



23 GENNAIO 2019

Note sui protocolli di legalità, per la
promozione di condotte etiche nei
pubblici appalti

di Giovanna Maria Flavia Nitti

Dottoranda di ricerca in Diritto commerciale
Università degli studi di Bari "Aldo Moro"

Note sui protocolli di legalità, per la promozione di condotte etiche nei pubblici appalti*

di Giovanna Maria Flavia Nitti

Dottoranda di ricerca in Diritto commerciale
Università degli studi di Bari “Aldo Moro”

Sommario: 1. Protocolli di legalità e rating di legalità nel prisma della CSR. 2. Sviluppo e diffusione dei protocolli di legalità negli appalti pubblici. 3. Protocolli di legalità alla luce della giurisprudenza comunitaria. 4. Problemi interpretativi e di coordinamento. 5. Conclusioni.

1. Protocolli di legalità e rating di legalità nel prisma della CSR

Il dibattito sulla responsabilità sociale di impresa segna una strada non priva di ambiguità e incertezze¹. Al tempo stesso, tuttavia, individua un fenomeno che non mostra segni di arresto e, anzi, sembra destinato a giocare un ruolo centrale nel futuro dell'impresa.

Invero, nonostante si siano attraversati periodi relativamente poveri di consensi in dottrina (peraltro in contrapposizione con la consistente adozione di codici etici da parte delle imprese²), in parte dovuti

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹Per un'accurata analisi delle problematiche *de quibus*, si v. C. ANGELICI, *Divagazioni sulla “responsabilità sociale” d'impresa*, in *Rivista delle Società*, n.1/2018; *Id.*, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici ed autodisciplina*, in *Giur. Comm.*, n.2/2011, nonché F. DENOZZA, *Le aporie della concezione volontaristica della CSR*, in V. DI CATALDO - P.M. SANFILIPPO, (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, pp. 49 ss.

²Pur annoverandosi tra le fonti di autoregolazione delle condotte aziendali – che ben poco hanno in comune con le dichiarazioni generali di impegno etico [cfr. S. ROSSI, *Luci e ombre dei codici etici d'impresa*, in V. DI CATALDO – P. M. SANFILIPPO (a cura di), *Le fonti private del diritto commerciale, Atti del convegno di studi (Catania, 21 e 22 settembre 2007)*, Milano, 2008, pp. 27 ss.] – i codici etici d'impresa sono spesso guardati con sospetto (v., *ex plurimis*, R. MCCUSKER, *Codes of Ethics as Corporate Camouflage: An Expression of Desire, Intent or Deceit?*, in *Journal of Financial Crime*, vol. 7, n.2/1999).

Nella valutazione non tanto dei valori in essi espressi, quanto della loro possibile attuazione, ci si domanda quale sia la reale portata di questi strumenti di CSR, cfr. M. CAPUTO, *La mano visibile. Codici etici e cultura d'impresa nell'imputazione della responsabilità agli enti*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n.1/2013.

Su diffusione e uso di codici etici d'impresa, si v. L. SACCONI, *Etica degli affari*, Milano, 1991, pp. 340 ss. Per un'interessante illustrazione dell'uso creativo del diritto allo scopo di far valere la violazione dei codici etici d'impresa – non chiedendone direttamente l'adempimento, ma allegando la loro violazione come presupposto per l'applicazione di norme dell'ordinamento, si v. D. MCBARNET, *Corporate Social Responsibility Beyond Law, Through Law, for Law*, 2009, U. of Edinburgh School of Law, Working Paper No. 2009/03, <https://ssrn.com/abstract=1369305>.

È stato, inoltre, osservato come l'elemento della volontarietà non implichi irrilevanza sul piano giuridico, in quanto i codici etici potrebbero, in taluni casi, ingenerare il legittimo affidamento di alcuni *stakeholders* al loro rispetto, giustificandone una pretesa risarcitoria, cfr. F. MARRELLA, *I principi guida dell'ONU per le imprese e i diritti umani e la CSR: responsibility, accountability o self service giuridico?*, in M. CASTELLANETA - F. VESSIA (a cura di), *La Responsabilità Sociale d'Impresa tra diritto internazionale e diritto societario (Bari, 20 aprile 2018)*, in press.

all'affermazione dello *shareholder value* come unico interesse che gli amministratori fossero tenuti a salvaguardare³, la prospettiva della responsabilità sociale d'impresa è tornata ad imporsi a partire dagli ultimi 10-15 anni, probabilmente sotto le influenze del mutato contesto socio-economico.

Ciò traspare chiaramente anche dall'introduzione, sul piano nazionale ed europeo, di misure volte ad incentivarne la diffusione⁴; la promozione di criteri di gestione socialmente responsabili risulta, infatti, senz'altro più efficace se supportata da interventi normativi incentivanti⁵.

³ Emblema di questa visione di sostanziale rifiuto della CSR è l'articolo di Milton Friedman, *The social responsibility of business is to increase its profits*, *New York Times*, 13 settembre 1970. Come noto, la negazione della CSR in Friedman deriva dalla convinzione che l'unica responsabilità dei manager sussista nei confronti dei propri *employers*, gli *shareholders*, e che quindi consista nella massimizzazione dei profitti. Ciò deve avvenire nel solo rispetto della legge (in realtà, vengono richiamati anche *ethical custom* della società civile che, pertanto, F. non identifica come sovrapponibili alla CSR, ma probabilmente si intende far riferimento all'etica degli affari) in quanto solo lo Stato, tramite la legge, potrebbe provvedere a limitare le *esternalità negative* conseguenti all'attività d'impresa. In un'interpretazione lievemente ironica al cospetto dell'ideologia liberista dell'Autore, l'unico "braccio" dietro la "mano invisibile" sembrerebbe poter essere lo Stato (anche se lo si invita ad intervenire il meno possibile). Al contrario la CSR si colloca proprio (nell'accezione volontaristica con cui viene prevalentemente identificata) tra *fallimento del mercato* e *fallimento dello Stato* (fisiologico, tanto più in una prospettiva transnazionale), lasciando alle imprese il compito dell'autoregolazione (prospettiva a mio parere non inconciliabile con l'ottica liberista).

⁴ Si veda, da ultimo, il d.lgs. del 30 dicembre 2016, n. 254 di Attuazione della direttiva 2014/95/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 ottobre 2014, recante modifica alla direttiva 2013/34/UE per quanto riguarda la comunicazione di informazioni di carattere non finanziario e di informazioni sulla diversità da parte di talune imprese e di taluni gruppi di grandi dimensioni.

⁵ Sul punto cfr. M. LIBERTINI, *Economia sociale di mercato e responsabilità sociale dell'impresa*, in V. DI CATALDO - P.M. SANFILIPPO, (a cura di), *La responsabilità sociale dell'impresa. In ricordo di Giuseppe Auletta*, Torino, 2013, pp. 33, 35, 47.

Si pensi, ad esempio, per quanto concerne l'ordinamento italiano, al *rating* di legalità per le imprese⁶, dalla cui attribuzione derivano vantaggi in sede di concessione di finanziamenti pubblici⁷, nonché agevolazioni per l'accesso al credito bancario (riduzione di tempi e costi di accesso al credito e valutazione preferenziale nell'ambito della verifica del merito creditizio).

Inoltre, con l'entrata in vigore del nuovo Codice Appalti Pubblici, è stato previsto che l'attribuzione del *rating* possa dar luogo all'assegnazione di un punteggio preferenziale in sede di valutazione delle offerte ai sensi dell'art. 95, comma 13, d.lgs. 50/2016.

Per quanto concerne, poi, i contratti di servizi e forniture, l'importo della garanzia e del suo eventuale rinnovo è ridotto del 30% per i possessori di *rating*.

Il *rating* di legalità è anche uno dei principali requisiti ai fini dell'attribuzione del *rating* di impresa⁸ (per il quale è competente l'ANAC).

Tuttavia, con riferimento all'effettiva operatività del *rating* di legalità nel settore degli appalti pubblici, è stato osservato come una valutazione premiale dell'offerta in considerazione del *rating* di legalità possa destare dubbi di compatibilità con i principi comunitari in materia di appalti.

Ciò in primo luogo perché, se è vero che il diritto comunitario ammette la previsione di gare riservate a portatori di determinate istanze sociali, la valorizzazione di elementi di rilevanza sociale nel contesto di

⁶ Il *rating* di legalità per le imprese, introdotto dall'articolo 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012, n.1 (*Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività*), convertito, con modificazioni, dalla l. 24 marzo 2012, n. 27, è un indicatore sintetico che aggrega varie informazioni concernenti l'eticità dei comportamenti delle imprese. Si tratta di uno strumento finalizzato a promuovere comportamenti virtuosi mediante tecniche incentivanti.

Possono richiedere il *rating* (che ha durata di due anni dal rilascio ed è rinnovabile su richiesta) all'AGCM le imprese operative in Italia iscritte al registro delle imprese da almeno due anni che abbiano raggiunto un fatturato minimo di due milioni di euro nell'esercizio chiuso l'anno precedente alla richiesta. L'Autorità provvede ad un continuo adeguamento del regolamento attuativo in materia di cui l'ultima versione è entrata in vigore il 29 maggio 2018. Tra le novità principali ivi inserite figurano la semplificazione del procedimento di rilascio del *rating* e l'accesso diretto dell'Autorità alla Banca Dati Nazionale Antimafia per lo svolgimento delle verifiche antimafia necessarie al rilascio del *rating* [cfr. AGCM, *Rating di legalità: nel 2018 aumentano del 40% le richieste, più 85% le domande per il rinnovo* (Comunicato stampa), in <http://www.agcm.it/media/comunicati-stampa>, Roma, 2 agosto 2018 e AGCM, *Relazione annuale sull'attività svolta nel 2017*, in <http://www.agcm.it/pubblicazioni/relazioni-annuali>, Roma, 2018, pp. 267-272].

