La complementarietà tra Codice dei Contratti pubblici e disposizioni organizzative del Piano di prevenzione della corruzione

17 dicembre 2024

Premessa su anticorruzione, contratti pubblici e trasparenza

- Nel corso del 2023 la disciplina dei contratti pubblici è stata interessata da una serie di interventi legislativi che hanno contribuito a innovarne significativamente l'assetto.

- L'Autorità ha deciso di dedicare l'Aggiornamento 2023 del PNA 2022 al settore dei contratti pubblici.

- Le indicazioni contenute nell'Aggiornamento sono orientate a fornire supporto agli enti interessati al fine di presidiare l'area dei contratti pubblici con misure di prevenzione della corruzione e per la promozione della trasparenza che possano costituire una risposta efficace e calibrata rispetto ai rischi corruttivi che possono rilevarsi in tale settore dell'agire pubblico.

Premessa su anticorruzione, contratti pubblici e trasparenza

Gli ambiti di intervento dell'Aggiornamento al PNA 2022 sono circoscritti alla sola parte speciale del PNA 2022 e, in particolare:

- alla sezione dedicata alla schematizzazione dei rischi di corruzione e di *maladministration* e alle relative misure di contenimento, intervenendo solo laddove alcuni rischi e misure previamente indicati, in via esemplificativa, non trovino più adeguato fondamento nelle nuove disposizioni

- alla disciplina transitoria applicabile in materia di trasparenza amministrativa alla luce delle nuove disposizioni sulla digitalizzazione del sistema degli appalti e dei regolamenti adottati dall'Autorità, in particolare quelli ai sensi degli artt. 23, co. 5 e 28, co. 4 del nuovo Codice dei contratti pubblici (cfr. rispettivamente le delibere ANAC nn. 261 e 264 del 2023)

Quadro normativo PNA dopo il 1° luglio 2023

Tenuto conto del quadro normativo descritto sono state fornite le seguenti precisazioni circa l'applicabilità delle indicazioni in materia di contratti pubblici contenute nella Parte Speciale del PNA 2022 e nel presente Aggiornamento 2023:

1. si applica il PNA 2022 a tutti i contratti con bandi e avvisi pubblicati prima del 1° luglio 2023, ivi inclusi i contratti PNRR
2. si applica il PNA 2022 ai contratti con bandi e avvisi pubblicati dal 1° luglio 2023 al 31 dicembre 2023, limitatamente alle specifiche disposizioni di cui alle norme transitorie e di coordinamento previste dalla parte III del nuovo Codice (da art. 224 a 229)
3. si applica il PNA 2022 ai contratti PNRR con bandi e avvisi pubblicati dal 1° luglio 2023, con l'eccezione degli istituti non regolati dal d.l. n. 77/2021 e normati dal nuovo Codice (ad esempio, la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti), per i quali si applica il presente Aggiornamento 2023
4. si applica l'Aggiornamento 2023 ai contratti con bandi e avvisi pubblicati dal 1° luglio 2023, tranne quelli di cui ai precedenti punti 2 e 3

Quadro normativo disciplina contratti pubblici dopo il 1° luglio 2023

L’assetto normativo in essere dopo il 1° luglio 2023 determina pertanto la seguente tripartizione:

a) procedure di affidamento avviate entro la data del 30 giugno 2023, c.d. “procedimenti in corso”, disciplinate dal vecchio Codice (art. 226, comma 2, d.lgs. 36/2023)

b) procedure di affidamento avviate dal 1°luglio 2023 in poi, disciplinate dal nuovo Codice

c) procedure di affidamento relative a interventi PNRR/PNC, disciplinati, anche dopo il 1° luglio 2023, dalle norme speciali riguardanti tali interventi contenute nel d.l. 77/2021 e ss.mm.ii. e dal nuovo Codice per quanto non regolato dalla disciplina speciale

Quadro normativo disciplina contratti pubblici dopo il 1° luglio 2023

Come ulteriori elementi di novità introdotti dal d.lgs. 36/2023, anche in evoluzione e graduazione rispetto al quadro normativo precedente, si annoverano:

- le disposizioni sulla digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici recate dalla Parte II del Codice, ovvero dagli artt. 19 e ss. d.lgs. 36/2023, la cui attuazione decorre dal 1° gennaio 2024, come fattore, tra l'altro, di standardizzazione, di semplificazione, di riduzione degli oneri amministrativi in capo agli operatori economici, nonché di trasparenza delle procedure

- le norme in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui agli artt. 62 e 63, d.lgs. 36/2023

Quadro normativo disciplina contratti pubblici dopo il 1° luglio 2023

La digitalizzazione consente, da un lato, di assicurare efficacia, efficienza e rispetto delle regole e, dall'altro, costituisce misura di prevenzione della corruzione volta a garantire trasparenza, tracciabilità, partecipazione e controllo di tutte le attività.

