

Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità

Andrea Maltoni

SOMMARIO: 1. Premessa. - 2. Brevi cenni alla normativa in tema di commissariamento. - 2.1. Estensione dei poteri prefettizi di commissariamento al settore sanitario e finalità perseguite. - 3. Il commissariamento prefettizio e l'irrelevanza dei profili attinenti alla tutela della concorrenza. - 3.1. Gli illeciti accertati nel giudizio penale, la ri-valutazione della legittimità dell'aggiudicazione da parte del g.a. e la tutela dei concorrenti non aggiudicatari sul piano risarcitorio. - 3.2. Commissariamento e tutela della concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici. - 4. Il commissariamento disposto nei confronti di imprese esercenti attività sanitarie per conto del S.S.N. - 5. Il commissariamento in seguito all'emissione di informative interdittive antimafia: la gestione commissariale estesa a tutti i contratti pubblici. - 6. I Patti di integrità o Protocolli di legalità tra prevenzione degli illeciti penali e tutela della concorrenza. - 6.1. I Protocolli di legalità di ultima generazione e le clausole risolutive espresse.

1. *Premessa*

Nel presente scritto, dopo aver richiamato brevemente la normativa in tema di commissariamento di imprese limitatamente all'esecuzione di singoli contratti pubblici, nonché dato conto dell'avvenuta estensione al settore sanitario dell'ambito di applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio, si indicheranno le finalità perseguite da detta normativa, mettendo in rilievo le principali criticità che la stessa presenta, come conseguenza della mancata considerazione dei profili attinenti alla tutela della concorrenza, quale valore primario da assicurare tanto nelle procedure di aggiudicazione quanto nella fase di esecuzione dei contratti pubblici¹.

¹ Occorre precisare che, nel presente lavoro, non ci si soffermerà su molti degli aspetti critici della disciplina di cui all'art. 32 d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014 in quanto sono stati esaminati in

2. *Brevi cenni alla normativa in tema di commissariamento*

Com'è noto, in base all'art. 32 del d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014, il Presidente dell'ANAC può chiedere al Prefetto di adottare misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio destinate ad incidere sui poteri di amministrazione e gestione di imprese, nelle ipotesi in cui l'autorità giudiziaria abbia avviato procedimenti inerenti all'accertamento di una serie di delitti, o meglio sia stata rilevata la presenza di «situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite» o di «eventi criminali», attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture ovvero ad un contraente generale ovvero ad un concessionario di lavori pubblici, e sempre che sussistano «fatti gravi e accertati» ex art. 19, comma 5 lett. a) del medesimo decreto². Più precisamente, il Presidente dell'ANAC può proporre al Prefetto di: ordinare il rinnovo degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente alla esecuzione del contratto; di provvedere, direttamente, alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, limitatamente all'esecuzione del contratto; di provvedere alla misura di sostegno e monitoraggio dell'impresa.

Il potere di commissariamento è, in particolare, riconosciuto al fine di evitare che l'esecuzione di un contratto pubblico possa essere interrotta in ragione dell'avvio di una indagine relativa a fatti corruttivi³, nonché impedire che l'im-

altro scritto, si v. A. Maltoni, *Nuove forme di intervento pubblico nella gestione di imprese private: presupposti e limiti*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, 1079 s., spec. 1098 s.

² Con detta previsione normativa si è dunque stabilito che «in presenza di indagini per delitti di particolare gravità ai danni delle pubbliche amministrazioni, ovvero in presenza di situazioni anomale, sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali attribuibili ad imprese aggiudicatarie di un appalto per la realizzazione di opere pubbliche, servizi o forniture, il Presidente dell'ANAC sia dotato di incisivi poteri propositivi nei confronti del Prefetto», si v. la Relazione al disegno di legge n. 2486/2015, 22, reperibile al sito <http://www.camera.it/leg17/126>. Più in generale, in tema di contrasto alla corruzione e contratti pubblici, si v.: F. Di Cristina, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 s.; F. Manganaro, *Il contrasto alla corruzione in materia di contratti pubblici*, in *Giustamm.it*, n. 11/2014; AA.VV., *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing corruption concerns in Public Procurement Internationally*, a cura di G.M. Racca, C.R. Yukins, Bruxelles, Bruylant, 2014; Y. Marique, *Integrity in English and French public contracts: Changing administrative cultures?*, in *Corruption and Conflicts of Interest: A Comparative Law Approach*, a cura di J.-B. Auby, E. Breen, T. Perroud, Edward Elgar Publishing, 2014, 85 s.; A. Pajno, *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell'economia e contrasto alla corruzione*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 1127 s.; G. Manfredi, *Brevi note su contratti pubblici e corruzione*, in *Urb. e app.*, 2015, 749 s.; M.P. Santoro, *La disciplina dei contratti pubblici tra semplificazione e regolazione*, in *Giustamm.it*, n. 7/2016. Si v. anche. Commissione UE, Relazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento Europeo. Relazione dell'Unione sulla lotta alla corruzione, 3 febbraio 2014.