Per una trattazione esauriente dell'istituto si v. G. GIANNELLI, *Investimento reputazionale e rating di legalità delle imprese*, in M. CASTELLANETA - F. VESSIA (a cura di), *La Responsabilità Sociale d'Impresa tra diritto internazionale e diritto societario* (Bari, 20 aprile 2018), in press; G. GIUSTINIANI GIOVANNI – C.D. GORLA, *Sul rating di legalità: vantaggi, requisiti, procedura e operatività*, in *Appalti e Contratti*, n.4/2017; G. MASSAROTTO, *Il rating di legalità delle imprese (novembre 2012 - maggio 2015)*, in *Concorrenza e Mercato*, pt.2/2015; *Ead.*, *Il rating di legalità delle imprese (2015)*, in *Concorrenza e Mercato*, pt.2/2016.

⁷ In particolare: l'esonero dalla dichiarazione dei requisiti già dichiarati in sede di attribuzione di *rating* ai sensi del regolamento Agcm n. 24075 del 14 novembre 2012 (e successive modifiche); la preferenza in graduatoria; l'attribuzione di un punteggio aggiuntivo o la riserva di quota delle riserve finanziarie allocate.

⁸ Ai sensi dell'art. 83, comma 10, del decreto di cui *supra* – che l'ha introdotto –, però, quest'ultimo *rating* rileva esclusivamente per la qualificazione delle imprese e non ai fini della valutazione dell'offerta.

gare non riservate non è sembrato in linea col principio generale di distinzione tra requisiti soggettivi (rilevanti ai fini della partecipazione) e requisiti oggettivi (rilevanti ai fini della valutazione dell'offerta).

In secondo luogo per potenziale contrasto con i principi di parità di trattamento e non discriminazione. Infatti, l'incipit della norma, richiamando espressamente il limite di compatibilità col diritto europeo, sembra frenare la concreta applicazione della disposizione⁹.

La norma è, però, in fase di assestamento. Tanto vero che già le Linee guida ANAC del 21 giugno 2016 provvedevano ad introdurre da un lato compensazioni per evitare di penalizzare imprese estere o di nuova costituzione, dall'altro tendevano a limitare il punteggio da assegnare con tali modalità.

Tali "precauzioni" non sono state però ritenute sufficienti dal Consiglio di Stato che, con parere del 2 agosto 2016, n. 1767, ne evidenziava le carenze applicative che sembrano essere state in parte colmate con le successive Linee guida del 21 settembre 2016, con la specificazione del rilievo massimo da attribuire a criteri di natura soggettiva nella valutazione dell'offerta.

Ciò nondimeno, non si vuole negare che anche in quest'ambito l'istituto in esame rivesta una qualche rilevanza. Ciò sia in considerazione del riconoscimento di incentivi in termini di riduzione delle garanzie, sia con riferimento al *rating* d'impresa¹⁰.

Sta di fatto che il *rating* di legalità continua ad attrarre un numero sempre maggiore di imprese, tanto vero che già nella prima metà del 2018 è stato rilasciato dall'AGCM a circa 2000 richiedenti. Quest'ultimo dato, se proiettato sull'intero anno, indica un aumento di circa il 40% delle richieste rispetto al 2017 – che si accompagna ad un +85% del numero di imprese che alla scadenza del *rating* già detenuto ne ha chiesto il rinnovo¹¹.

Condividono le finalità anticorruptive (e non solo) con l'istituto di cui *supra* quegli strumenti noti come patti d'integrità e protocolli di legalità, volti a favorire l'adozione da parte delle imprese di comportamenti virtuosi e nel contempo utili a contrastare fenomeni di illegalità e infiltrazione della criminalità organizzata, nonché a promuovere una concorrenza leale nell'ambito degli appalti pubblici.

L'argomento impone alcuni chiarimenti. In primo luogo è necessario che non si perda di vista il fine ultimo che si vuole perseguire, ovverosia la «reale funzionalità di una regolazione su base etica delle imprese»¹² volta a sopperire ai fenomeni di *market failure* e/o *government failure*. All'interno del macro-

⁹ Cfr. F. TALLARO, *Aggiudicazione per i settori ordinari*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, 2017, pp. 756-758.

¹⁰ Cfr. G. MASSAROTTO, *op. cit.*, 2016, p. 363.

¹¹ Cfr. AGCM, *Rating di legalità*, cit.

¹² Uso le parole di S. ROSSI, *op. cit.*, pp. 60-63, che segnala l'opportunità di «un'attenta ed accurata regolazione pubblica dell'autodisciplina» che delinea «specifici requisiti formali e sostanziali nella redazione dei codici etici» nonché «obblighi informativi relativamente all'adozione e all'osservanza delle norme ivi contenute, sanzionando i

obiettivo appena delineato si inseriscono, con riferimento agli strumenti in esame, il contrasto dei fenomeni corruttivi (in particolare nei settori di pubblico interesse) e la promozione di una concorrenza sana.

Trattasi di obiettivi che trovano spazio sia tra le fonti normative nazionali sia tra quelle europee; spesso, tuttavia, l'uso esclusivo della legge non basta ad assicurarne l'effettività della tutela.

In quest'ottica, affiora la possibilità di un approccio sinergico che veda coinvolgervi operatori economici accanto allo Stato, per mezzo di politiche incentivanti (volte, altresì, ad assicurare la trasparenza delle misure adottate). Approccio che, sebbene presupponga un intervento a livello statale o sovranazionale, non sembra porsi in contrasto con la prospettiva di CSR intesa in senso volontaristico ed anzi, appare in linea con le attuali linee di intervento europee¹³.

Occorre, allora, individuare strumenti adeguati a coadiuvare la legge nel perseguimento degli obiettivi citati nonché i soggetti che possano porli in essere e, in maniera nient'affatto secondaria, quale possa essere il ruolo dello Stato rispetto ad essi.

Ebbene, sia il *rating* di legalità sia i protocolli di legalità appaiono, a prima vista, idonei al perseguimento dei menzionati obiettivi. Entrambi gli istituti, inoltre, superano il valore spesso puramente retorico che talvolta contraddistingue il fenomeno della CSR. Estendendosi, peraltro, la loro operatività al settore degli appalti pubblici, essi contribuiscono alla qualificazione degli stessi come "socialmente responsabili". D'altro canto, la Commissione europea, conscia del ruolo chiave che la contrattazione pubblica si presta ad avere nella promozione di comportamenti responsabili da parte delle imprese¹⁴, ha identificato gli appalti pubblici tra i diversi fattori deputati a contribuire al potenziamento dell'impatto della sua politica in tema di CSR, specificando l'intenzione di favorirne la migliore integrazione degli aspetti sociali e

possibili inadempimenti». L'Autrice non esclude, tuttavia, un possibile ridimensionamento della produzione di codici etici se si dovesse procedere in tal senso.

¹³ Da questa prospettiva, il fenomeno della CSR potrebbe vedere coinvolto anche lo Stato accanto alle imprese (nei termini *supra* menzionati e non sul piano dell'imposizione di un dovere per mezzo della legge), come peraltro già accade. Un simile ruolo dello Stato potrebbe rivelarsi fondamentale non solo per implementare la diffusione degli strumenti di CSR, ma anche la trasparenza delle misure adottate. In linea di principio, lasciare totalmente alle imprese la regolazione del fenomeno potrebbe attribuire loro vantaggi senza che da un atteggiamento *non compliant* possano derivare vere e proprie conseguenze (anche un eventuale danno reputazionale interverrebbe solo qualora fosse assicurata l'emersione di dette condotte).

¹⁴ Evidenzia la potenziale strategicità della contrattazione pubblica nella promozione dell'adozione di scelte sostenibili da parte delle imprese F. VESSIA, *Verso la responsabilità sociale del consumatore*, in M. CASTELLANETA - F. VESSIA (a cura di), *La Responsabilità Sociale d'Impresa tra diritto internazionale e diritto societario* (Bari, 20 aprile 2018), *in press*, che, da una prospettiva "bottom up" della CSR (intesa come *consumer social responsibility*), vede la p.a. nel ruolo di "superconsumatore", e denota l'esistenza di una strategia volta a perseguire obiettivi di responsabilità sociale dell'impresa imponendo a consumatori e "superconsumatori" obblighi e doveri giuridici che abbiano l'effetto di spingere le imprese ad adottare condotte socialmente responsabili.

ambientali nell'ambito della revisione delle direttive in materia¹⁵ (come è infatti avvenuto con la direttiva appalti del 2014¹⁶).

Se, tuttavia, il *rating* di legalità non pone dubbi circa il suo inserimento nel panorama della CSR¹⁷, non è altrettanto agevole collocare i protocolli di legalità rispetto alla responsabilità sociale d'impresa. Se da un lato, infatti, l'adesione (volontaria) «ai protocolli o alle intese di legalità finalizzati a prevenire e contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nell'economia legale, sottoscritti dal Ministero dell'Interno o dalle Prefetture-UTG con associazioni imprenditoriali e di categoria» rappresenta una condizione premiante che consente alle imprese richiedenti di incrementare il punteggio del *rating* di legalità¹⁸ (nonché, indipendentemente dal *rating*, di effettuare un investimento reputazionale¹⁹); dall'altro, quella stessa adesione si prospetta, in taluni casi, come *conditio sine qua non* ai fini della partecipazione a talune gare ad evidenza pubblica (laddove le stazioni appaltanti prevedano che dalla mancata sottoscrizione di detti codici derivi l'esclusione automatica dell'impresa partecipante²⁰).

