr. L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 341 ss., l’Autore rileva “la spiccata ed intensa tendenza del diritto amministrativo – e della riflessione dottrinale su di esso – verso quei temi che confermano il modificarsi della struttura profonda della relazione tra autorità, società e ruolo del diritto pubblico che cessa di essere strumento di limitazione e controllo del potere e si dirige,

Per altro verso, la tensione verso una piena applicazione del principio di legalità - e la predisposizione di misure di contrasto alla corruzione si colloca pienamente in tale scia - rende la presenza del potere discrezionale potenzialmente eversiva¹¹⁵.

E' opportuno operare una distinzione tra discrezionalità intesa quale potere astratto, diretto a eterointegrare il precetto normativo, di cui è titolare la pubblica amministrazione in senso ampio, e la discrezionalità esecutiva¹¹⁶, di cui è titolare il singolo responsabile della procedura, che è fisiologicamente soggetta a pericoli di abuso di potere e collusione. Tra l'altro, quest'ultimo concetto sembra rievocare la "discrezionalità nei mezzi"¹¹⁷ delle scelte amministrative, qualora vi sia un ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato e altri interessi esterni.

Per eliminare dall'area delle soluzioni possibili quelle connotate da fattori corruttivi, o che in essi trovano giustificazione, è opportuno che l'attività amministrativa si ponga all'esito di una ponderazione ragionevole, equilibrata e lecita. Per assicurare ciò, è opportuno che la scelta amministrativa sia consapevolmente orientata, per evitare che la discrezionalità si riveli una delega in bianco per le stazioni appaltanti.

Come autorevolmente sostenuto, si tratta di "rendere trasparente il ragionamento giuridico, e ciò al fine di raggiungere una tendenziale consensualizzazione da parte della comunità alla fase di formazione delle scelte discrezionali, per giungere a una desoggettivizzazione del potere e a un suo radicamento nei valori di solidarietà"¹¹⁸

Tuttavia, anche la trasparenza delle decisioni della stazione appaltante, che pur si colloca tra gli strumenti più efficaci di contrasto alla corruzione, si pone tra le misure

invece, verso la funzionalizzazione alla garanzia della concorrenza e quindi all'organizzazione delle società delle istituzioni nelle maglie delle regole economiche".

¹¹⁵ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 311 ss.

¹¹⁶ La definizione è di G.D. Comporti, pronunciata durante la tavola rotonda, F. Liguori, M. Ramajoli, G.D. Comporti e P. Chirulli, *I contratti pubblici nel nuovo codice. La flessibilità e l'eccesso di regolazione*, svoltosi all'Università degli Studi di Napoli Federico II, l'1 febbraio 2017.

¹¹⁷ L. Benvenuti, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 284 ss.; "al centro delle discussioni soprattutto amministrativistiche intorno alla discrezionalità, si è affermato che la differenza consisterebbe nel fatto che nel caso di un'unica alternativa tra due possibilità esisterebbe solo una ricerca da parte dell'interprete dei fini incorporati nella norma attributiva, mentre nel caso di esistenza di una possibilità di scelta tra più mezzi alternativi vi sarebbe un più ampio margine di valutazione tra l'interesse predeterminato dalla norma imprecisa e altri interessi ad essa esterni. Ciò è stato talora giustificato come una conseguenza del fatto che, consistendo le operazioni valutative in una complessa opera di ponderazione tra le varie soluzioni che soddisferebbero i singoli interessi e le conseguenze, volute o no, che le diverse soluzioni potrebbero produrre sul piano della realtà storica, solo in presenza di un margine libero di scelta tra più mezzi o tra più modalità dell'azione per il caso concreto si verificherebbe l'incidenza di interessi non direttamente previsti dalla norma nella fase dinamica della decisione".

¹¹⁸ L. Benvenuti, *La discrezionalità*, cit., 295.

eteroimposte, anche alla luce della tendenza legislativa, interna e europea, degli ultimi trenta anni¹¹⁹. La visibilità delle singole fasi della gara pubblica è un obbligo che deve essere ottemperato, ma non incide in alcun modo sul “farsi” della decisione amministrativa, sull’incedere critico che orienta le scelte della stazione appaltante.

Le soluzioni alle deviazioni corruttive dell’azione amministrativa prospettate in questa sede presuppongono l’adesione alla tesi della mutua esclusione tra consenso e potere, secondo la quale, in qualunque potere, si rinviene un nucleo decisionale intangibile, estraneo al diritto e quindi sostanzialmente libero¹²⁰.

¹¹⁹ Sul tema, per tutti, cfr. A. Police, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell’esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, 35 ss.; la rinnovata cultura di visibilità ha squarciato il velo di mistero che ha sempre circondato l’esercizio del potere autoritativo. Inoltre come rilevato da A. Pajno, *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2015, 228 ss., “Per quanto paradossale possa sembrare, occorre riconoscere che un discorso sulla trasparenza incontra oggi una serie di significative difficoltà. La prima - e più generale - riguarda lo stato dell’amministrazione pubblica, almeno per il modo in cui esso viene percepito non dagli addetti ai lavori, ma dai cittadini e dagli *opinion makers*: mentre i giuristi si affannano a spiegare l’importanza delle nuove disposizioni introdotte con la legge n. 190 del 2012 e con il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33 con riferimento alla trasparenza, l’opinione pubblica continua a ritenere il mondo della burocrazia, anche nel suo rapporto con la politica, come il luogo in cui regnano la confusione e le inefficienze e la macchina amministrativa come la responsabile principale, se non l’unica, di una vera e propria ragnatela del non fare che sembra rendere inarrestabile il processo di affondamento dell’economia italiana. In questa prospettiva l’amministrazione in tutte le sue manifestazioni è descritta come un “ragno velenoso”, che, mentre impone le sue regole asfissianti al corpo sociale, blocca, coadiuvata dalle magistrature amministrative, ogni possibilità di rovesciare il *trend* di espansione della spesa pubblica e delle tasse. In una situazione così descritta, in cui prevale una “ragnatela normativa”, che soffoca la società e serve alla autoriproduzione degli apparati burocratici, parlare di trasparenza come strumento di lotta alla corruzione può sembrare, nella migliore delle ipotesi, un *wishful thinking*, e nel concreto, un modo di non dire come stanno realmente le cose. Non a caso, sulla stampa vengono ricordati, come tragico esempio di «proliferazione di norme ingarbugliate che appaiono prive di scopo», gli interventi amministrativi in quel ramo che potremmo chiamare industria della lotta agli abusi. La seconda, non meno rilevante, difficoltà riguarda lo stesso moltiplicarsi dei discorsi sulla trasparenza. Questi hanno l’indubbio pregio di mettere in luce gli aspetti nuovi della complessa disciplina che la riguarda: tuttavia la stessa copiosità (e talvolta, occasionalità) degli interventi rischia di compromettere un approccio sistemico e, con esso, una più meditata comprensione del fenomeno, con il paradosso che l’eccesso incontrollato di informazioni sulla trasparenza può provocare, quella “opacità per confusione” che della trasparenza costituisce l’esatto contrario. La terza difficoltà ha un carattere più strutturale, e riguarda quella che può essere definita una certa indeterminatezza dell’oggetto e, comunque, il continuo e progressivo mutamento di esso, con la conseguente difficoltà di stabilirne il contenuto specifico”. Sul tema della trasparenza, in relazione al FOIA, cfr. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell’arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.federalismi.it*, 2017; M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 593 ss.; S. Villamena, *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in *www.federalismi.it*, 2016; B.G. Mattarella, *Legge anticorruzione: un’attuazione a regola d’arte per un impianto normativo ancora da perfezionare*, in Guida al Diritto de ‘Il Sole 24 ore’, 2013; G. Gardini, *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all’informazione amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875.

¹²⁰ La teoria è elaborata da A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 124 ss, “la discrezionalità, sospesa tra legittimità e merito, è individuata come la nozione che segna il

La discrezionalità conserva un'area sottratta a qualunque condizionamento giuridico, in cui le norme, e più in generale l'ordinamento, assumono portata recessiva, e nella quale intervengono altri fattori ad orientare l'agire pubblico, per evitare lo stesso che degeneri in corruzione o sviamento patologico di altro tipo.

3.1 La discrezionalità strumentale come potere a geometria variabile

Tra “il lato buono¹²¹” e “il lato oscuro¹²²” della discrezionalità si collocano una serie di condotte che non integrano la fattispecie penale di corruzione, ma che sono suscettibili di alimentare le c.d. reti di scambio occulto.

L'ampiezza del potere discrezionale della pubblica amministrazione, nelle singole fasi dell'evidenza pubblica, gode della massima estensione nella fase della selezione del contraente e tende a dissolversi, ma mai a scomparire del tutto, nella fase dell'esecuzione del contratto.

Una lettura particolarmente interessante, legata all'impostazione del bando di gara, è quella che valorizza il dato della discrezionalità “strumentale¹²³”, in ordine alla previsione di poter “inasprire” i requisiti soggettivi di partecipazione e i criteri di valutazione delle offerte in una fase successiva. La discrezionalità strumentale definisce un *set* di regole autovincolanti ma allo stesso tempo costituisce una strategia di negoziazione dell'amministrazione; si rivela un potere “regolatorio e decrescente¹²⁴”.

limite oltre il quale, le pur ampie recenti revisioni della specialità del diritto amministrativo non riescono a spingersi”.

¹²¹ C. Cudia, *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 494.

¹²² A. Vannucci, *Il lato oscuro*, cit., 265 ss.

¹²³ Sul tema, cfr. P. Portaluri, *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 91 ss., “la discrezionalità rappresenta un potere di scelta che attiene al merito dell'azione amministrativa, giustificato dall'esigenza di garantire all'amministrazione l'affidabilità tecnica, morale e finanziaria dei partecipanti. Dalla necessità di ancorare la valutazione della serietà di un'impresa non solo a elementi definiti dalla normazione generale, ma anche a criteri più aderenti alle esigenze specifiche e concrete sottese alla singola procedura, così da precisare i contorni e quindi tutelare meglio l'interesse pubblico alla selezione del miglior contraente possibile. La stazione appaltante è tuttavia tenuta a indicare nel bando in modo chiaro i requisiti di partecipazione richiesti e le modalità di redazione delle offerte, al fine di evitare che sia compromesso il principio di libera concorrenza. Questo potere incontra un limite sensibile: la fissazione di requisiti e parametri di valutazione aggiuntivi rispetto a quelli minimi di legge deve essere esercitato in modo non discriminatorio, logico, ragionevole e proporzionato rispetto all'oggetto dell'appalto”. La finalità è quella di garantire un “buon controllo sui processi reali dell'economia”.

¹²⁴ S. Vinti, *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tutela dei principi*, Padova, 2002, 1195 ss. Sul tema, per le implicazioni giuridiche, cfr. F. Fracchia, *Finanza di progetto: profili di diritto amministrativo*, in *Project financing e opere pubbliche*, a cura di F. Fracchia e G.F. Ferrari, Milano, 2004, 64 ss. Infine, si v. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit.,

Questa declinazione della discrezionalità delle stazioni appaltanti si sostanzia nella possibilità di prevedere requisiti e parametri aggiuntivi rispetto a quelli minimi previsti per legge e risponde alla duplice esigenza di individuare il miglior *partner* contrattuale e rendere più trasparente l'operato della stazione appaltante.

Proprio in quest'ultima accezione, la flessibilità di cui gode la stazione appaltante nel predisporre il bando di gara può essere indirizzata all'individuazione di misure di contrasto alla corruzione, ulteriori rispetto a quelle imposte dal dato normativo. Peraltro, la previsione di cautele contro i fenomeni corruttivi sarebbe pienamente compatibile con i limiti che la discrezionalità strumentale non deve violare, ossia la lesione ingiustificata della concorrenza, la quale, al contrario, sarebbe maggiormente tutelata.

Un'interessante soluzione, applicabile tuttavia solo alle forme di PPP contrattualizzato, che con il d.lgs 18 aprile 2016, n. 50 hanno trovato consacrazione legislativa, è da rintracciare nella c.d. discrezionalità strategica¹²⁵.

Tale declinazione della natura delle scelte amministrative, che nasce per consentire all'amministrazione di adattare le proprie richieste a ciò che il mercato offre attraverso un flusso di informazioni continuo e ininterrotto tra settore pubblico e privato, e consentire all'amministrazione di rideterminare continuamente lo stesso interesse pubblico¹²⁶, può essere utilizzata per individuare eventuali rischi di fonte corruttiva.

In questo modello, la valorizzazione del paradigma collaborativo durante l'intera fase della negoziazione può consentire all'amministrazione di assorbire nel proprio bagaglio cognitivo gli strumenti per individuare in anticipo fattori o rischi di corruzione.

In sintesi, la discrezionalità strategica - definita "un potere crescente, il carattere irriflesso dell'amministrazione¹²⁷" - consente alla stazione appaltante di rideterminare continuamente le proprie esigenze in relazione alle informazioni acquisite, e non pare illogico poter usufruire di tali dati anche per affrontare le patologie corruttive.

3.2 Equità e etica amministrativa: la necessità di pervenire a una discrezionalità responsabile

159 ss., per un'analisi della strategia di contrasto ai rischi derivanti dalle scelte dell'amministrazione e il ruolo svolto dalla discrezionalità strumentale.

¹²⁵ Cfr. M. Ricchi, *Negoaction, discrezionalità*, cit., 154 ss.

¹²⁶ G.D. Comporti, *Lo stato in gara*, cit., 279, l'amministrazione deve essere "diffidente verso atteggiamenti mentali inflessibili e regole valide in ogni caso".

¹²⁷ P. Michiara, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005, 377 ss.

L'esigenza di rinvenire una soluzione al fenomeno corruttivo al di fuori del dato normativo, legata anche all'insuccesso dei tentativi effettuati dal legislatore nel corso degli ultimi venticinque anni, impone di trasporre il piano della ricerca su un piano extragiuridico, che involge temi quali l'etica amministrativa e la morale, intesi anche quali corollari, o semplici sfumature, del concetto di equità, "tema oggetto di un consistente ostracismo¹²⁸" nel diritto amministrativo.

La discrezionalità può rivelarsi, alternativamente, una possibile risorsa per eventi corruttivi o uno strumento virtuoso di cui sono titolari amministrazioni oneste¹²⁹, da dirigere attraverso la promozione di valori etici e morali, incorporabili attraverso il prisma dell'equità.

Il dibattito sul tema dell'equità nel diritto amministrativo¹³⁰ - che non può essere indagato in questa sede in maniera analitica - non ha avuto, almeno originariamente, sviluppi significativi ed è stata condizionata da una iniziale presa di posizione di

¹²⁸ L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 374 ss.

¹²⁹ S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999, 20 ss.; la discrezionalità, se non intesa quale mera tecnicità basata su principi scientifici e politicamente neutrale, si può rivelare lo strumento più adeguato di contrasto al malcostume diffuso. "Il crescente impegno gestionale e decisionale delle burocrazie statali richiede una maggiore facoltà di assumere decisioni autonome da parte dell'agente pubblico: in questa contraddizione tra dovere di dar conto e crescita di discrezionalità è riassunto un dilemma fondamentale dei sistemi amministrativi contemporanei. Incompletezza dei contratti e asimmetrie informative costituiscono i fattori strutturali, solo in parte controllabili, che spiegano la possibilità di deviazioni e di transazioni improprie. Questi fattori sono alla radice della discrezionalità dell'agente pubblico e della possibilità che questi ha di usare opportunisticamente e occultamente tale discrezionalità per obiettivi privati contro l'interesse dell'amministrazione stessa. E in virtù di questa ineliminabile, seppur variabile, discrezionalità che l'agente può abusare della sua autorità".

¹³⁰ Senza pretesa di esaustività, cfr. F. Cammeo, *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924, 16 ss.; U. Forti, *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, 85 ss.; F. Merusi, *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, 359 ss.; "l'equità è la causa *efficiens* per giungere all'identificazione di principi generali non scritti, integrativi della disciplina legislativa"; G. Bottino, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004; L.R. Perfetti, *Diritto a una buona amministrazione ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 789 ss. secondo cui l'equità è stata combattuta aspramente per oltre due secoli proprio per la sua capacità strutturale di rinviare a regole esterne alla legge, con la pretesa di integrare o modificare il dato normativo. Per l'analisi delle ragioni della diffidenza del diritto amministrativo nei confronti del tema, cfr. S. Cognetti, *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993, 286 ss. Infine, è da rilevare la posizione di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 303, per il quale l'equità impone alla pubblica amministrazione l'osservanza di norme non giuridiche e tuttavia obbligatorie.

Cammeo¹³¹, secondo cui l'equità era "ammissibile per regolare le facoltà discrezionali dell'amministrazione¹³²".

L'equità consente di trasporre la ricerca delle soluzioni, anche in tema di corruzione, da un piano giuridico a uno extragiuridico, attraverso principi che integrano la disciplina legislativa di matrice positiva, ma che sono esterni ad essa. Si riconduce l'equità "all'eterointegrazione del sistema quale attività discrezionale, nella quale emerge l'interesse del soggetto ad ottenere un giudizio che vada oltre i precetti della legge formale¹³³".

L'equità, che ha strutturalmente carattere polisemico¹³⁴, specie se calata nel diritto amministrativo, in questa analisi è concepita quale strumento di rinvio a concezioni etiche o morali¹³⁵. L'equità è la forza etica che realizza il diritto e lo accompagna in ogni sua manifestazione¹³⁶; inoltre, "quando si dice equità si vogliono significare le esigenze della moralità¹³⁷".

L'obiettivo perseguito è di avvalorare l'idea secondo cui l'equità richiami un ideale di giustizia che la legge non è in grado di assolvere¹³⁸, ponendosi quale strumento di

¹³¹ Sul tema, in senso ampio, cfr. F. Merusi, *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 413 ss.

¹³² F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914; l'interesse per l'equità nasce dall'intento di commisurare istituti e principi di teoria generale elaborati dalla dottrina civilistica con la nuova materia amministrativa, per saggiarne l'estensibilità al diritto amministrativo e metterne in rilievo gli eventuali tratti differenziali. Tratto differenziale dell'equità nel diritto amministrativo rispetto all'equità nel diritto privato consisteva nel fatto che, in diritto privato l'equità muove dal concetto di uguaglianza, in diritto pubblico, dalla prevalenza dell'interesse statale. Sul rapporto tra equità e discrezionalità, cfr. R. Resta, *Equità e discrezionalità nella pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di M. De Francesco*, Milano, 1957, 721 ss.

¹³³ F. Petrillo, *L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti*, in *Riv. int. Filosofia dir.*, 1991, 349.

¹³⁴ Cfr. M.S. Giannini, *L'equità*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1931, 39 ss.; l'equità può essere interpretata come bonomia, clemenza, temperamento degli effetti della norma, semplice esigenza logica o rinvio a convinzioni morali, etiche, filosofiche o religiose.

¹³⁵ Per un approccio al tema, cfr. A. Casu, *Etica e diritto*, in *Rass. Parl.*, 2016.

¹³⁶ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 140 ss.

¹³⁷ M. Marinoni, *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, Milano, 1914, 481 ss.

¹³⁸ In senso conforme M. Golden e L. Picci, *Corruption and the management of public works in Italy*, in *International Handbook of economic corruption*, a cura di S. Rose-Ackerman, 2006, il caso italiano mostra come le giuste leggi siano di per sé insufficienti a impedire che la corruzione diffusa prenda piede. In senso contrario, si pone l'idea secondo cui occorrerebbe limitare al massimo ogni richiamo all'equità, perché essa sarebbe nemica della giustizia; sul tema, si consenta di rinviare a A. Schopenhauer, *Sul fondamento della morale*, Torino, 1961, 353. In senso critico, L.R. Perfetti, *Discrezionalità amministrativa*, cit., 387 ss.; "il contrasto tra equità e legalità appare più presunto che reale e dipende in modo decisivo dalla nozione di equità in senso giuridico che si assume. Poiché possa condursi un discorso giuridico sull'equità, essa dovrà essere intesa come clausola generale, attraverso la quale l'ordinamento legale si estroflette e si riferisce ad una regola giuridica non legale. Non sembra inopportuno vedere nell'equità una di quelle clausole generali che operano in modo

risoluzione del fenomeno corruttivo, superando anche il dualismo tra prevenzione e repressione, che risulterebbero sintetizzate in un valore superiore.

D'altronde, come autorevolmente rilevato quasi un secolo fa, l'equità consente di introdurre nell'ordinamento "norme che originano in parte dai principi generali della legislazione, ma in parte anche dal complesso delle idee morali, sociali ed economiche che in un dato popolo e in un'epoca determinata si considerino le migliori per regolare i rapporti umani e costituisce alcunché di comunemente accettato"¹³⁹.

In questa trattazione l'etica è concepita nella sua dimensione sociale, una sorta di etica collettiva, che però può essere declinata in termini di etica pubblica o amministrativa (*ethics in government*¹⁴⁰ o *administrative ethics*). Tale prospettiva è legata all'idea secondo cui "risiede nella perversione morale l'origine di ciò che, con una sineddoche che confonde causa ed effetto, è conosciuto nel linguaggio comune come corruzione"¹⁴¹.

I primi studi sull'etica pubblica risalgono al volume pubblicato nel 1880 sul servizio civile britannico, incentrato sulla tesi secondo cui fosse moralmente raccomandabile la difesa della professionalità¹⁴².

estroflesso, richiedendo l'integrazione del comando legale attraverso il rinvio a regole dell'ordine giuridico della società".

¹³⁹ G. Vitta, *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 95. In senso contrario, G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 255 ss.; "il diritto in genere e quello amministrativo in specie devono essere considerati come un complesso di comandi emanati dallo Stato. L'equità non è fonte del diritto più che non lo siano l'interesse pubblico, l'opportunità, la natura delle cose, la necessità, l'urgenza poiché né da per sé esprime una norma giuridica (fatto di produzione giuridica), né, tantomeno, costituisce un atto di produzione giuridica poiché altrimenti occorrerebbe dimostrare che esiste nel nostro ordinamento in principio espresso o sottinteso, per il quale un organo o un ente pubblico è legittimato a porre in essere norme aventi il loro esclusivo fondamento nell'equità nel senso che, ove ricorrano ragioni di equità, quell'organo o soggetto venga automaticamente investito del potere di formulare norme giuridiche".

¹⁴⁰ J.S. Bowman, *Ethics in Government: A National Survey of Public Administrators*, in *Public administration review*, 1990, 345 ss.; P.A. French, *Ethics in Government*, Canada, 1983.

¹⁴¹ J. González, *Corrupción y justicia democrática*, Madrid, 2000, 97 ss.; "la depravazione morale è la causa di ogni condotta illecita, in quanto essa precede la materializzazione delle distinte fattispecie giuridiche, politiche o economiche".

¹⁴² Si v. D.B. Eaton, *Civil service in Great Britain: a history of abuses and reforms and their bearing upon American politics*, New York, 1880. Per una rassegna storica degli studi in tema di etica amministrativa, T.L. Cooper, *The emergence of administrative ethics as a field of study in the United States*, in *Handbook of administrative ethics*, a cura di T.L. Cooper, New York, 2000. E. Etzioni-Halevy, *Exchanging material benefits for political support: a comparative analysis*, in *Political corruption*, a cura di J. Heidenheimer, New Brunswick, 1997, sostiene che il livello di corruzione è una variabile dipendente dal basso livello di professionalità del servizio civile. M. Villoria Mendieta, *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, 2000; "insieme al controllo giudiziario e giuridico, è necessario inculcare negli impiegati pubblici la comprensione del dovere, che include elementi ideologici e professionali, una subordinazione degli interessi personali a quelli della cittadinanza ed un senso di lealtà al ruolo del servitore pubblico". Ad opinione di J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, 1971, gli impiegati

Il dibattito sull'etica pubblica e sulla "moralità amministrativa" in Italia ha radici antiche e nel corso degli anni ha mutuato in parte le suggestioni sul dibattito maturate dalla dottrina francese¹⁴³.

L'etica pubblica¹⁴⁴, nella ricostruzione autorevole della dottrina italiana, consiste nell' "agire di ogni pubblico agente nell'esercizio delle funzioni che gli sono affidate, con disciplina e onore, con imparzialità nei confronti del pubblico e attraverso un'azione che nel suo complesso si pone al servizio esclusivo della Nazione, cioè della collettività medesima"¹⁴⁵.

"L'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica"¹⁴⁶ e richiama quella che, nella letteratura internazionale e in senso ampio, è definita *integrity*¹⁴⁷.

La questione dell'etica pubblica è legata indissolubilmente alla nozione, elaborata dalla dottrina pubblica tedesca, della *regulierte selbstregulierung*¹⁴⁸ (letteralmente, autoregolazione

pubblici nella loro azione quotidiana devono coniugare l'efficienza amministrativa con la difesa delle categorie più deboli e l'azione degli amministratori pubblici ha permesso una riduzione degli effetti della disegualianza, orientando l'azione amministrativa ai criteri di giustizia ed equità sociale. In senso parzialmente difforme, J. Rohr, *To run a Constitution: the legitimacy of the administrative State*, Lawrence, 1986, rileva che gli impiegati pubblici non devono essere guidati da valori partitici, né da criteri politici generali che non siano quelli espressi dalla Costituzione. La risposta alla necessità di una formazione etica di questi impiegati non si rinviene nella psicologia umanista o nelle teorie della filosofia politica o morale, ma nella Costituzione e nei suoi valori. "I funzionari pubblici si convertono, in tal modo, in un Senato permanente che materializza la Costituzione".

¹⁴³ Cfr. L. Dubouis, *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Parigi, 1962.

¹⁴⁴ Cfr. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica*, cit., 35 ss.

¹⁴⁵ V. Cerulli Irelli, *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010, 90 ss., "apparati anche non corrotti possono nel loro concreto funzionamento, e anche nel comportamento dei singoli agenti, non rispondere nella loro azione ai principi dell'etica pubblica". Per una lettura pretoria, cfr. Cons. St., Sez. IV, 30 maggio 2001, n. 2959, in *Foro amm.*, 2001, 1155, "il pubblico dipendente si deve comportare conformemente all'etica professionale, cui è correlato il senso morale e dell'onore e tra i comportamenti censurabili vanno inclusi non solo quelli tenuti nello svolgimento del servizio, ma anche quelli che, seppure estranei al servizio, sono in qualche modo lesivi del prestigio e del decoro dell'amministrazione". Sul tema, si v. anche R. Cavallo Perin, *L'etica pubblica come contenuto di un diritto degli amministrati alla correttezza dei funzionari*, in *Al servizio della nazione: etica e statuto dei funzionari pubblici*, a cura di F. Merloni e R. Cavallo Perin, Milano, 2009, 159.

¹⁴⁶ D.F. Thompson, *The possibility of administrative ethics*, in *Public administration review*, 1985, 555 ss.

¹⁴⁷ F. Patroni Griffi, *Battere la corruzione*, cit., 4, "la centralità dell'etica pubblica ci riporta al concetto, che ritroviamo nella letteratura internazionale e nelle politiche nazionali e OCSE, di *integrity*: le politiche sull'integrità ricomprendono trasparenza, etica pubblica e prevenzione dei fenomeni di corruzione. In modo da indurre un intervento di tipo sistemico sul versante della prevenzione della corruzione". Sul tema della *public integrity*, cfr. J.S. Bowman, *Ethical frontiers in public management*, New York, 1991; J.S. Bowman, *Ethics in Government: From a winter despair to a spring of hope*, in *Public administration review*, 1997.

regolata) che involge la tematica dei codici di condotta¹⁴⁹, dei protocolli e delle *best practices*, che possono essere adottate con profitto come misure anticorruzione, intese quali precauzioni ausiliarie rispetto alla degenerazione delle condotte degli incaricati di funzioni pubbliche e quali espedienti di moralizzazione dell'*agere* pubblico, anche in relazione ai contratti pubblici.

Per non tradire il richiamo operato in precedenza alla nozione di equità, l'analisi verte sulle modalità attraverso le quali l'etica pubblica può orientare la discrezionalità delle stazioni appaltanti e non si sofferma sui codici di condotta, i quali, qualora siano approvati con legge, presuppongono il rispetto di un dato normativo¹⁵⁰.

¹⁴⁸ H. Stockaus, *Regulierte Selbstregulierung im europäischen*, Heidelberg, 2015.

¹⁴⁹ Sul tema, cfr. G. Sirianni, *Etica pubblica e prevenzione*, cit., 927 ss., “una spirale virtuosa deve contrapporsi alla spirale corruttiva. Ai disposti legislativi si aggiungono le regolamentazioni interne, le consuetudini, le convenzioni, le prassi. Tutti questi strumenti, quali risultanti da una stratificazione storica spesso incoerente, in una prospettiva di promozione dell'etica pubblica del personale politico, dovrebbero essere oggetto di una manutenzione assidua e di un aggiornamento costante, nel quadro di una azione coerente unitaria, ispirata a valori e principi costituzionali adeguatamente bilanciati, perseguita col concorso delle molteplici forme in cui la rappresentanza politica si esplica, generando *status* differenziati”; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. “codici etici” delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319 ss.; S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999; R. Finocchi, *I codici di condotta*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'Alberti e R. Finocchi, Bologna, 1994, 133 ss.; B.G. Mattarella, *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 275 ss.; E. Carloni, *Il nuovo Codice di comportamento ed il rafforzamento dell'imparzialità dei funzionari pubblici*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 377 ss.

¹⁵⁰ P. Ballardore Pallieri, *Diritto costituzionale*, Milano, 1970, 445 ss.; accogliendo un approccio di segno giuspositivista, “non si tratterebbe di doveri propriamente detti, o per meglio dire di principi provvisti di una reale consistenza normativa, ma di valori metagiuridici, ideali o addirittura di proclamazioni retoriche”. Sul punto, cfr. B.G. Mattarella, *Si moltiplicano i codici di condotta su base volontaria o previsti per legge*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 Ore*, 1995, 4 ss., la codificazione *latu sensu* etica è diretta a coordinare, attraverso forme regolative più blande rispetto al dato normativo, valori costituzionali diversi potenzialmente confliggenti. “Attraverso gli strumenti della codificazione etica in senso ampio, si perseguono finalità e valori di rango costituzionale, senza porre rigidi vincoli e limiti esterni a condotte, che spesso sono diretta articolazione di diritti e libertà fondamentali. La previsione di uno specifico codice etico può avvenire per legge, ma possono aversi codici che, valorizzando la loro dimensione più puramente morale, nascono e si pongono su una linea autonoma rispetto all'ordinamento giuridico statale”. I conflitti etici causati dalla collisione di determinati diritti fondamentali, così come la complessità etica e tecnica associata all'implementazione di certe norme giuridiche richiede una capacità che va oltre quella dei pubblici poteri. Si deve anche osservare che il livello di precisione delle norme tecniche o dei codici etici è superiore alle normali fattispecie legali; Comité de Gestión Pública, *La ética en el servicio público*, Madrid, 1997, “la crescente complessità e individualizzazione delle società hanno generato strutture sociali più difficili da comprendere insieme a norme e valori ampiamente divergenti. L'indeterminazione delle norme non si arresta alle porte del servizio pubblico.”; L. Sacconi, *Economia, etica e organizzazione. Il contratto sociale dell'impresa*, Roma-Bari, 1997, un codice etico può essere definito come “un insieme coerente di norme morali che regolano un'organizzazione”; E. Carloni, *Ruolo e natura dei c.d. “codici etici”*, cit., 321 ss., “si è assistito, a partire dalla prima parte degli anni Novanta, alla proliferazione di strumenti normativi volti a indicare agli appartenenti ad un'organizzazione o agli esponenti di una categoria, i *boni mores*. Le possibili chiavi di lettura del

La distinzione tra regole morali positivizzate in una disposizione e etica amministrativa, intesa quale criterio guida per le amministrazioni, è sintetizzata magistralmente da un filosofo tedesco: “la coscienza morale comanda obbedienza senza avere la prova che il comando sarà eseguito, la coscienza non può convincere né costringere. La responsabilità penale è la più personale e la più inalienabile delle proprietà umane, è incondizionata e illimitata¹⁵¹”.

Le disposizioni che costituiscono la c.d. costituzione morale, tra le quali integrità personale, etica e lealtà organizzativa, possono risultare elementi ininfluenti o fattori rilevanti - variabilità legata alla carenza di *vis* precettiva di tali principi – la cui incidenza è legata alla presenza di determinate condizioni ambientali. Il contrasto alla corruzione deve

fenomeno sono molteplici: ai codici di condotta si ricorre tanto per codificare l'esistente, quanto per stabilire norme nuove. Vi si ricorre, ancora, quando cresce il divario tra norme e comportamenti reali, o per agevolare il rispetto delle leggi, o per integrare norme consuetudinarie insufficienti. I codici etici sono ascrivibili a un modello regolativo di carattere generale, di codificazione etica in senso ampio, entro il quale rientrano anche fenomeni quale quello della codificazione deontologica. Il permanere di un malcostume diffuso entro la dimensione amministrativa e burocratica, ma anche la crescente necessità, in un contesto politico sociale in cui vanno perdendosi sempre di più le regole condivise, quali regole esse sì di 'buona condotta', impone la necessità di nuovi interventi rivolti alla (ri)costruzione dell'*ethos* del funzionario, come anche spinge alla riscoperta degli strumenti di cui il nostro ordinamento già si era dotato. Si tratta di raccolte di disposizioni, rivolte in particolare a regolare l'area grigia della condotta amministrativa, nella quale la dimensione etica delle scelte e dei comportamenti individuali è molto forte, ed in cui il raccordo tra funzione pubblica da perseguire e interessi privati del funzionario è particolarmente delicato. I codici etici sono formulati come supporto alla decisione, ed alla valutazione interna esterna alla condotta, vale a dire in termini positivi, che non quali divieti e obblighi”; D. Della Porta e A. Vannucci, *Corruzione*, cit., 481 ss., le norme contenute nei codici etici mirano a innescare l'interiorizzazione di valori e la creazione di meccanismi virtuosi nella condotta dei funzionari pubblici; Sul tema, cfr. S. Cassese, *I codici di condotta*, in *Documenti giustizia*, 1994, 1371 ss.; Dipartimento della funzione pubblica, *I codici di condotta. Proposta e materiali di studio*, Roma, 1993. Per un'analisi su scala transnazionale del tema, cfr. A. Stark, *Public sector conflict of interest at the federal level in Canada and the U.S.: differences in understanding and approach*, in *Public administration review*, 1992, 427 ss.; C.W. Lewis, *Ethics codes and ethics agencies: current practises and emerging trends*, in *Ethics and public administration*, a cura di H.G. Frederickson, New York, 1993, 136 ss. In una prospettiva ampia, sul rapporto tra etica e codificazione delle regole di condotta, cfr. S. Stacca, *La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla cd. autodisciplina: in particolare il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 507 ss., “attraverso la codificazione delle regole di condotta riconducibili a gruppi organizzati si assiste al passaggio dell'etica nella dimensione giuridica. Con la codificazione si assiste alla progressiva attribuzione della rilevanza giuridica a precetti prima affidati alla coscienza individuale del singolo. K. Kernaghan, *La promozione dell'etica del servizio del servizio pubblico. La via dei codici*, in *Il nuovo governo locale*, 1955, 29 ss., un codice etico è una dichiarazione di principi e standard comportamentali relativi alla corretta condotta dei funzionari pubblici”.

¹⁵¹ Z. Bauman, *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, 254 ss.

essere condotto attraverso la declinazione di tali valori in “obbligazioni dell’onestà¹⁵²” o “incentivi etici¹⁵³”.

L’obiettivo sistemico che si intende raggiungere attraverso l’istituzionalizzazione dell’etica amministrativa è il miglioramento del clima morale di una determinata istituzione, al fine di implementare e recuperare la fiducia dei cittadini.

L’etica amministrativa può svolgere una duplice funzione: indirizzare il comportamento dei pubblici agenti e tipizzare una serie di impegni e responsabilità, integrando i precetti previsti dalla legge o dai contratti, che sono, per natura, incompleti, a presidio di quella zona grigia tra la corruzione e legalità¹⁵⁴.

Con un ossimoro, queste regole dell’agire, che possono essere definite precetti etici, o *moral suasion*, come li definisce la dottrina statunitense¹⁵⁵, devono porsi l’obiettivo di rendere le scelte dell’amministrazione - e della stazione appaltante per l’analisi svolta in questa sede - verso la discrezionalità responsabile o informata.

Tale declinazione specifica della discrezionalità amministrativa presuppone una duplice funzione svolta, a monte, dai principi etici. In primo luogo, una funzione pedagogica, di interiorizzazione dell’integrità amministrativa da parte dei funzionari e, in secondo luogo, una funzione dissuasiva verso le derive corruttive dei relativi comportamenti.

¹⁵² A. Sen, *Resources, values and development*, Oxford, 1984.

¹⁵³ J.A. Rohr, *Questioni etiche nella pubblica amministrazione francese: uno studio comparato (trad. it.)*, s.l., 1996, esistono due modelli di etica per la pubblica amministrazione, tra i quali esiste una tensione irrisolta e un equilibrio difficile. Un primo modello, definito *ethos* burocratico, comprende i principi di lealtà, imparzialità, competenza e neutralità politica. Un secondo modello, l’*ethos* democratico, è improntato ai principi di equità sociale e fa riferimento ai valori della cittadinanza repubblicana. Sul tema, si v. G. Pellegrino, *Etica pubblica*, Roma, 2015, 52, “le qualità morali richieste ai politici, e ai pubblici funzionari in genere, sono quelle necessarie a svolgere le funzioni essenziali all’integrità e la coesione dello Stato (*l’ethos repubblicano*). L’idea implicita in questa tesi è che ci siano le basi morali - sentimenti di lealtà reciproca, interesse per i benefici derivanti da un’equa cooperazione - i quali consentono alle comunità politiche di rimanere unite e di garantire certi fondamentali diritti di libertà ed eguaglianza”.

¹⁵⁴ N. Pasini, *Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere*, Roma, 1996, 31 ss., l’etica pubblica tende a minimizzare i rischi di malcostume amministrativo che le prescrizioni di legge e i contratti non sono in grado di eliminare o elidere, tanto più che la complessità e la varietà dei compiti amministrativi e gestionali di cui sono titolari le amministrazioni impone una crescente attribuzione di autonomia operativa e di discrezionalità dei pubblici agenti. Sulla necessità di supplire o integrare una disciplina legislativa lacunosa attraverso codici di condotta, cfr. F. Criscuolo, *L’autodisciplina. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 125 ss.

¹⁵⁵ R.W. Cox, S. Buck e B. Morgan, *Public Administration in Theory and Practice*, Londra-New York, 2015, 23.

Questa strategia di contrasto, diretta a porre al centro del sistema l'etica amministrativa, in relazione alla contrattualistica pubblica svela il limite strutturale di poter essere impegnata solo nella fase di scelta del contraente. Nella fase dell'esecuzione del contratto, la corruzione è perpetrata attraverso modifiche occulte dell'oggetto degli accordi o attraverso l'utilizzo distorto dei subcontratti, e non attraverso un condizionamento illecito della discrezionalità, nel suo senso dinamico, di scelta del contraente.

L'etica amministrativa deve essere pertanto garantita attraverso i modelli dei *compliance and ethics programs*¹⁵⁶, diretti a garantire un'effettiva implementazione dell'integrità morale dei funzionari, e non deve essere interpretata quale mero *slogan* propagandistico o essere intesa quale inutile appesantimento burocratico.

In questa prospettiva, l'indagine compiuta sposta il baricentro delle soluzioni su un terreno extragiuridico, che richiede, e per certi versi impone, una generale moralizzazione dell'agire amministrativo; questa considerazione appare del tutto coerente con la posizione di chi ha sostenuto che “la ricerca delle strette maglie a garanzia della legalità non può e non deve pregiudicare la velocità delle procedure di aggiudicazione e la certezza delle prestazioni oggetto di appalti”.

In conclusione, per predisporre un apparato normativo adeguato al nemico da combattere, - che, ad opinione di chi scrive deve necessariamente essere integrato nella legislazione per l'affidamento delle commesse pubbliche - è necessario scalfire l'incrollabile e diffusa convinzione dell'incertezza dei dati che connotano un male così decisivo per lo sviluppo di una nazione; non si può ragionare sul sempre scivoloso terreno delle ipotesi e dei sospetti.

Appare decisivo - se non per il risanamento definitivo, quantomeno per la prescrizione di una cura adatta - abbandonare il suggestivo, ma irrealistico, campo della percezione, delle supposizioni e delle congetture, perché gli effetti collaterali potrebbero rivelarsi più dannosi del male stesso.