³ Con riferimento al tema più generale dell'individuazione dei fattori istituzionali ed economici che possono agevolare fenomeni corruttivi la letteratura è molto ampia, si v. *ex multis*: A. Shleifer, R.W. Vishny, *Corruption*, in *Quarterly Journal Economics*, August, 1993, 599 s.; S. Rose-Ackerman, *Corruption and Government: Causes, Consequences and Reform*, Cambridge, 1999; A. Ogus, *Corruption and regulatory structures*, in *Law &*

presa esecutrice, coinvolta in dette condotte illecite, possa conseguire un ingiusto arricchimento.

Inoltre, con l'art. 1, comma 704, l. n. 208/2015 (legge di stabilità 2016) è stata estesa la possibilità di adottare le misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014 alle imprese che esercitano attività sanitarie o socio-sanitarie per conto del S.S.N., che risultino coinvolte in procedimenti penali per fatti corruttivi ovvero siano destinatarie di informative antimafia; imprese che, in quanto autorizzate alla realizzazione e all'esercizio di strutture sanitarie, nonché accreditate dalla Regione, abbiano stipulato con quest'ultima o con le aziende sanitarie accordi ex art. 8-quinques d.lgs. n. 502/1992 o altre convenzioni.

Da ultimo, deve richiamarsi la disciplina contenuta nell'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014 – applicabile anche alle imprese operanti nel settore sanitario testé indicate – ai sensi del quale la misura del commissariamento può essere disposta, su iniziativa del Prefetto – il quale, diversamente dall'ipotesi sopra richiamata, è semplicemente tenuto ad informare il Presidente dell'ANAC – là dove sia stata emessa «un'informazione antimafia interdittiva e sussista l'urgente necessità di assicurare il completamento dell'esecuzione del contratto, 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'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011, ovvero «l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi».

Detta ipotesi differisce da quella precedente in ragione del fatto che la disposizione *de qua* indica in modo puntuale i presupposti per l'esercizio del potere prefettizio di commissariamento, nonché i fini di interesse pubblico perseguiti. Là dove, infatti, trovino contestuale applicazione l'art. 32, comma 10, d.l. n. 90/2014 e l'art. 94, comma 3 d.lgs. n. 159/2011⁴, in presenza di un'informazione interdittiva antimafia, il Prefetto adotta la misura del commissariamento allo scopo di salvaguardare determinati interessi pubblici⁵. Detta misura può essere adottata soltanto qualora sia necessario «evitare interruzioni nell'erogazio-

Policy, 2004, vol. 26, 338 s.; D. Della Porta, A. Vannucci, *The hidden order of corruption. An institutional approach*, Ashgate Publishing, 2012; M. De Benedetto, *Administrative Corruption*, in J. Backhaus, *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer on-line, 2014.

⁴ Per l'affermazione secondo cui è possibile l'adozione di una delle misure adottate dal Prefetto ai sensi dell'art. 32, d.l. cit., si v. *ex multis*: TAR Sicilia, Catania, sez. IV, 27 ottobre 2016, n. 2750; Cons. Stato, sez. III, 14 dicembre 2015, n. 5678; Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