Se nel primo caso, dunque, sembra esserci piena volontarietà delle imprese che decidono di aderirvi al fine di ottenere un vantaggio reputazionale ed un punteggio più alto nel *rating* di legalità (un *rating* a tre stelle, infatti, consente di incrementare considerevolmente le possibilità di aggiudicarsi bandi o finanziamenti pubblici); nel secondo, quella stessa adesione assume le vesti di obbligo contrattuale²¹.

¹⁵ Cfr. Commissione europea, *Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese*, COM(2011) 681, pp. 6, 7 e 11.

¹⁶ Dir. 2014/24 UE.

¹⁷ In quanto non ci troviamo nell'ambito della *compliance*, ma di un adeguamento volontario a certi standard, promosso da meccanismi incentivanti (v. G. GIANNELLI, *op. cit.*).

¹⁸ Ai sensi dell'art. 3, comma 2 del regolamento dell'AGCM di attuazione dell'art. 5-ter del d.l. 24 gennaio 2012 n. 1, così come modificato dall'art. 1, comma 1-*quinquies* del d.l. 24 marzo 2012 n. 29, convertito con modificazioni dalla l. 18 maggio 2012 n. 62.

¹⁹ Non mancano, tuttavia, in dottrina tesi volte ad escludere anche l'investimento reputazionale dalla CSR, identificando quest'ultima come contraddistinta oltre che dalla volontarietà anche dall'altruismo. In quest'ottica l'investimento reputazionale sarebbe comunque preordinato a salvaguardare lo *shareholder value* e pertanto rientrerebbe più in una prospettiva di c.d. *enlightened shareholder value* che di CSR. In tal senso si v. l'affascinante ricostruzione proposta da C. ANGELICI, *Responsabilità sociale dell'impresa, codici etici ed autodisciplina*, *op. cit.*, pp. 163-164 il quale, tuttavia, riconosce il ruolo delle pressioni sociali nell'adozione di strumenti di CSR (che a mio parere sfocia nella necessità di evitare un rischio reputazionale – e dunque, non troppo indirettamente, di non danneggiare lo *shareholder value*).

²⁰ Pur essendo non così pacifico, come si illustrerà in seguito, che già la mancata *adesione* possa valere come causa di esclusione (ma la giurisprudenza dominante propende per la soluzione affermativa), cfr. F. SAIITA, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n.1/2015.

²¹ Sulla *querelle* se politiche di CSR debbano o meno essere supportate da un quadro normativo – *the business case for CSR vs the society case for CSR* – cfr. M. DE LA CUESTA GONZÁLEZ – C. VALORMARTINEZ, *Fostering Corporate Social Responsibility Through Public Initiative: From the EU to the Spanish Case*, in *Journal of Business Ethics*, n.3/2004, pp. 275-293. Per un'analisi del problema con particolare riferimento al settore degli appalti pubblici si v. C. MCCRUDDEN, *Corporate Social Responsibility and Public Procurement*, in D. MCBARNET – A. VOICULESCU – T. CAMPBELL (a cura di), *The New Corporate Accountability. Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, 2007, pp. 93 ss., il quale osserva che «*The use of public procurement to achieve increased compliance and its relationship to law is complex*

Ci si domanda, allora, se l'utilizzo dei protocolli di legalità negli appalti pubblici per assicurarne l'adozione – nonché una maggiore *compliance* – da parte delle imprese partecipanti rientri o meno nell'ambito della CSR, considerando che la responsabilità sociale d'impresa viene associata dalla dottrina prevalente all'assenza di qualsivoglia obbligo giuridico e al piano della mera volontarietà²². In senso negativo sembrano propendere le definizioni che la Commissione europea fornisce in materia²³. Secondo la Commissione, invero, la CSR è un concetto in base al quale le imprese integrano *volontariamente* preoccupazioni sociali e ambientali nelle loro operazioni commerciali e nella loro interazione con le parti interessate²⁴.

In verità, è stato anche posto in dubbio quanto, nell'ambito degli appalti pubblici, l'accettazione di un protocollo di legalità sia effettivamente frutto dell'autonomia privata, in quanto, secondo alcuni Autori l'autonomia del privato di accettare o meno le clausole in essi contenute sarebbe condizionata dalla volontà unilaterale della pubblica amministrazione²⁵.

Tuttavia, considerando che «ai fini dell'instaurazione del rapporto, la volontà della pubblica amministrazione e quella del privato si pongono sullo stesso piano, acquisendo lo stesso titolo e la stessa

and multi-faceted[...]. Increasingly, the need to resolve legal difficulties, and create clear rules of the game to allow CSR to flourish may require legal intervention, but this appears to give rise to a tension with the underlying principle of voluntarism, if that is defined as the absence of legal regulation».

²² Per un'analisi delle problematiche attinenti al tema (dalle carenze di una concezione meramente volontaristica della responsabilità sociale d'impresa, agli strumenti di autonoma affermazione dei relativi principi – fra i quali grande rilievo assume l'uso di strumenti pattizi che impongano l'adesione a determinati codici di condotta a fornitori e clienti) si v. D. MCBARNET, *op. cit.*

²³ Cfr. Commissione europea, *Libro verde "Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese"*, COM (2001) 366, 18 luglio 2001. Anche se, con la comunicazione del 25 ottobre 2011 (n. 681), la Commissione Europea definisce nuovamente la CSR come «La responsabilità delle imprese per il loro impatto sulla società», forse aprendosi a prospettive in qualche maniera differenti da quelle che la nozione fornita nel Libro Verde di dieci anni prima era idonea a veicolare (si v. COM(2011) 681, p. 7).

²⁴ Si chiede, tuttavia, «*what does "voluntary" imply in this context*» McCrudden, il quale, inoltre, segnala l'idoneità dell'interpretazione della relazione intercorrente tra legge e appalti pubblici ad influenzare la compatibilità di questi ultimi (come mezzi di divulgazione di politiche di CSR) con la concezione volontaristica di CSR. Ciò in quanto «*the ambiguity in the public procurement context is whether we define public procurement as government regulation (in which case it appears akin to "regulation" and thus contrary to the spirit of CSR's voluntarism) or as a market operation in which government acts as a purchaser (in which case it appears akin to the incentive-based market-mechanisms discussed earlier and fits in squarely with CSR voluntarism)*», C. MCCRUDDEN, *op. cit.*, pp. 93 ss.

²⁵ E, in tal senso, si v. S. VINTI, *I protocolli di legalità nelle procedure di evidenza pubblica e il giudice amministrativo come nuovo protagonista nelle politiche anticorruzione*, in *Giustamm.it.*, n.2/2016, che propende per la natura amministrativa dei protocolli di legalità, sostenendo che «i protocolli di legalità danno luogo a una regolamentazione giuridica che solo all'apparenza assume la veste del negozio di diritto privato e che nella sostanza sottende una schema provvedimentale» richiamando la tesi di Scoca (cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento amministrativo dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in S. AMOROSINO (a cura di), *Le trasformazioni del diritto amministrativo. Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1995, pp. 274-275), secondo la quale gli atti che l'amministrazione pone in essere nella formazione di una fattispecie a struttura consensuale non sono atti di autonomia privata, e restano in tutto e per tutto atti amministrativi, anche quando la fattispecie consensuale è disciplinata dal diritto privato.

efficacia rispetto all'atto costitutivo»²⁶, potrebbe apparire difficile negare la natura negoziale di un protocollo di legalità o di un *patto* di integrità accettato volontariamente dal privato ai fini della partecipazione alla gara²⁷. Ciò emerge ancora più chiaramente nel momento in cui il bando ne richieda l'accettazione a pena di esclusione, esplicitando, dunque, la necessità di un'ulteriore manifestazione di volontà da parte del contraente privato.

Indubbiamente le difficoltà che si incontrano derivano dalla particolarità degli appalti pubblici di trovarsi in una zona d'ombra tra il piano contrattuale e quello del diritto pubblico. È, infatti, appena il caso di ricordare che, nonostante la natura privatistica degli appalti pubblici (in quanto rientranti nell'attività negoziale di diritto privato della pubblica amministrazione), è il diritto pubblico a disciplinare il procedimento di formazione della volontà della stazione appaltante e, pur restando estrinseco al contratto, ne riflette i suoi effetti sulla validità e sull'efficacia dello stesso. La tradizionale definizione di “contratti ad evidenza pubblica” sottolinea, infatti, la necessità che un segmento di attività amministrativa preceda la stipula dei contratti di diritto privato da parte della pubblica amministrazione²⁸.

Inoltre, la presenza della p.a., seppur agente *iure privatorum*, incide sull'assetto contrattuale dell'appalto pubblico. Basti pensare, a titolo esemplificativo, alla speciale disciplina della risoluzione (art. 108, d.lgs. 50/2016) e del recesso (art. 109, d.lgs. 50/2016) prevista per gli appalti pubblici²⁹.

Il punto, pertanto, resta in una zona grigia a metà strada tra volontarietà e imperatività.

²⁶ Così C. FRANCHINI, *I contratti di appalto pubblico*, Torino, 2010, pp. 20-23.

²⁷ Come, tra l'altro, emerge dall'interpretazione della norma che li prevede espressamente, l'art. 1, comma 17, l. 6/11/2012 n.190. La suddetta norma, tuttavia, pecca di chiarezza e pone un non banale problema interpretativo (si v. *infra* par. 5).

²⁸ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1993, pp. 363 ss.