I dati giudiziari, fondati sulle condanne o ancor più sui processi penali in corso, e le analisi condotte sulla mera percezione rivelano una situazione difforme da quella reale, e, in

¹⁵⁶ G.M. Racca e S. Ponzio, *La nuova disciplina*, cit., 140, “un ruolo significativo nel controllo della qualità delle prestazioni può essere esercitato anche dalla società civile, dai cittadini, consumatori e utenti anche associati, soprattutto ove si estendano anche alla fase di esecuzione i principi di trasparenza e pubblicità mediante strumenti IT (*open data*)”.

maniera provocatoria, si può affermare che “il sentimento più presente nell’agire odierno delle pubbliche amministrazioni non è la disonestà ma la paura¹⁵⁷”.

4. Sintesi dei risultati raggiunti e prospettiva della successiva indagine

Appare opportuno fissare i punti cardinali minimi della trattazione, attraverso una ricognizione e una sintesi dei risultati e delle consapevolezze - seppur soggette a costanti variazioni - raggiunte nel corso dell’indagine.

Inoltre, tale sintesi si propone di essere propedeutica per il prosieguo dell’analisi, nella quale le categorie e i concetti delineati saranno applicati ad altre esperienze ordinamentali, in considerazione dell’acclarata transnazionalità del fenomeno.

La difficoltà stessa di tratteggiare i contorni - da una prospettiva dogmatica - del sostantivo, oggetto dell’indagine, palesa le incertezze che caratterizzano l’intero plesso di soluzioni che l’ordinamento, nel suo agire complessivo, è tenuto a predisporre.

Il dato oggettivo di partenza deve essere costituito dall’eterogeneità della natura e relativa della manifestazione del fenomeno, che eccede i confini entro i quali il diritto penale rappresenta un reato con la stessa nomenclatura; la corruzione configura la distrazione non di un potere, ma di una funzione amministrativa, per fini privati¹⁵⁸.

¹⁵⁷ F. Pinto, *La corruzione, Caporetto e “la sindrome del generale Cadorna”*, in *www.lexitalia.it*, 2017, “la lettura della cattiva gestione delle risorse finanziarie pubbliche come se fosse solo, o almeno prevalentemente, una storia di corruzione – intendendo per tale il complesso dei reati contro la pubblica amministrazione – corre, peraltro, il rischio proprio di delegittimare chi è chiamato a combatterla. Il punto centrale è infatti, e resta, il controllo non dell’amministrazione, ma sull’amministrazione”; in senso conforme, cfr. M. Bombardelli, *Fra sospetto e partecipazione: la duplice declinazione del principio di trasparenza*, in *Istituzioni del Federalismo*, 2013, 658 ss., “l’amministrazione viene guardata con sospetto e l’accessibilità delle informazioni viene proposta come argine ai suddetti fenomeni, in virtù della sua idoneità a favorire forme diffuse di controllo. Per quanto riguarda invece le finalità della trasparenza, è importante evitare il rischio che, in base alla formulazione del primo comma dell’art. 1 del d.lgs. 33/2013, l’attenzione degli interpreti si focalizzi esclusivamente sull’accezione della trasparenza come preliminare a forme diffuse di controllo sull’operato dell’amministrazione e sull’uso delle risorse pubbliche, nonché sulla valutazione dell’operato dei dipendenti. Ora non c’è dubbio che tale finalità sia molto importante, ma è importante che la trasparenza non venga letta unicamente quale strumento anticorruzione o comunque come strumento di controllo sull’amministrazione, cristallizzandosi nella rigida separazione che caratterizza la dinamica controllore/controlato”.

¹⁵⁸ L’affermazione deve essere letta partendo dai presupposti posti in essere da S. Civitarese Matteucci, *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 445 ss., che opera una distinzione tra funzionalità e funzionalizzazione; la nozione di funzionalità è collegata alla concezione di funzione in senso oggettivo. La funzionalizzazione implica l’intervento di un fattore esterno su una certa entità dotata di capacità dinamica per piegare questa a un determinato fine; la funzionalità implica una qualità di quella entità che di per sé tende a un fine. Da qui è possibile

Un ulteriore - se non il principale - elemento di difficoltà è rappresentato dalla carenza di dati attendibili, o dalla fuorviante e approssimativa stima fornita da indagini che si basano unicamente sulla percezione, in relazione a un problema che invece ha bisogno di essere analizzato in modo dettagliato. La conseguente, e talvolta errata, predisposizione delle misure di contrasto deriva proprio da questa iniziale inconsapevolezza, che favorisce il relativismo delle valutazioni, e quindi delle scelte politiche e amministrative.

Affrancare i discorsi dalla corruzione dall'imponderabilità dei dati ha un rilievo nodale, altrimenti si corre il rischio di imbattersi in soluzioni temporanee o palesemente errate nel metodo, e quindi, di conseguenza, nell'approdo finale. L'impressione è che la dottrina e la giurisprudenza si siano adagate su tale circostanza, tanto da assumerla quale dogma insuperabile da cui partire per sviluppare qualsiasi tipo di analisi.

I costi ingenerati dalla corruzione possono essere suddivisi in due categorie, non necessariamente alternative tra loro¹⁵⁹: i costi sociali, effettivamente imponderabili, le cui conseguenze sono percepibili solo nel lungo periodo, e quelli sistemici, oggetto delle approssimative stime di cui si è ampiamente detto.

Un elemento incontestabile è quello riguardante l'avvenuta transizione da una corruzione definita di sistema a una corruzione di matrice individuale; in altri termini, non ci si confronta più un problema di tipo sociale. Questa considerazione è decisiva per apprezzare l'attuale configurazione del fenomeno, specie se calato in tema di affidamento di commesse pubbliche.

Inoltre, la discussa necessità di operare su un piano preventivo, e non solo repressivo, non può che essere condivisa, anche se è opportuno chiarire che cosa s'intenda con prevenzione e sottolineare la necessità di operare con strumenti anche non giuridici in senso stretto. Il rischio risiede nell'operare solo con uno slogan propagandistico, svuotato di sostanza.

Un ulteriore approdo della ricerca condotta, in ordine alla specifica declinazione delle commesse pubbliche, svela che la sottoposizione a stringenti obblighi di trasparenza e

ricavare che la funzione è una struttura, il potere giuridico è un'energia sociale e autonoma. Sul tema, cfr. D. D'Orsogna, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2004, 243, il quale sintetizza potere e funzione in una singola fattispecie, l'operazione amministrativa.

¹⁵⁹ In tal senso, si v. F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione nel contrasto alla corruzione*, in www.federalismi.it, 2014, "Ogni diseguaglianza è un attentato alla coesione sociale e ha una forza disaggregante, e in ultima analisi disgregante, di una comunità. Non esiste una politica del settore pubblico, ma una serie di azioni convergenti verso l'efficienza del sistema amministrativo e la sua sottrazione a fenomeni di *maladministration* e di corruzione".

pubblicità della fase di scelta del contraente in senso stretto non elimina di per sé la corruzione, ma induce la stessa a migrare verso fasi assoggettate a forme più blande di controllo, quali, ad esempio, la fase esecutiva del contratto.

L'alternarsi dei rimedi adottati, che hanno esplorato ogni singolo sentiero e palesato l'esecuzione concreta delle più disparate volontà politiche, soprattutto nella fase di affidamento del contratto, non ha condotto a risultati soddisfacenti, anche se la situazione complessiva non è così critica come svelato dagli svianti indici della corruzione percepita.

La soluzione prospettata in questa sede, prescinde dalle misure eteroimposte (*id est* la trasparenza) - che possono risultare una componente statica importante, ma non dirimente per la risoluzione della questione *de qua* - ma indaga la tenuta della corretta declinazione dell'esercizio del potere discrezionale da parte della stazione appaltante. La trasparenza corre il rischio di essere un termine abusato e quindi di perdere significato.

La necessità di recuperare la centralità dell'etica quale valore primario dell'intera azione amministrativo è presupposto indefettibile per limitare la componente corruttiva nell'esecuzione di opere pubbliche; "l'etica rende la democrazia compiuta e offre i prerequisiti per l'elaborazione della buona politica¹⁶⁰".

L'intero plesso di rimedi indicati in questa prima parte d'indagine può essere sintetizzato con la nozione omnicomprensiva di *integrity*.

Sul piano metodologico, è opportuno che la discrezionalità responsabile non si converta nella standardizzazione dell'attività o delle procedure, ma al contrario, l'intera filiera di queste deve essere informata ad un paradigma etico.

Le coordinate metodologiche e sistemiche, fin qui tracciate, saranno applicate a due ordinamenti lontani da quello italiano, da un punto di vista giuridico e di sviluppo della relativa scienza, e divergenti tra loro.

Pertanto, la trattazione richiederà la delineazione degli indici minimi che informano la legislazione per l'affidamento di commesse pubbliche e, in seguito, ci si soffermerà sulle misure anticorruzione adottate, nel prisma dell'etica e dell'*integrity* summenzionate.

Il metodo utilizzato non sarà quello classico della comparazione, ma l'analisi verterà sugli aspetti puramente amministrativi della questione.

E' opportuno, con una chiosa finale, rinviare a un istituto, fin troppo vilipeso dalle ultime tendenze legislative, che necessita di autonomo - e probabilmente monografico - approfondimento, quale quello dei controlli amministrativi.

¹⁶⁰ D.F. Thompson, *Paradoxes of government ethics*, in *Public administration review*, 1992, 254 ss.

Come rilevato, in maniera interamente condivisibile, in tema di controlli “vien fuori la schizofrenia tutta italiana: dopo averli aboliti quasi del tutto, tutti a rimpiangere i controlli del passato; la tematica dei controlli va ripensata *funditus*, perché servono controlli moderni ed efficaci, controlli capaci di penetrare la gestione senza paralizzare l’azione¹⁶¹”.

¹⁶¹ F. Patroni Griffi, *Gli strumenti di prevenzione*, cit., 9.

ETICA PUBBLICA E PATOLOGIE CORRUTTIVE NEI CONTRATTI PUBBLICI IN URUGUAY: DALL'OPACITÀ ALLA TRASPARENZA*

SOMMARIO: 1. Introduzione e premesse metodologiche. - 2. Il diritto amministrativo quale garante dell'etica pubblica. - 3. Contesto giuridico e precisazioni terminologiche in tema di contratti pubblici. - 4. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche, il TOCAF (*Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado*). - 4.1 Principi per l'affidamento di contratti amministrativi. - 4.2 La *licitación pública*. - 4.2.1 Le singole fasi della *licitación pública*. - 4.2.2 Una centralizzazione delle committenze *ante-litteram*: La *Agencia de Compras Y Contrataciones del Estado (ACCE)*. - 5. Etica pubblica e modelli di trasparenza nelle procedure d'appalto. - 5.1 *Junta de Transparencia y Ética Pública*. - 5.2 Esperienze continentali di contrasto alla corruzione in America Latina. - 6. Ipertrofia normativa, contrattazione pubblica e etica. - 7. Proposte per il miglioramento del livello di trasparenza. - 8. Brevi riflessioni conclusive.

1. Introduzione e premesse metodologiche

Il dibattito su etica e amministrazione offre l'incentivo per un ripensamento complessivo del sistema pubblico¹⁶², in una prospettiva di indagine transnazionale di un fenomeno, quello corruttivo, che non è estraneo ad alcuna esperienza ordinamentale¹⁶³.

L'analisi svolta ha come scenario il solo ordinamento uruguayo ed è limitata all'indagine della sola fase patologico-corruttiva della contrattazione pubblica e non a un generico studio sull'impatto dei fenomeni di corruzione.

E' opinione diffusa che i fenomeni corruttivi si annidino con maggior frequenza nei paesi in via di sviluppo¹⁶⁴, anche se tale opinione non è suffragata da alcun dato empirico¹⁶⁵.

* Le riflessioni svolte in questo capitolo sono il risultato di un periodo di ricerca svolto presso la *Universidad de la República* di Montevideo, nel 2016, sotto la tutela del professor Felipe Rotondo.

¹⁶² In senso critico e approfondito sul tema, cfr. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica*, cit., 35 ss.

¹⁶³ B. Croce, *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1959, 200 ss., "affaristi, uomini politici poco scrupolosi e poco dignitosi, amministratori fraudolenti, impiegati infedeli o venali, e piccole e grosse rapine, sono cose di tutti i tempi e di tutti i paesi".

¹⁶⁴ In tal senso, cfr. M. Weber, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1994, 55, secondo cui la corruzione è una piaga dei paesi poco avanzati, in quanto le istanze di controllo sono ancora approssimative e non sviluppate.

¹⁶⁵ M. Ferdinandi, *Una etica gestione delle risorse umane nei Paesi in via di sviluppo*, s.l., 2006, 127.

Tuttavia, è innegabile che in tali contesti territoriali, in relazione al tema indagato in questa sede, l'avvertita esigenza di opere pubbliche, anche di modesta complessità, conduce spesso alla pubblicazione di bandi di gara redatti in via sommaria¹⁶⁶, e pertanto privi delle opportune cautele contro le patologie corruttive.

Inoltre, le economie in crescita sono soggette a mutamenti politici ed economici repentini¹⁶⁷, che sono ontologicamente terreno fertile per il proliferare dei fenomeni corruttivi¹⁶⁸.

In tale contesto generale, i dati forniti dal Programma per lo sviluppo delle Nazioni Unite, nel biennio 2013-2014, hanno disvelato una generalizzata vulnerabilità istituzionale nei paesi dell'America Latina, legati a indici corruttivi particolarmente alti.

Tra le numerose concause dello sviamento patologico della funzione pubblica, è opportuno segnalarne alcune che hanno un peso peculiare nel contesto continentale di riferimento¹⁶⁹.

In primo luogo, la lotta alla corruzione è sempre stata condotta con un approccio parziale, talvolta miope, nell'errata convinzione che gli strumenti sanzionatori fossero sufficienti a ostacolare le pratiche corruttive.

In secondo luogo, si è agito sempre sull'onda emotiva di vicende o episodi rilevanti, operando un contrasto relativo al singolo episodio, invece di predisporre un quadro di strumenti completo e a lungo termine.

Infine, viene in rilievo la carenza di una adeguata e specifica professionalizzazione e specializzazione della classe politica e degli impiegati pubblici¹⁷⁰.

¹⁶⁶ Il carattere volutamente approssimativo dei bandi di gara, nei paesi in via di sviluppo, è giustificato dalla necessità di entrare in contatto con il maggior numero possibile di imprese. Cfr. A. Foglio, *Manuale dell'export manager. Politiche e tecniche di penetrazione dei mercati esteri*, Roma, 2015.

¹⁶⁷ Rappresentativo è il caso della crisi in Argentina, M. Legrain, *La crisis argentina de diciembre 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado*, Madrid, 2004. Per l'incidenza dei fenomeni corruttivi sulla crisi del 2001, cfr. E. Brodschi, *La corrupción en Argentina: un diagnóstico de la actual situación*.

¹⁶⁸ In un sondaggio commissionato dall'agenzia *Roper Starch International* in diciannove paesi in via di sviluppo, il problema della corruzione risulta essere il quarto problema più serio indicato dai cittadini, dopo la criminalità, l'inflazione e la recessione che, in ogni caso, sono influenzati e interconnessi alle patologie corruttive. Sul tema, cfr. W. Easterly, *Lo sviluppo inafferrabile*, Milano 2006.

¹⁶⁹ Cfr. O.D. Bautista, *El problema de la corrupción en america latina y la incorporacion de la etica para su solucion*, in *Espacios Públicos* (México), 2012.

¹⁷⁰ S. Cassese, "Maladministration", cit., 246, la definisce la "debolezza dell'amministrazione", in considerazione del fatto che nessuna amministrazione dispone di propri corpi professionali. Sul tema, cfr. S. Cassese, *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011, la corruzione amministrativa è spesso legata alla mancanza di un corpo professionale di pubblici amministratori selezionati per

In conformità a una teoria molto accreditata¹⁷¹, la genesi dei fenomeni corruttivi nel continente sudamericano è collegata alle pratiche di *desgobierno* imperanti in Spagna nel 1500, e successivamente ereditate dai popoli nativi del continente.

Tali pratiche si sono sviluppate e sedimentate durante il periodo del colonialismo, per poi istituzionalizzarsi nella vita repubblicana.

La fragilità delle istituzioni nel continente iberoamericano ha generato circostanze di corruzione sistematica e istituzionalizzata, che ha condotto a situazioni d'insicurezza a loro volta degenerate in dittature militari, com'è accaduto in Venezuela¹⁷².

Tuttavia è da registrare un'inversione di tendenza, un percorso diretto alla demitizzazione della corruzione in America Latina, attraverso diverse iniziative, documenti e convenzioni, tra le quali è opportuno segnalare il *Código Iberoamericano de Buen Gobierno*, pubblicato dal *Cumbre de las Américas* nel 2006, che aspira a forgiare un modello di etica pubblica continentale, rispettoso della pluralità sociale e culturale delle singole nazioni, al fine di estirpare il diffuso malgoverno.

In uno scenario così permeabile ai fenomeni corruttivi, si registrano modelli virtuosi, in cui lo sviamento patologico della funzione pubblica non è un fenomeno endemico e radicato.

La scelta del sistema giuridico da analizzare e rendere oggetto di approfondimento è legata indissolubilmente al dato sulla corruzione percepita, fornito annualmente da *Transparency International*, un'associazione non governativa che si occupa di prevenire e contrastare i fenomeni corruttivi a livello mondiale.

Il CPI (*Corruption Perception Index*) è un indice composito, che tiene conto di diversi fattori, al fine di determinare la corruzione rilevata nel settore pubblico. Il dato relativo all'Uruguay nell'ultimo triennio riferisce di un livello molto basso di corruzione percepita nella popolazione, che lo equipara a paesi quali l'Irlanda¹⁷³ o Giappone, che dispongono di una struttura anticorruzione particolarmente evoluta, come si vedrà diffusamente in seguito¹⁷⁴.

merito, qualificati ed adeguatamente formati, indipendenti e non assoggettati al potere politico, non intrisi di "familismo amorale".

¹⁷¹ Cfr. F. Nieto, *Desmitificando la corrupción en América Latina*, in *Nueva Sociedad* (Venezuela), 2004.

¹⁷² Sul tema, cfr. R.A. Calvo, *Crisis, pobreza y desigualdad en Venezuela y América Latina*, Buenos Aires, 2010. Per una ricostruzione diacronica, cfr. C.C. Ayala, *Origen de la corrupción en Venezuela: desde Páez hasta Caldera: segunda parte de Génesis de la República*, Caracas, 2006.

¹⁷³ Cfr. E. Byrne, *Political Corruption in Ireland 1922-2010: A Crooked Harp?*, Manchester, 2012.

¹⁷⁴ Dopo gli scandali verificatisi in Giappone tra il 1988 e il 1993, che hanno condotto a un avvicendamento al vertice politico dopo 38 anni, sono stati predisposti dei correttivi, soprattutto in

Tuttavia, è necessario svolgere alcune precisazioni di carattere generale e contestualizzare tale dato al mercato di riferimento.

L'indice fornito da *Transparency International* svela il grado di fiducia dei cittadini nelle istituzioni, può essere un indice sintomatico, ma non può essere considerato un dato empirico, per diverse ragioni.

Negli illeciti corruttivi, entrambi i soggetti sono interessati a celare l'infrazione, che è commessa ai danni di un ente immateriale, la pubblica amministrazione, ragion per cui nemmeno il dato giudiziario sulle condanne penali può essere accettato come cartina al tornasole¹⁷⁵.

Inoltre, come già sottolineato in precedenza, la corruzione eccede il reato in senso stretto, perché si configura ogniqualvolta sussiste una distrazione dell'interesse pubblico, caratteristica che rende il fenomeno ancora più sfuggente.

La considerazione svolta sulla bassa attendibilità dei dati giudiziari assume maggior valore rispetto alle sentenze dei tribunali amministrativi in tema di contratti pubblici, poiché non sono in grado di fornire una quantificazione efficace dello sviamento dell'etica pubblica nelle procedure di gara.

A queste considerazioni di carattere generale sull'imponderabilità del dato corruttivo e sulla conseguente impossibilità di poter operare un'analisi fondata su indici oggettivi, si aggiunge una necessaria premessa, calata rispetto all'ordinamento di riferimento.

L'Uruguay è una nazione con poco più di tre milioni di abitanti, con una domanda e sviluppo infrastrutturale contenuto, e di conseguenza un'esigenza di indire bandi per l'aggiudicazione di lavori più limitato rispetto ad altri territori.

A ciò si aggiunga un flusso di capitali stranieri controllato, legato al relativo interesse che le imprese brasiliane e argentine riversano sul mercato uruguayo, anche se si registra una timida inversione di tendenza¹⁷⁶. Questi dati rivelano l'esistenza di un'area di mercato non fertile, per motivi strutturali e non necessariamente virtuosi, agli eventi corruttivi.

relazione al finanziamento pubblico ai partiti. Sul tema, si v. V. Blechinger, *Corruption through political contributions in Japan*, s.l., 2000.

¹⁷⁵ S. Cassese, *Ipotesi sulla storia della corruzione*, cit., 181, "vi è una parte di corruzione nota e una parte di corruzione non nota. La prima emerge nelle controversie davanti ai giudici penali, dalle ispezioni dei ministeri, dalle inchieste parlamentari. Per l'altro tipo di corruzione si dispone solo di indizi".

¹⁷⁶ Dal 1991, anno di creazione del MERCOSUR, si registra un incremento degli investimenti stranieri diretti (*inversión extranjera directa, IED*) in Uruguay. Sul tema, in senso ampio, cfr. V.P. Giordano, *Apertura e inserción internacional en la estrategia de desarrollo de Uruguay*, Buenos Aires, 2006.

Questa riluttanza delle imprese straniere a investire in Uruguay, e di conseguenza a partecipare alle procedure d'appalto, è stata mitigata con la creazione del *Mercado del Sur* (MERCOSUR), che favorisce la circolazione delle imprese e l'integrazione dei mercati dei paesi firmatari della convenzione¹⁷⁷, nel solco tracciato dalle iniziative della *Asociación Latinoamericana de Integración* (ALADI), a sua volta istituita nel 1980 per promuovere lo sviluppo economico e sociale dei paesi dell'America Latina.

Infine, il dato sulla corruzione percepita attesta ciò che il cittadino identifica in termini di attività corruttiva, un confine tra attività lecite e illecite che non solo trascende l'area del penalmente rilevante, ma che varia in base all'ordinamento di riferimento; un'attività che può essere individuata in termini corruttivi in un contesto territoriale può essere intesa quale attività lecita in un altro. Sul punto, Cassese¹⁷⁸ rileva che, nella burocrazia cinese del 1700, gli stipendi dei pubblici funzionari fossero così esigui, che erano affiancati da regalie e piccole tangenti, definite diritti usuali, e ritenute pertanto lecite, perché la corruzione "faceva parte del modo di vita ordinario, istituzionalizzato".

Al fine di fornire coordinate e direttrici chiare e lineari, è opportuno illustrare il quadro legislativo e di sistema vigente in Uruguay, in tema corruzione ed etica pubblica, per poi analizzare il sistema di affidamento di commesse pubbliche.

2. Il diritto amministrativo quale garante dell'etica pubblica

Il contrasto alla distrazione della funzione pubblica è sempre stato condotto lungo due direttrici distinte. Una puramente repressiva, di carattere negativo, e un'altra preventiva, di carattere positivo, diretta alla promozione della cd. etica pubblica.

La prima disposizione positiva in materia di etica pubblica, in Uruguay, si rinveniva nel decreto legge 13 febbraio 1943, n. 10388, il cd. Statuto del Funzionario, che esigeva, come

¹⁷⁷ Cfr. N.B. Mellado, *Latinoamérica :inserción global e integración regional*, Córdoba (Argentina), 2016; J.E. Fernández Reyes, *Uruguay y el MERCOSUR*, in *Revista de derecho*, 2014, il MERCOSUR fu istituito nel 1991 con la firma del Trattato di Asunción, da parte di Argentina, Brasile, Paraguay e Uruguay.

¹⁷⁸ Cfr. S. Cassese, "Maladministration", cit., 244, la cd. burocrazia celeste era permeata da una corruzione endemica. Gli studi di Wang Huizu, redatti attraverso l'opera *Opinioni sull'apprendistato dell'amministrazione*, rilevavano che il funzionario cinese in mancanza di ogni controllo dal basso nell'esercizio delle sue funzioni, recuperava a spese della società ciò che lo Stato gli rifiutava. Analogamente in Francia, durante l'*ancien régime*, il re aveva il diritto di attribuire cariche pubbliche, e lo poteva fare vendendole, mediante un vero e proprio commercio di uffici pubblici.

requisito per l'accesso al pubblico impiego, un controllo sull'attitudine morale del candidato, da ricavare attraverso informazioni su vita e costumi dello stesso.

Già negli anni '40 del secolo scorso tale assunto costituiva un presupposto logico, perché “per quanto modesto possa essere l'impiego di un funzionario pubblico, il suo lavoro rappresenta un'attuazione dell'autorità pubblica, che non può rischiare di non essere rispettata a causa dell'immoralità del pubblico agente¹⁷⁹”.

Era avvertita come preminente la necessità di assicurare, attraverso il diritto positivo, l'idoneità etica dei funzionari pubblici, dal momento del loro accesso agli uffici della pubblica amministrazione. Si trattava di rigenerare la vita pubblica¹⁸⁰, con la valorizzazione di dati legislativi di diverso rango, di principi generali e di buone pratiche.

Tra i principi generali connotati da “alti lineamenti etici¹⁸¹”, il principio di *seguridad* e di *buona fe pública* sono meritevoli di approfondimento per il tema in esame.

Il principio di *seguridad*, di certezza giuridica, obbliga la pubblica amministrazione a una realizzazione dei doveri istituzionali che sia certa, affidabile, irreprensibile e che non susciti dubbi o sospetti nell'amministrato.

Il concetto ampio e generico di certezza giuridica vive di un elemento oggettivo, che allude all'ordine e alla fiducia riposta nell'ordinamento nel suo complesso e di un elemento soggettivo, che si sostanzia in un affidamento riposto nella correttezza della persona fisica (*rectius* funzionario pubblico) che deve eseguire i precetti normativi¹⁸².

La protezione del legittimo affidamento è un'esigenza che affonda le sue radici nel diritto pubblico, quale derivato dei postulati dello Stato di diritto. Lo Stato si pone l'obiettivo di proteggere gli amministrati, che ripongono fiducia e attendibilità nella gestione non solo corretta, ma eticamente irreprensibile dell'amministrazione¹⁸³.

Per altro verso, la buona fede pubblica impone un'attuazione ponderata, ragionevole, prevedibile e leale nell'esercizio dei diritti e nel compimento dei doveri. Tale principio, applicato ai rapporti tra amministrazione e cittadino, rappresenta uno dei sistemi più

¹⁷⁹ Si v. D.H. Martins, *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, 1965, 176.

¹⁸⁰ J.G. Pérez, *La ética en la administración pública*, Madrid, 1996, 33, il carattere servente dell'amministrazione ha come principale referente la dignità umana.

¹⁸¹ C. Delpiazzo, *Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay*, in *Ética pública y patologías corruptivas*, a cura di C. Delpiazzo e R.G. Leal, Montevideo, 2014, 22.

¹⁸² Cfr. A. Castillo Blanco, *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, in *Documentación Administrativa* (España), 2002, 33.

¹⁸³ Cfr. P.J. Coviello, *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, 2004, 462.

produttivi per l'incursione di valori etici nel contesto normativo, per fornire una misura adeguata del valore di affidamento che gli amministrati ripongono nelle amministrazioni¹⁸⁴.

Oltre alle norme di diritto interno e l'applicazione estensiva dei principi di diritto, con l'approvazione della Convenzione Interamericana contro la Corruzione¹⁸⁵, firmata a Caracas nel 1996 e approvata in Uruguay in virtù della legge 25 settembre 1998, n. 17060, il quadro di riferimento è divenuto ancora più articolato e variegato.

La convenzione si propone di perseguire due propositi distinti, ma interconnessi ed entrambi parametrati sulla consapevolezza della transnazionalità dei fenomeni corruttivi.

Da un lato, si rileva la necessità di promuovere lo sviluppo di meccanismi appropriati per evidenziare, prevenire, sanzionare e sradicare la corruzione, attraverso la presa di coscienza, da parte dei governi dell'America Latina, della necessità di predisporre misure principalmente preventive, in luogo del classico approccio repressivo.

Dall'altro, la Convenzione si pone come fattore di promozione per la cooperazione tra gli Stati firmatari, che devono allestire contesti istituzionali e legali, avvinti da una matrice comune.

La Convenzione ha previsto e imposto agli stati firmatari l'approvazione di norme di condotta per il corretto, onorevole e adeguato compimento delle funzioni pubbliche e la creazione di appositi sistemi di monitoraggio per garantire il rispetto di tali norme.

Tra le misure preventive contemplate dalla Convenzione, merita apposita segnalazione la necessità di istituire un registro pubblico per la dichiarazione delle entrate patrimoniali dei funzionari e dei governanti¹⁸⁶, per contribuire alla verifica di situazioni anche solo potenzialmente affette da eventi corruttivi.

Inoltre, ogni paese firmatario è obbligato a individuare un organo di controllo superiore, con ampie potestà, anche di ausilio al potere legislativo, per determinare in maniera concertata le misure preventive da adottare in concreto.

La Convenzione prevede un particolare sistema di protezione per colui che denuncia in buona fede la commissione di reati di corruzione, affinché lo stesso denunciante non sia

¹⁸⁴ Sul tema, in senso ampio, cfr. J.G. Pérez, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999.

¹⁸⁵ Per una disamina più approfondita, cfr. *Corrupción y transparencia: debatiendo las fronteras entre estado, mercado y sociedad*, a cura di I.E. Sandoval, Mexico D.F., 2009; M. Langón Cuñarro, *Lucha contra la corrupción en la administración pública en los países del MERCOSUR*, Montevideo, 2002; A. Durán Martínez, *Corrupción y derechos humanos: aspectos de derecho administrativo (Convención Interamericana contra la Corrupción)*, in *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 2000, 139 ss.

¹⁸⁶ A.P. Piera, *El control de la corrupción en el MERCOSUR*, Montevideo, 2012, 48.

vittima di azioni di vendetta, attraverso un sistema di tutele speculari a quelle previste nell'ordinamento italiano per il *whistleblower*¹⁸⁷.

Sempre in tema di predisposizione di politiche preventive contro la corruzione, la Convenzione Interamericana prevede meccanismi per stimolare la partecipazione della società civile al controllo della gestione pubblica, sistemi previsti anche dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione¹⁸⁸. Il dibattito su tali strutture partecipative coinvolge l'individuazione dei criteri di rappresentanza e i rapporti con le altre strutture istituzionali di ciascuno stato.

La convenzione opera anche sul piano repressivo, attraverso la previsione di pene più severe per reati già regolati dai singoli stati e la previsione di reati non disciplinati, tra i quali la corruzione transnazionale e l'occultamento di beni pubblici. L'obiettivo perseguito è l'uniformità delle misure repressive su tutto il territorio iberoamericano.

Sul piano della cooperazione internazionale, si impone ai singoli stati di stabilire strumenti adeguati per facilitare l'estradizione e di istituire una banca dati unica per facilitare il transito delle informazioni giudiziarie e investigative.

¹⁸⁷ Figura prevista nell'ordinamento italiano dall'articolo 54-bis, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, adottata a seguito di convenzioni internazionali e di raccomandazioni di organismi internazionali, si tratta di un pubblico dipendente che denuncia all'autorità giudiziaria o alla Corte dei Conti, all'ANAC o al proprio superiore gerarchico, condotte illecite di cui sia venuto a conoscenza, non potendo essere sanzionato, licenziato o sottoposto a misure discriminatorie per motivi collegati alla denuncia. Sul tema, cfr. R. Cantone, *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del d.lgs. 165 del 2001*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 254 ss.; G. Iudica, *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 165; A. Marcias, *La tutela del whistleblowing tra prospettive di riforma e funzioni dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. Nicotra, Torino, 2016, 173 ss.; G. Gargano, *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionari della pubblica amministrazione*, in www.federalismi.it, 2016.

¹⁸⁸ La Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione, approvata nel 2003, durante la vigenza della speculare Convenzione Interamericana, si pone propositi analoghi. Oltre ai propositi già perseguiti dalla Convenzione Interamericana, la Convenzione delle Nazioni Unite si pone l'obiettivo di promuovere l'adozione di misure per garantire l'integrità dei conti pubblici. Inoltre, si pone enfasi sulla necessità di incorporare anche il settore privato nella lotta contro la corruzione, aspetto trascendente di tutta la Convenzione. Aspetto nodale è la trasparenza in tema di finanziamento ai partiti politici, ritenuto uno dei canali più fertili per lo sviluppo di fenomeni corruttivi. Nel titolo della Convenzione dedicato alle misure repressive, riveste una funzione centrale l'introduzione della responsabilità penale delle persone giuridiche, reato non previsto nella legislazione uruguayana. Si v. A.P. Piera, *El control de la corrupción*, cit., 52 ss.

Una disposizione di particolare interesse, prevista dalla Convenzione, è la disposizione diretta a eliminare gradualmente il segreto bancario¹⁸⁹, in ogni ordinamento, per agevolare la predisposizione di meccanismi di trasparenza.

Si è posta particolare enfasi sulla formazione dei funzionari pubblici, sugli aspetti relativi alla cd. “morale amministrativa”, che diviene presupposto e misura del disimpegno eticamente corretto della funzione pubblica, espressamente menzionata dall’articolo 28, della citata legge 17060 del 1998.

Inoltre, il decreto legge 23 gennaio 2003, n. 30 ha codificato ed esplicitato una serie di regole di condotta, connaturate da doveri etici, che devono qualificare le modalità dell’agire amministrativo, nelle quali la moralità è alleata dell’efficacia, soprattutto in un’ottica deflattiva del contenzioso, amministrativo e penale, per illeciti corruttivi.

Il diritto amministrativo, in questo contesto composito di principi e norme a presidio dell’etica pubblica ricopre – l’indubbiamente scomodo – ruolo di garante del comportamento etico¹⁹⁰. Tale ufficio si radica su tre pilastri fondamentali, interconnessi tra loro: una politica preventiva contro la corruzione, un controllo sociale e il potere disciplinare.

In primo luogo, è opportuno predisporre strumenti tesi alla prevenzione del fenomeno¹⁹¹, mediante la precisazione legislativa delle norme di condotta e lo sviluppo della trasparenza nelle procedure di affidamento.

In secondo luogo, è opportuno valorizzare il dato del cd. controllo sociale sugli agenti pubblici, nel solco tracciato dall’*intentio legis* della legge 17060 del 1998.

Nello specifico, l’art. 5 prevede che le pubbliche amministrazioni sono obbligate a garantire la più ampia pubblicità possibile alle proprie acquisizioni di beni e all’affidamento di servizi o lavori.

Inoltre, è previsto che il potere esecutivo sia promotore periodicamente di campagne di divulgazione e diffusione in materia di trasparenza pubblica¹⁹².

¹⁸⁹ Sul tema, in senso ampio, cfr. J. Facal, *El secreto bancario en el Uruguay: su evolución, porque el CGP en su nueva versión no podría derogarlo*, in *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 2013.

¹⁹⁰ In senso difforme, si rileva che il “diritto amministrativo è ritenuto il regno del bizantinismo, delle complicazioni, della corruzione, è un diritto non funzionale al processo economico”. S. Cassese, *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 12.

¹⁹¹ In senso ampio, cfr. V.J. Benito Gil, *Documentos básicos de ética pública y lucha contra la corrupción*, Alicante, 2007.

¹⁹² Questo compito deve essere perseguito attraverso una giunta, la *Asesora en Materia Económico Financiera del Estado*, istituita con la legge 23 dicembre 1998, n. 17060. Sul tema, cfr. C. Delpiazzi, *Marco regulatorio*, cit., 29.

La trasparenza rappresenta una conseguenza dell'elementare presunzione secondo cui lo Stato appartiene al popolo^{193 194}, che ha “il diritto di conoscere ciò che compiono i servitori pubblici, come e perché lo fanno¹⁹⁵”.

L'accessibilità totale alle informazioni rappresenta una misura di buona amministrazione, diretta a mantenere l'opinione pubblica informata sullo sviluppo delle funzioni pubbliche, attraverso un controllo popolare e diffuso¹⁹⁶.

A tal proposito, è indicativa la legge 20 novembre 1998, n. 17040 che impone a tutte le imprese pubbliche o di proprietà statale di pubblicare il proprio bilancio, indicando in maniera chiara e percepibile la situazione patrimoniale e i risultati conseguiti, su almeno due periodici di rilievo nazionale.

E' opportuno evidenziare l'ampiezza della portata soggettiva della norma e la necessità che le informazioni siano facilmente comprensibili per i cittadini, per “gli utenti non specializzati¹⁹⁷”.

La legge 17040 si rivolge a tutte le imprese pubbliche, siano esse statali o meno, e a tutte le imprese “di proprietà statale”, categoria nella quale devono essere incluse tutte le forme organizzative – anche di diritto privato - di cui la pubblica amministrazione si serve per l'attuazione dei propri uffici. La disposizione, anche in relazione all'anno di pubblicazione, appare innovativa, perché obbliga l'ente di riferimento, al di là della natura giuridica dello stesso, a rendere ostensibile l'esercizio di bilancio.

La disciplina di *self-disclosure* non è conformata sulle caratteristiche delle imprese pubbliche, ma a queste è solo adattata, sulla scorta di una forzata assimilazione di esse alle

¹⁹³ La trasparenza è attuazione, *in primis*, del principio democratico, perché concorre alla realizzazione di un'amministrazione aperta, al servizio del cittadino, per divenire condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive e dei diritti civili. Al di là delle disposizioni programmatiche e di principio, vengono in rilievo le modalità concrete con cui le informazioni sono rese pubbliche. Ulteriori corollari di tale principio, con valore primario, sono la completezza, l'omogeneità, la semplicità di consultazione e la facilità di accesso e la comprensibilità, dal momento che la trasparenza amministrativa “è insieme conoscenza e comprensione”. Questo quadro ha evidenziato però numerosi dubbi legati alla sua effettiva sostenibilità organizzativa. Sul punto, cfr. P. Canaparo, *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in www.federalismi.it, 2016, 5 ss.

¹⁹⁴ L'articolo 191 della Costituzione dell'Uruguay stabilisce che: “*Los Entes Autónomos, los Servicios Descentralizados y, en general, todas las administraciones autónomas con patrimonio propio, cualquiera sea su naturaleza jurídica, publicarán periódicamente estados que reflejen claramente su vida financiera. La ley fijará la norma y número anual de los mismos y todos deberán llevar la visación del Tribunal de Cuentas*”.

¹⁹⁵ S. Werksman e C. Mamfroni, *La trasparenza y la Convención Interamericana contra la Corrupción*, in *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), 1996, 346.

¹⁹⁶ Cfr. E. Sayagues Laso, *Tratado de derecho administrativo*, Montevideo, 1953, 194.

¹⁹⁷ Art. 3, legge 20 novembre 1998, n. 17040, “*para que el usuario no especializado pueda formarse un juicio cabal del servicio y su tarifa*”.

pubbliche amministrazioni¹⁹⁸. Nella disciplina italiana è opportuno rilevare che gli obblighi di trasparenza e informativi valgono limitatamente nei confronti dell'attività di pubblico interesse svolta dalle società partecipate, mentre tale dovere non sussiste quando l'attività svolta sia connaturata da mera gestione patrimoniale.

La normativa uruguayiana assicura un grado di trasparenza superiore, perché non opera alcuna distinzione rispetto all'attività posta in essere, ma impone una pubblicazione integrale degli atti indicati dalla legge che trascende la - quasi mai agevole - distinzione tra segmento di gestione patrimoniale, e pertanto segregato e attività di pubblico interesse, e per ciò ostensibile.

Da ultimo, viene in rilievo il potere disciplinare¹⁹⁹, inteso quale ultimo e residuale presidio dell'etica pubblica, di cui sono titolari le amministrazioni pubbliche in caso di violazioni della legge 16070 (articolo 21), testo di recepimento della Convenzione Interamericana contro la Corruzione.

In questo contesto sociale e normativo, in cui “una delle forme velate di corruzione, che maggiormente nuoce all'esercizio della funzione pubblica, è la mancanza di coscienza dell'agente pubblico rispetto al significato assiologico del servizio pubblico, un deficit che deve essere colmato con gli strumenti e gli istituti propri del diritto amministrativo²⁰⁰”, che riveste un ruolo centrale ed esiziale, per l'attuazione eticamente corretta delle funzioni pubbliche.