⁵ Sottolineano il fatto che l'avvio del procedimento preordinato all'adozione della misura del commissariamento non consegue in via automatica all'emissione di una informazione antimafia interdittiva, R. Canto-

ne di prestazioni che risultano indispensabili per consentire ad una collettività o a tipologie di utenti di poter esercitare diritti primari costituzionalmente garantiti, quali la libertà di circolazione, il diritto alla salute, ecc.», ovvero «mantenere in essere un numero consistente di posti di lavoro, la cui perdita inciderebbe sul livello complessivo della popolazione occupata in un determinato contesto geografico (ad esempio nel territorio provinciale) o in un determinato comparto produttivo», ovvero «evitare che l'interruzione di determinate attività implichi un danno diretto ed immediato alle entrate fiscali e quindi alle complessive esigenze della finanza pubblica»⁶, e sempre che ricorrano le condizioni che avrebbero legittimato la prosecuzione del rapporto contrattuale con l'impresa aggiudicataria, ovvero l'opera sia in corso di ultimazione, ovvero la fornitura di beni e servizi risulti essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico⁷.

Nel caso, invece, in cui non sussistano le condizioni indicate dall'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011, in quanto l'opera non sia in corso di ultimazione ovvero la fornitura di beni e servizi non possa considerarsi essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, l'intervenuta emissione dell'informazione interdittiva impone di procedere alla revoca dell'aggiudicazione, o nel caso in cui sia stato stipulato il contratto, alla risoluzione del medesimo.

2.1. Estensione dei poteri prefettizi di commissariamento al settore sanitario e finalità perseguite

Nel delineare l'estensione dei poteri prefettizi occorre tener conto non soltanto delle disposizioni già richiamate, ma anche di alcuni documenti e linee guida dell'ANAC che ne hanno con più precisione definito i contorni.

Come è stato posto in rilievo dalla stessa ANAC nelle *Seconde Linee Guida* del 2015, il potere attribuito al Prefetto nell'individuazione della misura più adeguata risulta molto ampio, potendo il medesimo sempre disporre in via diretta il commissariamento, ogni qual volta reputi che la rinnovazione dell'organo sociale con poteri di amministrazione «non risulti sufficiente a garantire gli interessi di

ne, B. Coccagna, *I poteri del Presidente dell'ANAC nel d.l. n. 90*, in *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, a cura di R. Cantone, F. Merloni, Torino, 2015, 117.

⁶ Si v. ANAC, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia* 27 gennaio 2015, in <https://www.anticorruzione.it/>.

⁷ Si v. ancora ANAC, *Seconde Linee Guida per l'applicazione delle misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, cit.

tutela della legalità e dell'immagine dell'amministrazione (ad esempio perché le situazioni verificatesi interessano più organi o una pluralità di loro componenti)»⁸.

Peraltro, sempre l'ANAC non ha mancato di sottolineare come il commissariamento, anche se limitato «alla completa esecuzione dell'appalto o della concessione», comunque fino al collaudo dell'opera nel caso di lavori pubblici, costituisca una misura molto più invasiva e penetrante nei confronti dell'autonomia imprenditoriale rispetto a quella della rinnovazione degli organi sociali con poteri di amministrazione⁹.

Con riguardo, più specificamente, ai poteri dei commissari, nelle richiamate *Seconde Linee Guida* è stato posto in rilievo come ai medesimi siano attribuiti ampi poteri conformativi e limitativi della libertà di iniziativa economica, atteso che, a norma del comma 2 dell'art. 32, d.l. cit., per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono sospesi l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa, nonché i poteri dell'assemblea dei soci per l'intera durata del commissariamento, limitatamente all'esecuzione del contratto¹⁰.

In ordine agli effetti conformativi e limitativi di tali poteri occorre altresì tener conto che, a seguito del commissariamento, l'utile d'impresa, derivante dal contratto pubblico, deve essere accantonato in un apposito fondo – anche attraverso la costituzione di una società per azioni o mediante la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-*bis* c.c. –, non può essere distribuito ed è impignorabile fino all'esito dei giudizi penali ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari relativi all'informazione interdittiva antimafia¹¹.

La finalità del commissariamento è dunque essenzialmente quella di garantire la continuità nell'esecuzione del contratto pubblico, nei tempi previsti, al fine di assicurare che i proventi ricavabili dall'esecuzione del contratto siano destinati in via esclusiva agli «eventuali interventi (quali confische o risarcimenti) che potrebbero essere disposti a seguito dell'accertamento penale»¹². Peraltro, come

⁸ Si v. ANAC, *Richiesta di straordinaria e temporanea gestione della società Maltauro Spa con riferimento all'appalto relativo alle "Architetture di servizio" afferenti al sito per l'esposizione universale del 2015*, in <https://www.anticorruzione.it/>.