²⁹ Si v. M. DI RIENZO, *Recesso (Art. 109 d.lgs. 50/2016)*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, 2017, pp. 891-901, il quale chiarisce che «l'art. 109, co. 1, di fatto, delinea una modalità di disciplina del rapporto “negoziale” fra P.A. e privato che, pur in costanza di rapporto sottoposto al diritto comune, richiede, non di meno, un trattamento *sui generis* rispetto a quello che ordinariamente potrebbe avvenire – in circostanze analoghe – secondo la disciplina civilistica del contratto di appalto ed a tenore della previsione dell'art. 1671 c.c.», ma anche che, come sancito dal Consiglio di Stato in seduta plenaria (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 14 del 2014), «dopo la stipula del contratto, la pubblica amministrazione per incidere sul rapporto negoziale, determinandone unilateralmente la risoluzione, potrebbe fare ricorso esclusivamente al recesso a tenore della previsione del Codice degli Appalti Pubblici (e quindi all'autotutela negoziale)» e non anche all'autotutela amministrativa della revoca (la p.a. infatti conserverebbe il potere di revoca solo relativamente al provvedimento amministrativo di aggiudicazione, sin tanto che il contratto non sia stato stipulato).

2. Sviluppo e diffusione dei protocolli di legalità negli appalti pubblici

In Italia, questi strumenti prendono le mosse³⁰ dal c.d. Patto d'Integrità predisposto negli anni '90 da *Transparency International*³¹ «con l'obiettivo di aiutare governi, economia e società civile nella lotta alla corruzione nel settore degli approvvigionamenti pubblici, dotando le amministrazioni locali di uno strumento aggiuntivo deterrente contro la corruzione in grado di compensare meccanismi legislativi a volte incompleti e/o funzioni di controllo e repressione spesso lente ed inefficaci»³².

Si trattava – e si tratta – di un accordo negoziale che, sulla falsariga di quelli già diffusi nella prassi internazionale, veniva sottoscritto dall'autorità appaltante, dai partecipanti alla gara e da un organismo di controllo indipendente nell'ambito di una procedura di appalto pubblico³³.

Fin dai primi anni di utilizzo, inoltre, essi figurano tra le *best practices* dell'OCSE negli appalti in quanto strumenti in grado di aumentare la trasparenza e l'integrità nelle gare d'appalto³⁴.

La diffusione dei protocolli di legalità – non solo come accordi tra stazioni appaltanti e privati, ma anche tra pubbliche amministrazioni (che si impegnano a loro volta a farli sottoscrivere dalle imprese partecipanti alle gare d'appalto bandite³⁵) – si deve in primo luogo all'esigenza di intensificare l'effettività della tutela nell'ambito del contrasto all'illegalità nei settori di pubblico interesse, laddove i tradizionali strumenti previsti dalla legislazione in materia di appalti pubblici e dal Codice Antimafia (D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, come modificato nel 2017³⁶) non sempre sono sufficienti.

In secondo luogo, soprattutto con riferimento ai cc.dd. protocolli di legalità di seconda generazione, ricomprende la necessità di estendere la suddetta tutela oltre l'ambito delle infiltrazioni mafiose, così da promuovere una leale concorrenza in fase concorsuale nonché una corretta e trasparente esecuzione del contratto nella fase successiva all'aggiudicazione attraverso la previsione di specifici obblighi di comportamento (sia per la stazione appaltante sia per gli operatori economici) che ne comportino l'adeguamento a *standard* di condotta superiori a quelli legali.

³⁰ “Prendono le mosse”, ma non coincidono totalmente col patto di integrità sviluppato da T.I., che prevede sempre un organismo di controllo indipendente.

³¹ [Transparency International](http://www.transparency.it) è la più grande organizzazione a livello globale che si occupa di prevenire e contrastare la corruzione.

³² Cfr. *Transparency International, Patti di integrità*, in www.transparency.it/patti-di-integrita, s.n.t. e F. SAITTA, *op. cit.*, pp. 244 ss.

³³ Cfr. A. SZLOBODA, *I Patti di Integrità – Manuale*, *Transparency International Italia*, Milano, 2015, p. 7.

³⁴ [OECD, Recommendation on Public Procurement, 2015](http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation), in <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/recommendation>.

³⁵ Metodologia che ricorda, in qualche maniera, la prassi adottata da molte imprese multinazionali di far sottoscrivere il codice etico ai propri *suppliers*, “contrattualizzando” gli obblighi ivi contenuti per assicurare una maggiore *compliance* all'interno della *supply chain*.

³⁶ L. 17 ottobre 2017, n. 161 “Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate”, in *GU n.258 del 4-11-2017*.

Accanto a queste due funzioni, gli strumenti in esame si prestano a perseguire anche l'obiettivo di una armonizzazione delle procedure di appalto a livello UE.

Come accennato, nell'ordinamento giuridico italiano in realtà i protocolli di legalità erano già operativi anche prima che una norma li consacrasse. Tanto vero che alcune stazioni appaltanti avevano già da tempo inserito nei bandi di gara, quale condizione per la partecipazione, l'accettazione preventiva da parte delle imprese concorrenti dei codici etici adottati, specificando che il mancato rispetto degli stessi avrebbe costituito clausola risolutiva espressa ai sensi dell'art. 1456 c.c.

Già nel 2005, infatti, il Consiglio di Stato³⁷ aveva riconosciuto, in via interpretativa, la legittimità di quegli strumenti che prevedessero un sistema di condizioni e requisiti la cui accettazione costituisse presupposto necessario per la partecipazione delle imprese ad una gara. Orientamento confermato dai giudici di Palazzo Spada i quali, con sentenza del 6 aprile 2009, n. 2142³⁸, precisavano che con la sottoscrizione del codice etico all'atto della presentazione della domanda, il concorrente accettasse le regole del bando rafforzative di comportamenti già doverosi per gli ammessi a partecipare alle gare, nonché le sanzioni di carattere patrimoniale, oltre alla esclusione dalla gara stessa in caso di violazione dei doveri previsti³⁹.

Tuttavia, sebbene legittimata dall'interpretazione del Consiglio di Stato, l'esclusione da una gara per mancata accettazione del codice etico era stata disconosciuta per legge, stante la formulazione dell'art. 46 del previgente Codice Appalti in seguito all'introduzione (con l'art. 4, comma 2, lettera d), del d.l. 13 maggio 2011 n.70) del comma 1-*bis* il quale sanciva il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento, prevedendo che i bandi e le lettere di invito non potessero contenere ulteriori cause di esclusione rispetto «a quelle previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti» a pena di nullità delle stesse.

La norma menzionata depotenziava, dunque, l'efficacia dello strumento, non consentendo di riconnettervi l'esclusione dalla partecipazione alla gara chi non lo avesse sottoscritto.

La situazione è mutata con la sopracitata Legge 6 novembre 2012, n.190 recante «disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione» la quale, con la previsione di cui all'art.1, comma 17, ha consentito espressamente che «le stazioni appaltanti possano prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisca causa di esclusione dalla gara»⁴⁰.

³⁷ Cons. St., sez. V, 8 febbraio 2005, n. 343 e 24 marzo 2005, n. 1258, in *Foro amm.-CdS*, 2005, 432 e 824.

³⁸ Cons. St., sez. V, 6 aprile 2009, n. 2142, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁹ V'è da aggiungere, inoltre, che il vecchio Codice Appalti (d.lgs. 163/2006) aveva consacrato, all'art. 176, comma 3, lettera e), l'utilizzo dei protocolli di legalità relativamente, però, solo alle opere strategiche, legittimando l'esclusione degli offerenti in caso di mancata accettazione.

⁴⁰ Si segnala, tuttavia, che sebbene le Direttive appalti (sia l'abrogata 2004/18/CE sia la 2014/24/UE) non facciano riferimento a questi strumenti, il loro utilizzo viene promosso dall'Unione in altre sedi (v. Commissione europea,

La normativa di prevenzione della corruzione che li consacra non ne definisce, però, i criteri di redazione: è stata la prassi delle stazioni appaltanti ad averne delineato i punti salienti. Generalmente un patto di integrità in materia di contratti pubblici prevede la formale obbligazione delle amministrazioni aggiudicatrici e dei concorrenti e aggiudicatari di improntare i rispettivi comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza; definisce poi gli obblighi degli operatori economici nei confronti della stazione appaltante; le sanzioni a carico dell'operatore economico, sia in veste di concorrente che di aggiudicatario⁴¹.

Integrity pacts, in http://ec.europa.eu/regional_policy/en/policy/how/improving-investment/integrity-pacts/, s.d.; Commissione europea, *Public procurement action plan (in the context of the use of ESI Funds)*, in https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docgener/informat/2014/action_plan_pp.pdf, 2018.

A marzo 2015, infatti, il Commissario europeo per la politica regionale Corina Crețu e Transparency International hanno lanciato il progetto pilota *'Integrity Pacts – Civil Control Mechanism for Safeguarding EU Funds'* «to ensure Regional Policy funds are well spent for the real benefit of the people. This is one in a series of new measures the Commission is taking to help Member States, regions and cities effectively manage EU investments. The Integrity Pact was developed by Transparency International to support governments, businesses and civil society to improve trust and transparency in public procurement. The Commission now aims to pilot Integrity Pacts for several EU co-funded projects by the European Regional Development Fund (ERDF) and the Cohesion Fund» (Commissione europea, *European Commission and Transparency International join forces for better spending of EU investments*, in https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/cretu/announcements/european-commission-and-transparency-international-join-forces-better-spending-eu-investments_en, 2015).

⁴¹ Di seguito le clausole il cui inserimento è raccomandato nelle linee guida ANAC.