Qualificazione e digitalizzazione costituiscono, quindi, pilastri del nuovo sistema e la loro effettiva, piena, attuazione contribuisce a velocizzare l'affidamento e la realizzazione delle opere, riducendo al contempo i rischi di *maladmistration* mediante la previsione di committenti pubblici dotati di adeguate capacità, esperienza e professionalità e tramite la maggiore trasparenza e tracciabilità delle procedure.

Tuttavia, l'aspetto particolarmente rilevante del nuovo Codice è rappresentato dall'inedita introduzione di alcuni principi generali, di cui i più importanti sono i primi tre declinati nel testo, veri e propri principi guida, ossia quelli del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

Quadro normativo disciplina contratti pubblici dopo il 1° luglio 2023

Il nuovo Codice enuncia inoltre il valore funzionale della concorrenza e della trasparenza, tutelate non come mero fine ovvero sotto il profilo di formalismi fine a sé stessi, ma come mezzo per la massimizzazione dell'accesso al mercato e il raggiungimento del più efficiente risultato nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti pubblici.

Sempre come precisato dalla Relazione agli articoli e agli allegati al Codice, attraverso la codificazione dei suddetti principi, il nuovo Codice mira a favorire una più ampia libertà di iniziativa e di auto-responsabilità delle stazioni appaltanti, **valorizzandone autonomia e discrezionalità** (amministrativa e tecnica).

Profili di prevenzione PNA e nuovo Codice dei contratti

Fase di affidamento

- ✓ **RISCHIO ELUSIONE NORME PROCEDURE CONCORRENZIALI**: *Possono essere messi in atto comportamenti finalizzati ad ottenere affidamenti diretti di contratti pubblici, inclusi gli incarichi di progettazione, in elusione delle norme che legittimano il ricorso a tali tipologie di affidamenti*

- ✓ **RISCHIO FRAZIONAMENTO**:

  E*' possibile il rischio di frazionamento o alterazione del calcolo del valore stimato dell'appalto in modo tale da non superare i valori economici che consentono gli affidamenti diretti*

  E' possibile il rischio di frazionamento o alterazione del calcolo del valore stimato dell'appalto in modo tale da eludere le soglie economiche fissate per la qualificazione delle stazioni appaltanti

- ✓ **RISCHIO MANCATA ROTAZIONE**: Può non essere data attuazione alla rotazione dei soggetti affidatari, al di fuori dei casi di cui all'articolo 49, comma 5, del Codice, disattendendo la regola generale dei "due successivi affidamenti"

Profili di prevenzione PNA e nuovo Codice dei contratti

Fase di affidamento

- ✓ **RISCHIO PROGETTAZIONE**: Per quanto *riguarda* il c.d. “appalto integrato”, consentito per tutte le opere ad eccezione della manutenzione ordinaria, si potrebbero avere proposte progettuali elaborate più per il conseguimento degli esclusivi benefici e/o guadagni dell’impresa piuttosto che per il soddisfacimento dei bisogni collettivi, tali da poter determinare modifiche/varianti, sia in sede di redazione del progetto esecutivo sia nella successiva fase realizzativa, con conseguenti maggiori costi e tempi di realizzazione

- ✓ **RISCHIO CONFLITTI DI INTERESSE**: *E’ possibile il rischio di situazioni di conflitto di interessi con particolare riferimento alla figura del RUP e del personale di supporto*

- ✓ **RISCHIO SUBAPPALTI A CASCATA**: *Si potrebbe avere un aumento del rischio di possibili accordi collusivi tra le imprese partecipanti a una gara volti a manipolarne gli esiti, utilizzando il meccanismo del subappalto, anche a “cascata”, come modalità per distribuire i vantaggi dell’accordo ad altri partecipanti alla stessa gara*

Profili di prevenzione PNA e nuovo Codice dei contratti

Fase di esecuzione

- ✓ Si potrebbero osservare comportamenti corruttivi ricorrendo alle modifiche e alle varianti di contratti per conseguire maggiori guadagni, a danno anche della qualità della prestazione resa, in assenza dei controlli previsti dal nuovo Codice e dei vincoli imposti dalla disciplina di settore

- ✓ E' possibile il rischio connesso all'omissione di controlli in sede esecutiva da parte del RUP, del DL o del DEC sul corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali per favorire l'impresa esecutrice

Ulteriori possibili criticità: il caso dell'o.e.p.v.