¹⁹⁸ Cfr. M. Macchia, *Gli obblighi di trasparenza delle società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 767 ss., in via di principio, la scelta sembra rispondere al canone di proporzionalità, in quanto l'ostensibilità è strettamente legata alla finalità pubblica dell'attività i cui dati per legge meritano di essere pubblicati. “Cumulando le società pubbliche una natura privata, quando operano in regime di concorrenza, e una natura pubblica, quando esercitano una funzione amministrativa, la legge 190/2012 prevedeva gli obblighi di trasparenza nel secondo caso e li escludeva nel primo. Un tale approccio, che può essere definito modo della coincidenza – poiché alla natura del soggetto coincidono le regole di diritto ad esso corrispondenti – sembra superato. Appare preferibile un differente approccio, ossia il modo della separazione, in cui regna il disallineamento tra natura del soggetto e natura della disciplina applicabile. L'indice rivelatore di questo approccio sta nell'estensione alle società in controllo pubblico di buona parte degli obblighi informativi validi per le amministrazioni, a prescindere dall'attività svolta dalla compagine sociale”.

¹⁹⁹ In senso più ampio sul tema, cfr. R. Flores Dapkevicius, *Derecho penal administrativo: el procedimiento disciplinario*, Montevideo, 2016; R. Flores Dapkevicius, *El nuevo procedimiento disciplinario: según el decreto 222/014*, in *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 2015; A.A. Gutiérrez, *Sobre el acceso y el control de las actuaciones en el procedimiento administrativo disciplinario*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2012.

²⁰⁰ J. Rodríguez-Arana Muñoz, *Ética, Poder Y Estado*, Buenos Aires, 2004, 19 ss.

3. Contesto giuridico e precisazioni terminologiche in tema di contratti pubblici

Le condotte eticamente corrette e quelle corrotte, nelle procedure di affidamento di lavori e servizi, rappresentano gli antipodi nelle relazioni che intercorrono tra amministrazioni pubbliche e fornitori privati.

I fenomeni corruttivi non ledono solo il regolare andamento del mercato, ma minano nel profondo “i più basilari valori di democrazia, etica e giustizia²⁰¹”.

La legge uruguayana di approvazione della Convenzione Interamericana contro la Corruzione, n. 17040 del 1998, definisce la corruzione come “l’uso indebito di potere pubblico o di una funzione pubblica, al fine di ottenere un vantaggio economico per sé o per altri, si sia consumato o no un danno allo Stato”.

La dottrina ha fornito un’interpretazione estensiva della norma, disancorando il fenomeno dal mero vantaggio economico; la corruzione si configura nelle ipotesi di utilizzo delle potestà pubbliche per fini privati, al fine di procurare un vantaggio o un beneficio indebito, di qualsiasi natura²⁰².

Tale definizione permette di combattere contro un nemico imponderabile ma non più “immortale²⁰³”, poiché si rileva il valore di promuovere condotte etiche, come antidoto ai fenomeni corruttivi, molto oltre gli schemi e le definizioni legali che rischiano di imprigionare le soluzioni e non il problema, soprattutto nell’ambito della contrattazione amministrativa.

Per molti anni, la dottrina uruguayana ha negato l’esistenza del contratto amministrativo, intesa come categoria unitaria, poiché lo Stato poteva agire unicamente in via unilaterale²⁰⁴ o in ogni caso non era ipotizzabile un rapporto contrattuale autentico, perché lo stesso rinveniva la propria genesi in un atto amministrativo, espressione di potestà pubblica²⁰⁵.

²⁰¹ Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Corruzione firmata in Mexico, l’11 dicembre 2003, e approvata in Uruguay in virtù della legge 20 novembre 2006, n. 18056.

²⁰² A. Duran Martínez, *Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control*, in *La Justicia Uruguaya*, 2014, 7 ss., “No interesa que el beneficio sea económico para que haya corrupción. No interesa que haya daño al Estado o a la organización a la cual el corrupto pertenece. No interesa tampoco que el sujeto sea funcionario público o no. Lo que importa son dos cosas: a) que un sujeto, en virtud de ocupar una determinada posición, sea cual sea y donde sea, ejerza sus poderes para procurar obtener un beneficio de cualquier naturaleza para sí o para otro, que de no tener esa posición no lo habría podido obtener; y b) que ese beneficio sea ilegítimo.”

²⁰³ Cfr. P. Piras, *Il buon andamento nella pubblica*, cit., 35 ss.

²⁰⁴ In tal senso, cfr. A. Méndez, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1952, 116 ss.

²⁰⁵ J.L. Martínez López-Muñiz, *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español: su fundamento y sus consecuencias*, Madrid, 1998.

La ricostruzione che tuttavia appare unanimemente recepita attualmente è quella che afferma l'esistenza di detta categoria, anche se si rende necessario un approfondimento sulla terminologia e sugli aspetti concettuali del tema.

La dottrina iberoamericana ha utilizzato, fino agli anni '90 del secolo scorso, le espressioni contratto amministrativo, contratto statale e contratto pubblico quali sinonimi, per poi distaccarsi da tale impostazione e conferire autonomia concettuale, e quindi normativa, alle categorie suesposte.

Il contratto amministrativo esige il rispetto di un cd. criterio organico, ossia l'intervento di un'amministrazione pubblica nell'esercizio di una funzione amministrativa, per superare la vecchia impostazione che distingueva tra contratti amministrativi in senso stretto e contratti privati della pubblica amministrazione²⁰⁶.

Il contratto statale, detto anche contratto per acquisti statali o centralizzati, è un accordo nel quale una delle parti è un'entità statale, non in senso stretto, ma intesa quale organizzazione giuridica della collettività.

Il contratto pubblico risponde a un criterio funzionale più ampio, in virtù del quale si intende soddisfare la frammentazione della soggettività, per ricomprendere nel ruolo di amministrazione aggiudicatrice non solo l'amministrazione pubblica, ma anche gli altri enti non statali o privati istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale²⁰⁷.

Tra i tanti criteri²⁰⁸ utilizzati dalla dottrina per qualificare un contratto in termini di contratto amministrativo, quello che appare preferibile è il criterio soggettivo²⁰⁹, che richiede che una delle parti dell'accordo sia una pubblica amministrazione.

In considerazione di ciò, l'amministrazione deve perseguire il pubblico interesse attraverso il modulo consensuale, ma la presenza stessa di un soggetto pubblico in qualità di contraente, ammette l'esistenza nel rapporto sinallagmatico di clausole o poteri definiti esorbitanti²¹⁰.

²⁰⁶ In tal senso, cfr. C. Delpiazzo, *Contratación Administrativa*, Montevideo, 1999, 7 ss.

²⁰⁷ Cfr. C. Delpiazzo, *Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública*, in *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, a cura di C. Delpiazzo, Montevideo, 2011, 337 ss.

²⁰⁸ Tra i criteri utilizzati dalla dottrina iberoamericana vengono in rilievo il criterio di qualificazione legislativa, di giurisdizione, formale, delle clausole esorbitanti, delle prerogative esistenti, del servizio pubblico, della subordinazione, teleologico (la funzione del fine pubblico perseguito), della sostenibilità. Sul tema, cfr. A. Durán Martínez, *El Contrato Administrativo en Uruguay*, in *Estudios jurídicos*, 2014, 121.

²⁰⁹ In tal senso, cfr. F. Rotondo Tornaría, *Manual de derecho administrativo*, Montevideo, 2009, 385 ss.

²¹⁰ Sul tema in senso ampio, cfr. A. Durán Martínez, *¿Prerrogativas exorbitantes?*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013.

Tali poteri devono essere razionali, soggetti alla legge e il ricorso agli stessi deve essere giustificato da particolari esigenze, tra le quali viene in rilievo l'impellenza o la necessità di portare a compimento un'opera pubblica.

Le clausole esorbitanti sono sintomatiche del carattere pubblicistico e autoritativo con il quale può intervenire l'amministrazione, collocandosi in una posizione di superiorità giuridica, giustificata dalla prevalenza dell'interesse pubblico di cui sono portatrici.

Secondo altra impostazione, la presenza di tali clausole è decisiva per determinare se il contratto sia o no amministrativo.

La presenza di tali clausole²¹¹ attribuisce un privilegio contrattuale permanente e irrinunciabile all'amministrazione, e le stesse risultano pienamente conformi alla "teoria del contratto amministrativo".

Per tale ricostruzione, la pubblica amministrazione non può rinunciare a un potere che, anche se non è previsto da specifica clausola, è endemico e ontologicamente presente nel rapporto contrattuale con il privato.

Questo squilibrio contrattuale, sia o meno previsto esplicitamente in una clausola, non deve incrinare "l'equazione economico-finanziaria del contratto". Il bilanciamento tra i poteri dell'amministrazione e i diritti del contraente privato e la necessità di non esporre quest'ultimo a un'instabilità negoziale smisurata, ha condotto la dottrina a coniare il principio generale²¹² di garanzia integrale del patrimonio del contraente privato²¹³.

La pubblica amministrazione è titolare di ampie facoltà per la celebrazione di contratti amministrativi e l'intera procedura di selezione del contraente privato deve seguire due direttrici fondamentali, l'uguaglianza tra gli offerenti e il rispetto inflessibile del bando di gara.

²¹¹ In concreto, tali clausole o poteri dell'amministrazione si sostanziano in: a) l'esecutività, propria dell'amministrazione rispetto ai propri atti, applicabile anche al contratto, anche contro la volontà del privato; b) *ius variandi*, possibilità di modificare unilateralmente le prestazioni oggetto del contratto; c) facoltà di recesso unilaterale di cui è titolare la pubblica amministrazione, per ragioni di merito, di opportunità o di convenienza, cui non è collegato un indennizzo integrale nei confronti del privato; d) potere di indirizzo e controllo in relazione alle modalità di adempimento del contratto; e) facoltà di interpretare unilateralmente le clausole del contratto. Cfr. A. Pérez Hualde, *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos*, in *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (Mexico), 2011, 179 ss.

²¹² In senso contrario, C. De Cores, *El equilibrio en los contratos con la administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013, 687 ss., nega l'esistenza di un principio generale di diritto che imponga il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario dei contratti con la pubblica amministrazione.

²¹³ T. Hutchinson, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado*, in *Contractación Administrativa*, Montevideo, 1998, 948.

I limiti a tali facoltà non sono gli stessi che la pubblica amministrazione incontra nello svolgimento di attività amministrative unilaterali, ma sono improntati all'esigenza "di assicurare condizioni ottimali, o le migliori possibili, per l'erogazione del servizio pubblico, senza discriminazioni arbitrarie tra le imprese e nel solco di regole tracciato unicamente dal bando di gara²¹⁴".

Tali presupposti e la finalità pubblica che deve essere soddisfatta con l'esecuzione del modulo negoziale permettono di sostenere la *sustantividad*, ossia l'autonomia e l'esistenza concettuale, ancor prima che normativa, dei contratti amministrativi, intesi quali categoria unitaria²¹⁵.

I contratti amministrativi consentono alla pubblica amministrazione di soddisfare un interesse rilevante, che richiede una realizzazione immediata e diretta, attraverso uno strumento che consente una sintesi tra scopo perseguito e oggetto dell'accordo, che si proietta nel regime strutturale (*sustantivo*) e normativo.

4. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche, il TOCAF (*Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera del Estado*)

Il testo normativo che disciplina il sistema per l'affidamento di lavori e servizi pubblici ai privati è il decreto 11 maggio 2012, n. 150, noto come TOCAF, Testo di Contabilità e Amministrazione Finanziaria dello Stato, perché regola anche gli acquisiti e le spese dello Stato che non seguono le regole dell'evidenza pubblica²¹⁶.

I principi che presiedono il sistema di affidamento di commesse pubbliche sono elencati dall'articolo 149 del TOCAF²¹⁷, rubricato "Principi in materia di Legge di

²¹⁴ *Ex multis*, Tribunal de lo Contencioso Administrativo sentenze n. 331/2007, 264/2006, 531/2004.

²¹⁵ Cfr. M. Risso Ferrand, *Los principios generales de la contratación administrativa en Uruguay*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, a cura di M.C. Vázquez Pedrouzo, Montevideo, 2011, 373 ss., la dottrina ha sempre parlato di *cumplimiento*, ossia di adempimento degli obblighi del bando di gara e rispetto dei doveri che da esso derivano, anche se non esisteva, e non esiste, alcuna norma al riguardo.

²¹⁶ La prima redazione del TOCAF risaliva alla legge 16170 del 1995 che raccomandava al Potere Esecutivo la "confección de un Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera", raccomandazione eseguita con il decreto del 10 giugno 1997, n. 194 denominato TOCAF 1997. La legge precedente, non denominata TOCAF, risaliva al 1987. Per una disamina storico-normativa sul tema, cfr. C. Delpiazzo, *A proposito del tercer TOCAF*, Montevideo, 2012.

²¹⁷ Articolo 149 del TOCAF: "Los principios generales de actuación y contralor en materia de la Ley de Contabilidad y Administración Financiera del Estado serán los siguientes: A) Flexibilidad; B) Publicidad, igualdad de los oferentes y concurrencia en los procedimientos competitivos para el llamado y la selección de las ofertas;

Contabilità e Amministrazione Finanziaria dello Stato”, che sostituisce la rubrica dell’articolo 59 della legge 4 novembre 2011, n. 18834, che si riferiva espressamente ai “Principi in materia di contrattazione amministrativa”.

La disposizione vigente, dopo l’elencazione non tassativa dei principi, conclude con un inciso che ha suscitato non poche perplessità, secondo il quale i criteri fungono da criterio interpretativo per la risoluzione di questioni applicative degli stessi.

Come rilevato in maniera pienamente condivisibile²¹⁸, limitare la funzione di tali principi alla sola risoluzione di questioni interpretative corrisponde a uno svilimento stesso della natura dei principi, che sono vere e proprie regole di diritto.

I criteri fondamentali enunciati dall’articolo 149 citato non rappresentano un’elencazione tassativa, ma sono integrati a monte dal principio, *rectius* vero e proprio diritto alla buona amministrazione²¹⁹.

Inoltre, l’enunciazione dell’articolo 149 non rappresenta una novità per il diritto uruguayo poiché alcuni principi sono ricavati dall’articolo 2 del decreto 27 settembre 1991, n. 500, la cd. legge generale sul procedimento amministrativo.

E’ opportuno precisare che l’art. 149 del *TOCAF* mutua, in parte, un’elencazione proposta da altri ordinamenti, intesi sia in termini di diritto positivo che in termini di ricognizioni dottrinali, con terminologia talvolta identica.

L’articolo 1 della legge spagnola 30 ottobre 2007, n. 300 con una norma programmatica garantisce il rispetto dei principi plasmati dalle direttive euro unitarie, con particolare riguardo alla libertà di accesso alle gare e la non discriminazione tra concorrenti; l’articolo 3 della legge brasiliana 21 giugno 1943, n. 8666 garantisce il rispetto dei principi di pubblicità e giudizio obiettivo nella valutazione delle offerte; l’articolo 1 della *Ley de Adquisición y Contrataciones de la Administración Pública* di El Salvador, decreto legge 5 aprile

C) *Razonabilidad*; D) *Delegación*; E) *Ausencia de ritualismo*; F) *Materialidad frente al formalismo*; G) *Veracidad salvo prueba en contrario*; H) *Transparencia*; I) *Buena fe*. *Los principios antes mencionados servirán de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las disposiciones pertinentes.*”

²¹⁸ Cfr. A. Durán Martínez, *Principios de la contratación administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013, 56 ss, “è ontologicamente assurdo e logicamente contraddittorio che i principi siano relegati a un ruolo confinato alla sola fase patologica del sistema”. Sul tema, cfr. H. Barbé Pérez, *Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo*, in *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, a cura di D.H. Martins, *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, Montevideo, 2001, 22.

²¹⁹ Sul tema, in senso più ampio, cfr. G. Ruocco, *Proyecciones del concepto de “buena administración”*, in *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo. En homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*, a cura di C. Delpiazzo, Montevideo, 2012.

2000, n. 868, enuncia i principi di centralizzazione normativa e decentralizzazione operativa.

In Argentina, in ordine ai criteri di selezione del contraente, la dottrina²²⁰ ha focalizzato la riflessione sui principi di efficienza, pubblicità, diffusione, trasparenza e parità di trattamento per gli interessati e i partecipanti alla gara.

La dottrina brasiliana²²¹, in relazione alla fase della gara in senso stretto, indica la prevalenza ontologica dei principi di isonomia e di rispetto delle condizioni prefissate nel bando di gara.

Un'indagine approfondita dei singoli principi previsti dall'articolo 149 del *TOCAF* si rende necessaria per percepire come tali assiomi abbiano garantito un livello alto di trasparenza e stabilità per l'intero sistema di affidamento di lavori e servizi pubblici.

4.1 Principi per l'affidamento di contratti amministrativi

I principi in materia di contrattazione pubblica non svolgono solo una funzione di indirizzo e interpretativa, ma rivestono un significato diretto a garantire un livello etico minimo e, per altro verso, rendono concreto il concetto di buona amministrazione.

Il primo principio enunciato, di flessibilità, è sintomatico della morfologia stessa del sistema, è una sorta di manifesto ideologico e sistematico dell'intera disciplina.

La flessibilità si contrappone al concetto di rigidità, e svela il carattere meramente strumentale della procedura di selezione del contraente, che deve essere solo un espediente duttile per perseguire un fine ulteriore²²². Il procedimento deve adeguarsi alle caratteristiche e alle circostanze, al fine di instaurare, sin dalla pubblicazione del bando di gara, una relazione fluida e dinamica di collaborazione, tra i privati e l'amministrazione, che deve informare anche il successivo rapporto contrattuale in senso stretto.

L'applicazione di tale principio deformalizza l'intera fase pubblicistica e consente una regolarizzazione²²³ postuma di carenze formali, errori materiali o di scarso rilievo, senza che ciò alteri il trattamento ugualitario tra i concorrenti.

²²⁰ Cfr. J.C. Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005, 72.

²²¹ Si v. C.A. Bandeira De Mello, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 2003, 487.

²²² Sul tema, cfr. A. Sayagués, *El nuevo régimen de compras*, Montevideo, 1991, 45 ss., la flessibilità consente di fornire la pubblica amministrazione di una serie di strumenti diretti al raggiungimento del fine perseguito con la procedura in esame.

²²³ L'articolo 65 del *TOCAF* prevede un meccanismo simile all'istituto del soccorso istruttorio, in quanto prevede che "*La Administración podrá otorgar a los proponentes un plazo máximo de dos días hábiles para salvar los defectos, carencias formales o errores evidentes o de escasa importancia; este plazo podrá*

Il principio di flessibilità rinviene un contro-limite in relazione ai principi essenziali o minimi da garantire nell'erogazione del servizio, nei confronti dei quali non può operare²²⁴.

Tale principio di elasticità operativa è suscettibile di indefinite applicazioni pratiche, attraverso la valorizzazione del dato sostanziale costituito dalla strumentalità della procedura, ma merita di essere segnalato il cd. “schema di contrattazione elettronica”, realizzato interamente attraverso procedure informatizzate, corollario diretto dell'assioma in esame, a cui si ricorre ancora solo in fase sperimentale.

La lettera B) dell'articolo 149 enuncia tre principi²²⁵, di pubblicità, di uguaglianza tra gli offerenti e di rispetto della libera concorrenza, che informano l'intero agire amministrativo, ma che assumono una tonalità peculiare e particolarmente intensa in materia di contrattazione pubblica.

Il principio di pubblicità svolge una doppia funzione²²⁶. In primo luogo, rivela al maggior numero possibile di potenziali contraenti la volontà amministrativa di negoziare. In secondo luogo, durante lo svolgimento del procedimento di selezione, implica che gli atti endo-procedimentali siano redatti in forma pubblica, al fine di garantire trasparenza all'intera filiera e permettere un'eventuale impugnazione degli stessi, da parte degli interessati, fondata su ragioni concrete.

La pubblicità degli atti deve rispettare canoni sostanziali, deve realizzarsi attraverso modalità informatiche, poiché la finalità perseguita non deve limitarsi alla promozione del principio di concorrenza, ma deve consentire una *crítica pública*, una sorta di controllo generalizzato sulle procedure di gara, per facilitare la partecipazione popolare e, infine, potenziare il controllo giudiziario²²⁷.

ampliarse para el caso de proveedores del exterior y en tal caso se aplicará a todos los oferentes. El plazo antes mencionado no se otorgará cuando a juicio de la Administración se altere materialmente la igualdad de los oferentes, cuando existan defectos o errores habituales en un oferente determinado, o cuando se presuma la existencia de alguna maniobra destinada a obtener una ventaja indebida.”

²²⁴ Il principio di flessibilità non opera in ordine ai requisiti essenziali o sostanziali, in tutte le procedure competitive che sviluppa la pubblica amministrazione; opera nei confronti dei requisiti di forma, nel rispetto del limite del principio di uguaglianza tra i privati, che ha forza e valore di principio sovra-costituzionale. Cfr. P. Leiza Zunino, *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, 157.

²²⁵ A parere di A. Durán Martínez, *Principios de la contratación*, cit., 66 ss., il principio sovraordinato è quello di uguaglianza, dal quale derivano quello di pubblicità e di rispetto della libera concorrenza.

²²⁶ Cfr. H. Cassinelli Muñoz, *El principio de publicidad en la gestión administrativa*, in *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 2011, 162 ss.

²²⁷ Cfr. A. Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998, 9 ss.

La pubblicità degli atti è un principio funzionale al rispetto della *par condicio competitorum*, che si sostanzia nel divieto di discriminazione tra gli stessi e nell'imparzialità di cui è titolare la pubblica amministrazione in sede di valutazione delle offerte.

L'articolo 49 del *TOCAF*, al fine di evitare disparità illegittime, sanziona con rigore le cd. clausole del bando *ad personam*, redatte per essere soddisfatte da una persona o società specifica, con una lesione evidente del principio di libera concorrenza.

Il rispetto dell'uguaglianza tra i concorrenti si rende necessaria in ogni fase della procedura, dalla redazione del bando, alla fase di presentazione delle offerte²²⁸ e anche nella fase esecutiva del contratto.

Nella fase di esecuzione del contratto, il principio di uguaglianza impone la coerenza tra la prestazione richiesta dal bando e quella prevista nel contratto, l'inalterabilità della sostanza stessa dell'accordo dopo la stipula dello stesso e il mantenimento della cd. equazione economico-finanziaria in favore del contraente privato.

Il rispetto del principio di libera concorrenza postula la partecipazione del maggior numero possibile di potenziali contraenti, per assicurare all'amministrazione aggiudicatrice un'ampia platea di alternative.

L'applicazione di tale principio non impedisce talune limitazioni, giustificate esclusivamente dalle peculiarità dell'oggetto del contratto e pertanto non lesive della *par condicio competitorum*, legate a esigenze specifiche, tra le quali la necessaria titolarità di determinate capacità tecniche o una soglia minima di solvenza economica richiesta all'impresa.

Tuttavia, nell'ipotesi in cui i limiti alla libera concorrenza non siano palesi o evidenti, il bando deve essere interpretato nel senso di garantire il più ampio numero possibile di offerenti²²⁹.

Il principio di ragionevolezza, calato nel contesto in esame, impone che l'oggetto del contratto sia adeguato alla finalità pubblica perseguita.

Una ponderazione irrazionale e sproporzionata, sviluppata dal potere pubblico in sede di redazione del bando, non solo è illegittima ma è contraria anche al dovere di buona amministrazione.

²²⁸ Corollario di tale assioma è la immodificabilità dell'offerta, in tal senso, C. Delpiazzo, *Ética y corrupción en la contratación pública en Uruguay*, in *Ética pública y patologías corruptivas*, a cura di C. Delpiazzo e R.G. Leon, Montevideo, 2014, 263.

²²⁹ M. Calogero, *Los principios en los procedimientos de selección del contratista*, in *Revista de Derecho Administrativo* (Argentina), 1999, 236 ss.

La ragionevolezza impone che ogni attuazione della pubblica amministrazione, dal momento genetico della deliberazione a contrarre, sia indispensabile, proporzionata all'obiettivo perseguito, necessaria, non lesiva dell'equazione tra costi e benefici e rispettosa di tutti gli interessi coinvolti²³⁰.

La ragionevolezza deve essere apprezzata da multiple prospettive, e non come concetto generale, ma declinata in base alle regole tecniche, il cui rispetto è funzionale all'esecuzione stessa del contratto.

Il principio di *delegación* si manifesta quale soluzione al problema del cd. *centralismo burocrático*, che implica la necessità di ricorrere all'organo gerarchicamente superiore anche per la risoluzione di problematiche comuni, generando lentezza nell'attività e fenomeni di autoritarismo.

Il principio di assenza di ritualità è uno dei cardini dell'intero sistema di affidamento di lavori e servizi e pubblici, in virtù del quale "la forma è un mezzo e non un fine da perseguire²³¹".

L'attività amministrativa, anche di matrice contrattuale, deve essere valutata in funzione della sostanza e non della forma, al fine di eliminare le fasi e i termini superflui o comunque non necessari, che rendono gravoso o inutilmente complesso l'agire pubblico.

Tale principio ha anche un retaggio storico, ossia la volontà di contrapporre il diritto indipendente uruguayo, al diritto coloniale spagnolo, in vigore fino alla dichiarazione di indipendenza del 1825, che era irrigidito da numerose formalità.

La lettera F) dell'articolo 149 richiama espressamente il principio di materialità, che la dottrina amministrativista definisce alternativamente significatività o trascendenza.

La portata di tale principio risiede nel mettere in rilievo gli aspetti sostanziali a discapito del formalismo, inteso quale tendenza patologica a concepire gli istituti come forma e non come sostanza. In relazione alle procedure di gara, tale principio consente di valorizzare il contenuto del bando in senso stretto, inteso quale prestazione oggetto del servizio o dei lavori.

²³⁰ Cfr. J.P. Cajarville Peluffo, *Sobre Derecho Administrativo*, Montevideo 2008, 55, "la ragionevolezza è uno degli standard e dei criteri più preziosi del nostro tempo e costituisce un limite invalicabile per tutte le attività dello Stato".

²³¹ H. Frugone Schiavone, *Principios del procedimiento administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2015, 77, la forma non è un valore in sé, si deve rifuggire dalla convinzione secondo cui la formalità sia una soluzione, che al contrario pregiudica l'efficienza stessa dell'azione amministrativa, che si trova ingessata da vincoli ingiustificati o eccessivi.

Il principio di veridicità salvo prova contraria enfatizza l'affidamento reciproco nei rapporti tra privato e amministrazione, come reazione alla diffidenza che ha caratterizzato tale relazione per molti anni, sfiducia alimentata soprattutto durante gli anni del regime militare.

Il principio di buona fede pubblica, previsto dalla lettera I) dell'articolo 149 del *TOCAF*, rappresenta una declinazione specifica per i contratti pubblici di ciò che è previsto in via generale dall'articolo 1291 del Codice Civile dell'Uruguay, nell'ambito dell'esecuzione dei contratti tra privati e dall'art. 6 della legge sul procedimento amministrativo. Inoltre, e l'assunto si cala perfettamente nel tema in esame, rappresenta uno strumento di controllo del valore etico nella condotta degli agenti pubblici e degli amministrati.

Il principio di buona fede pubblica deve informare i rapporti tra amministrazione e privati finanche nell'eventuale fase estintiva del contratto.

La dottrina, sulla base di un'analisi del contenzioso amministrativo, ha proposto una tripartizione dei comportamenti contrari a buona fede, nei rapporti contrattuali tra amministrazione e imprese.

La prima tipologia di comportamenti è riconducibile ai casi di sabotaggio del contratto, che si realizza ogniqualvolta si registri un comportamento omissivo o ostruzionistico perpetrato unicamente in danno dell'esecuzione dell'accordo.

La seconda tipologia riguarda tutti i comportamenti che generano nella controparte un legittimo affidamento, tradito da successive condotte contrarie a quelle originarie.

La terza comprende quella che la dottrina uruguayia definisce buona fede solidale (o del buon samaritano) che impone una condotta corretta, al solo fine di non ledere la posizione contrattuale altrui²³².

²³² Cfr. A. Durán Martínez, *Principios de la contratación administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013, 65, il caso cd. *Ferry Boat Atlantic* è espressione sintomatica di violazione di buona fede solidale, nei rapporti tra privato e amministrazione. La compagnia Ferry Boat Atlantic realizzava il servizio di trasporto di passeggeri e veicoli da *Colonia del Sacramento* (Uruguay) a *Buenos Aires* (Argentina). Il servizio di ristorazione sull'imbarcazione era affidato in regime di concessione *sine die*, con termine finale indeterminato, con la possibilità per il concedente di estinguere unilateralmente il rapporto in qualsiasi momento. Dopo otto anni di vigenza della concessione, il concedente decideva di porre fine al contratto di concessione, in prossimità dell'alta stagione, per gestire direttamente il servizio durante il periodo più lucrativo dell'anno. Il concessionario richiedeva il versamento del profitto che gli era negato per l'alta stagione e nel quale riponeva un affidamento legittimo, a causa della decisione unilaterale di porre fine al rapporto del concedente. La questione relativa alla buona fede solidale si rivela nell'eventuale volontà di rinviare il recesso al termine dell'alta stagione, da parte del concedente, per non privare il concessionario del lucro cessante relativo al periodo più proficuo dell'anno. Il tribunale del contenzioso amministrativo, facendo leva sul concetto di buona fede solidale, sosteneva la pretesa del concessionario, che

La buona fede è posta a tutela anche della stessa amministrazione, poiché garantisce che l'amministrato mantenga un comportamento leale, sia durante la fase di gara, sia durante l'esecuzione del contratto, nell'esercizio dei suoi diritti e nell'adempimento dei suoi obblighi²³³.

La necessità di operare una ponderazione dei principi suesposti, espressione di diverse tensioni ed esigenze, rende necessario il rinvio a criteri di risoluzione in caso di conflitto tra i principi stessi.

La dottrina iberoamericana, sulla scia dell'impostazione pretoria e dottrinale tedesca²³⁴, sviluppata alla fine del XIX secolo, ha individuato tre distinti criteri di risoluzione dei conflitti tra differenti principi, in materia di contrattazione amministrativa, che non sono in un rapporto di subordinazione, ma sono alternativi e la scelta del canone da seguire è rimessa alla discrezionalità della pubblica amministrazione.

In primo luogo, viene in rilievo l'idoneità della restrizione, ossia l'opportunità di sacrificare un valore, per perseguire un interesse contrapposto, avendo come unico parametro di riferimento l'ottimale erogazione del servizio, oggetto della gara pubblica.

In secondo luogo, la necessità della restrizione del principio, il sacrificio o la limitazione dell'interesse è ammissibile solo se non esistono soluzioni alternative in concreto, solo se tale sacrificio si riveli imprescindibile per la corretta e celere celebrazione della procedura ad evidenza pubblica.

Infine, sussiste la ponderazione in senso stretto, attraverso un'enunciazione anticipata dell'importanza che ogni singolo valore riveste in relazione alla singola prestazione oggetto del contratto pubblico, in base all'interpretazione delle clausole del bando, ad opera della stessa amministrazione.

4.2 La *licitación pública*

I contratti amministrativi costituiscono una -seppur rilevante- parte dell'attività amministrativa e come tali devono onorare sia i principi tipici dell'evidenza pubblica, sia i principi tipici che informano l'intero agire amministrativo.

altrimenti avrebbe ricevuto una lesione ingiustificata del legittimo affidamento, ingeneratogli da un comportamento contrario alla buona fede da parte della pubblica amministrazione. Sulla vicenda, in senso più ampio, cfr. J. Gamarra, *Buona fe contractual*, Montevideo, 2011, 116 ss.

²³³ Cfr. J. Gonzalez Perez, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999, 91 ss.

²³⁴ Cfr. R. Alexy, *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001.

L'amministrazione è "un'istituzione inglobata in un'altra istituzione, lo Stato"²³⁵, e come tale deve adempiere il dovere di buona amministrazione²³⁶, che se calato nel contesto dell'attività contrattuale, si concretizza in una corretta esecuzione dei servizi pubblici esternalizzati.

L'articolo 33 del *TOCAF* afferma il criterio generale di affidamento dei contratti amministrativi, che devono essere celebrati all'esito di una gara pubblica o altro procedimento competitivo espressamente previsto²³⁷.

La gara pubblica è la sola ad essere espressamente nominata, mentre la seconda parte della norma opera un generico rinvio ad altri procedimenti di selezione, che devono necessariamente essere di tipo competitivo ed essere espressamente regolati.

Secondo un'accreditata impostazione²³⁸, l'amministrazione può prediligere gli alternativi procedimenti competitivi solo se sussistono le condizioni previste per legge, in assenza delle quali è obbligata a scegliere la gara pubblica.

A fronte della gara pubblica sussistono determinate eccezioni²³⁹, legate a fattori qualitativi o quantitativi, quali la *licitación abreviada* o l'affidamento diretto del servizio, procedure vincolate al valore economico complessivo dell'operazione.

Il *TOCAF* disciplina altri procedimenti selettivi in maniera espressa, quali la vendita al ribasso (letteralmente, *puja a la baja*) e la vendita all'asta (*remate*).

La vendita al ribasso, disciplinata dall'articolo 34 del *TOCAF*, sussiste allorché dal servizio derivino spese per l'amministrazione e l'oggetto dell'aggiudicazione sia preciso, concreto e facilmente determinabile; il servizio è aggiudicato all'offerente che presenta un ribasso maggiore sul prezzo posto a base d'asta, a meno che non sia prevista dal bando la possibilità di un'aggiudicazione parziale a due o più offerenti.

La vendita all'asta (*remate* o *subasta*), regolata dall'articolo 35 del *TOCAF*, sussiste quando dal contratto derivino entrate per l'amministrazione e l'oggetto dell'aggiudicazione sia

²³⁵ Sul tema, cfr. M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921, 11 ss.

²³⁶ Cfr. A. Durán Martínez, *La buena administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2010, 189, la scelta dello strumento adeguato per il perseguimento del fine pubblico deve essere perseguito in maniera più rigorosa in tema di contrattazione pubblica.

²³⁷ L'articolo 33 del *TOCAF* recita: "Las contrataciones se realizarán mediante licitación pública u otro procedimiento competitivo expresamente previsto, de acuerdo a lo que mejor se adecue a su objeto, a los principios generales de la contratación administrativa y de acuerdo a lo previsto en la normativa vigente".

²³⁸ Cfr. P. Leiza Zunino, *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, 212.

²³⁹ E' prevista la possibilità di ricorrere alla *licitación abreviada* se la somma dell'operazione non eccede i cinque milioni di *pesos uruguayos*; si può ricorrere all'affidamento diretto se l'operazione complessiva non eccede i duecentocinquanta mila *pesos uruguayos*.

preciso, concreto e facilmente determinabile; l'aggiudicazione si assegna al miglior offerente, in base a una valutazione meramente quantitativa.

Tuttavia, come rilevato, il procedimento selettivo tradizionale è la gara pubblica, poiché il ricorso a procedimenti alternativi deve essere giustificato dalla circostanza che gli stessi si adeguino meglio all'oggetto del contratto.

“La gara pubblica è un procedimento relativo a una modalità di celebrazione di determinati contratti, la cui finalità è la determinazione del soggetto privato che offre alla pubblica amministrazione le condizioni più vantaggiose. Consiste in un invito agli interessati affinché, assoggettandosi alle richieste dal bando di gara, formulino proposte, tra le quali l'amministrazione seleziona la più vantaggiosa. Tutto il procedimento di selezione del contraente si ispira ai principi di parità tra i privati e di rispetto (*rectius* adempimento) delle clausole del bando di gara²⁴⁰”.

Per altra definizione, coniata dalla dottrina argentina, “la gara pubblica è il procedimento amministrativo preparatorio al palesarsi della volontà contrattuale, attraverso il quale un ente pubblico, nell'esercizio della funzione amministrativa in senso ampio, invita gli interessati a formulare proposte per l'aggiudicazione del ruolo di co-contraente, nel rispetto del bando di gara²⁴¹”.

Entrambe le definizioni coincidono nell'individuazione degli elementi essenziali, la gara pubblica è un procedimento amministrativo e come tale è soggetta ai principi della legge sul procedimento, 27 settembre 1991, n. 500.

La gara pubblica è un procedimento amministrativo speciale e come tale è regolato dai principi *ex* articolo 2²⁴² del decreto 500 del 1991 e da quelli previsti dall'articolo 149 del *TOCAF*, analizzati in precedenza.

La fase pubblicistica della procedura di gara termina con l'adozione di un atto amministrativo, l'aggiudicazione, momento procedimentale che può corrispondere con la selezione del co-contraente o con il perfezionarsi stesso del contratto, secondo i casi.

²⁴⁰ E. Sayagués Laso, *La licitación pública*, Montevideo, 1978, 42 ss.

²⁴¹ R. Dromi, *La licitación pública*, Buenos Aires, 1999, 46.

²⁴² L'articolo 2 del decreto 500 del 1991, in materia di procedimento amministrativo enuncia “*La Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al derecho y debe actuar de acuerdo a los siguientes principios generales : a) imparcialidad; b) legalidad objetiva; c) impulsión de oficio; d) verdad material; e) economía, celeridad y eficacia; f) informalismo en favor del administrado; g) flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos; h) delegación material; i) debido procedimiento; j) contradicción; k) buena fe, lealtad y presunción de verdad, salvo prueba en contrario; l) motivación de la decisión; m) gratuidad*”.

Originariamente, la gara pubblica perseguiva il duplice obiettivo di permettere all'amministrazione di stipulare il contratto più conveniente e assicurare a tutti gli offerenti di aggiudicarsi il ruolo di contraente, scopi da perseguire in maniera rigorosa.

Tuttavia, si avverte una tendenza della dottrina a riconoscere l'esistenza di un terzo obiettivo da perseguire attraverso il regime giuridico dei contratti pubblici, ossia garantire l'attuazione di determinate politiche pubbliche, in particolare in materia ambientale, per assicurare uno sviluppo sostenibile.

In linea generale, la gara pubblica, intesa come procedura competitiva in senso stretto, dipende da tre presupposti²⁴³, uno logico, uno giuridico e uno di fatto, analizzati in profondità dalla dottrina brasiliana²⁴⁴.

Il presupposto logico è l'esistenza di una pluralità di servizi, di lavori e di beni da esternalizzare, da rendere oggetto di procedura di selezione.

Il presupposto giuridico è che la gara pubblica sia un mezzo adeguato per essere servente all'interesse pubblico.

Il presupposto di fatto è l'esistenza di potenziali contraenti privati sul territorio, interessati a partecipare alla gara pubblica.

4.2.1 Le singole fasi della *licitación pública*

Nello svolgimento della gara è possibile individuare quattro tappe o fasi essenziali: la fase preparatoria, la fase essenziale, la fase integrativa e la fase esecutiva.

La fase preparatoria consiste nella redazione dello studio di fattibilità tecnico, giuridico e contabile del contratto.

In origine, tale fase era considerata meramente interna ma tale affermazione deve essere temperata con l'istituzione di procedimenti a iniziativa privata e con la previsione della partecipazione dei privati alla redazione del bando, in relazione a gare estremamente complesse, nello svolgimento delle stesse o nell'oggetto del servizio. In ogni caso, l'approvazione definitiva del bando spetta all'amministrazione aggiudicatrice.

La dottrina uruguayana definisce il bando come "l'insieme (*conjunto*) di clausole e capitoli, redatto dall'amministrazione, con la specificazione della fornitura, del lavoro o

²⁴³ Sul tema, in maniera approfondita, cfr. F. Martins De Oliveira, *Direito administrativo brasil-argentina*, Belo Horizonte, 2007.

²⁴⁴ Cfr. B. De Mello, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 2003, 481 ss.

del servizio posto a bando, stabilendo le condizioni del contratto e determinando le fasi successive per giungere alla stipula del contratto²⁴⁵”.

Il *TOCAF* disciplina due modelli di bandi di gara, il primo definito “a condizioni generali” e disciplinato dall’articolo 47 e il secondo definito “a condizioni particolari” e regolato dall’articolo 48.

I bandi a “condizioni generali” sono redatti per la celebrazione di tutti i contratti di una medesima categoria, infatti sono anche definiti “bandi-tipo”, e sono espressamente approvati dal potere esecutivo. Sono strutturalmente costituiti da norme generali e astratte, approvate per atto amministrativo, e come tali possono essere qualificati in termini di regolamento in senso lato²⁴⁶.