«In occasione di ciascuna delle gare indette per la realizzazione dell'appalto di cui al presente protocollo, la Stazione appaltante si impegna a predisporre nella parte relativa alle dichiarazioni sostitutive legate al disciplinare di gara, da rendere da parte del concorrente, le seguenti dichiarazioni:

a) Clausola n. 1: “Il contraente appaltatore si impegna a dare comunicazione tempestiva alla Prefettura e all’Autorità giudiziaria di tentativi di concussione che si siano, in qualsiasi modo, manifestati nei confronti dell’imprenditore, degli organi sociali o dei dirigenti di impresa.

Il predetto adempimento ha natura essenziale ai fini della esecuzione del contratto e il relativo inadempimento darà luogo alla risoluzione espressa del contratto stesso, ai sensi dell’art. 1456 del c.c., ogni qualvolta nei confronti di pubblici amministratori che abbiano esercitato funzioni relative alla stipula ed esecuzione del contratto, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per il delitto previsto dall’art. 317 c.p.”

b) Clausola n. 2: “La Stazione appaltante si impegna ad avvalersi della clausola risolutiva espressa, di cui all’art. 1456 c.c., ogni qualvolta nei confronti dell’imprenditore o dei componenti la compagine sociale, o dei dirigenti dell’impresa, sia stata disposta misura cautelare o sia intervenuto rinvio a giudizio per taluno dei delitti di cui agli artt. 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322 c.p., 322-bis c.p., 346-bis c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p.”

Nei casi di cui ai punti a) e b) del precedente comma, l’esercizio della potestà risolutoria da parte della Stazione appaltante è subordinato alla previa intesa con l’Autorità Nazionale Anticorruzione. A tal fine, la Prefettura competente, avuta comunicazione da parte della Stazione appaltante della volontà di quest’ultima di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all’art. 1456 c.c., ne darà comunicazione all’Autorità Nazionale Anticorruzione che potrà valutare se, in alternativa all’ipotesi risolutoria, ricorrano i presupposti per la prosecuzione del rapporto contrattuale tra Stazione appaltante ed impresa aggiudicataria, alle condizioni di all’art. ... Del decreto legge» (Autorità Nazionale Anticorruzione - Ministero dell’Interno, *Prime linee guida per l’avvio di un circuito collaborativo tra ANAC - Prefetture-UTG e enti locali per la prevenzione dei fenomeni di corruzione e l’attuazione della trasparenza amministrativa* sezione enti locali, 15 luglio 2014, in <https://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anacdocs/Attivita/ProtocolliIntesa/prot.ot.anac.interno15.07.14.pdf>).

Non si tratta di una mera enunciazione di principi priva di reali conseguenze e volta ad accreditare un senso etico. A presidio di tali principi è, infatti, posta una serie puntuale di obblighi il cui inadempimento può comportare:

- l'estromissione dalle procedure di affidamento (esclusione e applicazione delle misure accessorie – escussione della cauzione e segnalazione all'ANAC);
- la risoluzione del contratto eventualmente stipulato, nei casi in cui venga accertata la violazione delle clausole pattuite);
- l'irrogazione di provvedimenti disciplinari, se l'inadempimento è attribuito ai dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici.

Con sentenza del 5 febbraio 2018, n.722⁴², il Consiglio di Stato ha chiarito che con l'accettazione del patto di integrità le imprese partecipanti alla gara si obbligano esclusivamente in relazione alla specifica procedura cui partecipano e per la quale sottoscrivono il patto. Pertanto i comportamenti tenuti in occasione di precedenti appalti non rilevano.

Si specifica che oggi, ai sensi dell'art. 83, co. 9 del Codice degli Appalti Pubblici⁴³ – ma già con il D.L. 24 giugno 2014, n. 90⁴⁴ che introduceva il comma 2-*bis* dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 – per le gare indette dopo l'entrata in vigore del D.L. 90 2014, la mancanza della dichiarazione relativa al protocollo di legalità, non può comportare l'esclusione *tout court* dalla gara, dovendosi in tal caso avviare l'istituto del c.d. soccorso istruttorio che prevede che in caso di mancanza, incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi della domanda (con esclusione di quelli afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica), la stazione appaltante debba assegnare al concorrente un termine non superiore a 10 giorni affinché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone contenuto e soggetti tenuti a renderle. Decorso inutilmente il termine, tuttavia, il concorrente è escluso dalla gara⁴⁵.

Sebbene l'utilizzo degli istituti *de quibus* (soprattutto ai fini dell'esclusione dalla gara del concorrente inadempiente) sia stato talvolta criticato, come si vedrà in seguito⁴⁶, il Consiglio di Stato ne ha di recente ribadito la legittimità.

Si veda, da ultimo, la sentenza del 27 settembre 2018, n. 5547 con la quale i giudici di Palazzo Spada, citando la Corte di Giustizia dell'UE (sez. X, 22 ottobre 2015, in C-425/14), hanno affermato che, con riferimento ai protocolli di legalità, «va riconosciuto agli Stati membri un certo potere discrezionale

⁴² [Cons. St., Sez. V, 5 febbraio 2018, n. 722](http://lamministrativista.it), in <http://lamministrativista.it>.

⁴³ D.lgs. 50/2016 (come modificato dal d.lgs. 56/2017).

⁴⁴ Convertito in l. 114/2014.

⁴⁵ Cfr. O. MARONGIU, *Selezione delle Offerte*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Roma, 2017, pp. 678-679.

⁴⁶ Si v. *infra*, par. 4.

nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico» confermando che «Il sistema così delineato (...) risponde a valori costituzionali ed europei di preminente interesse e di irrinunciabile tutela»⁴⁷.

3. Patti di Integrità alla luce della giurisprudenza comunitaria

Sull'uso dei protocolli di legalità negli appalti pubblici è intervenuta anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea⁴⁸ (causa C 425/14) che, pronunciandosi in merito alla compatibilità col diritto europeo dell'art. 1, comma 17, della L. n. 190 /2012, ha ritenuto ammissibile prevedere nei bandi di gara l'esclusione automatica di un candidato o di un offerente da una procedura relativa a un appalto pubblico, per non aver depositato, assieme alla sua offerta, l'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità con finalità di contrasto alle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici.

Nello specifico, la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana – oltre a richiedere in via generale un giudizio di compatibilità dell'art. 1, comma 17, l. n. 190/2012 col diritto europeo – verteva sulla questione se l'art. 45, par. 1 e 2 della Direttiva 2004/18/CE⁴⁹, nel prevedere una deroga alla tassatività delle cause di esclusione per esigenze imperative di interesse generale (quali quelle connesse con l'ordine pubblico e con la prevenzione del crimine), permettesse alle stazioni appaltanti di escludere da una gara i concorrenti che non avessero accettato e sottoscritto, contestualmente alla loro offerta, i protocolli di legalità allegati al bando.

La Corte, tuttavia, non si è espressa in merito alla compatibilità dei protocolli di legalità con l'art. 45, par. 1 e 2 della Dir. 2004/18/CE, ma solo in riferimento ai principi generali dell'Unione. Ciò in ragione dell'impossibilità di applicare al caso di specie il citato art. 45, dato il mancato superamento delle soglie comunitarie⁵⁰.

L'obbligo di accettazione espressa di un tale protocollo di legalità è stato, ad ogni modo, considerato in linea con i principi di parità di trattamento e trasparenza nell'aggiudicazione di appalti, in quanto idoneo

⁴⁷ Cons. St., Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5547, in <http://lamministrativista.it>.

⁴⁸ CGUE, sez. X, 22 ottobre 2015, causa C-425/14 Edilux e SICEF, in www.curia.europa.eu.

⁴⁹ Dir. 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, che è stata tuttavia, abrogata dalla Dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici.

⁵⁰ Al punto 19 della sentenza in commento La CG ha, infatti, affermato che «l'articolo 45 della direttiva 2004/18 non trova applicazione nell'ambito del procedimento principale, in quanto le procedure specifiche e rigorose previste dalle direttive dell'Unione che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente in ciascuna di tali direttive».

a contrastare l'infiltrazione delle attività criminali e le distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici (scopi centrali anche nelle politiche europee). Peraltro, incombando tale obbligo indistintamente su qualsiasi candidato, non è stato considerato in contrasto col principio di non discriminazione (ai sensi dell'art. 18 TFUE)⁵¹.

In questa prospettiva, appare chiaro che l'obbligo a carico dell'aggiudicatario di un appalto pubblico di dichiarare, a pena di esclusione dalla gara, l'accettazione del protocollo di legalità inserito nel bando – deputato ad ostacolare l'attività criminale e le distorsioni della concorrenza nel settore degli appalti pubblici – rientri pienamente nella possibilità degli Stati membri di declinare discrezionalmente le misure volte all'attuazione dei menzionati principi di parità di trattamento e trasparenza.

Qualche dubbio di legittimità, al contrario, è sorto sulla compatibilità di detta causa di esclusione col principio di proporzionalità, consacrato nell'art. 5 TUE, par. 4⁵².

La Corte, invero, ha affermato che gli impegni assunti nei protocolli di legalità debbano rispettare il principio di proporzionalità, e che quindi non possano eccedere quanto necessario per raggiungere l'obiettivo perseguito⁵³. Muovendo da tale assunto, nel caso di specie, talune dichiarazioni contenute nel protocollo oggetto del procedimento principale incardinato dinanzi ai giudici amministrativi della Regione Sicilia sono state considerate contrarie al principio di proporzionalità e, pertanto, l'assenza di tali

⁵¹ In particolare, la CG ha affermato che agli Stati membri vada riconosciuto un certo potere discrezionale nell'adozione delle misure destinate a garantire il rispetto del principio della parità di trattamento e dell'obbligo di trasparenza, principi i quali si impongono alle amministrazioni aggiudicatrici in tutte le procedure di aggiudicazione di un appalto pubblico. Ciò in considerazione del fatto che «il singolo Stato membro è nella posizione migliore per individuare, alla luce di considerazioni di ordine storico, giuridico, economico o sociale che gli sono proprie, le situazioni favorevoli alla comparsa di comportamenti in grado di provocare violazioni del rispetto del principio e dell'obbligo summenzionati».