L'aggiudicazione secondo il miglior rapporto qualità/prezzo impone che in fase di costruzione di gara si individuino:

- La ponderazione tra le componenti qualitative e quantitative
- Il punteggio da destinare alle componenti qualitative e quantitative
- I criteri di valutazione e gli eventuali sub criteri
- I metodi di attribuzione del punteggio
- L'individuazione di valori qualitativo «soglia» per la componente qualitativa
- La previsione della c.d. riparametrazione per la componente qualitativa
- L'ammissibilità di varianti in sede di offerta
- La previsione di criteri di valutazione collegati a requisiti soggettivi dell'offerente

Ulteriori possibili criticità: il caso della fase dell'anomalia dell'offerta

La fase in esame impone che le stazioni appaltanti valutino la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta che in base ad elementi specifici appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.

Questo si traduce in un apprezzamento discrezionale preventivo, che se non opportunamente valorizzato, rischia di vanificare gli effetti di tale momento di vaglio su elementi tecnici e di costo che costituiscono il nucleo essenziale dell'offerta.

Le misure di prevenzione e mitigazione del rischio

Nella tabelle dell'Aggiornamento 2023 sono identificate, per i principali istituti incisi dalle norme, possibili criticità e misure per mitigarle che le amministrazioni potranno considerare nell'elaborazione dei propri PTPCT o della sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO.

Le misure hanno carattere esemplificativo e potranno quindi essere adattate alle realtà organizzative delle amministrazioni, potendo queste ultime anche prevederne di ulteriori.

Per molte delle misure proposte si è mantenuta la scelta di non fornire una specifica indicazione sul soggetto tenuto alla effettiva adozione delle stesse, lasciando al RPCT il compito di individuare nel PTPCT/sezione anticorruzione e trasparenza del PIAO il soggetto/la struttura competente all'attuazione della misura, tenendo conto delle peculiarità e dell'assetto organizzativo dell'amministrazione di appartenenza.

Sono anche indicate sinteticamente le **tipologie di misure che possono essere adottate** (dettaglio di seguito).

Profili di prevenzione nel nuovo Codice dei contratti

Tipologie misure
misure di trasparenza (ad es. tracciabilità informatica degli atti, aggiornamento periodico degli elenchi degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate e negli affidamenti diretti, puntuale esplicitazione nelle decisioni a contrarre delle motivazioni della procedura di affidamento)
misure di controllo (ad es. verifiche interne, monitoraggio dei tempi procedimentali, con particolare riferimento agli appalti finanziati con i fondi del PNRR, ricorso a strumenti informatici che consentano il monitoraggio e la tracciabilità degli affidamenti diretti fuori Me.PA per appalti di lavori, servizi e forniture)
misure di semplificazione (ad es. utilizzo di sistemi gestionali per il monitoraggio di gare e contratti; reportistica periodica derivante dalla piattaforma di approvvigionamento digitale)
misure di regolazione (ad es. circolari esplicative recanti anche previsioni comportamentali sugli adempimenti e la disciplina in materia di subappalto, al fine di indirizzare comportamenti in situazioni analoghe e per individuare quei passaggi procedimentali che possono dar luogo ad incertezze)
misure di rotazione e di formazione del RUP e del personale a vario titolo preposto ad effettuare le attività di verifica e controllo degli appalti
Utilizzo di ***check list*** per diverse tipologie di affidamento. Si tratta di strumenti operativi che consentono *in primis* un'attività di autocontrollo di primo livello da parte dei soggetti chiamati a redigere la documentazione della procedura di affidamento, al fine di supportare la compilazione "guidata" degli atti e la loro conformità alla normativa comunitaria e nazionale; nonché un successivo controllo/supervisione dei medesimi atti da parte di soggetti diversi (ufficio contratti, RPCT, controlli interni ecc.)
Stipula di patti di integrità e previsione negli avvisi, nei bandi di gara e nelle lettere di invito, di accettazione degli obblighi, in capo all'affidatario, ad adottare le misure antimafia e anticorruzione ivi previste in sede di esecuzione del contratto

Conclusione: complementarietà tra disposizioni del Codice dei contratti e Piano della prevenzione della corruzione

Esiste dunque una complementarietà tra disposizioni del Codice e disciplina della prevenzione della corruzione? Complementare – nella disciplina dell'economia – è un «bene» che presta il servizio di cui è capace o lo presta in modo migliore, soltanto se impiegato insieme ad altro o ad altri determinati beni. Nel diritto la disposizione complementare integra altre disposizioni rendendo più definita la disciplina.

Pertanto la risposta è affermativa: il Piano della prevenzione delle corruzione costituisce completamento della disciplina in materia di contratti pubblici potendo migliorare gli effetti dell'azione amministrativa in termini di concorrenza, trasparenza ed efficacia.

La nuova «frontiera» per le stazioni appaltante è rappresentata, anche, dalla disciplina non solo del «chi fa cosa» ma anche del «come si fa».

E in tale contesto i controlli sono più efficaci tanto più sono tempestivi, preventivi e con ridotto impatto sul «prodotto finale»