I bandi “a condizioni particolari” si rivolgono a una gara specifica e l’organo competente all’approvazione degli stessi è, in linea generale, o la stessa amministrazione aggiudicatrice o il potere esecutivo²⁴⁷.

Tale categoria di bandi deve prevedere, come contenuto minimo, la descrizione dell’oggetto del bando, le condizioni tecniche richieste, i fattori rilevanti per la valutazione delle offerte, l’importo della garanzia da corrispondere e una clausola finale che rende necessaria la redazione “di ogni altra specificazione e chiarimento che contribuisca ad assicurare la chiarezza e la trasparenza per i possibili offerenti”.

Tale inciso finale appare decisivo per l’analisi condotta, perché è teso ad assicurare un incedere dell’agire pubblico trasparente e chiaro, per le imprese e per gli utenti, sin dalla fase genetica della gara pubblica.

La cd. fase essenziale della gara è suddivisa a sua volta in diverse tappe: la chiamata alla gara, la pubblicazione della chiamata, la presentazione delle offerte, l’opinione della Commissione per le aggiudicazioni, intervento della Corte dei Conti (che in Uruguay ha riveste solo funzioni consultive) e il provvedimento di aggiudicazione.

²⁴⁵ E. Sayagués Laso, *La licitación pública*, Montevideo, 1978, 73.

²⁴⁶ Il carattere regolamentare del bando durante il procedimento selettivo non è incrinato dalla considerazione in base alla quale le prescrizioni del bando saranno parte integrante del contratto amministrativo. D’altronde una situazione simile si rileva nei contratti tra privati che sono integrati dalle norme imperative e supplementari del Codice Civile, che non per questo smarriscono la propria natura materialmente legislativa. In tal senso, cfr. J.C. Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005, 97.

²⁴⁷ Se sono approvati dall’amministrazione aggiudicatrice assumono il nome di *ordenanzas*, mentre se sono approvati dal potere esecutivo sono chiamati *decretos*. Cfr. C. Nalerio, *Desafíos y oportunidades de la Ley de Ordenamiento Territorial para los Gobiernos Departamentales: Fortalecimiento Institucional del Congreso de Intendentes y los Gobiernos Departamentales*, Montevideo, 2008.

A margine di tali momenti procedurali essenziali, possono eventualmente rendersi necessari richieste di chiarimenti alle imprese, invito a migliorare le offerte e ulteriori negoziazioni.

Di regola, la chiamata alla gara è contestuale alla pubblicazione del bando, ma non esiste disposizione che impedisca all'amministrazione di effettuare tale adempimento in un momento successivo.

Da un punto di vista sistematico, la chiamata alla gara (letteralmente *llamado a licitación*) è un invito a formulare offerte all'amministrazione, disposto attraverso atto amministrativo che può essere autonomamente impugnato perché dotato di autonoma carica lesiva.

L'articolo 51 del *TOCAF* impone la pubblicazione del provvedimento di chiamata sulla Gazzetta Ufficiale (*Diario Oficial*) e sul sito istituzionale di *Compras Y Contrataciones Estatales* al fine di conferire trasparenza a una delle fasi più delicate dell'intero procedimento²⁴⁸.

La richiesta di chiarimenti alle imprese, istituto che riprende in parte i tratti distintivi del soccorso istruttorio previsto dall'ordinamento italiano e interminabile fonte di dubbi esegetici²⁴⁹, è una fase eventuale ma nella prassi il ricorso alla stessa è consueto, soprattutto nelle gare più complesse.

Tale fase sub procedimentale deve svilupparsi attraverso un contraddittorio integralmente pubblico, affinché tutte le imprese possano apprezzare lo scambio di memorie tra le imprese interessate e la pubblica amministrazione, per la tutela del principio di uguaglianza tra i contraenti.

Attraverso tale misura non possono essere apportate modifiche all'offerta, sia di natura formale sia di natura sostanziale, anche se la dottrina e la giurisprudenza non hanno approfondito tale aspetto, a differenza di ciò che è accaduto in relazione alla legislazione italiana.

La fase della presentazione delle proposte rappresenta un'offerta a contrattare dal punto di vista della disciplina applicabile, che deve essere eseguita nelle modalità indicate dall'articolo 65 del *TOCAF*.

²⁴⁸ La pubblicazione si deve effettuare quindici giorni prima della data di apertura della gara o almeno venti giorni prima se il bando è rivolto anche a imprese straniere. Tale termine può essere ridotto per ragioni di urgenza o convenienza con apposito atto dell'amministrazione. I termini decorrono dal giorno feriale successivo all'avvenuta pubblicazione sul sito di *Compras Y Contrataciones Estatales*. In tal senso, cfr. A. Durán Martínez, *Formalismo o antiformalismo en el contencioso administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2015, 190 ss.

²⁴⁹ Cfr. R. De Nictolis, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 526 ss.

Le offerte devono rispettare tre categorie di requisiti per essere giudicate ammissibili, nella prima fase definita di “controllo debole dei titoli”: soggettivi, oggettivi e formali.

I primi si riferiscono alla capacità e alla legittimazione dell’offerente per contrattare con l’amministrazione, in base alla disposizione ex art. 46 del *TOCAF*, che in tal senso legittima le persone fisiche o giuridiche, uruguaye o straniere, nel pieno esercizio della capacità giuridica, regolata dalla norme di diritto comune.

Lo stesso articolo 46 impedisce ai soggetti esclusi o sospesi dal *Registro Único de Proveedores del Estado* e ai soggetti che hanno partecipato, in veste di funzionari, alla redazione di qualsiasi tipo di bando, di presentare offerte.

La norma appare eccessivamente limitante, soprattutto in relazione alle domande presentate dai funzionari pubblici, ma di converso è opportuno segnalare che la legge non ha predisposto un elenco di esclusioni tipico, rimandando la disciplina concreta a fonti regolamentarie e secondarie.

I requisiti oggettivi si riferiscono all’oggetto del contratto, mentre i requisiti formali riguardano le modalità di redazione e presentazione dell’offerta.

I principi di flessibilità e *informalismo* svelano nella fase della presentazione delle offerte il proprio carattere precettivo²⁵⁰, poiché si prevede che le offerte devono essere inviate alla stazione appaltante in conformità con le disposizioni di gara, con l’aggiunta di qualsiasi informazione complementare, ma senza omissione dei requisiti sostanziali minimi richiesti.

L’aggettivo “minimi” svela il carattere flessibile della procedura, che consente alle imprese di presentare un’offerta ampia, deformalizzata, nel rispetto esteso dell’oggetto della gara.

Se il bando lo consente espressamente, è possibile presentare modifiche, alternative o varianti all’offerta in una fase successiva, senza necessità di allegare la proposta iniziale, ex articolo 63 del *TOCAF*.

Lo stesso articolo 63 dispone che le offerte devono conformarsi alla descrizione dell’oggetto richiesto dal bando e la redazione deve essere parametrata alla complessità tecnica dello stesso. Inoltre, sempre in osservanza del principio di flessibilità, è previsto che le condizioni tecniche del bando rivestono solo carattere indicativo e descrittivo.

²⁵⁰ Cfr. A. Sayagués, *El nuevo régimen de compras*, Montevideo, 1991, 65, è essenziale perseguire il fine ultimo, ossia l’esecuzione del contratto oggetto di gara, e il carattere servente della procedura selettiva rispetto a tale fine non deve mai assumere portata recessiva.

Limiti stringenti sono previsti in tema di ritiro delle offerte già presentate²⁵¹; al fine di premunirsi contro l'inadempimento di tale obbligo, l'ordinamento uruguayo ha disciplinato la garanzia di mantenimento dell'offerta, che in alcuni casi è facoltativi e in altri è obbligatoria.

Se la garanzia di mantenimento è obbligatoria, la stessa deve essere versata contemporaneamente alla presentazione dell'offerta, attraverso deposito in contanti o garanzia bancaria, in un importo fissato dall'amministrazione con apposita clausola del bando, ex articolo 64 del *TOCAF*. Il mancato versamento della garanzia, comporta il pagamento di una multa equivalente al 5% del valore complessivo dell'offerta presentata da infliggere con un atto amministrativo, avente valore di titolo esecutivo²⁵².

La fase di apertura delle offerte, attraverso apposito provvedimento, conferisce carattere pubblico alle proposte presentate. L'apertura del plico contenente l'offerta avviene pubblicamente, ad opera dei funzionari designati, e l'istante stesso dell'apertura corrisponde al momento finale per poter apportare qualsiasi modifica al ribasso presentato²⁵³.

La pubblica amministrazione, in tale fase, non ha alcun potere di scartare le offerte, ma incorre nel dovere, tramite un'attività vincolata, di oscurare i soli dati sensibili²⁵⁴ (letteralmente, *informaciones confidenciales*), considerati tali in conformità all'articolo 10 della legge 17 ottobre 1008, n. 18381.

Le offerte, relative a tutte le procedure il cui valore ecceda 1.500.000 *pesos uruguayos*, sono analizzate dalla *Comision Asesora de Adjudication*, organo presente presso ogni amministrazione aggiudicatrice, in conformità all'articolo 66 del *TOCAF*.

²⁵¹ A differenza di ciò che accade nei rapporti tra privati, dove vige il principio secondo il quale ogni proposta contrattuale può essere ritirata prima della sua accettazione, senza incorrere in alcuna responsabilità, il diritto amministrativo è retto dal principio inverso, in forza del quale, gli offerenti hanno l'obbligo di mantenere la propria offerta, per il periodo determinato dalla legge o dal bando. Cfr. J.C. Cassagne, *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005, 103.

²⁵² La precedente formulazione della norma, risalente al 1997, imponeva il versamento di una garanzia solo per le gare il cui valore superasse il limite previsto per il ricorso alla gara abbreviata e l'importo del versamento era fissato nel valore dell' 1% del valore complessivo della gara. La vera differenza risiedeva nella circostanza che tale versamento costituiva requisito di ammissibilità alla procedura stessa. Cfr. A. Durán Martínez, *Casos de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1999, 13.

²⁵³ La lettura isolata di tale norma conduce a tale interpretazione. Tuttavia, come rilevato da A. Durán Martínez, *Licitación pública*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013, 177, l'articolo 65 deve essere letto necessariamente in combinato disposto con l'articolo 63, che non ammette la presentazione di offerte, oltre il termine previsto e pertanto il termine ultimo per non incorrere nel divieto di modificazione non è il termine di apertura, ma il termine di presentazione delle offerte.

²⁵⁴ Per una visione ampia del tema, cfr. A. Durán Martínez, *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública : hábeas data*, Montevideo, 2012, 115.

La *Comision* svolge funzioni meramente consultive e non può adottare atti amministrativi in senso stretto, ma può redigere pareri obbligatori, ma non vincolanti, in ordine all'ammissibilità delle offerte.

Nell'adozione di tali pareri, la *Comision* può sollecitare la redazione di chiarimenti agli offerenti o chiedere pareri ad altre amministrazioni.

Il parere positivo di tale organo conferisce al titolare della proposta la condizione soggettiva di offerente in senso stretto, ed apre la fase di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

Nella determinazione dell'offerta più conveniente, per gli interessi dell'amministrazione e per la migliore esecuzione del servizio, la stessa amministrazione valuta fattori qualitativi e quantitativi dell'offerta.

Nello specifico si prevedono razionalmente, con un giudizio *pro futuro*, le condizioni ottimali per l'esecuzione efficiente del contratto. In secondo luogo, l'amministrazione seleziona le migliori offerte, tra quelle reputate ammissibili in base al parere della Commissione.

Dopo aver selezionato le offerte più convenienti, l'amministrazione esegue un'indagine sull'esecuzione dei precedenti lavori pubblici eventualmente eseguiti dalle imprese selezionate e analizza in maniera analitica le condizioni proposte, in base ai criteri oggettivi previsti dal bando²⁵⁵.

L'invito a migliorare le offerte è una fase eventuale, di cui è titolare la *Comision Asesora de Adjudication*, regolata dall'articolo 66 del *TOCAF*, e si rende necessaria nel caso in cui due o più offerte ricevano una qualificazione simile, o presentino lo stesso ribasso o quando tutte le offerte siano manifestamente inconvenienti. Le offerte si ritengono simili qualora il valore delle stesse non differisca di una percentuale superiore al 5%.

²⁵⁵ Secondo l'impostazione maggiormente recepita, in tale fase, l'amministrazione è obbligata a procedere a una valutazione in ordine al cd. sviluppo sostenibile, ritenuto principio generale di diritto, e come tale applicabile e invocabile in qualsiasi momento, da J.L. Piñar Mañas, *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Madrid, 2003, 190. In Uruguay, la legge 19 luglio 2011, n. 18786 che disciplina i contratti di partenariato pubblico privato, prevede la preventiva redazione di un documento di valutazione, nel quale si effettua anche uno studio sull'impatto ambientale del progetto. Nelle procedure d'appalto disciplinate dal *TOCAF*, l'articolo 152 rimette a fonti regolamentari le politiche e gli aspetti da valutare per la sostenibilità ambientale. Il rilievo fondamentale è che la maggiore sostenibilità ambientale desumibile da un'offerta, in assenza di espressa previsione legislativa, non incide sui criteri di valutazione, né sul punteggio finale ai fini dell'aggiudicazione. La dottrina uruguayana, sul tema, adotta l'impostazione di Giannini, in ordine alla cd. concettualizzazione della "convincione diffusa" di dover preservare l'ambiente, *in primis* mediante uno sviluppo sostenibile. Sul tema, in senso ampio, cfr. C. Delpiazzo, *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, Montevideo, 2015, 57 ss.

La pubblica amministrazione, se il bando lo prevede e se tale soluzione si concilia con l'oggetto del contratto, può procedere a una suddivisione dell'aggiudicazione o in ultima analisi deve far ricorso a un sorteggio pubblico.

Tale istituto configura un'eccezione all'inalterabilità delle proposte, che si rende però necessaria per pervenire all'aggiudicazione finale.

Un'ulteriore tappa eventuale è quella delle trattative (*negociaciones*), la cui origine risale alle legge 10 novembre 1987, n. 15903, mutuata integralmente dal diritto statunitense, nel quale configura però un procedimento autonomo.

A tale istituto può ricorrersi nel caso di una bassa partecipazione alla gara, qualora la suddivisione dell'aggiudicazione risulti più conveniente per tutte le imprese offerenti e per la stessa amministrazione. E' disposta con atto amministrativo, autonomamente impugnabile.

L'ultima fase prima dell'atto di aggiudicazione è rappresentata dall'intervento della Corte dei Conti, che in Uruguay ha solo funzione consultiva²⁵⁶.

Tale fase trova un addentellato costituzionale nell'articolo 211, lettera b, della Costituzione del 1967.

La Corte dei Conti, dopo aver analizzato il progetto di spesa, emana un parere entro quindici giorni, che apre la fase di aggiudicazione vera e propria.

L'aggiudicazione è l'atto terminale della procedura selettiva in senso stretto, attraverso il quale si seleziona il miglior offerente e sulla natura stessa di tale provvedimento la dottrina è divisa.

Per una prima impostazione²⁵⁷, che appare preferibile per la tenuta generale del sistema, l'aggiudicazione è la tipica espressione di potestà discrezionale da parte della pubblica amministrazione²⁵⁸. Il margine di scelta sotteso a tale criterio è il "presupposto archetipico della discrezionalità"²⁵⁹.

²⁵⁶ Sul tema, in senso approfondito, cfr. X. Pinto Nerón, *Sociedades privadas estatales y paraestatales y su control por el Tribunal de Cuentas*, Montevideo, 2009; A.J. Albanell Martino, *La justicia uruguaya: doctrinas magistrales 1940-2009*, Montevideo, 2010.

²⁵⁷ In tal senso, Cfr. C. Delpiazzo, *Derecho administrativo general*, Montevideo, 2015, 463.

²⁵⁸ La questione involge più in generale il tema della discrezionalità amministrativa, in merito all'impostazione che ne riconosce la sussistenza ogniqualvolta esiste una possibilità di scelta (*posibilidad de elección*) per la pubblica amministrazione. Per tale ricostruzione, la discrezionalità viene in essere qualora si rilevi l'esistenza di varie soluzioni ugualmente accettabili dal punto di vista giuridico, ugualmente corrette o indifferenti giuridicamente. In relazione a tale criterio si manifesta l'importanza dell'opportunità dell'atto, considerato come convenienza per l'interesse generale, che nelle procedure selettive involge anche, se non soprattutto, l'esecuzione del servizio. Secondo altra teoria, che fa leva sul criterio dell'interesse pubblico, la potestà discrezionale svela la sua natura

Per diversa ricostruzione dottrinale²⁶⁰, la scelta dell'offerta più conveniente è un concetto giuridico indeterminato, che involge una “questione intellettuale e non volitiva”, che esclude a monte qualsiasi discrezionalità nella scelta del potere pubblico.

In merito ai criteri di selezione delle offerte, si distinguono gli elementi qualitativi e quantitativi: i primi si riferiscono agli aspetti soggettivi della proposta, tra i quali la qualità del progetto, l'esperienza dell'impresa, l'assistenza tecnica post-aggiudicazione, mentre i secondi si riferiscono agli aspetti ponderabili quali il peso, il prezzo, il volume.

L'aggiudicazione deve soddisfare da un lato la miglior erogazione del servizio e dall'altro la soluzione più conveniente per la pubblica amministrazione e pone fine alla procedura selettiva

La fase integrativa o di efficacia, corrisponde all'atto di notificazione del termine della procedura ad evidenza pubblica, e deve effettuarsi nei confronti di tutti gli offerenti.

La fase esecutiva, al perfezionarsi delle notificazioni, inizia con la stipula del contratto con il soggetto aggiudicatario del servizio, mediante la quale l'amministrazione restituisce la garanzia di mantenimento dell'offerta precedentemente versata.

La gara pubblica, tracciata analiticamente in ogni sua fase, rappresenta il procedimento di contrattazione pubblica “di principio”, la regola da seguire per l'affidamento di un servizio.

Un aspetto da rilevare, rilevante anche per la lotta ai fenomeni patologici, distorsivi della concorrenza, è la previsione dell'utilizzo della tecnologia in ogni singola tappa preparatoria.

4.2.2 Una centralizzazione delle committenze *ante-litteram*: La *Agencia de Compras Y Contrataciones del Estado (ACCE)*

L'istituzione dell' *Agencia de Compras Y Contrataciones del Estado* è anteriore al vigente *TOCAF*, poiché risale alla legge 6 ottobre 2008, n. 18362.

qualora tutta l'attività s'incentri solo sullo scopo perseguito. Tale impostazione ben si concilia con il carattere servente del procedimento di selezione del contraente. Sul tema, Cfr. G. Arias Gayoso, *Discrecionalidad administrativa: necesarias reflexiones desde su concepción*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2015, 5 ss.; G. Ruocco, *Enjuiciamiento de la discrecionalidad administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2012, 219 ss.; V.E. Pérez Fernández, *Los límites a la discrecionalidad administrativa: los conceptos jurídicos indeterminados y los hechos determinantes*, Montevideo, 1994.

²⁵⁹ R. Bocanegra Sierra e A. Huergo Lora, *Un paso atrás en el control judicial de la discrecionalidad: su confusión con los conceptos jurídicos indeterminados y la dispensa del deber de motivar*, in *Revista Española de Derecho Administrativo* (España), 2004, 414 ss.

²⁶⁰ *Ex multis*, Cfr. D.H. Martins, *Llamado, propuestas y evaluación en la Ley N. 15903*, Montevideo, 1989, 31.

L'Agenzia in questione è un organo decentralizzato, con ampia autonomia tecnica e facoltà di comunicare con il potere esecutivo, con un ruolo attivo in materia di lotta alla corruzione. Infatti, in base all'articolo 14 della legge 4 novembre 2011, n. 18834 l'Agenzia deve perseguire come finalità ultima la promozione di azioni tendenti al miglioramento della gestione e del livello della trasparenza degli acquisti, e in generale, della contrattazione del settore pubblico²⁶¹.

L'Agenzia in esame è stata soggetta a numerosi interventi legislativi, e le diverse redazioni dei testi di legge che l'hanno riguardata svelano il carattere stesso dell'organo.

La promozione di politiche pubbliche, la trasparenza, l'efficienza sono elementi imprescindibili per pervenire a una virtuosa -o quantomeno regolare- gestione dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione.

Tuttavia, tali concetti devono essere declinati in una dimensione tecnologica che favorisca la diffusione capillare sul territorio di tutte le informazioni, per un incedere trasparente della procedura di selezione del contraente.

Lo sviluppo dei sistemi tecnologici e telematici deve consentire nuove modalità di interazione tra amministrazione e amministrati e deve svelare in tempo reale la manifestazione di volontà amministrativa per permettere nuove forme di controllo e di partecipazione²⁶².

L'utilizzo della tecnologia nello svolgimento dell'attività amministrativa, il suo sviluppo e la sua implementazione è denominata *Tecnología de la Información y el Conocimiento (TIC)* e costituisce la base per la costruzione sistematica del *Gobierno Electronico*²⁶³.

In ordine all'idea di amministrazione trasparente, l'articolo 5 della legge 17 ottobre 2008, n. 18381 dispone che i soggetti pubblici devono disporre la adeguata organizzazione, sistematizzazione e disponibilità delle informazioni in proprio possesso, assicurando un ampio e agevole accesso agli interessati. Gli organismi pubblici devono rendere disponibili, in forma permanente, come livello di trasparenza minima, la propria struttura organica, la struttura delle remunerazioni dei funzionari, le concessioni, le gare, i permessi e le

²⁶¹ Cfr. P. Schiavi, *La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE): desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones en Uruguay*, in *Derecho administrativo: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2014, 673 ss.

²⁶² Sul tema dell'impatto della tecnologia sull'agire pubblico, in senso ampio, cfr. C. Delpiazzo, *Automatización de la actividad administrativa en el marco de la reforma del Estado*, in *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, 1998; C. Delpiazzo, *El procedimiento administrativo y las nuevas tecnologías de la información*, in *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Politico*, 2011.

²⁶³ Cfr. P. Schiavi, *El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay*, Montevideo, 2012, 37 ss.

autorizzazioni concesse, specificando il beneficiario ed palesando i meccanismi di partecipazione pubblica²⁶⁴.

In tale contesto normativo, l'Agenzia è obbligata a pubblicare sul proprio sito istituzionale i bandi di gara, dando agli stessi la massima visibilità possibile. Inoltre, in virtù della stessa legge 66 del 2012, sul medesimo sito si deve pubblicare l'elenco degli affidamenti diretti con una spiegazione analitica dei motivi che hanno condotto l'amministrazione ad aggirare la gara pubblica²⁶⁵.

In tale contesto normativo e istituzionale il decreto 30 luglio 2002, n. 289 ha imposto l'implementazione del sistema di acquisti e contratti pubblici (*Sistema de Compras Y Contrataciones Estatales, SICE*) i cui obiettivi sono la realizzazione della tracciabilità del processo di acquisto (*seguimiento del proceso de compra*), l'identificazione dell'Unità Organizzativa che realizza l'acquisto o è titolare della procedura di gara, la redazione di un documento che attesti la relazione tra il processo di acquisto e quello di spesa.

Nella stessa scia di massima accessibilità, la legge 18 settembre 2002, n. 17556 ha previsto l'obbligo per le amministrazioni aggiudicatrici di rendere pubblico l'atto di aggiudicazione delle gare pubbliche e di quelle abbreviate, l'elenco degli affidamenti diretti e le osservazioni della Corte dei Conti rese nella fase precedente al termine della gara.

L'*Agencia de Compras Y Contrataciones del Estado* è diretta da un Consiglio Direttivo Onorario incaricato di tratteggiare le linee generali di azione e valutare l'impegno e i risultati ottenuti. Il Consiglio è costituito da cinque membri, tra cui il presidente, nominato per proposta congiunta del Ministero dell'Economia e della Finanza e dell'*Oficina de Planteamiento y Presupuesto*.

Gli altri quattro membri sono nominati dagli organi che rappresentano, ossia l'*Oficina de Planteamiento y Presupuesto*, il Ministero dell'Economia e della Finanza, l'*Agencia para el desarrollo del Gobierno de Gestion Eletronica* e la *Sociedad de la Informacion y del Conocimiento y de las empresas publicas*.

²⁶⁴ Le informazioni elencate nell'articolo 5 della legge 18831 devono essere di agevole accesso sul sito web istituzionale e rappresentano il livello minimo di accessibilità che può essere implementato ad opera dell'amministrazione. Cfr. P. Bonanno Dutra, *Somero análisis de la Ley 18381: derecho de acceso a la información pública*, in *Revista de técnica forense*, 2015, 123 ss.

²⁶⁵ In tal modo si assicura la trasparenza nella gestione dei fondi pubblici, cfr. C. Delpiazzo, *Control social de la Administración pública en Uruguay*, in *Revista Ius Publicum* (Chile), 2003, 43.

L'Agenzia ha il dovere istituzionale di migliorare la gestione e la trasparenza²⁶⁶ delle procedure ad evidenza pubblica attraverso una serie di attività, elencate nell'articolo 14 della legge 4 novembre 2011, n. 18834.

In primo luogo, deve svolgere funzione di supporto, mediante la redazione di pareri, al potere esecutivo nell'elaborazione di politiche di esternalizzazione del servizio e nei processi di attualizzazione della relativa normativa. Nella stessa ottica, deve fornire pareri e stipulare convenzioni, per garantire la trasparenza negli acquisti da parte di organismi dipendenti dal Potere Esecutivo e di organismi pubblici autonomi.

Ha inoltre il fondamentale obbligo di gestione e mantenimento del *Registro Único de Proveedores del Estado* (letteralmente, Registro dei fornitori dello Stato) al servizio delle amministrazioni pubbliche statali e delle imprese stesse.

Nell'ottica della predisposizione di strumenti di *soft law* deve realizzare la più ampia diffusione degli aspetti normativi e delle migliori pratiche applicabili, proponendo all'amministrazione aggiudicatrice i criteri e il procedimento più snello e uniforme, al fine di facilitare il compito delle imprese nella presentazione della domanda.

Inoltre ha il dovere di sviluppare e gestire il sito web di acquisti e contratti amministrativi, sul quale le pubbliche amministrazioni pubblicano le informazioni riferite a contratti di opera, beni e servizi, in una forma che consenta al sito di divenire strumento di trasparenza al servizio dei cittadini.

Inoltre, svolge un compito simile a quello svolto nell'ordinamento italiano dalle Società Organismo di Attestazione²⁶⁷, in quanto classifica la qualità dei prodotti e dei servizi pubblici resi, in concerto con l'*Instituto Nacional de Calidad*.

L'Agenzia redige altresì pareri per l'ottimizzazione della gestione delle gare pubbliche da parte delle amministrazioni, propone modelli procedurali in ossequio al principio di flessibilità e suggerisce azioni che contribuiscano all'efficacia e all'efficienza dei procedimenti di scelta.

L'Agenzia si rivolge anche alle imprese, attraverso la compilazione di *mejores practicas* e nell'adozione di strumenti tesi a facilitare l'accesso delle stesse alle gare pubbliche.

²⁶⁶ Sul tema specifico in analisi, appare opportuno cfr. E. Lanza, *Venciendo la cultura del secreto: Obstáculos en la implementación de políticas y normas de acceso a la información pública en siete países de América Latina*, s.l., 2011.

²⁶⁷ Sul tema, Cfr. C. Guccione, *I requisiti degli operatori economici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 495 ss.; V. Turchini, *La colpa grave e il ruolo degli organismi di attestazione nei procedimenti sanzionatori dell'ANAC*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 383 ss.

Appare meritevole di riferimento la disposizione contenuta nell'articolo 22 della legge 4 novembre 2011, n. 18834 che prevede che il potere esecutivo, di concerto con l'Agenzia, può creare un regime di accordi quadro per l'acquisto di beni di uso comune da parte dell'amministrazione, avente validità triennale non rinnovabile. Tali accordi devono avere l'oggetto definito e si realizzano con una chiamata pubblica dei fornitori e la successiva trattativa per pervenire a un accordo con gli stessi su prezzo e condizioni d'acquisto.

Gli organi pubblici, in un regime di evidente deroga alla regola della gara pubblica, possono acquistare direttamente i beni dalle imprese firmatarie dell'accordo quadro. L'Agenzia, in tale contesto normativo, ha la facoltà di sollecitare il potere esecutivo a revocare d'imperio l'accordo quadro, qualora riveli anche una potenziale limitazione o violazione del regime di concorrenza.

L'articolo 4 del decreto 21 maggio 2013, n. 155 dispone che l'Agenzia sia l'organo responsabile del funzionamento, della conservazione delle informazioni e della disponibilità di accesso alle stesse del *Registro Único de Proveedores del Estado*²⁶⁸.

L'iscrizione al *RUPE* è un requisito soggettivo per contrattare con la pubblica amministrazione, applicabile a tutti i procedimenti selettivi realizzati con fondi statali ordinari.

Da tale sistema restano esclusi i procedimenti di gara finanziati con fondi della *Caja Chica* e del *Fondos Permanentes*, per i quali non è necessaria l'iscrizione al Registro Unico.

Il ruolo nodale dell'Agenzia è testimoniato dall'articolo 20 del decreto 155 del 2013 che prevede che la stessa possa disporre sanzioni di sospensione o eliminazione dal Registro Unico, disabilitando l'impresa per contrattare con la pubblica amministrazione.

La possibilità di infliggere tali misure sanzionatorie fa dubitare della natura stessa Agenzia, che coniuga funzioni di centralizzazione delle committenze e funzioni assimilabili a quelle di un'autorità indipendente, anche se tale assunto appare applicabile solo a tale funzione.

Le misure sanzionatorie devono essere proporzionate all'infrazione commessa, sono espressione di potere discrezionale ed è necessaria una previa audizione dell'interessato, per garantire un contraddittorio anticipato.

²⁶⁸ Sulle modalità di iscrizione e gli obiettivi perseguiti attraverso l'istituzione del Registro Unico, in senso ampio, cfr. P. Schiavi, *La Agencia de Compras y Contrataciones del Estado (ACCE): desafíos de una nueva gestión en las compras y contrataciones en Uruguay*, in *Derecho administrativo: revista de doctrina, jurisprudencia, legislación y práctica*, 2014, 145 ss.

L'eliminazione dal Registro Unico, a norma dell'articolo 22, può essere comminata qualora un amministratore o il titolare commetta un delitto in qualità di rappresentante dell'impresa, e la sentenza di condanna sia passata in *res indicata*. La disposizione è generica poiché non circoscrive i reati che possono cagionare tale conseguenza, né le ricostruzioni ermeneutiche urugugie si sono mai interrogate sul tema, sul quale si registra un vuoto di indagine.

In conclusione, la sfida della centralizzazione delle committenze, nel seppur eterogeneo complesso di compiti che l'Agenzia deve adempiere, sembra orientata nella direzione giusta. L'ubicazione istituzionale, le distinte competenze, la finalità legislativa ruotano intorno ai pilastri della promozione delle politiche pubbliche, della trasparenza e dell'efficienza quali elementi imprescindibili per un perfezionamento della gestione del sistema di acquisti e contratti del settore pubblico.

Appare fondamentale ribadire la posizione precipua della sperimentazione delle nuove tecnologie per l'attuazione amministrativa in senso ampio, per implementare le forme di interazione tra Stato e cittadini²⁶⁹.

Da ultimo, l'abbattimento dei costi pubblici e privati, generato dalla tenuta di un Registro Unico dei fornitori, tenuto e curato da un organo, l'Agenzia, espressione del pluralismo istituzionale ma espressione di ampia autonomia decisionale, appare fondamentale in un'ottica di perseguimento trasversale della trasparenza, nel settore pubblico quanto in quello privato.

5. Etica pubblica e modelli di trasparenza nelle procedure d'appalto

Il tema dell'etica pubblica²⁷⁰ non rappresenta un campo di indagine nuovo e non esplorato, ma la riviviscenza dello stesso è legata indissolubilmente alla ricerca di misure preventive per affrontare il flagello della corruzione.

²⁶⁹ Si rinvia, per una disamina sistematica, a J.M. Segura, *Teorías administrativas en América Latina*, Buenos Aires, 1988.

²⁷⁰ Sul tema, in senso ampio, cfr. C. Delpiazzo, *Etica y derecho público*, in *Estudios jurídicos*, 2014, 13 ss.; M. Hanna De Rosa, *¿De qué hablamos cuando hablamos de ética? : ética, moral y función pública*, in *Estudios jurídicos*, 2014, 193 ss.; A. Duran Martínez, *Ética, estado de derecho, buena administración*, Montevideo, 2013; J. Rodríguez Pereira, *Ética pública y actividad de control*, in *Tribuna del abogado*, 2012, 28 ss.

La declinazione pubblica dell'etica è diretta a pretendere dai funzionari pubblici un'azione, e più in generale una condotta, orientata al corretto onorevole e adeguato svolgimento delle funzioni di interesse generale.

L'attuale declinazione dell'etica quale misura anti-corruttiva e la preoccupazione su una patologia latente che era radicata nelle istituzioni, rinviene la propria genesi, a livello mondiale, nello cd. scandalo *Watergate*²⁷¹ negli Stati Uniti d'America, che segna il passaggio tra due epoche in relazione al livello di allerta mediatica e legislativa sul tema in esame.

L'eco dello scandalo aveva condotto alla promozione e allo sviluppo del tema dell'etica pubblica, attraverso l'istituzione dell'Officina dell'Etica o dell'approvazione dell'apposita legge negli Stati Uniti, alla fine degli anni '70.

La declinazione pubblica dell'etica si manifesta in ogni comportamento, in ogni attuazione dell'agire pubblico, costituisce un fondamentale parametro di controllo e uno strumento per il mantenimento o l'implementazione dell'affidamento riposto degli amministrati nelle istituzioni²⁷².

L'*ética pública* rappresenta un complesso di principi, con radici morali e giuridiche, che devono regolare le condotte umane al servizio dell'interesse pubblico, orientando le stesse al corretto, onorevole e trasparente adempimento delle funzione pubblica.

Per altro verso, questo dovere a natura mista, morale e giuridico, deve rinvenire negli amministrati e nella cittadinanza in generale una platea di destinatari che devono coadiuvare il corretto esercizio dei pubblici uffici.

Nell'ambito della contrattazione pubblica, l'etica è un valore preminente, in tutte le fasi della procedura, da perseguire quale virtù assoluta per la delicatezza e la preminenza del tema degli appalti pubblici, attraverso l'imprescindibile strumento della trasparenza amministrativa.

²⁷¹ Sul tema, si consenta di rinviare a F. Emery, *Watergate*, New York, 1995; S.I. Kutler, *Watergate: A Brief History with Documents*, Oxford, 2010. L'allerta mediatica post-*Watergate* aveva svelato l'esistenza di attività illegali da parte dell'amministrazione repubblicana durante la campagna per la rielezione di Richard Nixon, nel 1972. Lo scandalo palesava la portata degli illeciti e degli abusi perpetrati per pervenire alla rielezione di Nixon, tutti illeciti caratterizzati dal minimo comune denominatore dell'anti-eticità.

²⁷² Una condotta onesta, integra moralmente dei funzionari pubblici è uno dei fattori esiziale per il miglioramento dell'immagine istituzionale nel suo complesso. Sul tema, Cfr. J.M. Javier, *Ética y transparencia en la contratación pública*, in *Comentarios al TOCAF sobre la contratación pública*, a cura di C. Delpiazzo, Montevideo, 2015.

Il principio di trasparenza, che la dottrina uruguayana individua quale derivato del principio di pubblicità, “con il quale è intimamente imparentato²⁷³”, ha acquisito autonoma dignità e rilievo in relazione alla necessità pratica di operare un controllo permanente sull’attività statale, per favorire un ampio processo di *disclosure* nei confronti degli amministratori, destinatari ultimi dell’operato pubblico.

La trasparenza risulta uno strumento per garantire equità e chiarezza nelle procedure di selezione del contraente e di converso conferire solidità all’intero apparato istituzionale.

L’adozione di misure politiche e amministrative relative alla *probidad ética* nei contratti amministrativi rappresenta, al contempo, lo strumento e il punto di arrivo nell’ottimizzazione dei rapporti tra amministrazione e cittadini.

La segretezza dell’agire amministrativo deve retrocedere al ruolo di eccezione, da motivare e giustificare, solo con esigenze d’interesse generale o in base alla protezione di diritti individuali²⁷⁴, attraverso una ponderazione di valori da compiere nel prisma del principio di ragionevolezza.

Il riconoscimento, a livello positivo, di un vero e proprio diritto all’accesso alle informazioni pubbliche avviene con l’entrata in vigore della legge 17 ottobre 2008, n. 18831, il cui articolo 1 stabilisce che la promozione della trasparenza amministrativa di tutti gli organi pubblici è garantita quale diritto fondamentale della persona umana.

L’articolo 8 della medesima legge prevede che le eccezioni al generale principio di trasparenza amministrativa debbano essere di stretta interpretazione, applicativa e pretoria, e comprendono le situazioni di fatto caratterizzate dalle legge in termini di carattere riservato e confidenziale delle stesse.

Il principio di trasparenza così concepito opera come base fondamentale dello Stato democratico e la sua consacrazione in termini di diritto fondamentale risulta basilare per l’istituzione di un corpo istituzionale trasparente.

La corruzione si pone agli antipodi giuridici e concettuali della trasparenza e dell’etica pubblica; i fenomeni corruttivi rinvengono nel buio²⁷⁵ e nelle secretazione dell’agire amministrativo gli alleati più formidabili.

²⁷³ C. Delpiazzo, *Transparencia en la contratación administrativa*, Montevideo, 2005, 131; J. Lozani, *La hora de la transparencia en América Latina: el manual de anticorrupción en la función pública*, Buenos Aires, 1998.

²⁷⁴ Cfr. N. Acosta Neill, *Derecho a la intimidad y prueba ilícita en la controversia fiscal a nivel administrativo y jurisdiccional*, in *Revista tributaria*, 2016, 667 ss.

²⁷⁵ Cfr. F. Pinto, *I ladri amano il buio*, intervento svolto al convegno di Napoli su ‘*Efficienza, Legalità, Controlli. Pesi e contrappesi?*’. A tal proposito, si consenta di citare, il sottotitolo del sito del

Gli elementi strutturali del reato di corruzione sono individuati dal Codice Penale uruguayo nella distrazione di funzioni pubbliche e nel profitto indebito, non necessariamente di natura economica.

Le manifestazioni del fenomeno corruttivo nell'ambito dei contratti pubblici assumono carattere peculiare e specifico e si sostanziano in un coacervo di pratiche indebite che spesso risultano difficilmente percepibili dall'esterno e si annidano in ogni fase della procedura²⁷⁶.

Le diverse estrinsecazioni della corruzione sono suscettibili di generare una serie di conseguenze di diversa natura, economica, politica e sociale che hanno come comune denominatore il gravare sui costi pubblici, nazionali ed internazionali.

Gli effetti della corruzione alterano l'economia, nelle sue variabili macroeconomiche, causando la riduzione degli investimenti, in ragione dell'incertezza che genera nelle imprese e nell'inefficienza dovuta alla bassa produttività di un mercato manipolato.

La corruzione accertata conduce a uno scoraggiamento generalizzato, sia per gli investimenti stranieri sia per quelli nazionali, incide sulla crescita economica di un'intera area di mercati e influenza negativamente la vitalità delle politiche di una nazione e, nel lungo periodo, è capace di delegittimare lo Stato stesso.

L'applicazione congiunta di etica pubblica e trasparenza svolge un ruolo rimediabile di notevole impatto.

La dottrina²⁷⁷ ha positivizzato l'etica pubblica in un catalogo di doveri concreti da ottemperare, al fine di non rendere tale strumento un mero principio programmatico insuscettibile di applicazione pratica.

Washington Post, celebre quotidiano statunitense, che nel febbraio 2017 è diventato “*Democracy Dies in Darkness*”, celebre espressione utilizzata dal giornalista Bob Woodward nei giorni dello scandalo *Watergate*.

²⁷⁶ J.M. Javier, *Ética y transparencia en la contratación pública*, cit., 108; è opportuno segnalare tra le condotte distorsive della funzione pubblica, la rinegoziazione di contratti già stipulati, che non sono soggetti alle stesse esigenze di trasparenza cui sono soggetti i contratti originariamente conclusi.

La modificazione unilaterale dei parametri, in modo da pregiudicare un'impresa che in sede di gara aveva rispettato i parametri richiesti dal bando. Fenomeni corruttivi si annidano nella fase della liquidazione del contratto o nel pagamento del servizio da parte dell'amministrazione, che avviene nella fase di esecuzione del contratto sulla quale gravano obblighi di trasparenza meno stringenti. La pubblica amministrazione può corrispondere cifre superiori a quelle pattuite in origine.