⁵² Articolo 5 TUE (ex articolo 5 del TCE)

1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità.

2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri.

3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo.

4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità.

⁵³ In conformità con quanto spesso ribadito dalla Corte stessa (cfr., *ex multis*, causa C-376/08, punto 33).

dichiarazioni non è stata ritenuta idonea a comportare l'esclusione automatica del candidato o dell'offerente dalla procedura di gara.

Giova, a tal punto, effettuare qualche rilievo in merito all'interpretazione del principio di proporzionalità. Il paragrafo 4, art. 5 TUE, infatti, non ne fornisce una definizione esaustiva, limitandosi a sancire che «in virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità».

In primo luogo, dunque, va chiarito che tale principio ha, in realtà, la doppia funzione di definire l'intensità dell'azione dell'Unione in rapporto a quella degli Stati e di risolvere eventuali conflitti interni al Trattato stesso tra i diversi principi enunciati. In questa seconda ipotesi (che involge la fattispecie in esame), il fulcro del problema consiste nella necessità di adottare un'azione in grado di pervenire ad un equo bilanciamento tra l'interesse alla realizzazione di un determinato obiettivo e altri interessi, che potrebbero subire un pregiudizio dall'adozione di determinate decisioni⁵⁴.

V'è da aggiungere, inoltre, che (e questo è l'aspetto più importante per quanto concerne il caso in analisi), contrariamente al principio di sussidiarietà, la proporzionalità costituisce criterio di valutazione da parte della CGUE delle misure interne adottate allo scopo di attuare gli obblighi di derivazione comunitaria⁵⁵, pur spettando al giudice nazionale il giudizio di proporzionalità su dette misure, sulla base dei canoni interpretativi offerti dalla Corte stessa⁵⁶.

È, pertanto, nel rispetto di tale principio⁵⁷ (anche con riferimento alle materie non armonizzate), che gli Stati membri devono esercitare le proprie competenze, predisponendo misure idonee a realizzare gli obiettivi prefissati dal diritto europeo. In base a tale diritto sarebbe necessario procedere alla verifica dei costi di ogni nuova normativa in relazione ai benefici attesi, anche per gli Stati membri⁵⁸.

Il principio di proporzionalità, dunque, presenta una “struttura bipartita”. Per un verso, infatti, limita l'efficacia degli atti UE, per l'altro, quella degli atti degli Stati membri (che siano rilevanti per il diritto comunitario)⁵⁹.

⁵⁴ P. DE PASQUALE, *Commento all'art. 5 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, Milano, 2014, pp. 49-51.

⁵⁵ D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, 1998, pp. 88 ss.

⁵⁶ Concl. Avv. Gen. A. SAGGIO, presentate il 19/1/99, causa C-394/97, Sami Heinonen.

⁵⁷ Causa C-413/99, Baumbast.

⁵⁸ L. SALTARI, *Il riparto di competenze tra l'Unione europea e gli Stati: ossificazione o fluidità*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2010, pp. 231-236.

⁵⁹ F. POCAR – M.C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, II edizione, Padova, 2014, pp. 25-35.

È nell'ottica illustrata che la Corte ha ritenuto illegittime, per contrarietà al principio di proporzionalità, le clausole che comportino l'esclusione automatica degli offerenti che non dichiarino: *a)* di non trovarsi in una situazione di controllo o di collegamento con altri concorrenti; *b)* di non essersi accordati e di impegnarsi a non accordarsi con altri partecipanti alla gara; *c)* di impegnarsi a non subappaltare lavori di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura.

Secondo i giudici europei, infatti, la dichiarazione di cui all'ipotesi *sub a)* eccederebbe quanto necessario per prevenire comportamenti collusivi e, pertanto, per garantire l'applicazione del principio della parità di trattamento e il rispetto dell'obbligo di trasparenza⁶⁰.

Ultronea risulterebbe anche una dichiarazione volta ad evitare che l'offerente si sia accordato o si accorderà con altri partecipanti (ipotesi *sub b)*). Previsioni in tal senso, a parere della Corte, escluderebbero qualsiasi accordo tra i partecipanti, compresi quelli non idonei a restringere il gioco della concorrenza, eccedendo quanto necessario al fine di salvaguardare il principio di concorrenza nell'ambito degli appalti pubblici.

Il contrasto col principio di proporzionalità con riferimento all'ipotesi *sub c)*, invece, sussisterebbe in quanto escludere il subappalto eccederebbe quanto necessario al fine di prevenire comportamenti collusivi, senza lasciare spazio alla possibilità di dimostrare il contrario⁶¹.

Al contrario (e in generale), l'obbligo di dichiarare l'accettazione degli impegni contenuti in un protocollo di legalità sin dall'inizio della partecipazione a una gara non sembra eccedere quanto necessario al fine del raggiungimento degli obiettivi perseguiti⁶² e, conseguentemente, appare non in contrasto col principio di proporzionalità.

Legittime e differenti (anche se apparentemente assonanti con quelle di cui all'ipotesi *sub b)*) sono state ritenute anche le clausole contenute nei protocolli di legalità volte ad ottenere dal partecipante la dichiarazione di non aver concluso accordi e di impegnarsi a non concludere accordi successivi con altri

⁶⁰ Una siffatta esclusione automatica costituirebbe, infatti, «una presunzione irrefragabile d'interferenza reciproca nelle rispettive offerte, per uno stesso appalto, di imprese legate da una situazione di controllo o di collegamento. Essa esclude in tal modo la possibilità per tali candidati o offerenti di dimostrare l'indipendenza delle loro offerte ed è quindi in contrasto con l'interesse dell'Unione a che sia garantita la partecipazione più ampia possibile di offerenti a una gara d'appalto» (C-425/14, punto 36); in tal senso, v. anche CGUE, sez. IV, 19 maggio 2009, in causa C-538/07, Assitur, in www.curia.europa.eu, punti da 28 a 30, nonché C-376/08, cit., punti 39 e 40, in www.curia.europa.eu

⁶¹ Cfr. C-425/14, punto 39.

⁶² In particolare, la Corte ritiene senz'altro non in contrasto col principio di proporzionalità, non esorbitando le finalità cui sono preposti, gli impegni consistenti nel «comunicare lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di subappalto e derivati nonché le modalità di scelta dei contraenti, nel segnalare qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara d'appalto e durante l'esecuzione del contratto, nel collaborare con le forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale, nonché nell'inserire identiche clausole nei contratti di subappalto» (cfr. C-425/14 punti 29-34).

partecipanti alla gara d'appalto al fine di limitare od eludere la concorrenza. Questo tipo di clausole, infatti, è specificamente volto a tutelare i principi di concorrenza, di trasparenza, di parità di trattamento e correttezza nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici nonché ad agevolare la prova, in sede di *enforcement*, delle intese restrittive della concorrenza.

Allo stesso modo, tenuto conto dell'obiettivo di prevenire e di contrastare il fenomeno delle infiltrazioni della criminalità organizzata, i giudici europei hanno ritenuto legittimi i punti dei protocolli di legalità che prevedano l'obbligo di comunicare alla stazione appaltante eventuali pressioni subite dall'aggiudicatario da parte di un'altra impresa che abbia partecipato alla gara, allo scopo di ottenere il subappalto per l'esecuzione di tale contratto da quest'ultima⁶³.

La sentenza in epigrafe, pur non fornendo risposta alla questione sulla compatibilità della causa di esclusione prevista dall'art. 1, comma 17, L. 190/2012 con l'art. 45, par. 1 e 2 Dir. 2004/18/CE⁶⁴, ha il merito di "consacrare" lo strumento dei protocolli di legalità ammettendone la compatibilità col diritto europeo e l'idoneità della loro mancata accettazione a costituire causa di esclusione dalla gara⁶⁵; a questo primo traguardo si aggiunge, altresì, quello di averne orientativamente indicato i limiti operativi⁶⁶, contribuendo al miglioramento di uno strumento che, a parere di chi scrive, ha un potenziale di buona utilità nella salvaguardia della legalità e della libera concorrenza negli appalti pubblici. E ciò non solo a garanzia dell'interesse pubblico, ma anche dei *competitors* che si siano impegnati a loro volta nel rispetto della legalità e delle regole in materia di concorrenza.

⁶³ A parere della Corte, invero, siffatti impegni e dichiarazioni vertono sul comportamento leale del candidato o dell'offerente nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice e sulla collaborazione con le forze dell'ordine, pertanto «non eccedono quanto necessario al fine di contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici», rispettando il principio di proporzionalità.

⁶⁴ Abrogata, tuttavia, dalla citata Dir. 24/2014/UE, la quale, tra l'altro, sebbene non menzioni tra le possibili cause di esclusione la mancata adesione ad un protocollo di legalità, afferma espressamente all' art. 26, comma 4, lett. *b*) che «sono considerate irregolari le offerte [...] in relazione alle quali vi siano prove di corruzione o collusione» e, all'art. 57, comma 4, lett. *i*), prevede espressamente la possibilità che le amministrazioni aggiudicatrici escludano da una gara d'appalto un operatore economico che abbia anche solo tentato di influenzare indebitamente il procedimento decisionale dell'amministrazione aggiudicatrice o di ottenere informazioni confidenziali idonee a conferirgli indebiti vantaggi rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto.