²⁷⁷ Cfr. F. Rotondo Tornaria, *El procedimiento administrativo y la función pública en la actualidad*, Montevideo, 2014, 418 ss.

In primo luogo, la *servicialidad*, la disponibilità impone al funzionario di dedicarsi letteralmente alla funzione pubblica di cui è titolare, nella piena indipendenza da partiti o gruppi politici, come statuito peraltro dall'articolo 58 della Costituzione²⁷⁸.

Ulteriore corollario è la *probidad*, l'onestà delle singole attuazioni, che devono altresì apparire ed essere integre, rette e oneste, dirette all'adempimento dei doveri pubblici.

La *probidad* è determinata in senso negativo, perché la legge individua tutti i comportamenti contrari alla stessa, ex articolo 20 della legge 25 novembre 1998, n. 17060. Tra questi si citano l'avvalersi della carica per conseguire un beneficio diretto e utilizzare, per fini personali, informazioni riservate o privilegiate apprese nell'esercizio delle proprie funzioni.

La lealtà obbliga i funzionari pubblici ad agire con onore e integrità; la fedeltà si concretizza nella volontà di attuare i propri uffici senza arrecare alcun danno agli amministrati e pericolo o potenziale riduzione di prestigio all'ente pubblico²⁷⁹.

Inoltre, sussiste il principio di ragionevolezza che impone che tutte le attività pubbliche che incidano, in via diretta o mediata, su interessi privati devono essere idonee, indispensabili e proporzionate²⁸⁰.

L'osservanza della discrezione impone al funzionario il doppio obbligo di mantenere segrete le determinazioni conosciute nell'esercizio delle proprie funzioni e di essere cauto nell'esprimere opinioni per preservare il prestigio dell'amministrazione.

²⁷⁸ L'articolo 58 della Costituzione enuncia: “*Los funcionarios están al servicio de la Nación y no de una fracción política. En los lugares y las horas de trabajo, queda prohibida toda actividad ajena a la función, reputándose ilícita la dirigida a fines de proselitismo de cualquier especie. No podrán constituirse agrupaciones con fines proselitistas utilizándose las denominaciones de reparticiones públicas o invocándose el vínculo que la función determine entre sus integrantes.*” Si rileva la natura servente e strumentale della pubblica amministrazione, interamente dedita al perseguimento del bene comune.

²⁷⁹ Cfr. D.H. Martins, *Estatuto del funcionario*, Montevideo, 1965, 187, secondo l'Autore, il dovere di lealtà si scompone in tanti doveri particolari, quali il dovere di riservatezza dei dati sensibili, il dovere di esercitare le funzioni esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, il dovere di collaborazione nei confronti degli altri soggetti pubblici. Sul tema, cfr. J.P. Cajarville Peluffo, *Régimen jurídico de los funcionarios públicos: a propósito de la libertad de comunicación de pensamientos*, Montevideo, 2007, 413 ss., il dovere di lealtà si traduce in un dovere di collaborazione, di eseguire il dovere personale con la diligenza del buon lavoratore, di astenersi dal compimento di atti che possano pregiudicare gli interessi pubblici e privati, di non svelare segreti pubblici e di non incorrere in nessun evento corruttivo, nel senso più ampio possibile.

²⁸⁰ Cfr. J. Cianciardo, *El principio de razonabilidad*, Buenos Aires, 1998, 25, ogni attività amministrativa deve essere adeguata al fine perseguito, necessaria rispetto alle misure ugualmente efficaci, proporzionata nell'equazione costi-benefici e nel rispetto dei diritti coinvolti.

Ulteriore corollario dell'etica pubblica è l'autonomia tecnica, che presuppone l'indipendenza quale criterio di disimpegno funzionale dei doveri e si riflette nell'imparzialità dell'agire²⁸¹.

Strettamente connessa al perseguimento dell'etica pubblica è l'idoneità alla funzione, che si sostanzia nell'attitudine tecnica nell'accesso a una determinata carica pubblica, riguardo alle competenze sviluppate dal funzionario²⁸².

Ulteriormente, la diligenza implica un esercizio ottimale degli uffici, in termini tempistici e di spesa.

Da ultimo, ma con notevole impatto pratico, viene in rilievo la neutralità politica del funzionario, essenziale per garantire l'imparzialità e il carattere servente dell'attività, attuata e percepita, affinché non sia compromesso il diritto alla buona amministrazione.

I corollari dell'etica pubblica - esplicitati o meno in norme di diritto positivo - devono essere integrati dalle cd. *buenas prácticas*, ossia il complesso di comportamenti, con valore accessorio, che devono essere rispettati nello svolgimento di mansioni pubbliche.

In relazione alle misure preventive dei fenomeni corruttivi, meritano di essere segnalate la pubblicità delle spese, l'esigenza di prevenire i conflitti di interesse, il rifiuto ad accettare benefici privati di qualsiasi tipo e la diffusione dei risultati dall'amministrazione.

La diffusione della rendicontazione della spesa pubblica nelle procedure di gara è un'appendice del più ampio principio di trasparenza, che permette all'opinione pubblica di valutare l'esborso pubblico in relazione al servizio da esternalizzare.

La prevenzione dei conflitti di interesse, dovere di cui è titolare lo stesso funzionario di concerto con l'organo gerarchicamente superiore, obbliga a separare radicalmente gli interessi particolari dall'interesse generale, per eludere conflitti tra gli stessi, reali e potenziali. Nessun funzionario può detenere ruoli, durante la fase pubblicitica della gara d'appalto, che possano incrinare il divieto di "irruzione dell'interesse privato nel recinto dell'interesse pubblico"²⁸³.

²⁸¹ Cfr. A. Mendez, *Sistemas Organicos*, Montevideo, 1973, 82 ss., la volontà pubblica, libera dal dovere di esecuzione degli ordini dell'organo gerarchicamente superiore, può orientare la condotta collettiva verso l'etica pubblica.

²⁸² Sul tema, in senso ampio, Cfr. C. Delpiazzo, *Profesionalización de la función pública en Iberoamerica*, Madrid, 2002, 256 ss.

²⁸³ J.A. Cagnoni, *Justicia y sociedad: los fenomenos de la corrupcion*, in *Revista de Derecho Publico*, 1997, 15 ss.

Nessun funzionario può accettare, né tantomeno sollecitare, benefici, regalie o favori di alcun genere, per se o per terzi, a titolo di gratificazione o per far valere la propria influenza nel proprio ambito operativo.

Infine, la diffusione dei risultati delle gare, della percentuale di ribasso sul prezzo posto a base d'asta, devono avvenire attraverso modalità fruibili e in modo semplice, comprensibile anche da soggetti sprovvisti di apposite competenze, su canali mediatici e mediante l'utilizzo delle moderne tecnologie di diffusione²⁸⁴.

In base a tali considerazioni, si può rilevare che l'etica pubblica non è una questione aliena al diritto, ma è dotata di carica e trascendenza giuridica, che non si esaurisce nelle misure preventive e repressive, ma reclama una virtù da coltivare in ogni aspetto²⁸⁵.

A queste determinazioni si può agevolmente giungere qualora si consideri che una delle forme velate, e proprio per questo più decisive, che colpisce l'esercizio della funzione pubblica è la carenza di coscienza dell'agente statale rispetto al significato assiologico di servizio pubblico, un deficit collegato e derivato dalla preliminare incomprendimento del senso di buona amministrazione.

5.1 Junta de Transparencia y Ética Pública

La particolare sensibilità dell'Uruguay alle tematiche della trasparenza e dell'anticorruzione ha condotto il Parlamento, in sede di ratifica della Convenzione Interamericana contro la Corruzione, avvenuta con la legge 17060 del 1998, ad istituire un apposito organo, la *Junta de Transparencia y Ética Pública*²⁸⁶.

La legge 17060, denominata anche legge anticorruzione, oltre ad istituire la *Junta*, prevedeva un inasprimento delle pene per i reati contro la pubblica amministrazione, stabiliva un sistema di pubblicità per le dichiarazioni patrimoniali di alcune categorie di funzionari pubblici e fissava le coordinate legislative minime in tema di etica pubblica.

²⁸⁴ Sul tema, si consenta di rinviare in senso ampio a G. Blutman, *Introducción a la administración pública Argentina*, Buenos Aires, 2009; M.P. Poch, *Derecho y nuevas tecnologías*, Barcelona, 2005.

²⁸⁵ La dottrina spagnola ha individuato una serie di virtù umane, che il pubblico funzionario deve coltivare con particolare premura. Tra queste si segnalano la prudenza, la giustizia, l'ordine, la perseveranza, la pazienza, l'ottimismo, la sincerità e la solidarietà. Sul tema, cfr. D. Isaacs, *La educación en las virtudes humanas*, Pamplona, 1988, 40 ss.

²⁸⁶ Al momento dell'istituzione, il nome era *Junta Asesora en Materia Económico Financiera del Estado*, mutato nell'attuale dicitura dalla legge 15 ottobre 1008, n. 18362.

L'organo non rinveniva precedenti nell'organizzazione dello Stato ed era supportata nei primi anni da un contesto normativo confuso e poco lineare, conseguenza di un iter e di una discussione legislativa particolarmente articolata²⁸⁷.

Da un punto di vista ontologico, la *Junta* è un organo di controllo superiore dello Stato, dotato d'indipendenza tecnica, che agisce nell'ambito del Potere Esecutivo. Il corpo direttivo è composto da tre membri, di riconosciuta esperienza e indipendenza morale e professionale, il cui mandato dura cinque anni, decorrenti dal momento della designazione da parte del Presidente della Repubblica, dopo aver ottenuto il voto favorevole dei 3/5 dei membri della Camera dei Senatori.

La prima attività affidata alla *Junta* era un *Estudio Panorámico sobre la corrupción en Uruguay*, per valutare l'entità del fenomeno all'interno dei confini nazionali.

L'obiettivo strategico generale, il cui perseguimento è affidato alla *Junta de Transparencia y Ética Pública* (da qui in poi *JUTEP*), è propiziare politiche e normative che rafforzino la trasparenza nella gestione statale e coadiuvare potere giudiziario e pubblica amministrazione nella lotta contro la corruzione.

La *JUTEP* è titolare di diversi doveri istituzionali, eterogenei tra loro, che sono meritevoli di approfondimento, al fine di apprezzare il filone normativo seguito dall'Uruguay nella lotta alla corruzione.

In primo luogo, svolge una funzione consultiva per il Pubblico Ministero, e in generale per la giustizia penale, nei processi aventi ad oggetto reati contro la pubblica amministrazione. In tale contesto, la *JUTEP* agisce come perito ausiliario della magistratura, giudicante e requirente²⁸⁸.

La *JUTEP* assume, all'atto della sua istituzione, la gestione e il controllo delle dichiarazioni giurate di beni ed entrate delle categorie di funzionari pubblici indicate dalla legge 17060 del 1998. Tale disposizione appare di rilievo nodale nella lotta alla corruzione, poiché rende pubblici e fruibili i dati sensibili, nell'ambito della lotta ai fenomeni corruttivi.

Una funzione di rilevanza esiziale, nel contrasto alla corruzione nei contratti pubblici, è la titolarità del controllo della *JUTEP* sul rispetto degli obblighi di pubblicazione degli atti

²⁸⁷ Sul procedimento legislativo di istituzione della *Junta*, cfr. M. Malet Vázquez, *Apuntes sobre el proyecto de la Junta de Transparencia y Ética Pública: fortalecimiento de la transparencia pública*, in *Espacio abierto*, 2011.

²⁸⁸ Si consenta di rinviare, per un approfondimento, a L.M. Simón, *El nuevo proceso penal: los roles del Ministerio Público, el imputado y su defensor y del tribunal*, in *Revista uruguaya de derecho procesal*, 2015.

di aggiudicazione delle gare pubbliche²⁸⁹, come previsto dal decreto 3 novembre 2004, n. 393.

La *JUTEP* deve consolidare le proprie capacità istituzionali, per ampliare e migliorare gli adempimenti assegnati dalla legge e raggiungere una cd. fluida circolazione dei dati pubblici.

La *JUTEP* svolge anche campagne di sensibilizzazione e diffusione che contribuiscano a stimolare la coscienza pubblica, su temi di trasparenza e contrasto alla corruzione.

Per la diffusione degli obiettivi e delle buone pratiche, e per contrastare la poca visibilità istituzionale dell'organo, nel 2015, lo stesso ha stabilito un logo e ha redatto materiale informativo, da pubblicare sul sito web istituzionale, anch'esso ridisegnato per favorire la consultazione delle informazioni in maniera agevole, anche da parte di privati cittadini.

Nello stesso anno, la *Junta* ha redatto un piano di azione per incrementare le relazioni istituzionali con gli altri organi dello Stato e con le imprese, al fine di redigere un documento programmatico sulla trasparenza amministrativa.

In tema di gare pubbliche, è necessario segnalare che la *JUTEP* è titolare della gestione dell'informatizzazione e della diffusione dei dati sugli affidamenti diretti e sulle *licitación abreviada*, attraverso il sito istituzionale dell' *Agencia de Compras y Contrataciones del Estado*, sito che utilizza lo stesso dominio del sito della Presidenza della Repubblica. Negli obiettivi da perseguire nel quinquennio 2016-2021, è previsto che la *JUTEP* diventi titolare della gestione e della diffusione di tutti i dati in materia di contratti pubblici.

5.2 Esperienze continentali di contrasto alla corruzione in America Latina

L'alterazione dei valori pubblici causata dai fenomeni corruttivi in tutta l'America Latina e la stipula della Convenzione Interamericana contro la Corruzione non hanno reciso la variabilità formale e sostanziale con la quale il fenomeno si manifesta in ogni singola nazione. L'accertata impossibilità di cercare un equilibrio integrale di matrice continentale, nel contrasto a tali patologie, impone una disamina delle singole esperienze nazionali.

In Argentina²⁹⁰ sono istituiti quattro organismi²⁹¹ a livello nazionale che operano, in maniera concertata o autonoma in base alle circostanze, in contrasto alla corruzione: la

²⁸⁹ Le stazioni appaltanti sono obbligate a pubblicare l'atto di aggiudicazione sul sito istituzionale www.comprasestatales.gub.uy.

Sindicatura General de la Nación (SIGEN), la Auditoría General de la Nación (AGN), la Fiscalía de Investigaciones Administrativas e la Oficina Anticorrupción.

La *Oficina Anticorrupción*, istituita con la legge 25233 del 1999, è ontologicamente una segreteria dello Stato inserita organicamente nel corpo del Ministero di Giustizia e Diritti Umani, in altre parole un organo amministrativo del potere esecutivo.

Tale organo è titolare di funzioni investigative e capacità di denunciare funzionari e istituzioni all'autorità giudiziaria competente, nonché della facoltà di costituirsi quale querelante nelle controversie particolarmente rilevanti, in termini economici o mediatici.

Nell'esercizio delle funzioni investigative, l'*Oficina* può essere coadiuvata dal *Centro de investigación y prevención de la criminalidad económica (CIPCE)*, un'organizzazione non governativa, che deve riscontrare l'impatto dei fenomeni distorsivi del mercato sull'intera economia nazionale²⁹².

L'*Oficina* è articolata e svolge le proprie funzioni attraverso due uffici²⁹³, privi di autonomia, la *Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia (DPPT)* e la *Dirección de investigaciones (DIOA)*

La *DPPT* è responsabile dell'implementazione delle politiche pubbliche di contrasto alla corruzione. Elabora piani di azione²⁹⁴ e i criteri per determinare i casi più significativi nei quali l'*Oficina* deve intervenire in qualità di querelante, realizza studi sull'impatto della cd. corruzione amministrativa e le relative cause e pianifica politiche e programmi di prevenzione.

La *DIOA* è competente a ricevere segnalazione in ordine a eventi eventualmente lesivi, da parte di privati o agenti pubblici, e le trasmette alla giustizia penale dopo averle corredate di uno studio approfondito sul contesto e le circostanze concrete.

²⁹⁰ Cfr. P. Bullrich, *El desafío argentino: razones éticas y prácticas para el cambio*, Buenos Aires, 2005.

²⁹¹ Per una trattazione ampia, in materia di organizzazione amministrativa in Argentina, cfr. G. Blutman, *Introducción a la administración pública Argentina*, Buenos Aires, 2007.

²⁹² Per un approfondimento sistematico, cfr. M. Arnone e E. Iliopolus, *La corruzione costa: effetti economici, istituzionali e sociali*, Milano, 2007.

²⁹³ Cfr. D. Carro, *Contra el fraude: Prevención e Investigación en América Latina*, Buenos Aires, 2011, 53.

²⁹⁴ I piani di azione si riferiscono a una struttura organizzativa e procedimentale che plasma e circoscrive le iniziative più importanti per soddisfare determinati obiettivi. Un piano di azione si configura come una guida che fornisce il contesto d'azione e può richiedere l'intervento di più soggetti o uffici e propone un modo per raggiungere gli obiettivi strategici che sono stati stabiliti in precedenza. Nella fase di controllo dopo il suo completamento, l'obiettivo è stabilire un equilibrio e confermare il raggiungimento degli obiettivi prefissati.

L'obiettivo istituzionale dell'*Oficina* è il perseguimento del valore di trasparenza delle strutture, dei processi e delle decisioni governative, “in senso ampio e robusto”, mutando le parole di uno studioso messicano²⁹⁵.

Nella predisposizione di strategie per il sistema dei contratti pubblici, l'*Oficina* ha elaborato uno studio diagnostico preventivo per preordinare soluzioni adeguate, tra le quali il necessario intervento della stessa *Oficina*, durante la fase di selezione del contraente per le gare più permeabili a fenomeni corruttivi, considerate tali in base a uno studio di prospettiva.

Dirigendo l'indagine all'esperienza ordinamentale brasiliana²⁹⁶, è opportuno rilevare che l'organo principale preposto al contrasto alla corruzione è la *Controlaría General de la*

²⁹⁵ P. Larrañaga, *La Política Pública del Principio de Transparencia. Panorama para una agenda pendiente*, in *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM* (Mexico), 2008.

²⁹⁶ Per un approccio organico al tema della corruzione in Brasile, Cfr. A.M. Trevisan, *O combate à corrupção nas prefeituras do Brasil*, São Paulo, 2003; M. Immordino, *Strumenti di contrasto alla corruzione nella pubblica amministrazione tra ordinamento italiano e ordinamento brasiliano*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 403, “nel sistema brasiliano, così come è avvenuto negli altri paesi dell'America Latina ed, in particolare, in Colombia e Messico, a seguito di una mobilitazione popolare su larga scala – che ha coinvolto anche le classi medie emergenti – contro la corruzione, oltre alle pressioni delle organizzazioni internazionali, è stato varato un sistema anticorruzione con pene severe per gli individui e le imprese colpevoli di corruzione, frode nelle pubbliche forniture e manipolazione delle offerte. L'approvazione di queste normative ha coinciso con un irrigidimento dei controlli sulle transazioni commerciali in America Latina predisposta dal DG e dalla SEC statunitensi. In Brasile, dop nel giugno/luglio 2013, milioni di persone - indignate per il fatto che i soldi per la costruzione degli stadi per i mondiali 2014 erano stati sottratti ai servizi di base per la popolazione – si sono riversate nelle strade di oltre 100 città brasiliane, per manifestare contro la corruzione, foriera anche di una spesa pubblica eccessiva, e denunciare la mancanza di trasparenza istituzionale da parte del governo, la classe politica si è vista costretta ad approvare un progetto di legge anticorruzione per certi versi rivoluzionario, progetto che per oltre tra anni era rimasto insabbiato nel Congresso. Nota come legge anticorruzione imprenditoriale, la legge federale 1 agosto 2013, n. 12846, è anche il risultato degli impegni internazionali assunti dal Brasile in vista dei campionati di calcio nel 2014 e delle olimpiadi del 2016 nella lotta contro la corruzione, oltre che degli impegni assunti in attuazione della Convenzione sulla lotta alla corruzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), ratificata dal Brasile nel giugno del 2000. La grande novità della legge federale brasiliana, che ha visto un'ampia partecipazione della società civile nel corso della sua elaborazione, è la previsione di un sistema di responsabilità oggettiva, secondo quella che è una tendenza che si sta affermando a livello internazionale. In particolare, la legge prevede forme di responsabilità diretta, civile e amministrativa, a carico delle persone giuridiche per gli episodi di frode e concussione commessi dai propri agenti, a vantaggio loro o della stessa persona giuridica, nei rapporti con le pubbliche amministrazioni. Il cambio di rotta è evidente, anche se parte della dottrina ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale su tale previsione. Prevedendo infatti la normativa preesistente solo forme di responsabilità personale, da accertarsi, peraltro, attraverso processi lunghi e defatiganti per la difficoltà di provare la colpa o il dolo dell'imputato, oltre che per la corruzione degli stessi giudici brasiliani. La legge ha un ambito di applicazione molto vasto, sia sotto il profilo soggettivo che oggettivo. Riguarda infatti il potere esecutivo, il potere legislativo e quello giudiziario, e tutte le articolazioni territoriali federative: Unione, Stati, Distretto federale e Municipi. Si applica inoltre a tutte le persone giuridiche, indipendentemente dalla loro forma

Nación che svolge quattro funzioni specifiche: di revisione, di difesa, di correzione e di prevenzione, attraverso quattro uffici distinti.

L' *Auditoría General de la Unión* svolge compiti di revisione e supervisione, attraverso la valutazione di fattori di rischio specifici e realizza azioni punitive nei confronti di soggetti implicati in eventi corruttivi, attraverso misure sanzionatorie.

La *Defensoría* ha il dovere di promuovere il controllo sociale e la trasparenza passiva, e in tale scenario, effettua studi sulla richieste di accesso legate all'inefficienza dell'amministrazione.

Le azioni preventive si sostanziano in trasparenza attiva e in corsi di formazione per i funzionari pubblici, attraverso percorsi istruttivi finanziati dal governo.

La *Controlaría General de la Nación* è un organo di controllo interno, ausiliario della Presidenza della Repubblica, collegiale e consultivo, titolare di funzioni per la proposta di misure per perfezionare il livello di trasparenza nella gestione pubblica.

La *Controlaría* gestisce direttamente il *Portal de Transparencia*, un sito agevolmente consultabile che offre ai cittadini informazioni sulle imprese soggette a sanzioni, sullo stato delle controversie in tema di appalti e corruzione, e, che riceve denunce e manifestazioni di dissenso da parte degli amministrati, in forma anonima.

Altro strumento strategico è l'*Observatorio de Gastos Públicos*, che monitora le spese pubbliche, attraverso la realizzazione di una vera e propria mappa del denaro pubblico che può eventualmente stimolare l'autorità giudiziaria a dare avvio a investigazioni *ad hoc*, qualora siano riscontrate criticità²⁹⁷.

Inoltre, è previsto uno specifico registro, per le imprese che promuovono campagne contro la corruzione o a favore dello sviluppo dell'etica e della trasparenza, che si chiama *Catastro Empresa Pro Ética*, diretto a facilitare la diffusione tra gli operatori economici delle buone pratiche da attuare.

organizzativa, privata o pubblica". Sul tema della corruzione in Brasile, si v. R. Dias, *L'operazione Lava-Jato: una mani pulite brasiliana*, in www.federalismi.it, 2016; E. Gabardo, *Una nuova legge anti-corruzione brasiliana: aspetti controversi e i meccanismi sanzionatori per le persone giuridiche*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 415 ss.; M.E. De Quieroz Barboza, *Corruzione e impunità in Brasile*, in *Nuove Autonomie*, 453 ss.; L.R. Perfetti, *Sulla distinzione tra procedimento e processo. Diritto brasiliano e tradizione giuridica italiana alla luce della riforma del procedimento amministrativo introdotta dalla legislazione anti-corruzione*, in *Nuove Autonomie*, 2014, 501 ss.

²⁹⁷ Attraverso l'utilizzo di tale strumento sono stati svelati scandali di notevole portata, come quello denominato *Sangre-suga*, su fenomeni di sviamento negli acquisti nel settore della sanità.

In Paraguay²⁹⁸, il decreto presidenziale 2 agosto 2010, n. 4771 ha istituito la *Dirección General de Integridad*, organo tecnico e specializzato del Gabinetto Civile della Presidenza della Repubblica, responsabile di promuovere il miglioramento del *Plan Nacional de Integridad (PNI)*.

Il *Plan Nacional de Integridad* è una strategia per rinvigorire la trasparenza, il cui sviluppo è affidato al *Consejo Presidencial de Modernización de la Administración Pública (CPMAP)* che è composto da un'Unità Tecnica e da un Comitato Esecutivo.

La *Dirección General de Integridad* coordina la propria azione con le istituzioni che integrano il potere esecutivo e partecipa attivamente al *Modelo Estándar de Control Interno para Instituciones Públicas* del Paraguay.

Il minimo comune denominatore di tali esperienze continentali è ravvisabile nella considerazione secondo cui, la trasparenza documentale è una soluzione non sufficiente e meramente parziale per attuare una vera e propria trasparenza istituzionalizzata, di governo.

Infine, è opportuno rilevare che tra le diverse funzioni del principio di trasparenza, nella complessità del fenomeno stesso e per il contrasto ai fenomeni di corruzione, vengono in rilievo la trasparenza quale fattore di svelamento delle responsabilità e la trasparenza quale nucleo dell'efficacia della cd. buona amministrazione.

6. Ipertrofia normativa, contrattazione pubblica e etica

La pretesa di includere postulati etici in norme di diritto espone l'individuo alle problematiche relative alla libertà di coscienza, poiché l'etica, anche se pubblica, è di dominio della coscienza, sociale in questo scenario di indagine sui contratti pubblici.

Uno studio del valore etico delle norme, nell'ambito dei contratti pubblici, riferisce di un andamento paradossale: la qualità dell'etica pubblica regredisce al proliferare di norme giuridiche che intendono regolarla.

Una linea d'indirizzo legislativo chiaro, in materia di contratti pubblici in Uruguay, è la tendenza a flessibilizzare le procedure di gara.

Il vigente *TOCAF* stabilisce che i contratti dello Stato si celebrano all'esito di una gara pubblica o altro procedimento competitivo, senza stabilire criteri di preferenza, poiché

²⁹⁸ Sull'organizzazione istituzionale del Paraguay, si consenta di rinviare a H.D. Ceuppens, *Paraguay: un paraíso perdido?: pasado, presente y futuro del Paraguay*, Asuncion, 2003.

tutte le procedure che assicurino la *par condicio competitorum* sono equi-ordinate tra loro e la scelta spetta all'amministrazione.

Inoltre, le ultime riforme hanno esteso le circostanze che abilitano la stazione appaltante a ricorrere all'affidamento diretto e hanno costituito decine di imprese statali che amministrano fondi pubblici, eludendo il ricorso all'evidenza pubblica.

Tuttavia, questa 'schizofrenia' normativa ha generato solo potenziali fenomeni corruttivi, come si desume dal basso impatto della corruzione in Uruguay.

Il problema dell'etica nell'ambito dei contratti pubblici si rivela, nella sua complessità, in relazione all'articolo 149 del TOCAF, che elenca i principi da seguire, in maniera equivalente tra loro, senza enunciare alcun criterio di risoluzione in caso di contrasto tra gli stessi.

Ed è proprio nella risoluzione dell'eventuale conflitto tra questi principi che il pubblico funzionario deve agire, nella sua area di discrezionalità, in maniera eticamente retta o meno. Tuttavia, per includere tale comportamento etico in una norma di diritto, è opportuno rispettare determinate coordinate normative che lo stesso TOCAF fornisce all'interprete.

Tra questi l'articolo 72 che impone al funzionario di astenersi qualora il procedimento di gara involga questioni familiari, al fine di prevenire conflitti di interesse. L'articolo 49 che sanziona con la nullità le procedure selettive dirette a un offerente determinato. L'articolo 73 che prevede sanzioni avverso i ricorsi con finalità meramente dilatorie.

L'etica ha una ragione autonoma, interna, e le sue regole hanno natura unilaterale, si riferiscono al soggetto, mentre il diritto è di per sé eteronomo; tuttavia quando l'etica si rivela nella sua componente pubblica queste caratteristiche smarriscono la propria natura e si fondono²⁹⁹.

La dottrina uruguayana³⁰⁰ è solida nel ritenere che, soprattutto in tema di contratti pubblici, è opportuno implementare l'etica pubblica attraverso poche norme, ma chiare, da applicare senza eccezioni, per contrastare la corruzione e per perseguire la *seguridad jurídica*³⁰¹, inteso quale valore autonomo e non meramente strumentale.

²⁹⁹ In senso approfondito, cfr. A. Caumont, *La ética como marca ontológica de la contractualidad*, in *Revista crítica de derecho privado*, 2014; G. Lariguet, *Virtudes, ética profesional y derecho: una introducción filosófica*, Montevideo, 2012.

³⁰⁰ Cfr. J.L. Echevarría Petit, *Ética en la contratación pública más normas, ¿producirán más ética?*, in *Ética pública y patologías corruptivas*, a cura di C. Delpiazzo e R.G. Leal, Montevideo, 2014, 301 ss.

³⁰¹ Sul tema si rinvia, in relazione al tormentato tema certezza-tecnologia, a A. Machado, *¿Qué decir de la certidumbre jurídica ante el vértigo tecnológico?*, in *Revista crítica de derecho privado*, 2015, 225 ss.

7. Proposte per il miglioramento del livello di trasparenza.

L'Uruguay è transitato, anche in maniera piuttosto celere, da un regime di opacità evidente, che caratterizzava tutte le fasi dell'attività pubblica, a livelli di trasparenza che si attestano tra i più alti dell'intero continente iberoamericano.

Era in vigore una vera e propria 'cultura del segreto pubblico' e il manifesto ideologico di tale impostazione era l'articolo 69 del decreto organico 14 maggio 1907, che stabiliva il divieto categorico per gli impiegati pubblici di trasmettere, in qualsiasi forma, notizie e risoluzioni pubbliche, senza l'apposita autorizzazione ministeriale.

Il paese tuttavia, alla luce della legge generale di accesso alle informazioni pubbliche del 2008, si trova in una tappa di transito e il dibattito legislativo e dottrinale è concentrato su diversi disegni di legge e proposte di riforma.

In primo luogo, appare limitata la portata soggettiva della legge di accesso alle informazioni - che si rivolge espressamente solo alle persone pubbliche - in ragione della proliferazione delle persone private statali e degli enti strumentali.

Il ricorso a forme giuridiche proprie del diritto privato, per la gestione di attività statali, genera un corto circuito in termini di obblighi di trasparenza, poiché tali enti strumentali svolgono funzioni di interesse collettivo e gestiscono fondi pubblici. Il ricorrere di tali aspetti strutturali richiede necessariamente che tali enti siano soggetti agli stessi obblighi che vincolano i soggetti pubblici.

Le stesse considerazioni possono essere svolte per le imprese pubbliche concessionarie di servizi pubblici o per le organizzazioni non governative che gestiscono, in qualsiasi forma, fondi pubblici.

La corrispettiva legge di accesso brasiliana, 18 novembre 2011, n. 12527 si riferisce espressamente a tali soggetti privati titolari di funzioni pubbliche, ampliando la portata soggettiva degli obblighi di trasparenza. L'articolo 2, per tutelare il necessario diritto alla riservatezza, che per le imprese assume importanza nodale, mitiga la portata dell'obbligo in questione, e lo limita solo ai fondi pubblici ricevuti e alle attività di rilievo pubblico effettivamente svolte³⁰².

³⁰² La stessa soluzione è adottata dalla legge colombiana 6 marzo 2014, n. 1712 e dalla legge di El Salvador 8 aprile 2011, n. 534. Sul tema, cfr. A.H. Robles, *Aspectos generales del derecho administrativo colombiano*, Barranquilla, 2012.

Altra questione di rilievo, in tema di trasparenza passiva, riguarda le eccezioni al principio generale di massima pubblicità degli atti. Gli articoli 8, 9 e 10 della legge di accesso alle informazioni pubbliche stabiliscono che gli enti pubblici non sono obbligati a pubblicare gli atti secretati per legge, le informazioni riservate e quelle confidenziali.

Le informazioni riservate non devono essere oggetto degli obblighi di trasparenza, poiché la pubblicazione delle stesse può compromettere un interesse pubblico protetto, la sicurezza pubblica, la difesa nazionale o la stabilità economico-finanziaria.

Tale obbligo non rinviene la propria fonte nella legge, ma l'ente che è in possesso di tali informazioni deve realizzare una ponderazione, definita *prueba de daño*, per determinare la pubblicazione o meno di tali atti. Tale bilanciamento deve essere realizzato dal soggetto detentore delle informazioni “mediante una risoluzione debitamente fondata e motivata, diretta a dimostrare l'esistenza di elementi oggettivi, che permettano di determinare che l'eventuale divulgazione delle stesse generino un rischio chiaro, probabile e specifico di danno”, come stabilito dalla legge 27 dicembre 2013, n. 19178.

La tutela delle informazioni confidenziali, in possesso di un ente pubblico, risponde a un'altra logica di fondo, ossia la tutela e la protezione di valori quali la vita privata, l'intimità di un soggetto e la difesa dei suoi dati personali. In tali casi, l'ente deve bilanciare due valori in conflitto, l'interesse pubblico all'accesso alle informazioni e la protezione della sfera privata, mediante un esercizio definito *prueba de interés público*³⁰³, che deve essere impiegato quale criterio di risoluzione degli eventuali conflitti.

Altro tema discusso è quello relativo all'incorporazione di nuove tecnologie che contribuiscano alla trasparenza della gestione pubblica.

La legge 2 agosto 2010, n. 232 stabilisce gli obblighi minimi di trasparenza attiva, ossia le informazioni che devono essere pubblicate dall'amministrazione, senza necessità che la stessa sia sollecitata. Tale obbligo può essere incrementato attraverso la configurazione della cd. trasparenza proattiva, ossia la pubblicazione di quei dati che risultino meritevoli di pubblicità per gli amministrati, ma la cui divulgazione non è obbligatoria per legge.

³⁰³ Tale criterio di risoluzione determina che non è sufficiente che un atto o un contratto pubblico abbiano una clausola di confidenzialità affinché tutte le informazioni contenute risultino non pubblicabili. La *prueba de interés público* è un bilanciamento, operato dall'ente, che permette di separare le informazioni ostensibili, da quelle confidenziali. Cfr. G. Delpiazzo, *Cinco propuestas para potenciar el derecho de acceso a la información pública en Uruguay*, in *Ética pública y patologías corruptivas*, a cura di C. Delpiazzo e R.G. Leal, Montevideo, 2014, 439.

In ogni caso, le informazioni pubblicate devono essere aggiornate, attualizzate, e diffuse in formati che consentano ai cittadini di utilizzarle, analizzarle e ricavare induttivamente altri dati utili dalle stesse.

Ulteriore aspetto, oggetto di discussione politica, è quello afferente alla attuale configurazione dell'*Unidad de Acceso a la Informacion Publica (UAIP)*, organo meramente di controllo³⁰⁴, e all'eventualità di potenziarne o migliorarne le funzioni.

Allo stato presente, il controllo avviene attraverso l'individuazione delle informazioni non pubblicate e all'applicazione di misure correttive, che non hanno tuttavia forza vincolante.

Tuttavia la *UAIP* è sprovvista di alcun potere sanzionatorio, aspetto che necessita di una revisione in sede parlamentare, in vista di una tutela effettiva del diritto di accesso.

Sul punto è opportuno richiamare la legge cilena³⁰⁵ di accesso alle informazioni pubbliche, 11 agosto 2008, n. 20285, che abilita il corrispondente organo di controllo cileno ad applicare sanzioni nei confronti dei funzionari che violino gli obblighi di divulgazione.

Da ultimo, appare opportuno introdurre la mediazione quale procedimento amministrativo per prevenire controversie e, più in generale, in un'ottica deflattiva del contenzioso amministrativo in tema di accesso alle informazioni pubbliche.

L'istanza di informazioni da parte del privato può essere oscura, abusiva o presentata con fini meramente dilatori. Tutte queste situazioni di conflitto, reale o apparente, possono essere risolte con un procedimento di mediazione, di cui potrebbe essere titolare la stessa *Unidad de Acceso a la Informacion Publica*.

La disciplina di un procedimento amministrativo di mediazione può fungere da supporto sostanziale alla tutela effettiva del principio di trasparenza. Inoltre, nelle more del procedimento, si può prevedere un'audizione dell'istante o del terzo controinteressato, per snellire gli eventuali conflitti sul punto.

Il transito da una cultura del segreto a una cultura della trasparenza, in Uruguay, è avvenuto in maniera spedita ed è necessario che si prosegua lungo tale direttrice in maniera avanzata, per evitare che lo stallo o la mancata attuazione delle misure faccia riemergere lo strato di opacità che ha contraddistinto le politiche pubbliche uruguaye per decenni.

³⁰⁴ Sul tema, in senso ampio, cfr. C. Delpiazzo, *Desafíos actuales del control*, Montevideo, 2011.

³⁰⁵ Cfr. C. Laourret, *Chile camino al desarrollo: Avanzando en tiempos difíciles*, Santiago de Chile, 2013.

8. Brevi riflessioni conclusive

L'accertata imponderabilità del fenomeno corruttivo e la problematicità della concettualizzazione stessa della corruzione non impediscono di svolgere alcune considerazioni conclusive.

L'analisi svolta, calata - per quanto possibile - nel contesto dei contratti pubblici ha optato per un incedere legato a un modello etico ancorato ai diritti fondamentali³⁰⁶.

La corruzione è un fenomeno radicato tanto nei paesi in via di sviluppo quanto nelle democrazie occidentali, pertanto l'ipotesi secondo cui la modernità concorra nel ruolo di fattore causale della corruzione deve essere rigettata³⁰⁷.

La corruzione definita amministrativa, che nelle singole fasi dei contratti pubblici si rivela in tutte le proprie possibili manifestazioni, è un attentato grave alla stessa essenza del servizio pubblico, nella misura in cui si accerti che il funzionario deliberatamente tradisca il senso della gestione degli interessi collettivi.

Ipotizzare, anche in linea puramente teorica, un testo organico sui contratti pubblici, che stabilisca anche le condotte eticamente rette da rispettare, da parte di soggetti pubblici e imprese, appare un'utopia.

La struttura tipica dei codici pubblici è integrata da prescrizioni e divieti diretti a preservare l'attività amministrativa da possibili conflitti tra interessi pubblici e privati, anche nella forma differita, in quella che nei paesi di *common law* è definita *post-employment restrictions*.

“I codici presidiano la zona grigia tra legalità e illegalità, tra corruzione bianca e corruzione nera. Tutte le fattispecie ricomprese nei codici fanno capo alla contrapposizione tra morale e discrezionalità, ma l'obiettivo ultimo è la discrezionalità responsabile, apparentemente antinomico, che le strategie basate sui codici hanno lo scopo di approssimare³⁰⁸”.

Le strategie normative e quelle etiche hanno lo scopo di limitare le degenerazioni patologiche di un fattore ineludibile dell'attività amministrativa, che nel contesto delle gare pubbliche non si esaurisce nella fase di selezione, ma svela il suo carattere, anche se in maniera più sbiadita, fino all'esecuzione stessa del contratto.

L'ipertrofia normativa non rappresenta una soluzione, ma, al contrario, si è rivelata alleata del proliferare delle disfunzioni patologiche che si annidano nelle procedure di gara.

³⁰⁶ F. Cazzolla, *Della corruzione. Fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988, 11 ss.

³⁰⁷ In tal senso, cfr. E. Garzón Valdés, *Acerca de la tesis de la separación entre ética y política*, Madrid, 1993.

³⁰⁸ S. Belligni, *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche*, Alessandria, 1999.

La tradizione amministrativa iberoamericana del silenzio, del segreto, della riservatezza sta assumendo - con celerità eterogenea nei singoli contesti nazionali - carattere recessivo rispetto alla cultura della trasparenza, della *total disclosure*, contestuale, omnicomprensiva e agevolmente fruibile.

La trasparenza, la pubblicazione immediata dell'intera filiera della decisione amministrativa non è di per sé sufficiente. Appare imprescindibile istituire un meccanismo efficace di controllo interno; la soluzione non è ridurre o sopprimere la discrezionalità, ma è opportuno renderla responsabile, funzionale, servente all'erogazione del servizio.

In America Latina si registra un abbandono dell'astensionismo neoliberale e il numero crescente di gare pubbliche in tutto il continente ne è la dimostrazione e sebbene non manchino le norme per sradicare la corruzione, ma difetta una scienza della funzione pubblica così diffusa da poter consolidare la *confianza* nelle istituzioni.

Il discorso si amplifica se si declina in materia di contratti pubblici; il contratto condizionato in modo patologico da interessi privati comporta una rottura del patto sociale tacito che intercorre tra stazione appaltante, imprese e utenti.

Si registra una frattura del sinallagma legittimo dell'accordo, per favorire interessi distinti, devianti; nella relazione sinallagmatica, la corruzione produce uno squilibrio che pregiudica l'intero contesto nazionale, o l'area di mercato di riferimento.

L'intero continente, e l'Uruguay nello specifico, sono sulla direttrice legislativa e morale corretta per distaccarsi dalla corruzione endemica che ha contraddistinto l'America Latina per decenni; manca ancora un passo culturale, il ripudio concettuale e sociale dell'atto fraudolento, un'inversione di tendenza che può attrarre investimenti europei e statunitensi.

In questo percorso di rinvigorismento istituzionale, l'etica pubblica svolge il ruolo di antidoto permanente per evitare la ricomparsa di patologie corruttive. La politica dell'integrità, intesa quale complesso di norme e strutture di cui si avvale la pubblica amministrazione per prevenire la corruzione e alimentare l'ottimale erogazione dei servizi pubblici, si pone quale artefice imprescindibile per il contrasto alla distrazione dell'interesse pubblico.

E' altresì opportuno che il dibattito giuridico e politico si concentri sulla ricerca di un bilanciamento da operare in relazione a due esigenze apparentemente contrapposte, ma necessitano un'analisi congiunta: la lotta alla corruzione e le esigenze connesse alla sollecita

realizzazione di opere pubbliche, tra l'efficienza amministrativa e l'eventuale sacrificio dell'interesse pubblico alla legalità³⁰⁹.

³⁰⁹ Si consenta di rinviare, come spunto di riflessione, a B. Barmann, *Lotta alla corruzione*, cit., 2016.

CORRUZIONE E APPALTI PUBBLICI IN ESTREMO ORIENTE: MODULI DI CONTRASTO NELLA REPUBBLICA POPOLARE CINESE E IN GIAPPONE**

SOMMARIO: 1. La corruzione in Asia: strategie e misure di contrasto. - SEZIONE PRIMA. La recente emersione della tematica nell'attuale panorama legislativo cinese: primi approcci e soluzioni di partito. - 2. Cenni sulla genesi di un diritto amministrativo cinese. - 3. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche in Cina - 4. Genesi e cause della corruzione nell'odierno assetto istituzionale cinese. - 5. Etica pubblica e misure anticorruzione nella Repubblica Popolare Cinese. - SEZIONE SECONDA. La corruzione in Giappone: un modello virtuoso, ma difficilmente replicabile. - 6. Cenni sul diritto amministrativo giapponese e sulle relative modalità di affidamento dei contratti pubblici. - 7. *Public Service Ethics* nella legislazione amministrativa giapponese. - SEZIONE TERZA. Prospettive d'indagine e ricerca di soluzioni comuni 8. Brevi riflessioni conclusive.

1. La corruzione in Asia: strategie e misure di contrasto

Le considerazioni svolte e le soluzioni adottate per contrastare i fenomeni corruttivi in America Latina, e in Uruguay in particolare, non possono essere riproposte pedissequamente in relazione ai contesti legislativi della Repubblica Popolare Cinese e del Giappone, analizzati in questa sede, per una serie di ragioni di matrice economica, sociale e giuridica³¹⁰.

A mero titolo esemplificativo, si può citare la differente crescita economica derivante dallo sviluppo infrastrutturale, che in Cina e in Giappone è in costante crescita - accentuata

** Il presente capitolo si pone all'esito di periodo di ricerca svolto, nel 2017, presso la *Jiao Tong University* di Shanghai, in Cina, e la *Kōbe University* di Kōbe, in Giappone.

³¹⁰ Per un primo approccio al tema della corruzione in Asia, si v. J.S.T. Quah, *Curbing Corruption in Asian Countries: an Impossible Dream?*, London, 2011; N. Tarling, *Corruption and Good Governance in Asia*, London, 2007; T. Gong e S.K. Ma, *Preventing corruption in Asia*, London, 2011. In riferimento ai fenomeni corruttivi sviluppatasi nella Repubblica Popolare Cinese, si v. P. Steidlmeier, *Gift giving, bribery and corruption: ethical management of business relationships in China*, in *Journal of Business Ethics*, 1999.

inoltre dai faraonici piani progettuali elaborati per le Olimpiadi di Pechino 2008 e di Tokyo 2020 - mentre in Uruguay è pressoché invariata per le ragioni analizzate in precedenza.

Inoltre, esiste un divario tra i PIL dei paesi summenzionati che incide in maniera decisiva sulla domanda di spesa pubblica da adoperare attraverso procedure di gara.

In premessa, è opportuno precisare che la necessità di scomporre l'analisi in due sezioni è legata all'eterogenea genesi e sviluppo della corruzione, in due contesti sociali economici e giuridici profondamente diversi, come quello cinese e quello giapponese.

Tuttavia, per contestualizzare il focus della ricerca, è opportuno fornire una chiave di lettura comunemente utilizzata per studiare il fenomeno corruttivo nel continente asiatico, ossia quella di concepire la corruzione quale vero e proprio reticolo informale di comportamenti e di norme³¹¹, approccio definito “neo-istituzionalista”.

Sulla base di tale presupposto, è stata operata una distinzione tra corruzione perpetrata attraverso la pervasività (letteralmente, *pervasiveness*), intesa quale diffusione del fenomeno sul territorio e attraverso la discrezionalità (letteralmente, *arbitrariness*), inteso quale uso distorto di una funzione legittima.

Nel primo significato, la pervasività rappresenta la probabilità media di imbattersi nella richiesta di una tangente, all'interno delle c.d. interazioni aziendali³¹²; in altri termini, questo parametro fornisce il grado di istituzionalizzazione della corruzione, in un determinato contesto territoriale.

Nella seconda accezione, l'uso distorto del potere discrezionale, che sfocia in una sorta di arbitrarietà, è in grado di svelare il livello di ambiguità di un mercato, associato alla probabilità di ottenere accordi su trattamenti favorevoli in transazioni corrotte³¹³.

³¹¹ O. Hellmann, *The historical origins of corruption in the developing world: a comparative analysis of East Asia*, in *Crime, Law Social Change*, 2017, 145 ss. Per un'analisi comparata, si v. M. Johnston, *Japan, Korea, the Philippines, China: four syndromes of corruption*, in *Crime, Law and Social Change*, 2008, 205 ss.; S. Li, *Can China learn from Hong Kong's experience in fighting corruption?*, in *Global Economic Review*, 2004, 2 ss.; S. Li e J. Wu, *Why some countries thrive despite corruption: the role of trust in the corruption-efficiency relationship*, in *Review of International Political Economy*, 2010, 605 ss.; V. Tanzi, *Corruption around the world: causes, consequences, scope and cures*, in *IMF Working Paper*, 1998.

³¹² J. Doh, P. Rodriguez, K. Uhlenbruk, J. Collins e L. Eden, *Coping with corruption in foreign markets*, in *Academy of management executive*, 2003, 114 ss., “*pervasiveness of corruption is the average likelihood of encountering bribery request in the business interactions. In other words, pervasiveness gauges how prevalent and institutionalized the bribery in a society an individual or a firm manages. Therefore, the more pervasive the corruption in a society, the more visible the bribery is. The more visible the bribery, the easier it would be for the firms to decide if they would want to be active in bribing. When one observes that every firm pays bribes, one can be quite certain that bribing would be a wise way of doing business in that environment. On the other hand, when bribery is not rampant, one could feel safe in engaging in business transactions without bribing the government officials who may have some influence on one's business*”.

³¹³ S. Wei, *Looters, rent-scrappers and dividend-collectors: corruption and growth in Zaire, South Korea and*

Inoltre, qualora il potere discrezionale sia frammentato (*rectius* polverizzato) in capo a una platea di soggetti pubblici e agenzie governative risulterebbe meno agevole rintracciare la fonte della richiesta della tangente. Per tale ragione, c'è stato chi – in via meramente empirica – ha proposto di creare un regime di corruzione organizzato, che risulterebbe meno dannoso per l'economia, proprio perché prevedibile³¹⁴. Tuttavia, in tal modo, la corruzione muterebbe veste, trasformandosi in vero e proprio onere fiscale da ottemperare per le imprese, che come tale - dal punto di vista del corruttore – può essere pianificato nel bilancio di spesa, circostanza che allontana questa teoria dal tema trattato in questa sede.

In base a tale distinzione, un interessante studio³¹⁵ ha suddiviso i paesi dell'Asia in base alle modalità di emersione dei fenomeni corruttivi; in tal senso, si rileva come in alcuni paesi la corruzione sia legata a diffuse pratiche tollerate come lecite – una sorta di corruzione ambientale – mentre in altri si percepisce un impiego alterato del potere discrezionale delle amministrazioni.

In relazione ai due contesti territoriali indagati, si osserva che la corruzione in Cina è legata a una sorta di prassi diffusa nel rapporto tra gli amministrati e le amministrazioni e alla generale tollerabilità dello stesso, mentre è relativamente basso il livello di corruzione legato a un impiego deviato del potere pubblico.

Diversamente, in Giappone - in cui il livello di corruzione percepita è estremamente basso - entrambi gli indicatori si assestano su valori bassi, circostanza che ha indotto la dottrina³¹⁶ a definire tale nazione un “*corrupt-free haven*”, al pari di Hong-Kong e Singapore.

Anche la letteratura che si è occupata del tema a proposito del continente asiatico³¹⁷, principalmente dal punto di vista economico, ha fornito una visione alternativa della

the Philippines, in *Journal of Developing Areas*, 1997, 157 ss., “*arbitrariness of corruption is the degree of ambiguity associated with the likelihood of gaining agreed upon favorable treatments in corrupt transactions*”.

³¹⁴ In tal senso, cfr. A. Shleifer e R.W. Vishny, *Corruption*, in *Quarterly Journal of Economics*, 1993, 599 ss., “*an organized corruption regime may be more extractive in asking for more bribes, but at the same time may be less harmful because it is more predictable. An organization with the discretionary power concentrated at the top may not vary agreed upon deals, which lessens the level of uncertainty in gaining favorable treatments in exchange for bribery*”.

³¹⁵ S.H. Lee, *Corruption in Asia: pervasiveness and arbitrariness*, in *Asia Pacific Journal of Management*, 2007, 97 ss.

³¹⁶ J. Svensson, *Who must pay bribes and how much? Evidence from a cross section of firms*, in *Quarterly Journal of Economics*, 2003, 207 ss.

³¹⁷ N. Leff, *Economic development through bureaucratic corruption*, in *American Behavioral Scientist*, 1964, 8 ss., “*corruption serves as speed money that creates efficiency by expediting decision making and allows businesses to avoid heavy government regulations*”. In senso conforme, cfr. F. Lui, *An equilibrium queuing model of bribery*, in *Journal of Political Economy*, 1985, 760 ss.; P. Bardhan, *Corruption and development. A review of issues*, in *Journal of Economic Literature*, 1997, 1320 ss., secondo cui “*corruption can grease the wheels of commerce in the presence of weak legal and regulatory frameworks*”.

questione, sulla base dell'assunto che la corruzione può agevolare i processi decisionali e condurre a un incremento dell'efficienza dell'azione pubblica.

Tale teoria è stata disattesa da un'approfondita analisi, condotta sulla base di specifici calcoli, secondo la quale la corruzione è un fenomeno che non è mai limitato al singolo contesto nazionale, ma soprattutto in Asia, tende a "contagiare" le zone confinanti, producendo notevoli disfunzioni al mercato di intere aree del continente³¹⁸.

Dal 1999, in tema di appalti pubblici, la *Asia Development Bank (ADB)*, in sinergia con la *Organization for Economic Cooperation and Development (OECD)*, conduce una campagna di contrasto alla corruzione, estesa a tutta la regione dell'Asia e del Pacifico, attraverso diverse iniziative, talvolta confluite in disegni di legge, i cui presupposti e risultati sono pubblicati in diversi volumi, con cadenza annuale³¹⁹.

I tre pilastri su cui poggia tale iniziativa sono la predisposizione di misure specifiche nel settore pubblico, la necessità di rendere trasparente l'azione amministrativa durante la scelta del contraente e il coinvolgimento dei cittadini nel contrasto ai fenomeni corruttivi.

Uno degli obiettivi principali - raggiunto in quasi tutti gli ordinamenti nazionali coinvolti nel progetto - è quello di inglobare le norme anticorruzione nella struttura del codice dei contratti pubblici, per evitare che le stesse permangano esterne al sistema di scelta del contraente e come tali siano facilmente eludibili.

Tuttavia, si registra, in molti ordinamenti, la necessità di perfezionare o implementare la c.d. *secondary regulations*, al fine di istituire un quadro legislativo completo e organico di contrasto alla corruzione.

In linea generale, si è rilevato che a fronte di una regolamentazione puntuale della fase di selezione del contraente, in termini di precauzione da eventi corruttivi, gli stessi migrano verso le fasi a monte o a valle della procedura pubblicistica in senso stretto³²⁰.

³¹⁸ Sul tema, per una disamina più approfondita, cfr. R. Quazi, S. Langly e A. Till, *Corruption contagion in South Asia and East Asia: an econometric study*, in *International Journal of Developing Societies*, 2013, 87 ss., "corruption is shaped by the culture or climate of doing business within a particular country, and these practices are shared to some extent by the neighboring countries. It is therefore possible for corruption to spread from one country to its neighbors, but the rate of corruption contagion should diminish with greater distance".

³¹⁹ Per tutti, si v. Asia Development Bank, *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific. Proceedings of the 7th Regional Seminar on making international anti-corruption standards operational*, 2008.

³²⁰ J. Pohl, *Progress and challenges in Asia and the Pacific in addressing bribery risks in public procurement*, in *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific*, cit., a cura di Asia Development Bank, 2008, 36, "countries that have succeeded in established sound bidding and selection procedures experience that corruption risks move into less well-regulated areas upstream and downstream in the procurement process. Corrupt practices are now more frequent in needs assessment, project design, and the setting up of tender specifications".

Una chiave di lettura particolarmente interessante fornita da queste ricerche, anche se per adesso solo in via sperimentale, è quella di incentivare il ricorso agli appalti elettronici (letteralmente *e-procurement*) per prevenire il rischio di corruzione³²¹.

L'*e-procurement* ha il pregio di limitare il contatto diretto tra i fornitori e le amministrazioni, consente una capillare e ottimale tracciabilità delle operazioni di gara, aumentando così il livello di trasparenza delle stesse e coadiuva gli organismi di controllo nell'individuazione di eventuali eventi di corruzione.

Inoltre, si consente di creare un archivio sistematico, agevolmente consultabile, con la cronologia delle singole gare espletate, per consentire una sorta di controllo a campione da parte delle autorità preposte a osteggiare la corruzione.

Un'ultima considerazione, di carattere generale e preliminare al contesto continentale analizzato, è quella relativa alla responsabilizzazione dei fornitori nei processi anticorrittivi, attraverso due tipi di iniziative, da sviluppare in maniera sincronica.

In primo luogo, è opportuno rendere edotte le imprese dei danni che la corruzione provoca all'intero sistema economico, e dunque in via mediata o diretta alle stesse imprese.

In secondo luogo, individualmente, ogni azienda ha il dovere di istruire i singoli dipendenti al rispetto pedissequo delle norme anticorruzione, attraverso corsi di aggiornamento, da espletare in via preventiva, e con l'irrogazione di sanzioni in via repressiva.

In conclusione, è opportuno riportare un esempio virtuoso nella valorizzazione del ruolo dei fornitori per combattere la corruzione, rappresentato dall'*Indonesian Comitee on Business Ethics*, che, in sinergia con il governo indonesiano e le imprese, promuove la redazione di disegni di legge per modificare le normative ostative allo sviluppo di una concorrenza leale e ricopre un ruolo attivo nei processi di accessibilità e trasparenza degli atti oggetto di gare pubbliche³²².

³²¹ P. Schapper, *The impact of e-procurement on corruption: the potential of e-procurement for curbing corruption risks*, in *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific*, cit., 113 ss., "Procurement of goods, works, and services through Internet-based information technologies (e-procurement) is emerging worldwide with the potential to reform processes, improve market access, and promote integrity in public procurement. E-procurement, when properly designed, can drastically reduce the cost of information while at the same time facilitating access to information. The strength of e-procurement in the anti-corruption agenda arises from this capacity to greatly reduce the cost and increase the accessibility of information, as well as automate and thereby reduce discretion in practices prone to corruption. E-procurement can also be a means of standardizing and monitoring processes, thereby facilitating the control and reduction of discretion through benchmarking. Decisions become comparable and histories profiled, thereby allowing for internal control, audit, and exception reporting".

³²² Per un'analisi approfondita del tema, cfr. S.M. Pardede, *The role of suppliers in preventing bribery in procurement in Indonesia*, in *Fighting bribery in public procurement in Asia and Pacific*, cit., 183 ss.

Per una disamina più analitica, appare opportuno scomporre la trattazione in due sezioni, ognuna delle quali dedicata a un singolo contesto nazionale. L'unico punto di contatto tra i due ordinamenti analizzati in questa sede è da rintracciare proprio nei valori della c.d. etica pubblica trasmessi all'interno dell'ordinamento giapponese, dai principi non giuridici che regolavano l'attività pubblica in Cina, nel 1800³²³.

SEZIONE PRIMA. Emersione della tematica nell'attuale panorama legislativo cinese: primi approcci e soluzioni di partito

2. Cenni sulla genesi di un diritto amministrativo cinese

L'indagine sul propagarsi dei fenomeni corruttivi nell'ambito dei contratti pubblici in un ordinamento così lontano - culturalmente e giuridicamente - come quello cinese, richiede una previa analisi della genesi della scienza del diritto amministrativo in Cina³²⁴ e un'introduzione in materia di appalti.

³²³ Sul tema, cfr. S.B. Silberman, *Cages of reason: the rise of the reational state in France, Japan, the United State and Great Britain*, Chicago, 1993.

³²⁴ Y. Jing, *History and context of public administration in Mainland China*, in *Public Administration of East Asia*, a cura di E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi, New York, 2010, 34 ss., "China has a multimillennium administrative history that is divided into three stages: royal, state and public administration. After the third plenary of the CCP's 11 th National Congress in 1978, peace and development were recognized by the party as the world's prevailing tendencies. By adopting the reform and opening up policy, the CCP shifted its priority to economic development. It was in this period that the Chinese administrative system, in an experimental and gradual manner, began to incorporate the modern values of public administration and expose itself to popular control. The recent modernization efforts emerge from the background of China's administrative history, which sets the context and starting conditions of these efforts; they include processes and values that strongly influence efforts today. Two fundamental path-dependent effects stand out. First, is the politicized bureaucracy. Due to the nonexistence of popular election and a competitive party system, control on bureacracy was a major leverage to maintaining political power. Political compliance was assigned a higher priority than expertise in evaluating bureaucrats. Such a system tended to hinder the efforts to make the bureaucracy more professional. Second is the moralized, but sometimes immoral bureaucracy. Moral doctrines easily substituted for rationalized institutions and the spirit of rule of law; the opaqueness and complexity of the bureacratic system further helped bureaucrats evade results and accountability. The traditional dominance of bureaucracy on society and its moral self-sufficiency made law abidance primarily an obligation of civilians. Bureaucratic dysfunctions commonly occured due to high-powered, self-seeking behavior as well as the rigid conformity to rules or routines. Not only did these routinely displace organizations goals, but they also led to distorted selective, and even predatory policy implmentation and administrative practices?". Sul tema, in senso ampio, cfr. Z. Lan, *Understanding China's administrative reform*, in *Public Administration quarterly*, 2001, 437 ss.; M. Liu, *Administrative reform in China and its impact on the policy-making process and economic development after Mao: reinvente chinese government*, New York, 2001; Z. Chang, *Public administration in China*, Westport, 1993, 3 ss.; K. Ngok e G. Zhu, *Marketization, globalization and administrative reform in China: a zigzag road to a promising future*, in *International Review of Administrative Science*, 2007, 217 ss.; W.

Come rilevato, “l’ordinamento giuridico cinese, oltre che uno spaccato di realtà da osservare e da cui elaborare scientificamente le nozioni giuridiche che lo caratterizzano, rappresenta anche un vero e proprio laboratorio di verifica della ragione stessa dell’esistenza del diritto amministrativo e della relativa scienza³²⁵”.

In premessa, è opportuno registrare una generale scarsa intellegibilità delle fonti del diritto amministrativo cinese, legata indissolubilmente alle difficoltà e alle incertezze generate dalla traduzione dalla lingua cinese³²⁶.

La genesi del diritto amministrativo in Cina, inteso sia nell’ottica di garanzia degli amministrati, sia nell’ottica della costruzione di una relativa scienza della disciplina³²⁷, è recente, se si considera che la prima legge che istituisce una vera e propria rete di tutela per i cittadini, verso gli atti amministrativi lesivi, è stata emanata nel 1989³²⁸.

Nel 1999, nel corpo dell’articolo 5 della Costituzione, varata nel 1982, è aggiunto un comma, secondo il quale “la Repubblica Popolare Cinese governa il paese secondo la legge

Hu, *Governmental process*, Hagzhou, 1998; G. Yang, *Public administration reform in contemporary China*, Beijing, 1999.

³²⁵ D. Pappano, *L’emersione di un diritto amministrativo in Cina*, in *Dir. amm.*, 2010, 710, “nell’attuale esperienza storica del diritto cinese lo studioso di diritto amministrativo intravede l’avvio di quel processo evolutivo di sottoposizione del potere alla regola che storicamente nelle esperienze occidentali ha rappresentato l’elemento a partire dal quale si è formato il diritto amministrativo”. Gli unici due lavori organici di diritto amministrativo sono ad opera di U. Fragola, *Rudimenti di diritto amministrativo cinese*, Napoli, 2005 e di M. Mazza, *Decentramento e governo locale nella Repubblica Popolare cinese*, Milano, 2009. Per una disamina di matrice storica, cfr. S.S. Hsueh, *Public Administration in South and Southeast Asia*, Bruxelles, 1962.

³²⁶ J. Chen, *Chinese Law. Towards an understanding of Chinese Law its nature and development*, Cambridge, 1999, alle incertezze che comunemente si legano ad ogni operazione di comparazione, il passaggio attraverso una terza lingua può essere fonte di errori e semplificazioni ulteriori (dal cinese all’inglese e dall’inglese all’italiano). Sull’importanza rivestita dalla corretta traduzione negli studi comparatistici, cfr. L. Pegoraro e A. Rinella, *Diritto pubblico comparato. Profili metodologici*, Padova, 2007, 102.

³²⁷ P. Carrozza, A. Di Giovine e G.F. Ferrari, *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2014, “la necessità diffusamente avvertita di riformare il sistema di diritto amministrativo (sostanziale e processuale) della RPC ha condotto, nel 1986, alla costituzione, da parte del Comitato permanente dell’Assemblea nazionale del popolo, di un apposito gruppo di ricerca sulla legislazione amministrativa formato da 13 membri, designati tra professori universitari in materie giuridiche e altri esperti di diritto. Il gruppo di ricerca, che era posto sotto la guida di Jiang Ping, ha concentrato i lavori sull’elaborazione di progetti di leggi amministrative. Tra di esse, le principali sono state la legge sulle sanzioni amministrative, adottata nel marzo 1996, e la legge sul processo amministrativo. Essa intende conseguire due obiettivi, vale a dire migliorare l’azione amministrativa e proteggere in modo efficace ed effettivo i diritti dei cittadini”.

³²⁸ La ricostruzione dell’ordinamento giuridico cinese è intimamente legata all’adesione del paese all’Organizzazione Mondiale del Commercio, che ha indotto le istituzioni ad avviare un processo di adeguamento ai principi di uniformità normativa, trasparenza delle decisioni pubbliche e controllo giurisdizionale degli atti della pubblica amministrazione. Sul tema, cfr. R. Cavalieri, *L’adesione della Cina al WTO. Implicazioni giuridiche*, Lecce, 2003; Q. Kong, *China and the World Trade Organization: A Legal Perspective*, Singapore, 2002, 183 ss.

e lo rende uno Stato socialista governato dalla legge³²⁹, che introduce il principio di legalità, nel novero dei diritti costituzionalmente protetti.

Da un punto di vista puramente dottrinale³³⁰, i tre principi fondamentali del diritto amministrativo cinese sono identificati nell'attuazione delle linee guida e delle politiche del Partito, nel c.d. centralismo democratico e nella sottoposizione dell'amministrazione alla legge³³¹, ossia il c.d. principio della legalità socialista.

Il principio di legalità dell'azione amministrativa, che costituisce notazione consolidata per il diritto amministrativo occidentale, rappresenta una novità assoluta per la speculare disciplina cinese.

Sulla scia di tale conquista, soprattutto in termini di tutela per il cittadino, nel 2000 è stata adottata la c.d. legge sulla legislazione, in una prospettiva di riordino e coordinamento delle fonti, che per la prima volta dispone l'obbligo di pubblicazione in gazzetta ufficiale delle leggi promulgate, in ottemperanza a esigenze di certezza e accessibilità per gli amministrati³³².

Tuttavia, alla luce di un'evoluzione giuridica così rapida, non esiste ancora un'elaborazione autonoma della nozione di funzione amministrativa, che è utilizzata quale sinonimo di potere amministrativo e analogamente non si registra una dogmatica o una teorizzazione propria del provvedimento amministrativo³³³.

Operata questa sintetica, ma necessaria, premessa sullo stato dell'arte del diritto amministrativo in Cina, è opportuno concentrare l'analisi sulla legislazione in materia di appalti, per poi indagare le modalità di contrasto adottate per far fronte al verificarsi di eventi corruttivi.

L'analisi si concentra esclusivamente sulla corruzione emersa nella Repubblica Popolare Cinese in seguito al processo di liberalizzazione delle attività produttive e tralascia

³²⁹ Sulle differenti interpretazioni della norma, cfr. A.H.Y. Chen, *Toward a legal enlightenment: discussion in contemporary China on the rule of law*, in *Pacific Basic Law Journal*, 1999; A. Rinella, *Cina*, Bologna, 2006, 46 ss.

³³⁰ Y. Songnian e Z. Weijiu, *Principi generali di diritto amministrativo (trad. it.)*, Beijing, 1985, 5 ss.

³³¹ L. Haocai, *A theory of balance of contemporary administrative law*, Beijing, 1997, in seguito all'introduzione del principio di legalità dell'azione amministrativa, si è sviluppata una teoria definita teoria del bilanciamento o della doppia considerazione, che segna la genesi di un'indagine *ad hoc* sul profilo della garanzia dei soggetti privati incisi da una decisione amministrativa.

³³² Sul tema, cfr. F.R. Antonelli, *La legge sulla legislazione ed il problema delle fonti nel diritto cinese*, in *Mondo Cinese*, 2004, 23 ss.

³³³ D. Pappano, *L'emersione*, cit., 736, la legge provvede a operare una precisazione, attraverso la puntuale individuazione espressa degli atti amministrativi che - come tali - sono impugnabili, escludendo quindi tutti gli altri atti che non lo sono, ancorché lesivi.

la c.d. corruzione endemica, di cui era permeata la burocrazia celeste nel 1300, oggetto di autorevole e autonoma trattazione³³⁴.

3. Il sistema di affidamento di commesse pubbliche in Cina

L'origine di un sistema di affidamento dei contratti pubblici in Cina è connessa in maniera inscindibile alle riforme tese all'instaurazione di un mercato libero (*market-oriented reform*), adottate dal 1978.

Il primo modello embrionale di esternalizzazione dei servizi, mutuato integralmente dalle contemporanee esperienze europee, era adottato dal Governo Municipale di Shanghai nel 1995, attraverso un rinvio esterno della disciplina alle *World Bank guidelines for procurement*³³⁵, ma era pressoché assente una disciplina organica e sistematica.

La prima disciplina dotata di autarchia, seppur limitata a una sola regione, era la *Shenzhen Regulations on Government Procurement*³³⁶, una sorta di laboratorio giuridico sul tema, adottata nel 1998, la quale tuttavia presentava diverse aporie e lacune.

Il primo passo verso l'uniformità legislativa sul territorio nazionale era compiuto con la promulgazione del *Ministry of Finance Provisional Rules*, nell'aprile del 1999, per cercare di avviare il sistema dei contratti pubblici verso la centralizzazione degli acquisti.

Tuttavia è solo dal 2007 - anno in cui la Cina ha adottato, per la prima volta, una legge anti-monopolio (LAM) - che l'intero apparato di affidamento dei contratti pubblici ha compiuto un passo storico verso un sistema di mercato concorrenziale³³⁷; tale novella

³³⁴ Cfr. S. Cassese, "Maladministration", cit., 244, la cd. burocrazia celeste era permeata da una corruzione endemica. Gli studi di Wang Huizu, redatti attraverso l'opera *Opinioni sull'apprendistato dell'amministrazione*, rilevavano che il funzionario cinese, in mancanza di ogni controllo dal basso nell'esercizio delle sue funzioni, recuperava a spese della società ciò che lo Stato gli rifiutava. Tuttavia, si rileva che ai pubblici ufficiali, in quanto guardiani del pubblico interesse, era istillato un senso dello Stato, fin dal loro periodo di apprendistato, per assicurare un livello adeguato di coscienza sociale e di responsabilità durante lo svolgimento delle loro mansioni. In tal senso, cfr. K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics and anticorruption efforts in Mainland China*, in *Public Administration in East Asia*, a cura di E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi, New York, 2010, 96.

³³⁵ Per una disamina dell'evoluzione della legislazione in tema di contratti pubblici, cfr. Q. Kong, *China and the World Trade*, cit., 185.

³³⁶ Sul tema, si v. I. Liefner e Y.D. Wei, *Innovation and Regional Development in China*, New York, 2014; C. Edquist, N.S. Vonortas, J.M. Zabala-Iturriagoitia e J. Edler, *Public Procurement for Innovation*, Cheltenham, 2014, 208 ss.; A. Georgopoulos, B.M. Hoekman e P.M. Mavroidis, *The Internationalization of Government Procurement Regulation*, Oxford, 2017.

³³⁷ Sul tema, in senso ampio, cfr. M. Guglielmino, *Gli ultimi saranno i primi? La nuova legge cinese sulla concorrenza*, in *Mercato conc. reg.*, 2009, 401 ss., "l'adozione di una legge anti-monopolio rappresenta per la Cina un importante momento storico in quanto segna l'apertura del più grande

rappresenta per l'intero mercato nazionale un'occasione per sviluppare una nuova cultura concorrenziale, per adeguare il mercato interno agli *standard* internazionali, preservando però una propria identità, nel rispetto della peculiarità del sistema nazionale.

Secondo un'impostazione, estremamente accreditata presso gli studiosi cinesi, è proprio a partire dall'entrata in vigore della legge anti-monopolio che la Repubblica Popolare Cinese ha iniziato a sviluppare una politica anti-corruzione³³⁸.

Questa teoria si fonda sul presupposto secondo il quale la corruzione può svilupparsi solo in liberi mercati, nei quali la concorrenza è tutelata quale valore primario dallo stesso potere pubblico³³⁹.

Tuttavia, tale assunto illustra in maniera troppo approssimativa la relazione che intercorre tra l'istituzione di un libero mercato e il propagarsi della corruzione, che appare più complessa, specie se analizzata nel contesto economico-giuridico della Cina degli ultimi trenta anni³⁴⁰.

paese ad eredità post-comunista al mercato mondiale e, contemporaneamente, la creazione di una politica e cultura concorrenziale con ambizioni di effettività. La Cina sta vivendo un momento storico molto importante: la sua apertura verso il mercato globale si riflette nel processo di modernizzazione che ha portato il paese, in pochi decenni, dall'avvio delle riforme ad una profonda evoluzione in importanti aspetti della società, dell'economia e del proprio apparato giuridico. La nuova legge anti-monopolio è certamente sofisticata, in quanto raccoglie le esperienze europea e statunitense; soprattutto, tenendo conto delle caratteristiche peculiari del sistema economico cinese, è pensata e scritta per difendere il diritto di tutti gli imprenditori cinesi alle opportunità offerte dal continuo sviluppo economico e, infine, per eliminare una dispersione normativa". I principali obiettivi della legge sono la prevenzione di condotte monopolistiche, la salvaguardia del corretto svolgimento della concorrenza, la protezione dell'interesse dei consumatori e la promozione del sano sviluppo dell'economia socialista di mercato, attraverso l'armonizzazione dei principi di libera concorrenza. Sul tema della tutela della concorrenza in Cina si registra l'esistenza un'ampia letteratura internazionale, per tutti, cfr. Q. Wu, *Competition laws, globalization and legal pluralism: China's experience*, s.l., 2014; M. Williams, *Competition policy and law in China, Hong Kong and Taiwan*, Cambridge, 2005; G. Ying, *Commercial and economic law in China*, London, 2011; H.S. Harris, *Anti-monopoly law and practice in China*, Oxford, 2011; Sha. Li, Shu. Li e W. Zhang, *The road to capitalism. Competition and institutional change in China*, in *Journal of Comparative Economics*, 2000, 269 ss.

³³⁸ Cfr. T. Gong e N. Zhou, *Corruption under the structural outlook of market competition: public procurement in China*, draft di una relazione tenuta presso la Fudan University di Shanghai, nel marzo del 2013. Sul tema, cfr. G. White, *Corruption and the transition from socialism in China*, in *The corruption of politics and the politics of corruption*, a cura di M. Levi e D. Nelken, Oxford, 1996.

³³⁹ In tal senso, cfr. A. Alberto e R. Di Lella, *National champions under corruption: some unpleasant interventionist arithmetic*, in *Economic Journal*, 1997, 1023 ss.; I. Iwasaki e T. Suzuki, *The determinants of corruption in transition economies*, in *Economics Letters*, 2012, 54 ss.; F. Giavazzi e G. Tabellini, *Economic and political liberalizations*, in *Journal of Monetary economics*, 2005, 1297 ss.; H.-J. Chang, *Cattivi samaritani: Il mito del libero mercato e l'economia mondiale (trad. it.)*, Milano, 2014, "la deregulation dell'economia e l'introduzione del libero mercato nella gestione pubblica non hanno portato a una diminuzione della corruzione, ma a un suo aumento".

³⁴⁰ Sulle riforme legate alla crescita economica della Cina, per tutti, cfr. M. Dutta e Z. Zhongli, *China's economic reform, 1978-1988*, Beijing, 1991; C. Sheng Yang, *China economic reform 1978-1994: trade*

Le riforme adottate, dirette alla liberalizzazione delle attività produttive, hanno generato una crescita economica abnorme, che il mercato non era pronto ad assorbire, in quanto assuefatto a decenni di centralizzazione burocratica degli affari.

In questa nicchia, di cui il libero mercato non ha saputo impadronirsi, si sono annidati i primi eventi di corruzione, legati esclusivamente alla nuova economia liberale, che il governo ha inizialmente sottovalutato, definendo tali condotte “*small-scale unhealthy tendencies*”³⁴¹.

E' necessario premettere che nel sistema cinese coesistono due differenti sistemi normativi per l'affidamento di commesse pubbliche³⁴². In primo luogo, viene in rilievo la Legge sugli Appalti Governativi, che si applica ai contratti stipulati dai ministeri, enti pubblici e università per l'acquisto di beni e servizi. In secondo luogo, la Legge sulla richiesta di presentazione di offerte si applica ai contratti per l'affidamento di lavori da parte di tutti gli altri apparati governativi, nonché alle procedure di selezione del contraente da parte delle imprese statali, tema che sarà oggetto di analisi³⁴³.

In questo articolato contesto di sviluppo economico, la legislazione in materia di appalti pubblici si è dovuta adeguare alle mutate circostanze finanziarie, attraverso l'elaborazione del Regolamento di attuazione della Legge sulla richiesta e presentazione di offerte, entrato in vigore nel 2012³⁴⁴, che integra la relativa legge del 1999, in quanto i

and investment focus, s.l., 1996; G.C. Chow, *Economic reform and growth in China*, in *Annals of economics and finance*, 2004, 127 ss.; S. Bao, C.H. Chang, J.D. Scott e W.T. Woo, *Geographic factors and China's regional development under market reforms 1978-1988*, in *China Economic Review*, 2002; R. Pomfret, *Growth and transition: why has China's performance so different?*, in *Journal of Comparative Economics*, 1997; T. Zhangab e H. Zouab, *Fiscal decentralization, public spending, and economic growth in China*, in *Journal of Public Economics*, 1998, 221 ss.

³⁴¹ J.T. Myers, *China: modernization and unhealthy tendencies*, in *Comparative Politics*, 1989, 193 ss.

³⁴² Sul tema degli appalti pubblici in Cina, cfr. F. Cao, *From tendering law to public procurement law*, in *Public procurement: the continuing revolution*, London, 2003; J. Tian, *Public procurement in China: the way forward*, in *Public Procurement Law Review*, 2001, 207 ss.; Q. Kong, *Chinese Law and Practice on Government Procurement in the Context of China's WTO Accession*, in *Public Procurement Law Review*, 2002, 201 ss.

³⁴³ Sul tema, cfr. R. Guidolin, *Gli appalti pubblici in Cina*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2014, 1556 ss., “la Legge sugli Appalti Governativi, entrata in vigore il 1° gennaio 2003, si applica alla attività di affidamento di contratti, forniture e servizi con fondi pubblici poste in essere dai ministeri e pubbliche organizzazioni a tutti i livelli. Alla Legge sugli Appalti Governativi si accompagnano tre regolamenti attuativi, emanati dal Ministero delle Finanze: il Regolamento sulla gestione delle gare, il Regolamento sulla pubblicità e il Regolamento sui ricorsi.” Il Regolamento sulla pubblicità assume rilievo peculiare per la tematica analizzata, in quanto disciplina il contenuto, la tempistica e i mezzi di informazione da utilizzare per rendere pubblici i principali provvedimenti emessi nell'ambito del procedimento concorsuale.

³⁴⁴ Cfr. Z. Tao, X. Zhao e G. Li, *China Steps up Regulation on public bidding Activities*, in www.kingandwood.com, 2012.

grandi progetti infrastrutturali che caratterizzano il recente sviluppo economico cinese sono realizzati da società formalmente di diritto privato, ancorché controllate dallo Stato.

La puntuale definizione dell'ambito di applicazione delle due leggi non è agevole perché per certi aspetti le normative si sovrappongono, né il Regolamento emanato nel 2012 ha fornito risposte chiare in tal senso.

Tuttavia, è opportuno precisare che entrambi i sistemi normativi sono caratterizzati da una procedimentalizzazione delle attività di affidamento del singolo contratto, che, a differenza di ciò che accade nel sistema europeo e italiano, non è posta a tutela del mercato e della libera concorrenza, ma è diretta a proteggere l'interesse nazionale e il mercato cinese³⁴⁵.

Al di là delle similitudini tra il sistema di affidamento degli appalti di matrice eurounitaria e l'equivalente legge cinese, le differenze principali si riscontrano nel complesso sistema di controllo sull'operato delle stazioni appaltanti e soprattutto – dal punto di vista delle imprese straniere che investono in Cina – nella scarsa efficacia della tutela giurisdizionale. Nello specifico, per gli appalti regolati dalla Legge sulla richiesta e presentazione di offerte - che riguardano principalmente i grandi progetti infrastrutturali – le eventuali controversie non sono suscettibili di ricevere tutela presso le corti del popolo, organi giudiziari fondamentali dell'apparato giurisdizionale cinese³⁴⁶.

Operata questa generale premessa in ordine alle modalità di affidamento di commesse pubbliche, è opportuno analizzare, in maniera cronologica, le linee guida predisposte dalla Cina per operare un contrasto ai fenomeni corruttivi.

4. Genesi e cause della corruzione nell'odierno assetto istituzionale cinese

L'indagine sulla genesi e le cause dei fenomeni corruttivi costituisce un'articolazione cruciale della ricerca, anche in sede di predisposizione delle misure di contrasto.

In premessa, si registra la mancanza di studi empirici sul tema della corruzione in Cina, poiché gli studiosi applicano le teorie sviluppate nei paesi occidentali a un contesto

³⁴⁵ E' emblematico, a tal proposito, l'articolo 10 della Legge sugli Appalti Governativi, che codifica il principio secondo il quale gli enti governativi cinesi devono acquistare prodotti nazionali e affidare gli appalti a imprese nazionali, fatte salve le situazioni eccezionali indicate dalla legge.