⁶⁵ Ed infatti, al punto 41, la CG sancisce che le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE (segnatamente i principi di parità di trattamento e di non discriminazione nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva) debbano essere interpretati nel senso che essi «non ostano a una disposizione di diritto nazionale in forza della quale un'amministrazione aggiudicatrice possa prevedere che un candidato o un offerente sia escluso automaticamente da una procedura di gara relativa a un appalto pubblico per non aver depositato, unitamente alla sua offerta, un'accettazione scritta degli impegni e delle dichiarazioni contenuti in un protocollo di legalità finalizzato a contrastare le infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici».

⁶⁶ In particolare nel chiarire che la sola assenza di dichiarazioni secondo le quali l'offerente non si trovi in situazioni di controllo o di collegamento con altri candidati, non si sia accordato né si accorderà con altri partecipanti alla gara e non subappalterà lavori di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla medesima procedura, non può in alcun modo comportare l'esclusione automatica dell'offerente da detta procedura, in quanto in contrasto col principio di proporzionalità nei termini precedentemente specificati.

4. Problemi interpretativi e di coordinamento

Meritano di essere segnalati alcuni problemi interpretativi e di coordinamento che si pongono con riferimento ai principali aspetti innovativi dei protocolli di legalità: la loro rilevanza ai fini dell'esclusione da una gara e della predisposizione di una clausola risolutiva espressa.

Il primo problema concerne la lettera dell'art. 1, comma 17, l. n. 190/2012. La norma, infatti, sancisce che le «stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce causa di esclusione dalla gara».

Utilizzando specificamente l'espressione "mancato rispetto", la disposizione sembra far riferimento alla fase negoziale dell'esecuzione del contratto e non a quella amministrativa della scelta del contraente. Si desume facilmente la conseguenza che deriverebbe da un'interpretazione in tal senso: l'inidoneità della mancata *accettazione* dei protocolli di legalità a determinare l'esclusione dalla gara dell'offerente.

Se ne evincerebbe, inoltre, la natura amministrativa degli strumenti in esame, i quali dovrebbero essere rispettati in quanto inseriti nel bando e non in quanto accettati dai privati (irrilevanza dell'accettazione). Tuttavia, è proprio la disposizione in esame a menzionare espressamente l'*esclusione dalla gara*. E se al tenore letterale della norma si deve far riferimento nel primo caso (per la parola "rispetto") lo stesso deve valere anche nel secondo caso, per l'esclusione.

Se è vero, infatti, che il mancato *rispetto* potrebbe far pensare già alla fase esecutiva dell'appalto, la menzione esplicita dell'esclusione dalla gara non lascia dubbi riguardo alla collocazione nella fase antecedente a quella negoziale.

Invero, dal mancato rispetto in fase di esecuzione non deriverebbe l'esclusione dalla gara (conclusa), ma la risoluzione del contratto⁶⁷.

Quanto sinora detto porta a ritenere che le dichiarazioni contenute nei protocolli di legalità non contengano solo «impegni da ottemperare in caso di aggiudicazione, ma anche impegni da *assumere* ai fini dell'aggiudicazione stessa»⁶⁸.

È in quest'ottica che, nella prassi, si osserva come i protocolli di legalità predisposti in concreto dalle stazioni appaltanti prevedano quasi sempre l'accettazione contestuale al deposito dell'offerta. Pertanto, sarebbe lo stesso "rispetto" del protocollo ad imporre l'accettazione.

⁶⁷ Così TAR Sicilia-Palermo, sez. II, 25 febbraio 2014, n. 568, confermata da Cons. Giust. Amm. Reg. sic., 2 settembre 2014, n. 490, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁸ Così F. SAIITA, *op. cit.*, pp. 244 ss. (corsivi aggiunti), ma, in senso contrario, v. S. VINTI, *op. cit.*

È dunque sufficiente anche solo un'interpretazione letterale della norma, indipendentemente dalla necessità di essere fedeli alla sua *ratio* per poter affermare che già la mancata accettazione dei protocolli *de quibus* possa dar luogo all'esclusione dalla gara.

L'altro aspetto che in questa sede si vuole evidenziare attiene al potere della stazione appaltante di avvalersi della clausola risolutiva espressa, ai sensi dell'art. 1456 c.c., nel caso in cui l'aggiudicatario venga meno agli impegni in essi contenuti.

Da un raffronto con i poteri attribuiti all'ANAC e ai prefetti ai sensi dell'art. 32, D.L. n. 90/2014 (convertito in legge 114/2014) nell'ambito delle “misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione”, invero, potrebbe emergere una sovrapposizione e/o duplicazione di poteri⁶⁹.

⁶⁹ Si riporta, per completezza, il testo dell'art. Art. 32 d.l. 90/2014, “Misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione della corruzione”.

1. Nell'ipotesi in cui l'autorità giudiziaria *proceda* per i delitti di cui agli articoli 317 c.p., 318 c.p., 319 c.p., 319-bis c.p., 319-ter c.p., 319-quater c.p., 320 c.p., 322, c.p., 322-bis, c.p. 346-bis, c.p., 353 c.p. e 353-bis c.p., ovvero, in presenza di *rilevate situazioni anomale* e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture (nonché ad una impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies* del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502) ovvero ad un concessionario di lavori pubblici o ad un contraente generale, il Presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di *fatti gravi e accertati anche ai sensi dell'articolo 19, comma 5, lett. a) del presente decreto*, propone al Prefetto competente in relazione al luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente: a) di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto (ovvero dell'accordo contrattuale) o della concessione; b) di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto (ovvero dell'accordo contrattuale) o della concessione.

2. Il Prefetto, previo *accertamento dei presupposti* indicati al comma 1 e *valutata la particolare gravità* dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero *nei casi più gravi*, provvede nei *dieci giorni* successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto (ovvero dell'accordo contrattuale) e comunque non oltre il collaudo.

2-bis. Nell'ipotesi di impresa che esercita attività sanitaria per conto del Servizio sanitario nazionale in base agli accordi contrattuali di cui all'articolo 8-*quinquies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, il decreto del Prefetto di cui al comma 2 e' adottato d'intesa con il Ministro della salute e la nomina è conferita a soggetti in possesso di *curricula* che evidenzino qualificate e comprovate professionalità ed esperienza di gestione sanitaria).

3. Per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è *sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa*. Nel caso di impresa costituita in forma societaria, *i poteri dell'assemblea sono sospesi per l'intera durata della misura*.

4. L'attività di temporanea e straordinaria gestione dell'impresa è considerata di pubblica utilità ad ogni effetto e gli amministratori rispondono delle eventuali diseconomie dei risultati solo nei casi di dolo o colpa grave.

5. Le misure di cui al comma 2 sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di provvedimento che dispone la confisca, il sequestro o l'amministrazione giudiziaria dell'impresa nell'ambito di procedimenti penali

Ciò in quanto sarebbe possibile ricorrere (da parte dell'ANAC e dei prefetti) alla misura della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa (c.d. commissariamento) in alternativa alla facoltà della p.a. di avvalersi della clausola risolutiva espressa prevista dai protocolli di legalità (ovvero, da una prospettiva opposta a quella appena suggerita, ci si potrebbe chiedere se la stazione appaltante possa avvalersi della

o per l'applicazione di misure di prevenzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento. L'autorità giudiziaria conferma, ove possibile, gli amministratori nominati dal Prefetto.

6. Agli amministratori di cui al comma 2 spetta un compenso quantificato con il decreto di nomina sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

7. Nel periodo di applicazione della misura di straordinaria e temporanea gestione di cui al comma 2, i pagamenti all'impresa sono corrisposti al netto del compenso riconosciuto agli amministratori di cui al comma 2 e l'utile d'impresa derivante dalla conclusione dei contratti d'appalto di cui al comma 1, determinato anche in via presuntiva dagli amministratori, è accantonato in apposito fondo e non può essere distribuito né essere soggetto a pignoramento, sino all'esito dei giudizi in sede penale ovvero, nei casi di cui al comma 10, dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva.

8. Nel caso in cui le indagini di cui al comma 1 riguardino componenti di organi societari diversi da quelli di cui al medesimo comma è disposta la misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa. Il Prefetto provvede, con decreto, adottato secondo le modalità di cui al comma 2, alla nomina di uno o più esperti, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, con il compito di svolgere funzioni di sostegno e monitoraggio dell'impresa. A tal fine, gli esperti forniscono all'impresa prescrizioni operative, elaborate secondo riconosciuti indicatori e modelli di trasparenza, riferite agli ambiti organizzativi, al sistema di controllo interno e agli organi amministrativi e di controllo. 9. Agli esperti di cui al comma 8 spetta un compenso, quantificato con il decreto di nomina, non superiore al cinquanta per cento di quello liquidabile sulla base delle tabelle allegate al decreto di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 4 febbraio 2010 n. 14. Gli oneri relativi al pagamento di tale compenso sono a carico dell'impresa.

10. Le disposizioni di cui al presente articolo si applicano anche nei casi in cui sia stata emessa dal Prefetto un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente *necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto* (ovvero dell'accordo contrattuale), ovvero la sua prosecuzione al fine di garantire la continuità di funzioni e servizi indifferibili per la tutela di diritti fondamentali, nonché per la salvaguardia dei livelli occupazionali o dell'integrità dei bilanci pubblici, ancorché ricorrano i presupposti di cui all'articolo 94, comma 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. In tal caso, le misure sono disposte di propria iniziativa dal Prefetto che ne informa il Presidente dell'ANAC. (Nei casi di cui al comma 2-bis, le misure sono disposte con decreto del Prefetto, d'intesa con il Ministro della salute). Le stesse misure sono revocate e cessano comunque di produrre effetti in caso di passaggio in giudicato di sentenza di annullamento dell'informazione antimafia interdittiva, di ordinanza che dispone, in via definitiva, l'accoglimento dell'istanza cautelare eventualmente proposta ovvero di aggiornamento dell'esito della predetta informazione ai sensi dell'articolo 91, comma 5, del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, e successive modificazioni, anche a seguito dell'adeguamento dell'impresa alle indicazioni degli esperti.