³⁴⁶ Sul tema, si consenta di rinviare a M. Mazza, *Le istituzioni giudiziarie cinesi. Dal diritto imperiale all'ordinamento repubblicano e alla Cina popolare*, Milano, 2011; A. Diurni, *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Milano, 2008, 118 ss.

ontologicamente diverso dal punto di vista del percorso evolutivo del tema³⁴⁷. Inoltre, alla generalizzata imponderabilità dei dati sulla corruzione - comune a tutti gli ordinamenti - si aggiunge la mancanza di studi empirici o scientifici, che rende ardua la maturazione di una consapevolezza degli effetti del tema sulle condizioni economiche e istituzionali cinese³⁴⁸.

E' opportuno premettere che esistono due declinazioni della corruzione in Cina, conseguenza di una costruzione teorica molto autorevole³⁴⁹; una corruzione di tipo statale, legata al governo centrale, e una legata alle singole realtà locali.

Inoltre, la dottrina cinese ha utilizzato due modelli distinti per analizzare il propagarsi della corruzione a livello locale; uno schema di tipo discendente (*top-down pattern*) e uno di tipo ascendente (*bottom-up pattern*).

Il primo modello di analisi, utilizzato per le regioni più remote e lontane dalla capitale, è legato a una corruzione che coinvolge le alte cariche del governo locale, definita “*office-for-sale practice*”.

Tali regioni, in genere sottosviluppate, sono destinatarie di aiuti statali, gestiti da una pletera ristretta di pubblici funzionari, spesso titolari di incarichi *sine die*, i quali, in mancanza del previgente sistema di controlli amministrativi, vigente fino al 1978, distruggono i fondi erogati dalla loro naturale destinazione, per riservarli a usi privati³⁵⁰.

Il forte grado di autonomia di queste regioni - legato talvolta alla remota posizione geografica - e l'assenza totale di rotazione del personale presso i pubblici uffici generano una corruzione nelle alte sfere dell'amministrazione, con ripercussioni sull'intero assetto organizzativo.

Il secondo modello di corruzione, di tipo ascendente, è diffuso in regioni sviluppate, nelle quali sono presenti *lobbies* dotate di una *vis* finanziaria e organizzativa, tale da influenzare le scelte pubbliche.

³⁴⁷ J. Li, *Corruption and anti-corruption: economic analysis to a political phenomenon*, in *Heaven and Earth for Business Ethics*, 2009, 194, “*a major drawback is that mainstream Western theories are often developed out of assumption about realities that operate quite differently from China*”.

³⁴⁸ Cfr. O. Yu, *Corruption in China's economic reform: a review of recent observations and explanations*, in *Crime, Law and Social Change*, 2008, 161 ss.

³⁴⁹ La ripartizione è stata elaborata da diversi studiosi, per tutti, si v. J. Kwong, *The political economy of corruption in China*, London-New York, 2015.

³⁵⁰ Per tutti, si può citare il caso della regione autonoma di Guangxi, i cui fondi stanziati per il trasporto pubblico, non sono mai stati utilizzati per alcuna spesa di interesse pubblico. Si v. Y. Sun, *Corruption and market in contemporary China*, Cornell, 2004, 121 ss.; C.S. Fan e I.H. Grossman, *Incentives and corruption in chinese economic reform*, in *Journal of Policy Reform*, 2011, 195 ss. In una prospettiva legata al rapporto tra corruzione e riforme nella Cina rurale, cfr. K. O'Brien, *Implementing political reform in China's village*, in *Australian Journal of Chinese Affairs*, 1994, 33 ss.

I due modelli delineati dimostrano che lo sviluppo dei fenomeni corruttivi in Cina, dal 1978 in poi, è legato principalmente a un'inadeguatezza dell'amministrazione locale nel gestire un grado di autonomia così elevato, conseguenza del superamento del previgente sistema dei c.d. controlli amministrativi diretti³⁵¹.

In un contesto istituzionale complesso e variegato come quello cinese appare arduo rintracciare e isolare i fattori che hanno contribuito a favorire la corruzione; tuttavia, la dottrina ha individuato, senza pretesa di esaustività sul tema, tre ragioni caratterizzanti, capaci di rivelare l'essenza stessa del problema nel tessuto amministrativo della Repubblica Popolare Cinese.

Una prima causa è da rintracciare nella sostanziale coesistenza di un duplice sistema di mercato, durante il lungo periodo che ha condotto la Cina a istituire un'economia di mercato di matrice socialista³⁵². La presenza simultanea - dal 1978 al 1992, anno in cui l'istituzione di un'economia socialista³⁵³ era ufficializzata durante il Congresso nazionale del partito - di un'economia pianificata e un'economia di mercato ha contribuito a favorire l'emersione di eventi corruttivi³⁵⁴.

Dal 1978, la nuova politica economica ha incentivato lo sviluppo e la genesi di imprese non controllate dal governo, fino a quel momento inesistenti, dotate di un'autonomia decisionale e di bilancio estranea al tessuto economico e organizzativo, autonomia che in assenza della tradizionale regia statale è degenerata in comportamenti illeciti.

La coesistenza di due sistemi di mercato si rifletteva nella convivenza di un duplice sistema di prezzi (*dual price system*), con la conseguenza che, in sede di predisposizione dei

³⁵¹ Sul tema dei controlli diretti, cfr. O. Blanchard e A. Shleifer, *Federalism with and without centralization. China versus Russia*, Harvard, 2000.

³⁵² Per un'analisi delle cause strutturali della corruzione durante il periodo di riforma, cfr. X. Lu, *Cadre and corruption: the institutional involution of the chinese communist party*, Palo Alto, 2000.

³⁵³ Sul tema, si v. G. Rozman, *The Chinese Debate about Soviet Socialism, 1978-1985*, Princeton, 2014, 15 ss.; G.C. Chow, *Understanding China's Economy*, Princeton, 1994, 137 ss.

³⁵⁴ Z. He, *Corruption and anti-corruption in reform China*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2000, 250 ss., in relazione al propagarsi di eventi corruttivi, è opportuno suddividere il periodo che intercorre dal 1978 al 1992 in tre fasi distinte. In una prima fase, che si colloca all'inizio degli anni '80, l'esistenza parallela di un'economia di mercato e di un'allocatione pianificata delle risorse e dei beni aveva generato eventi di corruzione legati all'incertezza nell'individuazione dei prezzi di beni e servizi. In una seconda fase, nella seconda metà degli anni '80 - culminata nello scandalo che colpì la Cina nel 1989 - i fenomeni di corruzione erano legati alla costituzione di società satellite, il cui unico fine era l'alterazione degli equilibri di mercato, al fine di ricavare un profitto illecito. La terza fase coinvolgeva l'intero assetto istituzionale (banche, pubbliche amministrazioni) e si configurava in relazione a una destinazione distorta o alterata delle risorse pubbliche. Per un'analisi empirica delle conseguenze della corruzione durante il periodo di transizione, cfr. Y. Guo, *Corruption in transitional China: an empirical analysis*, in *The China Quarterly*, 2008, 349 ss.; P.P. Li, *The duality of crony corruption in economic transition: toward an integrated framework*, in *Journal of Business Ethics*, 2009, 41 ss.

fabbisogni, la differenza tra il prezzo di mercato e il prezzo pianificato diventava un profitto illecito, da suddividere tra l'impresa e il pubblico funzionario connivente.

La seconda causa risiede nell'allargamento della base sociale destinataria della ripartizione del reddito nazionale e di conseguenza dei potenziali corruttori³⁵⁵.

La terza causa risiede in una generalizzata debolezza e impreparazione del sistema legislativo cinese nella pianificazione e nell'attuazione di misure di contrasto, legato anche al superamento del sistema dei controlli diretti, divenuti poco efficaci in un sistema di libero mercato³⁵⁶. Inoltre, come si rileva dal discorso pronunciato da Zhao Ziyang nel 1989, il tema della corruzione non aveva rilievo primario nell'agenda politica, in quanto "fattore inevitabile nello sviluppo di un mercato, poiché le misure anticorruzione possono ostacolare le riforme e l'elaborazione di politiche di apertura³⁵⁷".

Tale considerazione era legata al dato secondo cui lo sviluppo economico locale dipendeva dalla destinazione di sussidi e prestiti statali, erogati da agenzie del governo decentrate sul territorio e pertanto suscettibili di subire pressioni di matrice corruttiva.

Tuttavia, tale convinzione può essere sconfessata attraverso una tesi da scomporre in tre argomentazioni.

In primo luogo, i sussidi ottenuti erano spesso destinati illecitamente a fondi fiduciari presso banche straniere e difficilmente erano investiti in attività di interesse pubblico sul territorio³⁵⁸.

In secondo luogo, la corruzione alterava gli equilibri di un mercato libero nella sua fase embrionale, con conseguenti riduzioni di efficienza per l'ottimale allocazione di beni e servizi. Le eventuali conseguenze positive della corruzione erano recessive rispetto al generale detrimento arrecato al mercato da tali pratiche.

In terzo luogo, la diffusione di pratiche corruttive dissuadeva investimenti stranieri e influenzava negativamente le scelte degli operatori economici interni.

La tardiva consapevolezza assunta in relazione alla gravità della corruzione nel sistema economico cinese ha avuto riflessi sulle relative campagne di contrasto, spesso condotte, con scarsa lungimiranza, solo attraverso azioni di matrice repressiva³⁵⁹.

³⁵⁵ Sul tema, cfr. H. Hu, *Three strategies of anti-corruption*, in *Comparative Economic and Social System*, 1989, 20 ss.

³⁵⁶ Si v. L. Zhoulai, *An economic analysis of corruption*, in *Tian Ya*, 2000, 31 ss.

³⁵⁷ G. Wu e H. Lansdowne, *Zhao Ziyang and China's Political Future*, New York, 2008, 101 ss.

³⁵⁸ Sul tema della destinazione alterata dei sussidi statali, cfr. Z. Han, *Report on the work of Supreme People's Procuratorate of PRC*, Beijing, 1999.

5. Etica pubblica e misure anticorruzione nella Repubblica Popolare Cinese

L'articolato sistema di contrasto ai fenomeni corruttivi predisposto dal segretario generale del partito Xi Jinping nel 2012 ha consentito all'intero assetto istituzionale di superare una crisi di legittimazione democratica³⁶⁰, determinata anche da un aumento della corruzione percepita da parte della popolazione³⁶¹.

Nella letteratura giuridica cinese è possibile rintracciare un interesse episodico al tema della corruzione e alle relative misure di contrasto e ciò è determinato da diverse ragioni.

Fino agli inizi del ventesimo secolo la Cina era un impero feudale, governato da funzionari educati a una filosofia politica di matrice confuciana, secondo la quale ogni pubblico agente possedeva, come innata e primaria caratteristica, una profonda apprensione per il benessere del popolo e della collettività.

Tale filosofia politica era radicata sugli assunti del buon governo (*ren zheng*) e del ruolo della virtù del pubblico funzionario (*de zhi*), che doveva essere in grado di autodisciplinarsi.

Inoltre, il concetto di corruzione, inteso quale utilizzo alterato di beni pubblici per fini privati, sfumava dinanzi alla nozione di *jiatianxia*³⁶², secondo la quale “tutto sotto il paradiso è di proprietà dell'impero”. Da tale radicata concezione derivava l'impossibilità di delimitare il confine tra la sfera pubblica e quella privata e sostanzialmente risultava inattuale analizzare la corruzione e i relativi rimedi.

³⁵⁹ Sul tema, cfr. Y. Pan, *The Anti-corruption Campaign and Catering Industry in China*, Beijing, 2016; C. Wu, *Regulating Government Ethics: An Underused Weapon in China's Anti-corruption Campaign*, Cambridge, 2016; E. Economy, *The risk of China's anti-corruption campaign*, in *The Atlantic*, 2013; M. Manion, *Taking China's anticorruption campaign seriously*, in *Journal of Contemporary China*, 2001, 573 ss.

³⁶⁰ Sul tema, si v. M. Pei, *China's crony capitalism: the dynamics of regime decay*, 2016, Harvard; H. Fu, *Wielding the sword: President's Xi's anti-corruption campaign*, in *Greed, Corruption and the Modern State: Essays in Political Economy*, a cura di S. Rose-Ackerman e P. Laguenes, Cheltenham, 2015, 134 ss.

³⁶¹ Si v. Q. Liu e Z. Mi, *Income inequality, fiscal redistribution, and governmental corruption: evidence from Chinese provincial data*, in *The Journal of Developing Areas*, 2014, 119 ss.

³⁶² T.Y. Chao, X. Xiong e L. Kebin, *Culture and social transformations in reform era China*, Boston, 2010, 108, “Namely, under the *jiatianxia* system, it is impossible to differentiate the public and the private, because the so-called ‘public’ is in the end just the private of the imperial family”; D. Liu, *Metaphor, Culture, and Worldview: The Case of American English and the Chinese Language*, New York, 2002, 131, “*jiatianxia* means family land under heaven”. Sul tema, si v. anche Q. Zhu, *Reorientation and prospect of China's combat against corruption*, in *Crime, Law and Social Change*, 2008, 81 ss.

La prima campagna anticorruzione della storia cinese era condotta durante l'era della dinastia Tang, nel 648 d.C., con un'azione di contrasto che interessava, quali indagati, oltre mille funzionari pubblici³⁶³.

In seguito, nel 1393, durante la reggenza della dinastia Ming, era condotta la più cruenta campagna anticorruzione della storia della Cina, in termini di severità delle pene comminate³⁶⁴. In termini organizzativi e preventivi, era prevista per la prima volta una figura di raccordo tra l'impero e i funzionari pubblici al fine di incentivare la pratica di denunciare e disvelare l'esistenza di eventi corruttivi.

I primi riferimenti all'etica pubblica si rinvennero nelle prime leggi sul sistema amministrativo, emanate sotto la dinastia Qin, improntate anch'esse ai valori del confucianesimo, in virtù dei quali l'impero era supremo e superiore a qualsiasi tipo di vincolo legislativo.

Dopo la fondazione della Repubblica Popolare Cinese, ai valori del confucianesimo si affiancavano i valori dell'ideologia marxista³⁶⁵, dando vita a una nuova concezione di etica pubblica, intesa quale valore da perseguire in sé, pertanto svincolato dal concetto di corruzione.

L'intero corpo dei funzionari pubblici era sotto il controllo del partito comunista e la garanzia della ricerca del benessere collettivo era assicurata dai valori dello stesso partito, in quanto “*at all times the party gives top priority to the interest of the people, shares weal and woe with them and keeps in closest contact with them, and it does not allow any member to become divorced from the masses or place himself above them*”, in quella che è stata pragmaticamente definita *an ethical utopia*³⁶⁶”.

Lo stato - e quindi il partito - monopolizzava tutte le risorse economiche e sociali e in un sistema così delineato, estremamente partito-centrico, era ontologicamente incompatibile con la moderna nozione di corruzione.

In altri termini, i funzionari pubblici erano deresponsabilizzati, in quanto meri esecutori degli ordini dei governatori, sui quali gravava l'intero obbligo morale di buon

³⁶³ Si v. Z. Yuyang e G. Jie, *A record of State governing under Tang Taizong: discussing how the Tang dynasty opposed corruption*, in *The China Youth Daily*, 2014.

³⁶⁴ Cfr. Z. Zhiguang, *Anticorruption in Chinese History*, in *Shanghai GuanCha*, 2014.

³⁶⁵ Sul tema, in senso più approfondito, cfr. Q. Xie, *An analysis of China's government structure*, Beijing, 1995; S. Aufrecht e S.B. Li, *Reform with Chinese characteristics: the context of Chinese civil service reform*, in *Public Administration Review*, 1995, 175 ss.

³⁶⁶ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 100.

governo. La trasparenza e l'imparzialità erano valori recessivi rispetto alla necessità di emanare ordini, unico sistema per mantenere l'ordine sociale.

Le disposizioni ricevute dai funzionari erano considerate alla stregua di ordini di matrice religiosa (*the mentality of officialdom worship*³⁶⁷) e non residuava spazio alcuno per l'autodeterminazione del soggetto, circostanza che escludeva - o semplicemente celava - eventuali fenomeni corruttivi.

Fino all'inizio degli anni '80, il partito definiva le linee di crescita delle singole regioni del paese, determinando squilibri di mercato, attraverso manovre estremamente invasive, all'interno delle quali la libertà di scelta per le imprese e i privati era notevolmente dimidiata³⁶⁸.

Tale elaborazione dell'etica pubblica è rimasta sostanzialmente invariata fino al 1978, anno in cui la Cina ha adottato per la prima volta una politica di "*reform and opening*", con l'avvento di piattaforme apposite per lo scambio di informazioni con l'estero e una nuova concezione di mercato globale. In questo rinnovato contesto commerciale e sociale, i valori tradizionali risultavano obsoleti, ed era necessario introdurre una diversa nozione di etica pubblica, per fronteggiare i pericoli che derivano da questo nuovo assetto istituzionale.

I primi studi organici sulla corruzione in Cina, estremamente recenti, accolgono la tripartizione del concetto di corruzione, condivisa da quasi tutte le analisi di settore, che prevede una scomposizione della corruzione in *black corruption*, *grey corruption* o *unhealthy practises* e *white corruption*³⁶⁹.

³⁶⁷ Sul tema, cfr. X. Dong, *On the reform of the system of party and state leadership*, Beijing, 1980, 181, "*with Chinese society's mentality of officialdom worship, it is rather difficult for government officials to forge conscientiousness and responsibility to serve the public*".

³⁶⁸ Cfr. X. Deng, *There is no fundamental contradiction between socialism and a market economy*, in *Selected works of Deng Xiaoping*, Beijing, 1993.

³⁶⁹ H. Zengke, *Corruption and anti-corruption in reform China*, in *Communist and Post-Communist Studies*, 2000, 244 ss., "*Heidenheimer's three-category classifications system provides a useful framework for understanding both the Chinese categories and the areas of consensus and lack of consensus. Heidenheimer's framework includes three categories. Black corruption: the corrupt practices in this category, include graft, bribe, fraud, embezzlement, extortion, smuggling, tax evasion, etc. They constitute an important part of 'economic crimes'. Because they are obviously illegal and the main purpose of those involved in these practice is to increase their personal wealth, government officials and the public generally agree that such practices are corrupt. Grey corruption: the key characteristics of this category, which embraces more and more practices includes leaders of public institutions using their institutional power to increase the revenue of their institutions and improve the welfare of their staffs through various legal, semi-legal and illegal ways. Such practices include public institutions making profit by engaging in business activities. Grey corruption includes also 'unhealthy practices' as the extravagance and waste, spending public money to support luxurious work conditions and/or life style of senior officials. Such extravagance and waste is manifested in such aspects as expensive entertainment, costly foreign cars for senior officials, opulent and tastefully furnished office buildings, domestic or foreign travel in the name of official business, and so on. Such 'unhealthy tendencies' and the associated corruption, both significantly increasing the cost to the public, have led to a significant*

Tale impostazione, che consente di focalizzare l'attenzione sui comportamenti più lesivi, è adottata dagli studiosi, ma non è condivisa dalle autorità di settore, che considerano anche gli eventi di *white corruption* quali fatti di corruzione pura, senza operare una gradazione di pericolosità tra le diverse condotte.

Nel 2006, con l'emanazione della *Resolution on major issues regarding the building of a harmonious socialist society*, ad opera del partito comunista, l'etica pubblica ha iniziato a ricoprire un ruolo fondamentale, teso a bilanciare gli squilibri istituzionali legati alle nuove dinamiche di mercato.

In tal modo si è delineato un sistema nel quale la corruzione deve essere combattuta attraverso la prevenzione, rappresentata dall'implementazione dell'etica pubblica, il cui rispetto deve essere garantito attraverso due elementi distinti, la legge nazionale e la disciplina di partito³⁷⁰.

E' necessario premettere che - a fronte di tante proposte legislative sul tema, definito una *key task*³⁷¹ per lo sviluppo economico cinese - in Cina non esiste una legge amministrativa anticorruzione specifica e uniforme³⁷², ma le disposizioni sono disseminate in una serie di leggi e testi di partito, i cui tratti salienti sono di seguito analizzati.

Per apprezzare quanto sia centrale il tema analizzato nel dibattito istituzionale della Cina odierna, lo si desume dal discorso pronunciato del segretario generale del partito, Xi

public outcry. This has led the Chinese authorities make efforts to stop these practices. However they have met strong resistance from these public institutions which, in turn, justify their practices in terms of the purpose of their practice, the legitimacy of their institutional power and the work requirement. White corruption constitutes a kind of 'common practice' of social life. They include the nepotism and favouritism in the personnel recruitment and promotion, bending the law in favour of relatives and friends in law enforcement and preferential treatment in resource-allocations for relatives and friends. They are characterized by preferential treatment by officials of relatives, friends, and fellow villager, much of which is, in fact, a way of reciprocating previously received favours. Such practices have penetrated widely into public life, influencing the behaviour of government officials and ordinary citizens, contributing to the operation and existence of networks of personal ties throughout China. Creating and maintaining the networks of personal ties in order to seek and give favourable treatment is accepted by most people, including government officials, as a 'normal' practice when they involved in these practice".

³⁷⁰ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 105, "the national laws apply to governmental agencies and public officials. CPP discipline are designed for all party organizations and members".

³⁷¹ S. Munro, *China*, in *The anti-bribery and anti-corruption review*, a cura di N. Barette, London, 2015, 28, "Corruption has been a key political issue in China in recent years. According to a press release on former President Hu Jintao's speech at the CPC's 90th anniversary in 2011, China's leaders regard corruption as a grave crisis that determines the Party's life and death. Following on from this, China's current President, Xi Jinping, has described fighting corruption as a key task of the CPC and emphasised that anti-corruption enforcement must be conducted 'regularly' and in the long term".

³⁷² Gli articoli 389, 390, 391 e 393 del *PRC Criminal Law*, emanato nel 1997 e modificato nel 2015, regolano gli aspetti penali del reato di corruzione. Altro testo di legge che si occupa della corruzione è il *PRC Anti-Unfair Competition Law* del 1993

Jinping, in occasione del congresso nazionale del 2012, secondo il quale la lotta alla corruzione è una “*life-and-death battle*”, che il partito non può rischiare di perdere³⁷³.

Dal punto di vista delle leggi nazionali, è opportuno menzionare la *Supervision law of the People's congress*³⁷⁴, emanata nel 1986 e modificata nel 2006, in forza della quale un comitato indipendente (*Standing committee of people's congress*) ha il dovere di vigilare sull'operato delle amministrazioni, esaminare le singole decisioni ed eventualmente procedere ad ispezioni e audizioni dei pubblici ufficiali. Tale meccanismo di controllo è diretto a garantire un'indipendenza di giudizio - quantomeno nelle intenzioni della legge – ad un comitato titolare di spiccate funzioni di contrasto alla corruzione.

Per altro verso, si registra la *Civil Servant Law of PRC*, entrata in vigore nel 1995 - con un contenuto propagandistico più che giuridico - secondo la quale i pubblici dipendenti hanno l'obbligo, tra gli altri, di servire il pubblico interesse con onestà e di operare con integrità morale³⁷⁵.

Da ultimo, è opportuno menzionare la *Administrative supervision law* e la *Audit Law*³⁷⁶, due leggi specifiche per la supervisione delle attività poste in essere dalle agenzie amministrative, che conferiscono a specifici comitati indipendenti poteri in ordine al controllo delle transazioni finanziarie poste in essere, in relazione ad eventuali distrazioni di denaro pubblico, e , più in generale, prevedono un meccanismo di ispezione per il regolare svolgimento delle attività svolte.

Per altro verso, la c.d. disciplina di partito è emanata attraverso diversi documenti e risoluzioni, adottati dal corpo centrale del partito, con una disciplina più dettagliata e precisa di quella emanata attraverso le leggi dello Stato³⁷⁷.

Tra le diverse risoluzioni, la *Standards on the honesty in governance for CPP officials*, adottata nel 1997, prevede che i pubblici dipendenti hanno il divieto di ottenere alcun profitto dalle

³⁷³ In senso ampio, cfr. M. Pei, *Crucial stage in anti-graft campaign*, in *China Daily*, 2014, 8 ss.

³⁷⁴ In senso contrario sul ruolo del comitato, cfr. W. Du e L. Mao, *Rub a sword in 20 years: notes on the publications of the supervision law*, in *People's Daily*, 2006, 3 ss., secondo cui “*members of the congress do not directly oversee the administration, and there is no oversight of the court over the administration*”.

³⁷⁵ In senso più ampio sul tema, cfr. C. Dingjian, *China's journey toward the rule of law: legal reform, 1978-2008*, Beijing, 2010; W. Xiaoqi, *China's civil service reform*, Beijing, 2012, 5 ss.; J. Wong, *Interpreting China's development*, Singapore, 2012, 44 ss.; W. Mengkui, *Good governance in China: a way towards social harmony*, New York, 2009.

³⁷⁶ In senso più approfondito sul tema, si v. J. Liu, *Study on the auditing system of socialism with chinese characteristics*, Hoboken (New Jersey), 2017; T. Eger, M.G. Faure e N. Zhang, *Economic analysis of law in China*, Cheltenham, 2007, 137 ss.

³⁷⁷ Sul tema, si consenta di rinviare all'analisi di J. Zhou, *Will the Communist Party of China be able to win the anticorruption battle?*, in *Contemporary Chinese Political Economy and Strategic Relations: An International Journal*, 2016, 1007 ss.

attività svolte durante il proprio ufficio e di concedere benefici a terzi, legati al pubblico ufficiale da un rapporto di parentela o amicizia³⁷⁸. La portata del divieto eccede il concetto stesso di corruzione e tende ad essere omnicomprensivo di qualsiasi comportamento che orbiti nel satellite della c.d. *maladministration*.

Da un punto di vista repressivo, la *Regulations on disciplinary penalties within the CPP* prevede nel dettaglio una serie di azioni e di pene da applicare ai titolari delle violazioni delle singole risoluzioni, con un'attenzione specifica alla tematica della corruzione.

In base ad un'analisi complessiva dei singoli documenti adottati dal partito, si desume chiaramente che lo stesso ha realizzato di non poter condurre una battaglia contro la corruzione transitoria, o comunque basata sul breve periodo; il sistema delle norme anticorruzione deve svilupparsi attraverso una rete istituzionale fitta, che comprenda un impegno continuo nell'istruzione dei cittadini e un'inarrestabile ricerca del perfezionamento delle pratiche di supervisione³⁷⁹.

La campagna anticorruzione condotta dal partito è, nelle intenzioni dello stesso, una tappa cruciale verso il c.d. *China dream*, che deve proseguire senza “*deceleration zone*” o “*rest area*”³⁸⁰.

La rinnovata coscienza in ordine a una corruzione sistematica e non episodica ha imposto un'istituzionalizzazione delle attività di contrasto, da condurre attraverso un'azione unica, ma multilivello. Tale considerazione è suffragata dal dato secondo il quale in Cina, dal 1998 al 2007 il numero delle disposizioni anti corruzione, legislative e regolamentari, sono raddoppiate³⁸¹.

Quale priorità assoluta, è stato potenziato il compito della legge attraverso l'istituzione di un programma, l'*Implementation Outline for Establishing a Corruption Prevention System Based on Education, Institution, Building and Supervising*, da attuare attraverso tre operazioni. La prima

³⁷⁸ K. Dong, H. Yang e X. Wang, *Public service ethics*, cit., 107, “*party officials should not use power for personal gain and benefit, such as engaging in profit-making activities, promoting private interests in work, embezzling public or party properties, delivering favoritism in hiring and promotion, seeking benefits for their relatives and friends, and wasting public funds*”.

³⁷⁹ In senso conforme, cfr. J. Han, *Tracing corruption in China from corruption perception index*, in *Southern Weekend*, 2004; A. Hu, *China: fighting against corruption*, Hangzhou, 2001; X. Sun, *Research in public service: an ethics perspective*, in *Teaching and Research*, 2006, 27 ss., “*anti-corruption efforts began to move away from periodic campaigns to more stable institution building and enhancement, acknowledging that corruption was occurring as the result of the loopholes in the legal and political system*”.

³⁸⁰ T. Shi, *Xi vows to wage enduring anti-corruption campaign in China*, in *Bloomberg Business*, 2015.

³⁸¹ Il dato è riportato da C. Weng e K. Ko, *Structural changes in Chinese corruption*, in *The China Quarterly*, 2012, 721, “*reforms took place in the accounting systems, which aimed to firmly enforce the budget laws, and make every department of the central government accountable to their own budget planning, and as a result levels of corruption declined*”.

riguarda la costruzione di una vera e propria cultura etica all'interno del partito e delle istituzioni. Il secondo intervento riguarda il potenziamento del processo legislativo specifico sui temi della corruzione, del regime di trasparenza e della rete di scambio di informazioni tra operatori economici e pubbliche amministrazioni. La terza azione coinvolge meccanismi di controllo e supervisione per il miglioramento dell'intero processo decisionale di aggiudicazione delle commesse pubbliche³⁸².

In secondo luogo, è opportuno che i *social media* siano titolari di un ruolo attivo nella diffusione di pratiche anticorruptive, affinché il c.d. controllo dal basso si trasformi in un *modus agendi* ordinario³⁸³. L'incremento delle piattaforme di accesso digitale, presso i siti istituzionali di diverse pubbliche amministrazioni, ha reso i cittadini cinesi più consapevoli dei problemi legati alle tematiche della trasparenza amministrativa.

Altro fattore chiave nella lotta alla corruzione è rappresentato dall'educazione che deve essere impartita ai funzionari pubblici, i quali devono essere obbligati ad apprendere pratiche di buona amministrazione attraverso lo studio di *role models*, ovvero del comportamento di funzionari del passato che si siano distinti per onestà e trasparenza nell'agire³⁸⁴.

Infine, lo studio dei fenomeni corruttivi ha palesato la necessità di operare un decentramento delle sfere di potere, per allargare la base democratica del processo decisionale e separare la funzione politica dalla funzione amministrativa in senso stretto³⁸⁵. Analogamente, è opportuno allocare le risorse economiche in maniera equa sul territorio, per evitare che le stesse siano gestite da un'oligarchia di agenti pubblici³⁸⁶.

A differenza di ciò che è accaduto nel sistema italiano, nel quale la discrezionalità - considerata inizialmente un fattore autonomo di corruzione - è stata soggetta a un percorso di riabilitazione subordinato a determinati correttivi, la letteratura giuridica cinese è

³⁸² Q. Zhu, *Reorientation and prospect*, cit., 86.

³⁸³ Sul tema, in senso ampio, si v. J.S. Mo, *The role of the media in the present development of rule of law in anti-corruption cases in transitional China*, in *Asia Pacific Law Review*, 2013, 223 ss.

³⁸⁴ Cfr. C. Dai, *Corruption and anti-corruption in China: challenges and countermeasures*, in *Dimension of Teaching Business Ethics in Asia*, a cura di S. Rothlin e P. Haghirian, Heidelberg, 61 ss.

³⁸⁵ J.M Ren e Z.Z. Du, *Institutionalized corruption: power overconcentration of the first-in-command China*, in *Crime, Law and Social Change*, 2008, 45 ss.

³⁸⁶ Cfr. Y. Wu e J. Zhu, *Who pays more tributes to the government? Sectoral corruption of China's private enterprises*, in *Crime, Law and Social Change*, 2014, 309 ss.

pressoché unanime nel ritenere necessaria una riduzione dei poteri discrezionali, per contrastare i fenomeni corruttivi³⁸⁷.

Infine, è opportuno favorire l'accesso di imprese straniere alle procedure ad evidenza pubblica, per ridurre i monopoli statali e attivare un meccanismo virtuoso nella distribuzione delle risorse legate alle procedure di gara³⁸⁸.

SEZIONE SECONDA. La corruzione in Giappone: un modello virtuoso, ma difficilmente replicabile

6. Cenni sul diritto amministrativo giapponese e sulle relative modalità di affidamento dei contratti pubblici

Come rilevato in apertura di trattazione, il Giappone rappresenta un modello particolarmente virtuoso nel contrasto ai reati contro la pubblica amministrazione, poiché la lotta alla corruzione è incentrata sulla prevenzione, con una tensione particolare per il percorso educativo dei funzionari pubblici.

Prima di analizzare il *Public Service Ethic Program* adottato per prevenire tutti i fenomeni di sviamento patologico della funzione pubblica, appare necessario operare una breve premessa sul contesto amministrativo giapponese.

La genesi della moderna pubblica amministrazione giapponese risale al periodo Meiji, che coincide con l'avvio della modernizzazione dell'intero assetto istituzionale giapponese, tra il 1860 e il 1885³⁸⁹.

³⁸⁷ Sul tema, per tutti, si v. G.C. Chow, *Corruption and China's economic reform in the early 21st century*, in *International Journal of Business*, 2006, 265 ss., il tema è stato analizzato in base all'affidamento dei lavori pubblici eseguiti per lo sviluppo urbano di diverse città cinesi.

³⁸⁸ Tale teoria è stata sviluppata in relazione alla corruzione nella sanità pubblica, sul tema si v. W. Tam, *Organizational corruption by public hospitals in China*, in *Crime, Law and Social Change*, 2011, 265 ss.

³⁸⁹ Sul tema, in senso ampio, cfr. K. Akizuki, *History and context of public administration in Japan*, in *Public Administration of East Asia*, a cura di E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi, New York, 2010, 195 ss., nel 1886 fu istituita l'Università Imperiale di Tokyo con il compito principale di formare giovani funzionari pubblici per la neonata burocrazia giapponese; W. Röhl, *History of Law in Japan since 1868*, Boston, 2005, 627 ss.; T. Ginsburg e A.H.Y. Chen, *Administrative law and Governance in Asia: Comparative Perspectives*, New York, 2008, 81 ss.; J.C. Campbell, *Bureaucratic primacy: Japanese policy communities in an American perspective*, in *Governance*, 1989, 5 ss.; L.D. Hays, *Introduction to Japanese politics*, New York, 2005; M. Sakamoto, *Public Administration in Japan: past and present in the higher civil service*, in *Handbook of comparative development public administration*, 1991, 249 ss.

La peculiarità dell'evoluzione legislativa e amministrativa del Giappone risiede nell'assenza di dominazioni straniere, circostanza che si è riflessa nella sostanziale libertà del paese di mutuare modelli istituzionali dai paesi europei e dalla Germania in particolare³⁹⁰.

Il modello iniziale di pubblica amministrazione in Giappone era ispirato e caratterizzato da quattro specificità. La fedeltà assoluta dei funzionari nei confronti dell'impero, il rapporto di fiducia diretto tra i funzionari e l'imperatore, l'accesso per meriti alle cariche pubbliche e l'assenza di autorità amministrative indipendenti.

L'attuale organizzazione amministrativa - così come regolata dalla Costituzione del 1946 - è spiccatamente ispirata al decentramento amministrativo, con precisi limiti in tema di tassazione e di federalismo fiscale³⁹¹.

Questo tratto marcato di autonomia si riflette nella legislazione per l'affidamento di contratti pubblici³⁹², regolati dall'*Accounts Act (Kaikeibō* in giapponese) legge 35 del 1947, modificata da ultimo con la legge n. 53 del 2006 e integrata dall'*Order Concerning Budget, Auditing, an Accounting (OBBA)*, editto imperiale n. 67 del 1947. Tale disciplina nel suo complesso contiene le disposizioni di principio minime da seguire, mentre la disciplina di dettaglio è rimessa alle autonomie delle singole agenzie governative se si tratta di appalti con rilievo nazionale, mentre i contratti pubblici con rilievo locale sono regolati dalla *Local Autonomy Law (Chibo Jichibō* in giapponese) legge n. 64 del 1947 e dal *Local Autonomy Act Enforcement Ordinance*, ordinanza governativa n. 16 del 1947.

Le due discipline, totalmente autonome tra loro, prevedono regole del tutto sovrapponibili - con qualche eccezione - similitudini che permettono un'analisi unica.

In premessa, è opportuno rilevare che il valore della concorrenza non è di primaria importanza per il sistema di affidamento dei contratti pubblici in Giappone, poiché sono vigenti diverse disposizioni tese a limitare l'ingresso di operatori economici nel campo dei trasporti pubblici, dell'elettricità e dei media. Tale assunto è confermato dalla mancata applicazione delle norme dirette a impedire la formazione di monopoli privati, dal 1947, anno di entrata in vigore del *Japanese Act Concerning Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade (Anti-Monopoly Act)*, fino alla fine degli anni '80.

³⁹⁰ Cfr. K. Mishima, *The politics of political reform in Japan*, Tokyo, 2005.

³⁹¹ Si v. K. Tsuji, *Public administration in Japan*, Tokyo, 1984; H.A. Haroon, *An introduction to public administration*, Plymouth, 2008, 39 ss.; M.S. de Vries e P. Kim, *Value and Virtue in Public Administration: A Comparative Perspective*, London, 2011.

³⁹² Sul tema dei contratti pubblici in Giappone, cfr. S. Kusunoki, *Japan's government procurement regimes for public works: a comparative introduction*, in *Brooklyn Journal of International Law*, 2007, 523 ss.

Le modalità di scelta del contraente comprendono la *open competitive tendering*, che rappresenta le modalità tipica per l'affidamento di commesse pubbliche, la *designated competitive tendering* e la *non-competitive (single-source) tendering*, modalità cui si può far ricorso solo al ricorrere di determinate condizioni³⁹³ o se espressamente previsto dalla legge.

I vigenti criteri di aggiudicazione delle offerte riproducono il modello utilizzato nell'ordinamento italiano prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ossia il *price-only method* e la *comprehensive evaluation method*.

Una peculiarità propria del sistema giapponese è la previsione di un *maximum estimated price*³⁹⁴, fissato nel bando di gara, oltre il quale l'offerta è considerata invalida. Tale regola non prevede alcuna eccezione ed è prevista in tutela della finanza pubblica.

Sulla vigente legislazione ha inciso in maniera significativa l'*Act for Promoting Quality Assurance in Public Works*, pubblicato nel 2005, all'esito di uno studio biennale - *Study Concerning Public Procurement and Competition Policy* - curato dalla *Japanese Fair Trade Commission (JFTC)*.

Le novità principali introdotte da tale documento - ispirate a un generale potenziamento del *welfare* pubblico e alla tutela dell'economia nazionale - riguardano la fissazione di *standard* qualitativi minimi per l'esecuzione dei lavori pubblici, un'allocazione ottimale dei rischi in capo ai vari soggetti aggiudicatari e la previsione di un meccanismo di controllo finale dell'esecuzione dell'appalto.

7. *Public Service Ethics* nella legislazione amministrativa giapponese

Il Giappone è comunemente considerato un "*corrupt-free haven*"; tale dato è tuttavia alterato dalla sostanziale direzione monopartitica del paese ad opera del *Liberal Democratic Party*³⁹⁵ (LDP).

³⁹³ Il ricorso alla *designated competitive tendering* è subordinato al verificarsi di determinate condizioni, disciplinate dal *Order Concerning Budget, Auditing, an Accounting*. Qualora il ricorso alla procedura aperta si riveli non necessario, o per la natura del contratto, o per il limitato numero di operatori economici potenzialmente abilitati a partecipare alla stessa; qualora, per la natura del contratto il ricorso alla procedura aperta possa risultare svantaggioso e arrecare danni derivanti dai tempi di espletamento della gara; qualora il valore complessivo dell'appalto sia inferiore alla soglia economica stabilita annualmente dal governo. Il ricorso alla *non competitive tendering* può avvenire qualora la natura e lo scopo del contratto rendano impossibile l'espletamento di una procedura aperta o qualora lo stato di necessità e di urgenza renda necessaria una celere esecuzione dei lavori, incompatibile con le tempistiche di gara.

³⁹⁴ Il calcolo per l'ammontare del *maximum estimated price* è svolto in considerazione di diversi fattori, quali le condizioni del mercato al momento della gara, il grado di difficoltà e il tempo minimo necessario per l'esecuzione dei lavori. Sul tema, per tutti, cfr. L. Wolff, L. Nottage e K. Anderson, *Who rules Japan?: Popular participation in the Japanese legal process*, Cheltenham, 2015, 172 ss.

Oltre le tipiche condotte che integrano eventi di corruzione, in Giappone si rileva l'esistenza di una pratica diffusa, l'"*amakudari*", tradotta in inglese come "*descent from heaven*". In forza di tale condotta, i pubblici funzionari, soprattutto di rango elevato, dopo aver rassegnato le dimissioni dal pubblico impiego, sono assunti da aziende private, le quali possono così usufruire di informazioni privilegiate o possono avvalersi di un canale preferenziale per intrattenere rapporti con le amministrazioni pubbliche³⁹⁶; inoltre, la diffusione di tale pratica è aggravata dal pensionamento anticipato dei funzionari pubblici che entrano in servizio con la qualifica più elevata³⁹⁷.