10-bis. Le misure di cui al presente articolo, nel caso di accordi contrattuali con il Servizio sanitario nazionale di cui all'articolo 8-quinquies del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, si applicano ad ogni soggetto privato titolare dell'accordo, anche nei casi di soggetto diverso dall'impresa, e con riferimento a condotte illecite o eventi criminosi posti in essere ai danni del Servizio sanitario nazionale. *[Corsivi aggiunti]*.

Dalla lettura di questa disposizione sorge più di una perplessità. S'intende, certo, che il D.L. 90/2014 sia stato un intervento normativo di emergenza, reso necessario dall'evento EXPO Milano 2015, tuttavia, ne sono derivate, oltre a misure a carattere temporaneo anche istituti "a regime", come le misure di cui al menzionato art. 32 (che non sono state esenti da critiche volte a sottolinearne il dubbio rispetto dei principi costituzionali, soprattutto a fronte dei presupposti applicativi individuati dal legislatore considerati vaghi e pertanto esposti al rischio di interpretazioni arbitrarie), cfr. F. TALLARO, *L'ANAC*, in R. GAROFOLI – G. FERRARI (a cura di), *op. cit.*, pp.157-161.

clausola risolutiva espressa anche qualora sia stato disposto il commissariamento dell'impresa aggiudicataria).

Il modello di protocollo di legalità fornito nelle linee guida ANAC - Ministero dell'Interno del 15 luglio 2014 suggerisce espressamente l'opportunità che «l'esercizio della potestà risolutiva da parte della Stazione appaltante [sia] subordinato alla previa intesa con l'autorità nazionale anticorruzione. A tal fine, la prefettura competente, avuta comunicazione da parte della Stazione appaltante della volontà di quest'ultima di avvalersi della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c., ne darà comunicazione all'autorità nazionale anticorruzione che potrà valutare se, in alternativa all'ipotesi risolutiva, ricorrano i presupposti per la prosecuzione del rapporto contrattuale»⁷⁰.

Sembrerebbe, dunque, potersi ravvisare una possibilità di coordinamento tra i poteri dell'ANAC e quello della stazione appaltante nella subordinazione della decisione sull'attivazione della clausola risolutiva espressa ad una valutazione dell'autorità, che sarà in grado di valutare di volta in volta se sia più opportuno proseguire o risolvere il rapporto contrattuale alla luce del parametro di pubblica utilità.

È vero che una soluzione in tal senso comprimerebbe il diritto potestativo spettante alla p.a. in forza della clausola risolutiva espressa (e, per contro, attribuirebbe all'ANAC un ulteriore potere in aggiunta a quelli – di non certa costituzionalità – conferite dal richiamato art. 32, D.L. 90/2014). Non è meno vero, però, che – come ricordato nel primo paragrafo – la disciplina (speciale) degli appalti pubblici deroghi in larga parte a quella (generale) del contratto di appalto e ciò, in ragione di un pubblico interesse e proprio in considerazione della circostanza che una delle parti sia una pubblica amministrazione.

Per di più, prevedere che un'autorità indipendente valuti l'opportunità di proseguire o meno il rapporto contrattuale sembrerebbe, a prima vista, persino garantire l'interesse del privato alla prosecuzione del contratto. È, però, sufficiente una lettura del citato articolo 32 per constatare che, probabilmente, gli effetti della prosecuzione del contratto alle condizioni determinate dall'ANAC potrebbero risultare tutt'altro che un'ulteriore garanzia per il privato⁷¹.

⁷⁰ Nel presentare uno schema-tipo delle clausole in questione, l'Autorità «evidenzia che l'attivazione di tali strumenti risolutivi dovrà essere coordinata con i poteri attribuiti all'ANAC dal decreto legge 90/2014. A tal fine, appare opportuno che l'esercizio della potestà di risoluzione contrattuale da parte del soggetto aggiudicatore venga previamente sottoposta alla valutazione dell'ANAC, per consentire a quest'ultima di verificare se - in ragione dello stato di avanzamento dei lavori, o del rischio di compromissione della realizzazione dell'opera, tenuto anche conto della rilevanza della stessa – sia preferibile proseguire nel rapporto contrattuale, previo il rinnovo o la sostituzione degli organi dell'impresa aggiudicataria interessata dalle vicende corruttive, secondo le modalità stabilite dal ripetuto decreto legge» (così Autorità Nazionale Anticorruzione - Ministero dell'Interno, *Prime linee guida*, cit.).

⁷¹ Invero, qualora la violazione del protocollo di legalità, oltre ad integrare gli estremi della clausola risolutiva espressa, integri anche i presupposti (in parte vaghi) richiesti ai sensi dell'art. 32, D.L. 90/2014, il prefetto, su proposta dell'ANAC (*recte* del presidente dell'ANAC), potrà procedere alternativamente all'adozione, di uno dei seguenti provvedimenti:

Tuttavia, nella consapevolezza di aver sfiorato un tema la cui trattazione esorbiterebbe dall'argomento in esame e meriterebbe una ben più approfondita analisi, ci si limiterà a rilevare di non aver rinvenuto norme volte ad impedire alla stazione appaltante di avvalersi della clausola risolutiva espressa in pendenza di una delle misure di cui al citato art.32 (anche se potrebbe venir meno l'interesse pubblico ad esercitare la clausola). A conferma di ciò la necessità dell'ANAC stessa di esortare, nelle citate linee guida, le stazioni appaltanti a rimettere l'attivazione della clausola ad una sua previa valutazione⁷².

5. Conclusioni

In queste note si è tentato di riflettere su aspetti e problematiche di uno strumento di cui si sente spesso parlare e che si utilizza altrettanto spesso nella prassi⁷³, ma di cui ancora non sono chiari alcuni tratti, a partire dalla stessa natura giuridica dell'istituto (talora visto come strumento negoziale, talaltra come atto provvedimentale della p.a.)⁷⁴.

Si è anche visto come l'istituto trovi spazio anche nel quadro delle politiche europee⁷⁵, sempre più aperte alla promozione di condotte socialmente responsabili, e ben si concili con i principi dell'ordinamento UE (come affermato dalla CGUE nella causa C-425/14). Anche i dubbi sull'eventuale contrasto dell'art. 1, comma 17, L. 190/2012 con l'art. 45 Dir. 2004/18/CE sembrano venuti meno alla luce della nuova Dir. 2014/24/UE.

Come si è, inoltre, cercato di dimostrare, al di là della collocazione nel panorama della CSR di tutte le declinazioni dei protocolli di legalità⁷⁶, si rinviene una sempre più forte tendenza verso l'inclusione dei privati nel perseguimento di finalità tradizionalmente di appannaggio dello Stato, per le quali, tuttavia, i consueti strumenti forniti dalla legge si mostrano, a volte, insufficienti.

- l'intimazione all'impresa della rinnovazione degli organi sociali mediante sostituzione del soggetto coinvolto nelle vicende individuate come rilevanti dalla norma e, in caso di inottemperanza, l'applicazione della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto (comma 1, lett. a);

- (direttamente) la straordinaria e temporanea gestione dell'attività dell'impresa appaltatrice limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto (comma 1, lett. b).

S'intuisce come l'adozione di tali misure cc.dd. "di prevenzione", che avviene in assenza totale di contraddittorio, possa risultare invasiva per l'impresa aggiudicataria.

⁷² Certo, si deve supporre che si faccia riferimento al caso in cui non sia stato ancora disposto il commissariamento o altra misura c.d. di prevenzione e che quindi la valutazione riguardi l'interesse pubblico alla continuazione del contratto e non, viceversa, al caso in cui tale interesse sia già stato espresso con l'adozione di una delle citate misure. Tuttavia, nel silenzio normativo, potrebbe porsi il problema anche con riferimento alla misura già avviata.

⁷³ Dello scorso 30 agosto il protocollo di legalità per i lavori della Pedemontana Veneta.

⁷⁴ Dalla cui identificazione discenderebbe, come si è visto, una conseguenza non di poco conto, ovvero sia la possibilità che la mancanza dell'accettazione del protocollo di legalità valga o meno come causa di esclusione dalla gara.

⁷⁵ Si v. *supra*, nota 34.

⁷⁶ Si v. *supra*, par.1.

Prospettiva che, sebbene non perfettamente coincidente con la concezione volontaristica di CSR (ricorrendosi, come si è visto, anche a strumenti di tipo pattizio), con essa condivide un presupposto fondamentale: la sempre più forte necessità di un approccio sinergico che veda coinvolti anche i soggetti privati nella realizzazione di obiettivi di importanza centrale per la società civile (come il contrasto delle finalità corruttive).

In ultima analisi, si ritiene di poter affermare che patti di integrità e protocolli di legalità siano strumenti idonei a favorire la cooperazione degli operatori economici privati nel raggiungimento dei summenzionati obiettivi (e nel caso di specie, della legalità nell'ambito degli appalti pubblici). Inoltre, i vantaggi che derivano dall'adozione dei protocolli di legalità⁷⁷ anche fuori dall'ambito degli appalti pubblici contribuiscono alla diffusione dell'idea (e ne sono a loro volta influenzati) che dall'adozione di condotte eticamente responsabili da parte dell'impresa possano derivare benefici non solo per la società civile, ma anche per l'impresa stessa⁷⁸.

⁷⁷ Si v. *supra*, p. 3 e nota 13.

⁷⁸ Questa volta in un'ottica compatibile con la concezione volontaristica di CSR.