Tale circostanza ha ingenerato sospetti e ha minato la fiducia di investitori nazionali e stranieri in ordine al corretto svolgimento di gare pubbliche, poiché le imprese che si avvalgono di informazioni privilegiate alterano il regolare meccanismo di affidamento dei contratti pubblici.

La tradizione delle misure di contrasto ai fenomeni corruttivi in Giappone risale al 645, anno in cui era promulgata la prima disposizione che stigmatizzava la corruzione quale comportamento illegale e immorale, in base ai dettami del confucianesimo³⁹⁸.

In epoca moderna, è possibile scomporre le disposizioni anticorruzione in tre categorie autonome³⁹⁹: le norme penali, di matrice repressiva, le norme che prevedono azioni disciplinari interne nei confronti dei pubblici ufficiali e le norme specifiche che si occupano di etica pubblica, come la *National Government Personnel Ethics Law*.

Il primo codice di condotta, emanato il 30 luglio del 1887 e rimasto invariato fino al 1947, era legato alla concezione imperiale di pubblica amministrazione e conteneva principalmente disposizioni di carattere generale, rari precetti più dettagliati e, in relazione all'anno di promulgazione, è considerato un testo di legge estremamente moderno.

³⁹⁵ Sul tema, cfr. R.W. Bowen e J.J. Kassiola, *Japan's dysfunctional democracy*, s.l., 2016. Per un primo approccio con il tema della corruzione in Giappone, si v. J.W. Choi, *Governance structure and administrative corruption in Japan: an organizational network approach*, in *Public Administration Review*, 2007, 930 ss.

³⁹⁶ Sul tema, in senso ampio, cfr. C. Usui e R.A. Colignon, *Amakudari: the hidden fabric of Japan's economy*, Cornell (New York), 2003; T. Blumenthal, *The practice of amakudari within the Japanese employment system*, in *Asian Survey*, 1985, 310 ss.

³⁹⁷ Cfr. T. Mizoguchi e N. Van Quyen, *Amakudari: the post-retirement employment of elite bureaucrats in Japan*, in *Public Economy Theory*, 2012, 813, "*most central governments, especially those entering the service with the highest qualifications, retire much earlier than the compulsory retirement age*".

³⁹⁸ Per una ricognizione storica della corruzione in Giappone, si v. R.H. Mitchell, *Political bribery in Japan*, s.l. (University of Hawaii), 1996.

³⁹⁹ Tale distinzione è riportata da K. Akio, *Public Service Ethics and Corruption in Japan*, in *Public Administration of East Asia*, a cura di E.M. Berman, M.J. Moon e H. Choi, New York, 2010, 251 ss.

Il cambiamento epocale è avvenuto all'esito degli scandali che hanno travolto il Giappone negli anni '90⁴⁰⁰, che hanno reso necessaria la promulgazione della *National Public Service Ethics Law*, legge 13 agosto 1999.

Le finalità della legge, precisate dall'articolo 1, riguardano la necessità di prevenire ogni comportamento che possa generare sospetti o sfiducia nell'operato delle amministrazioni pubbliche, per preservare un affidamento consapevole degli amministrati⁴⁰¹.

I principi etici che devono ispirare l'azione dei pubblici uffici sono la parità di trattamento da riservare agli amministrati, declinata nel divieto di operare trattamenti differenziali, e la necessità di operare una distinzione tra la vita privata e il *munus* pubblico dei funzionari⁴⁰².

Infine, in Giappone, l'individuazione dei soggetti controllanti si sposta dal settore pubblico a quello privatistico-aziendale, poiché assumono un ruolo centrale gli articolati sistemi di controllo aziendale che devono articolarsi intorno al prisma della prevenzione e del monitoraggio costante⁴⁰³.

Il modello giapponese appare difficilmente applicabile ad altri contesti nazionali, per ragioni di carattere storico, culturale ed economico. Tuttavia, viene da chiedersi se sia possibile mutuare - attraverso programmi di educazione appositamente rivolti ai pubblici funzionari - quella osservanza quasi devota che è nutrita verso ogni singola *res* comune, da ogni cittadino e amministratore giapponese.

SEZIONE TERZA. Prospettive d'indagine e ricerca di soluzioni comuni

⁴⁰⁰ K. Akio, *Public Service Ethics*, cit., 255 ss., “unlike the majority of laws in Japan, the bill was submitted to the Diet by the members of the Diet rather than the cabinet. The bill was introduced following several widely reported scandals involving some central government officials, and it is fair to state that passage of this bill signaled the public's growing concern about public officials ethics”.

⁴⁰¹ Articolo 1, legge 13 agosto 1999: “The general purpose is to prevent any behavior by public officials which may promote public suspicion or mistrust, by taking measures necessary to guarantee ethics concerning public officials duties, and consequently securing the trust of the public in the public service, taking into account the fact that the public officials are the servants of the entire community and their duties are entrusted by the general public”.

⁴⁰² Si v. S. Obidairo, *Transnational corruption and corporations. Regulating bribery through corporate liability*, London, 2016.

⁴⁰³ Sul tema, cfr. M. Mantovani e F. Cottone, *La reazione dell'impresa a fronte di “segnali d'allarme” e/o indagini della magistratura*, in *Corruzione nazionale e internazionale*, a cura di F. Bonelli e M. Mantovani, Milano, 2014, 7 ss., tema centrale è la cooperazione tra autorità e impresa nelle fasi preliminari, il c.d. *self-reporting*, ossia la volontaria messa a disposizione da parte dell'azienda di possibili condotte illecite e dell'esito delle verifiche preliminari condotte a riguardo dall'azienda.

8. Brevi riflessioni conclusive

La trattazione disgiunta della tematica tra Cina e Giappone, in ordine alle procedure di aggiudicazione e ai fattori della corruzione, non è di per sé ostativa alla ricerca di conclusioni e soluzioni comuni.

I rimedi prospettati in apertura di analisi oscillano costantemente tra la responsabilizzazione dei soggetti titolari, a vario titolo, di ruoli di rilievo nella filiera dell'aggiudicazione del servizio e la necessità di limitare oltremodo i contatti diretti tra la stazione appaltante e le imprese, attraverso l'utilizzo e la valorizzazione dell' *e-procurement*. Si tratta di una polarizzazione dei rimedi, apparentemente inconciliabili tra loro; tuttavia, la ricerca di una sintesi, di un punto di equilibrio potrebbe condurre a una soluzione efficiente, da poter adottare anche negli ordinamenti europei.

Il rilevato incremento degli spazi di autonomia per le pubbliche amministrazioni, dovuto a fattori eterogenei, ha svelato problematiche presenti da tempo, ma ritenute secondarie nei piani di riforma degli ordinamenti coinvolti in questo studio.

Questa iniziale indifferenza verso il tema della corruzione, in parte dovuto all'abitudine di sottovalutare il fenomeno, è dovuta anche al rilievo secondario del tema della concorrenza, considerato recessivo rispetto alle forti spinte protezioniste dell'economie dei due paesi.

Le soluzioni prospettate all'esito degli studi condotti dall' *Asia Development Bank*, fortemente impregnate sul coinvolgimento attivo degli amministrati, appaiono particolarmente articolate e valide, soprattutto per quel che riguarda i percorsi educativi dei funzionari pubblici, in una chiave puramente preventiva.

Ciò che appare non mutuabile dall'esperienza cinese e giapponese riguarda, rispettivamente, le misure adottate annualmente dal partito comunista in Cina e l'innato rifiuto culturale del concetto stesso di corruzione in Giappone.

Tuttavia, istituire veri e propri percorsi educativi, diretti agli studenti universitari, come accade in Giappone, potrebbe ritemprare lo spirito stesso dell'etica pubblica nazionale, valorizzando il detrimento collettivo che la corruzione provoca agli amministratori, alle imprese e agli amministrati.

INDICE BIBLIOGRAFICO

- Alexy R., *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 2001
- Algostino A., *Prevenire o reprimere? Un dibattito parlamentare di fine Ottocento*, in *Dir. pubbl.*, 2015, 509 ss
- Aoki M., *Toward a comparative institutional analysis*, Cambridge-Londra, 2001
- Johnston M., *The definitions debate: old conflicts in new gives*, in *The political economy of Corruption*, a cura di A.K. Jain, New York, 2001, 19
- Arnone M. e Borlini L., *Corruption. Economic analysis and international Law*, Cheltenham, 2014
- Ayala C.C., *Origen de la corrupción en Venezuela: desde Páez hasta Caldera: segunda parte de Génesis de la República*, Caracas, 2006
- Ballardore Pallieri P., *Diritto costituzionale*, Milano, 1970, 445
- Bandeira De Mello C.A., *Curso de direito administrativo*, São Paulo, 2003, 487
- Bandiera O. Prat A. e Valletti T., *Active and passive waste in government spending: Evidence from a policy experiment*, in *American Economic Review*, 2009
- Barbé Pérez H., *Los principios generales de derecho como fuente de derecho administrativo en el derecho positivo uruguayo*, in *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, a cura di
- Barmann B., *Lotta alla corruzione e completamento di opere pubbliche. Quale priorità?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016
- Bauman Z., *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, 254
- Becker G., *Crime and punishment: an economic approach*, in *Journal of political economy*, 1968, 169
- Belligni S., *Corruzione, malcostume amministrativo e strategie etiche. Il ruolo dei codici*, Torino, 1999
- Benito Gil V.J., *Documentos básicos de ética pública y lucha contra la corrupción*, Alicante, 2007
- Benvenuti L., *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986
- Betti E., *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milano, 1949

- Bixio A., *Le origini sociali della corruzione*, in *Sociologia*, 2015
- Blechinger V., *Corruption through political contributions in Japan*, s.l., 2000
- Bonetti T., *Semplificazione amministrativa e competitività del paese*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008
- Borgi M., *Droits de l'homme: fondement universal pour une loi anticorruption; le case de la Suisse*, in *La corruption. L'envers de droits de l'homme*, a cura di B.M. Borgi e P. Meyer-Bisch, Friburgo, 1995, 4
- Bottino G., *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004
- Bowman J.S., *Ethical frontiers in public management*, New York, 1991
- Bowman J.S., *Ethics in Government: A National Survey of Public Administrators*, in *Public administration review*, 1990
- Bowman J.S., *Ethics in Government: From a winter despair to a spring of hope*, in *Public administration review*, 1997
- Brioschi C.A., *Breve storia della corruzione*, Milano, 2010
- Broccoli G.L., *La codificazione del diritto amministrativo. Giustificazione teorica e delineazione concreta*, Napoli, 1933, 5
- Buggea J., *Le white list: strumento di prevenzione del fenomeno corruttivo e delle infiltrazioni del crimine organizzato nel settore degli appalti pubblici*, in *Nuove autonomie*, 2014
- Byrne E., *Political Corruption in Ireland 1922-2010: A Crooked Harp?*, Manchester, 2012
- Cajarville Peluffo J.P., *Sobre Derecho Administrativo*, Montevideo 2008
- Calabrò M., *Appalti pubblici e semplificazione della procedura di presentazione delle offerte*, in *Dir. econ.*, 224
- Calamandrei P., *Non c'è libertà senza legalità*, Roma, 2013
- Calogero M., *Los principios en los procedimientos de seleccion del contratista*, in *Revista de Derecho Administrativo (Argentina)*, 1999, 236
- Calvo R.A., *Crisis, pobreza y desigualdad en Venezuela y América Latina*, Buenos Aires, 2010
- Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914
- Cammeo F., *L'equità nel diritto amministrativo*, in *Annuario della Regia Università di Bologna*, 1924

- Canaparo P., *L'anticorruzione e la trasparenza: le questioni aperte e la delega sulla riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni*, in *www.federalismi.it*, 2016
- Cantone R., *Audizione nell'ambito dell'esame del ddl n. 1678/2014 (delega recepimento direttive appalti e concessioni)*, in *www.anticorruzione.it*, 2015
- Cantone R., *La tutela del whistleblower: l'art. 54-bis del dlgs 165 del 2001*, in *La legge anticorruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, 254
- Caravita di Toritto B., *Il fondamento costituzionale della concorrenza*, in *www.federalismi.it*, 2017
- Carloni E., *Regolazione del lobbying e politiche anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2017, 371 ss.
- Carloni E., *Ruolo e natura dei c.d. "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Dir. pubbl.*, 2002, 319
- Cassagne J.C., *El contrato administrativo*, Buenos Aires, 2005, 72
- Cassese S., *"Maladministration" e rimedi*, in *Foro it.*, V, 1992
- Cassese S., *I codici di condotta*, in *Documenti giustizia*, 1994
- Cassese S., *Il diritto comunitario della concorrenza prevale sul diritto amministrativo nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013
- Cassese S., *Ipotesi sulla storia della corruzione in Italia*, in *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, a cura di G. Melis, Napoli, 1999, 183
- Cassese S., *L'Italia: una società senza Stato?*, Bologna, 2011
- Cassese S., *Le basi del diritto amministrativo*, Milano, 2000, 444
- Cassese S., *Verso un nuovo diritto amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 12
- Cassinelli Muñoz H., *El principio de publicidad en la gestion administrativa*, in *Revista Derecho, Jurisprudencia y Administracion*, 2011, 162
- Castillo Blanco A., *El principio de seguridad jurídica: especial referencia a la certeza en la creación del Derecho*, in *Documentación Administrativa (España)*, 2002, 33
- Casu A., *Etica e diritto*, in *Rass. Parl.*, 2016
- Cavallo Perin R. e Racca G.M., *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010
- Cazzola F., *Della corruzione: fisiologia e patologia di un sistema politico*, Bologna, 1988

- Cerulli Irelli V., *Etica pubblica e disciplina delle funzioni amministrative*, in *La corruzione amministrativa. Cause, prevenzioni e rimedi*, a cura di F. Merloni e L. Vandelli, Firenze, 2010
- Cerulli Irelli V., *Note in tema di discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 463
- Cifarelli R., *Corruzione “amministrativa” e controlli: spunti di riflessione*, in *Amministrazione in cammino*, 2013
- Civitarese Matteucci S., *Funzione, potere amministrativo e discrezionalità in un ordinamento liberal-democratico*, in *Dir. pubbl.*, 2009, 769
- Civitarese Matteucci S., *Regime giuridico dell’attività amministrativa e diritto privato*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 445
- Clarich M. e Mattarella B.G., *Leggi più amichevoli: sei proposte per rilanciare la crescita*, in *Diritto e processo amministrativo*, 2011
- Clarich M., *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Dir. amm.*, 2016
- Clarich M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Milano, 2016
- Clarich M., *Contratti pubblici e concorrenza*, in *www.astrid-online.it*, 2015
- Clarich M., *La legge Merloni quater tra instabilità e flessibilità*, in *Corriere giuridico*, 2002
- Clarich M., *La tutela della concorrenza nei contratti pubblici*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016
- Clark J.M., *Toward a Concept of Workable competition*, in *The American economic review*, 1940
- Cociolo E.E., *Corruzione, etica amministrativa e “autoregolazione regolata” dei pubblici poteri*, in *Rivista della Scuola Superiore dell’economia e delle finanze*, 2005, 174
- Cognetti S., *Profili sostanziali della legalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti alla discrezionalità*, Milano, 1993
- Colombo G., *Mani sporche e colpi di spugna*, in *Mircomega*, 1996, 22
- Colosimo C., *L’oggetto del contratto, tra tutela della concorrenza e pubblico interesse*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011
- Comporti G.D., *Lo stato in gara: note sui profili evolutivi di un modello*, in *Dir. econ.*, 2007

- Cooper T.L., *The emergence of administrative ethics as a field of study in the United States*, in *Handbook of administrative ethics*, a cura di T.L. Cooper, New York, 2000
- Corso G., *Riflessioni su amministrazione e mercato*, in *Dir. amm.*, 2016, 4
- Cortese F., *Il coordinamento amministrativo. Dinamiche e interpretazioni*, Milano, 2012
- Coviello P.J., *La protección de la confianza del administrado*, Buenos Aires, 2004, 462
- Cox R.W., Buck S. e Morgan B., *Public Administration in Theory and Practice*, Londra-New York, 2015, 23
- Criscuolo F., *L'autodisciplina. Autonomia contrattuale e sistema delle fonti*, Napoli, 2000, 125
- Croce B., *Storia d'Italia dal 1871 al 1915*, Bari, 1959
- Cuculo F., *Corruzione pubblica, inflazione legislativa e strumenti di contrasto*, in *Sociologia*, 2015
- Cudia C., *Discrezionalità amministrativa e sistema di tutela*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016
- D'Alberti M., *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008
- D'Alberti M., *Lezioni di diritto amministrativo*, Torino, 2017
- D'Auria G., *La corruzione e le leggi*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'Alberti e R. Finocchi, Bologna, 1994
- De Cores C., *El equilibrio en los contratos con la administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013, 687
- De Grazia D., *La vigilanza e il controllo sull'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni*, in *Amministrazione pubblica dei contratti*, a cura di D. Sorace, Napoli, 2013
- De Nictolis R., *Il Codice dei contratti pubblici: la semplificazione che verrà*, in *www.federalismi.it*, 2016
- De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 504
- De Nictolis R., *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb e app.*, 2016, 504
- Della Porta D. e Vannucci A., *Corruzione politica e amministrazione pubblica. Risorse, meccanismi, attori*, Bologna, 1994
- Della Porta D. e Vannucci A., *Mani impune. Vecchia e nuova corruzione in Italia*, Roma-Bari, 2007

- Della Porta D., *I circoli viziosi tra corruzione, clientelismo e cattiva amministrazione*, in *Italia illegale*, Torino, 1996, 106 ss.
- Della Porta D., *Lo scambio occulto*, Bologna, 1992
- Delpiazzi C., *A proposito del tercer TOCAF*, Montevideo, 2012
- Delpiazzi C., *Contratación Administrativa*, Montevideo, 1999
- Delpiazzi C., *Marco regulatorio de la ética pública y del control de la corrupción en Uruguay*, in *Ética pública y patologías corruptivas*, a cura di C. Delpiazzi e R.G. Leal, Montevideo, 2014
- Delpiazzi C., *Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública*, in *Nuevos aspectos de las relaciones administrativas*, a cura di C. Delpiazzi, Montevideo, 2011
- Di Cristina F., *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2013, 178
- Di Cristina F., *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014
- Di Donato L., *L'analisi di impatto della corruzione (AIC): un nuovo strumento per i regolatori?*, in *www.federalismi.it*, 2015
- Di Lascio F. e Neri B., *I poteri di vigilanza dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015
- Di Mascio F., *Una relazione della Commissione europea sulle politiche anti - corruzione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 548 ss.
- Di Mucci A. e Provvidenza Petralia D., *Il principio di trasparenza tra ipertrofia regolamentare e debolezze del controllo sociale: il caso degli obblighi pubblicitari nel settore dei contratti pubblici*, in *www.federalismi.it*, 2016
- Dromi R., *La licitación pública*, Buenos Aires, 1999, 46
- Dubouis L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Parigi, 1962
- Dugato M., *Organizzazione delle amministrazioni aggiudicatrici e contrasto alla corruzione nel settore degli appalti pubblici*, in *Munus*, 2015, 667
- Durán Martínez A., *¿Prerrogativas exorbitantes?*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013
- Durán Martínez A., *Corrupción y derechos humanos: aspectos de derecho administrativo (Convención Interamericana contra la Corrupción)*, in *Estudios en memoria de Eduardo Jiménez de Aréchaga*, Montevideo, 2000, 139

- Duràn Martínez A., *Corrupción. Mecanismos sociales y jurídicos para su control*, in *La Justicia Uruguaya*, 2014
- Durán Martínez A., *El Contrato Administrativo en Uruguay*, in *Estudios jurídicos*, 2014, 121
- Durán Martínez A., *La buena administración*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2010, 189
- Durán Martínez A., *Principios de la contratación administrativa*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2013
- Duret P., *Sussidiarietà e autoamministrazione dei privati*, Padova, 2004
- E. Brodschi, *La corrupción en Argentina: un diagnóstico de la actual situación*
- Eaton D.B., *Civil service in Great Britain: a history of abuses and reforms and their bearing upon American politics*, New York, 1880
- Etzioni-Halevy E., *Exchanging material benefits for political support: a comparative analysis*, in *Political corruption*, a cura di J. Heidenheimer, New Brunswick, 1997
- F. Fracchia, *Finanza di progetto: profili di diritto amministrativo*, in *Project financing e opere pubbliche*, a cura di F. Fracchia e G.F. Ferrari, Milano, 2004
- F. Martins De Oliveira, *Direito administrativo brasil-argentina*, Belo Horizonte, 2007
- F. Nieto, *Desmitificando la corrupción en América Latina*, in *Nueva Sociedad* (Venezuela), 2004
- Facal J., *El secreto bancario en el Uruguay: su evolución, porque el CGP en su nueva versión no podría derogarlo*, in *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 2013
- Ferdinandi M., *Una etica gestione delle risorse umane nei Paesi in via di sviluppo*, s.l., 2006, 127
- Fernández Reyes J.E., *Uruguay y el MERCOSUR*, in *Revista de derecho*, 2014
- Ferraris V., *La vulnerabilità degli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2017
- Fidone G., *L'integrazione degli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Cambiamento climatico e sviluppo sostenibile*, a cura di G.F. Cartei, Torino, 2013
- Fidone G., *La corruzione e la discrezionalità amministrativa: il caso dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015

- Fidone G., *Le concessioni come contratti complessi: tra esigenze di flessibilità e moltiplicazione dei modelli*, in *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, a cura di M. Cafagno, A. Botto, G. Fidone, G. Bottino, Milano, 2013
- Fidone G., *Lotta alla corruzione e perseguimento dell'efficienza*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2016, 753
- Finocchi R., *I codici di condotta*, in *Corruzione e sistema istituzionale*, a cura di M. D'Alberti e R. Finocchi, Bologna, 1994
- Fiocca M. e Montedoro G., *Il costo dell'impazienza: un'analisi giureconomica della legislazione sulle grandi opere*, in *Urb e app.*, 2004
- Fiorentino L., *Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016
- Fiorino N. e Galli E., *La corruzione in Italia. Un'analisi economica*, Bologna, 2013
- Flick G.M., *Governance e prevenzione della corruzione: dal pubblico al privato o viceversa?*, in *www.rivistaaic.it*, 2015
- Flores Dapkevicius R., *Derecho penal administrativo: el procedimiento disciplinario*, Montevideo, 2016
- Flores Dapkevicius R., *El nuevo procedimiento disciplinario: según el decreto 222/014*, in *Revista CADE: doctrina y jurisprudencia*, 2015
- Foà S., *Le novità della legge anticorruzione*, in *Urb e app.*, 2013
- Foglio A., *Manuale dell'export manager. Politiche e tecniche di penetrazione dei mercati esteri*, Roma, 2015
- Forti G., *Il diritto penale e il problema della corruzione dieci anni dopo*, in *Il prezzo della tangente. La corruzione come sistema a dieci anni da "mani pulite"*, a cura di G. Forti, Milano 2003, 85
- Forti U., *Diritto amministrativo*, Napoli, 1931, 85
- French P.A., *Ethics in Government*, Canada, 1983
- Frugone Schiavone H., *Principios del procedimiento administrativo*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2015
- G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in *www.federalismi.it*, 2017
- Gardini G., *Il codice della trasparenza: un primo passo verso il diritto all'informazione amministrativo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 875

- Gargano G., *La "cultura del whistleblower" quale strumento di emersione dei profili decisionari della pubblica amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2016
- Garri F., *Il mercato dei contratti pubblici: il ruolo dell'Autorità di vigilanza di settore e dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008
- Garzón Valdés E., *Acerca de la tesis de la separación entre Moral y Política*, in *Derecho, ética y política*, 1993
- Giampaolino L. e Ponzone L., *L'autorità di vigilanza sui contratti pubblici*, in *Trattato sui contratti pubblici*, a cura di M.A. Sandulli, R. De Nictolis e R. Garofoli, Milano, 2008
- Giannini M.S., *L'equità*, in *Archivio giuridico Serafini*, 1931, 39
- Giordano V.P., *Apertura e inserción internacional en la estrategia de desarrollo de Uruguay*, Buenos Aires, 2006
- Golden M. e Picci L., *Corruption and the management of public works in Italy*, in *International Handbook of economic corruption*, a cura di S. Rose-Ackerman, 2006
- González J., *Corrupción y justicia democrática*, Madrid, 2000, 97
- Gordillo A., *Tratado de derecho administrativo*, Buenos Aires, 1998
- Grossi P., *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico (1860-1950)*, Milano, 2000, 140
- Guastapane E., *Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, in *Etica pubblica e amministrazione. Per una storia della corruzione nell'Italia contemporanea*, a cura di G. Melis, Napoli, 1999, 20
- Gutiérrez A.A., *Sobre el acceso y el control de las actuaciones en el procedimiento administrativo disciplinario*, in *Estudios de derecho administrativo*, 2012
- Hauriou M., *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, 1921
- Heidenheimer A., *Perspectives on the perception of corruption*, in *Before Watergate: problems of corruption in American society*, a cura di R. Eisenstadt, New York, 1978
- Hinna L. e Marcantoni M., *Corruzione. La tassa più iniqua*, Roma, 2013
- Hirschman A.O., *Felicità pubblica e felicità privata*, Bologna, 1983
- Hutchinson T., *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del Estado*, in *Contractación Administrativa*, Montevideo, 1998, 948
- Iudica G., *Il conflitto di interessi nel diritto amministrativo*, Torino, 2016, 165
- J. Tulard e G. Thullier, *Administration et corruption*, in *Revue Administrative*, 1993

- Johnston M., *Political corruption in America*, Belmont, 1982
- Kelsen H., *Il problema della giustizia*, Torino, 1998
- Kernaghan K., *La promozione dell'etica del servizio del servizio pubblico. La via dei codici*, in *Il nuovo governo locale*, 1955, 29
- Klitgaard R., *Controlling corruption*, Boston, 1988
- Klitgaard R., *Controlling corruption*, Boston, 1991
- Koenig G., *Les discretès de la corruption*, Parigi, 2009
- Langón Cuñarro M., *Lucha contra la corrupción en la administración pública en los países del MERCOSUR*, Montevideo, 2002
- Lazzara P., *Principio di semplificazione e situazioni giuridiche soggettive*, in *Dir. amm.*, 2012
- Leiza Zunino P., *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, 157
- Leiza Zunino P., *Contratos de la Administración Pública*, Montevideo, 2012, 212
- Lengweiler Y. e Wolfstetter E., *Corruption in procurement auctions*, in *Handbook of procurement*, a cura di N. Dimitri, G. Piga e G. Spagnolo, Cambridge, 2006
- Lewis C.W., *Ethics codes and ethics agencies: current practises and emerging trends*, in *Ethics and public administration*, a cura di H.G. Frederickson, New York, 1993
- M. Legrain, *La crisis argentina de diciembre 2001. Debilidad institucional y falta de legitimidad del Estado*, Madrid, 2004
- Macchia M., *Gli obblighi di trasparenza delle società pubbliche: prevale il sostantivo o l'aggettivo?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014
- Magri E., *I ladri di Roma: 1893 lo scandalo della Banca romana*, Milano, 1993
- Malem Seña J.F., *El fenómeno de la corrupción*, in *La corrupción política*, a cura di F. Laporta e S. Alvarez, Madrid, 1997
- Manfredi G., *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb e app.*, 2015
- Manganaro F., *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *www.giustamm.it*, 2014
- Manganaro F., Romano Tassone A. e Saitta F., *Diritto amministrativo e criminalità*, Milano, 2013
- Marcias A., *La tutela del whistleblowing tra prospettive di riforma e funzioni dell'autorità nazionale anticorruzione*, in *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, a cura di I. Nicotra, Torino, 2016

- Marinoni M., *L'equità e la sua funzione nei giudizi*, in *Filangieri*, Milano, 1914, 481
- Martínez López-Muñiz J.L., *Naturaleza de los contratos públicos a la luz del derecho español: su fundamento y sus consecuencias*, Madrid, 1998
- Martins D.H., *Estatuto del Funcionario*, Montevideo, 1965, 176
- Martins D.H., *Los principios generales de derecho en el derecho uruguayo y comparado*, Montevideo, 2001, 22
- Mattarella B.G., *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, 16
- Mattarella B.G., *I codici di comportamento*, in *Riv. giur. lav.*, 1996, 275
- Mattarella B.G., *La debolezza della tecnica legislativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006
- Mattarella B.G., *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013
- Mattarella B.G., *Legge anticorruzione: un'attuazione a regola d'arte per un impianto normativo ancora da perfezionare*, in Guida al Diritto de 'Il Sole 24 ore', 2013
- Mattarella B.G., *Si moltiplicano i codici di condotta su base volontaria o previsti per legge*, in *Guida al diritto. Il Sole 24 Ore*, 1995
- Mattarella B.G., *The Italian efforts on anti-corruption*, in *Integrity and efficiency in sustainable public contracts: balancing corruption concerns in public procurement internationally*, a cura di G.M. Racca e C.R. Yukins, 2014
- Mazza C., *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2017
- Melis G., *La lunga storia della corruzione italiana*, in *Nuova Etica Pubblica*, 2017
- Mellado N.B., *Latinoamérica :inserción global e integración regional*, Córdoba (Argentina), 2016
- Méndez A., *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, Montevideo, 1952, 116
- Mény Y., *La corruption de la République*, Parigi, 1992
- Merusi F., *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003
- Merusi F., *L'equità nel diritto amministrativo secondo Cammeo: alla ricerca dei fondamenti primi della legalità sostanziale*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1993, 413
- Merusi F., *Sull'equità della pubblica amministrazione e del giudice amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974

- Michiara P., *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore. Considerazioni sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria*, Roma, 2005
- Miele G., *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1960, 255
- Napolitano G. e Abrescia M., *Analisi economica del diritto pubblico. Teorie, applicazioni e limiti*, Bologna, 2009
- Napolitano G., *Il codice francese e le nuove frontiere della disciplina del procedimento in Europa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016
- Napolitano G., *Il diritto della concorrenza svela le ambiguità della regolamentazione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 2013
- Napolitano G., *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 28 ss
- Narducci E., *Processi politici nella Roma antica*, Bari, 1988, 88
- Nico A.M., *La corruzione nella prospettiva dei doveri costituzionali degli affidatari di funzioni pubbliche*, in www.costituzionalismo.it, 2016
- Noonan J.T., *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milano, 1987
- O.D. Bautista, *El problema de la corrupcion en america latina y la incorporacion de la etica para su solucion*, in *Espacios Publicos (México)*, 2012
- Orlando V.E., *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, in *Diritto Pubblico generale. Scritti vari (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1940
- Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005
- Orsi Battaglini A., *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988
- Pajno A., *Il principio di trasparenza alla luce delle norme anticorruzione*, in *Giust. Civ.*, 2015
- Palma G., *I contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture dalla tradizionale cultura contabilistica (finanziaria) all'attuale disciplina del Codice sugli appalti alla luce della normazione costituzionale sull'attività economica (art. 41 Cost.) e la corrispondente competenza funzionale della Autorità Nazionale Anticorruzione*, in www.federalismi.it, 2017
- Pasini N., *Etica e pubblica amministrazione: analisi critica di alcune esperienze straniere*, Roma, 1996, 31
- Pasut C., *La discrezionalità nella scelta dei criteri di aggiudicazione per gli appalti pubblici (gli orientamenti del giudice amministrativo e della Corte di Giustizia)*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2005

- Patroni Griffi F., *Battere la corruzione. Una sfida impossibile?*, in *www.federalismi.it*, 2015
- Pellegrino G., *Etica pubblica*, Roma, 2015, 52
- Pérez Hualde A., *Exorbitancia de las prerrogativas de la administración en los contratos*, in *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (Mexico)*, 2011, 179
- Pérez J.G., *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Madrid, 1999
- Pérez J.G., *La ética en la administración pública*, Madrid, 1996, 33
- Perfetti L.R., *Diritto a una buona amministrazione ed equità*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, 789
- Perfetti L.R., *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013
- Petrillo F., *L'equità nell'ermeneutica giuridica di E. Betti*, in *Riv. int. Filosofia dir.*, 1991, 349
- Piera A.P., *El control de la corrupción en el MERCOSUR*, Montevideo, 2012, 48
- Pinto F., *I ladri amano il buio*, in *www.lexitalia.it*, 2016
- Piperata G., *Contrattazione pubblica e lotta alla corruzione. Uno sguardo alle recenti riforme amministrative italiane*, in *www.federalismi.it*, 2015
- Piras P., *Il buon andamento nella pubblica amministrazione tra etica pubblica e corruzione: la novella del nemico immortale*, in *Dir. econ.*, 2015
- Police A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997
- Police A., *La tutela giurisdizionale*, in *I contratti con la pubblica amministrazione*, a cura di C. Franchini, Torino, 2007
- Police A., *New instruments of control over public corruption: the italian reform to restore transparency and accountability*, in *Dir. econ.*, 2015
- Police A., *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007
- Pope J., *Confronting corruption: The elements of a national Integrity System*, s.l., 2000
- Portaluri P., *La discrezionalità strumentale della stazione appaltante e il modello organizzativo ex d.lgs. 231/01*, in *Riv. giur. ed.*, 2012, 91
- Quilici N., *Banca Romana*, Milano, 1935

- Racca G.M. e Cavallo Perin R., *Corruption as a violation of fundamental rights: reputation risk as a deterrent against the lack of loyalty*, in *Ius Publicum*, 2014.
- Racca G.M. e Cavallo Perin R., *Material amendments of public contracts during their terms: from violations of competitions to symptoms of corruption*, in *European Procurement & Public Private Law Review*, 2013
- Racca G.M. e Ponzio S., *La nuova disciplina sui contratti pubblici e il contrasto alla corruzione*, in *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*, a cura di L. Scomparin, Torino, 2007, 112
- Racca G.M., Cavallo Perin R. e Albano G.L., *Competition in the execution phase of public procurement*, in *Public contract law journal*, 2011
- Racca G.M., *Dall’Autorità sui contratti pubblici all’Autorità Nazionale Anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015
- Ragazzi G., *Corruzione politica e corruzione amministrativa*, in *Econ. pubbl.*, 1994, 171
- Ramajoli M., *A proposito della codificazione e modernizzazione del diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016
- Ramajoli M., *L’esigenza sistematica nel diritto amministrativo attuale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010
- Rawls J., *A theory of justice*, Cambridge, 1971
- Resta R., *Equità e discrezionalità nella pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di M. De Francesco*, Milano, 1957
- Risso Ferrand M., *Los principios generales de la contractación administrativa en Uruguay*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Juan Pablo Cajarville Peluffo*, a cura di M.C. Vázquez Pedrouzo, Montevideo, 2011
- Rodríguez-Arana Muñoz J., *Ética, Poder Y Estado*, Buenos Aires, 2004
- Rohr J., *To run a Constitution: the legitimacy of the administrative State*, Lawrence, 1986
- Rohr J.A., *Questioni etiche nella pubblica amministrazione francese: uno studio comparato (trad. it.)*, s.l., 1996
- Rose-Ackerman S., *Corruption and Government. Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999
- Rotondo Tornaría F., *Manual de derecho adiministrativo*, Montevideo, 2009, 385

- Ruocco G., *Proyecciones del concepto de "buena administración"*, in *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo. En homenaje al profesor Enrique Sayagués Laso en el centenario de su nacimiento*, a cura di C. Delpiazzo, Montevideo, 2012
- Sacconi L., *Dall'etica degli affari all'etica pubblica. Oltre il diritto penale*, in *Etica degli affari e delle professioni*, 1995
- Saitta F., *Appalti e contratti pubblici: commentario sistematico*, Padova, 2016
- Sandulli M.A., *Un mini passo in avanti verso l'effettività della tutela in tema di contratti pubblici? Prmissime considerazioni sull'art. 19 d.lgs. n. 56/2017*, in *www.federalismi.it*, 2017
- Satta F., *Appalti pubblici e infrastrutture: per una maggiore efficacia della giurisdizione amministrativa*, in *Foro amm.*, 2014
- Savino M., *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016
- Savona E.U. e Mezzanotte L., *La corruzione in Europa*, Roma, 1998
- Sayagués A., *El nuevo régimen de compras*, Montevideo, 1991
- Sayagués Laso E., *La licitación pública*, Montevideo, 1978, 42
- Schopenhauer A., *Sul fondamento della morale*, Torino, 1961, 353
- Scomparin L., *Corruzione e infiltrazione criminale negli appalti pubblici*, Torino, 2017
- Sen A., *Resources, values and development*, Oxford, 1984
- Signorelli A., *L'incertezza del diritto. Clientelismo politico e innovazione nel Mezzogiorno degli anni '80*, in *Problemi del socialismo*, 1988, 258 ss.
- Sirianni G., *Etica pubblica e prevenzione della corruzione: il problema del personale politico*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 934
- Spagnuolo Vigorita R., *Contratti pubblici e fenomeni anticoncorrenziali: il nuovo codice e le linee guida ANAC. Quale tutela?*, in *www.federalismi.it*, 2017
- Spinetti G.S., *La riforma dello Stato: dalla contestazione globale del sistema alla contrapposizione di un nuovo sistema*, Roma, 1969
- Spinetti G.S., *Parlamento e burocrazia. Pubblica amministrazione sotto inchiesta. Parte prima: 1860-1945*, Roma, 1964
- Stacca S., *La giuridificazione dell'etica delle formazioni sociali. Riflessioni sulla cd. autodisciplina: in particolare il momento normativo e il momento sanzionatorio*, in *Dir. amm.*, 2015, 507

- Stansbury N., *Exposing the foundations of corruption in construction*, in *Trasparenza Internazionale. Global corruption report*, 2015, 36
- Stark A., *Public sector conflict of interest at the federal level in Canada and the U.S.: differences in understanding and approach*, in *Public administration review*, 1992
- Stockaus H., *Regulierte Selbstregulierung im europäischen*, Heidelberg, 2015
- Thompson D.F., *Paradoxes of government ethics*, in *Public administration review*, 1992, 254 ss.
- Thompson D.F., *The possibility of administrative ethics*, in *Public administration review*, 1985, 555
- Torchia L., *La nuova direttiva europea in materia di appalti, servizi e forniture nei settori ordinari*, in *Dir. amm.*, 2015, 315
- Trimarchi Banfi F., *Il principio di concorrenza: proprietà e fondamento*, in *Dir. amm.*, 2013, 26
- Tropea G., *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. amm.*, 2016
- Vannucci A., *Atlante della corruzione*, Torino, 2012
- Vannucci A., *Il lato oscuro della discrezionalità. Appalti, rendite e corruzione*, in *Le gare pubbliche: il futuro di un modello*, a cura di G.D. Comporti, Napoli, 2011, 291
- Vannucci A., *Invisibili contropartite. Corruzione e collusione nel sistema degli appalti*, in *Appalti e responsabilità*, a cura di M.A. Cabidda, Milano, 2005, 75 ss.
- Vazquez Matilla F.J., *The modification of public contracts: an obstacle to transparency and efficiency*, in *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts: Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G.M. Racca e C.R. Yukins, 2014
- Viciconte G., *La protezione multilivello della concorrenza nel settore degli appalti pubblici*, in *Responsabilità e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, a cura di G.F. Cartei, Napoli, 2008
- Villamena S., *Il c.d. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it, 2016
- Villoria Mendieta M., *Ética pública y corrupción: curso de ética administrativa*, Madrid, 2000
- Vinti S., *I procedimenti amministrativi di valutazione comparativa concorrenziale: la diversificazione delle regole e la tutela dei principi*, Padova, 2002

- Vitale E., *La riforma degli istituti di emissione e gli scandali bancari in Italia*, Roma, 1972
- Vitta G., *Diritto amministrativo*, Torino, 1933, 95
- Vivarelli M.G., *Il fenomeno della corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. app.*, 2009, 351 ss
- Waquet J.C., *La corruzione. Morale e potere a Firenze nel XVII e XVIII secolo*, Milano, 1986.
- Weber M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, Barcelona, 1994, 55
- Werksman S. e Mamfroni C., *La transparencia y la Convención Interamericana contra la Corrupción*, in *Revista de Derecho Administrativo (Argentina)*, 1996, 346
- Williams B., *L'etica e i limiti della filosofia*, Roma-Bari, 1987
- Williams J., *Explaining corruption*, Cheltenham, 2000
- Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Milano, 1958, 303