⁹ Si v. ANAC, *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, n. 114*, in <http://www.anticorruzione.it/portal/publicclassic>.

¹⁰ Si v. ANAC, *Seconde Linee Guida per l'applicazione di misure straordinarie di gestione, sostegno e monitoraggio di imprese nell'ambito della prevenzione anticorruzione e antimafia*, 27 gennaio 2015, § 2, in <https://www.anticorruzione.it>.

¹¹ Ne consegue che – come è stato posto in rilievo nella Relazione annuale 2016 dell'ANAC, Roma, Camera dei deputati, 6 luglio 2017, in <http://www.anticorruzione.it> – la destinazione di tali somme, provvisoriamente congelate, non può che essere considerata in «una prospettiva funzionale e coerente con l'intervento di misure cautelari patrimoniali di competenza del giudice penale, quali il sequestro preventivo e la confisca, ovvero con eventuali istanze risarcitorie promosse dalla stazione appaltante».

¹² Si v. sul punto ANAC, *Proposta di straordinaria e temporanea gestione del Consorzio Venezia Nuova con sede in Venezia – Art. 32, comma 1, del decreto legge 24 giugno 2014 n. 90, convertito con modificazioni dalla legge*

è stato sottolineato dai giudici del Consiglio di Stato, con la misura del commissariamento di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014, il legislatore ha cercato di bilanciare «unicamente i due interessi pubblici alla sollecita realizzazione dell'opera e ad impedire al possibile reo di lucrare sul proprio illecito, lasciando sullo sfondo l'interesse delle altre imprese partecipanti alla gara a monte»¹³.

Se questo è l'assetto di interessi prefigurato dal legislatore, la cui concretizzazione è rimessa all'Autorità prefettizia sulla base della richiesta espressa dal Presidente dell'ANAC, sembra possibile prospettare alcuni profili di illegittimità costituzionale, in quanto detto commissariamento comprime in modo eccessivo la libertà di iniziativa economica delle imprese che risultano sottoposte a tale misura e finisce per tutelare essenzialmente gli interessi patrimoniali pubblici, come si desume dalla previsione dell'obbligo di segregazione delle somme destinate a confische o risarcimenti¹⁴. La stazione appaltante, in seguito al commissariamento, per un verso, evita che venga interrotta l'esecuzione del contratto in essere ed il subentro nel medesimo di un altro concorrente partecipante alla procedura non risultato aggiudicatario, per l'altro, elimina il rischio che, come conseguenza di detto subentro, si determini un allungamento dei tempi di durata del contratto, nonché un aumento delle spese. Ciò, tuttavia, determina una discrasia tra il diritto interno (i.e. l'art. 32, d.l. cit.), che tutela in via prioritaria l'interesse delle amministrazioni aggiudicatrici all'integrale esecuzione del contratto, e il diritto europeo che mira ad assicurare, in attuazione del principio concorrenziale, che le procedure di affidamento di contratti pubblici siano eque, imparziali e non condizionate da fattori distorsivi della concorrenza.

In tale prospettiva, la configurazione del summenzionato bilanciamento, che scaturisce dalla disposizione attributiva di tali poteri prefettizi, non può considerarsi soddisfacente, invero, anche per altre rilevanti ragioni.

Innanzitutto, il soddisfacimento degli interessi patrimoniali delle stazioni appaltanti avviene a scapito degli altri concorrenti nella medesima procedura di aggiudicazione.

In secondo luogo, il rischio che si determini un ingiusto arricchimento dell'impresa derivante dall'esecuzione del contratto è da porsi esclusivamente in relazione al commissariamento disposto dal Prefetto, che è finalizzato alla completa esecuzione del contratto, rischio che non sarebbe configurabile là dove vi fosse il subentro nell'esecuzione del contratto di un altro concorrente non aggiudicatario.

11 agosto 2014, n. 114, in <http://www.anticorruzione.it>. In tal senso si v. anche Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹³ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143; nonché in termini non dissimili: Cons. Stato, 16 settembre 2014, ord. n. 4089, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

¹⁴ Sia consentito rinviare su detti aspetti ad A. Maltoni, *op. cit.*, spec. 1109-1110.

In terzo luogo, la disciplina relativa al potere di commissariamento non ha tenuto conto della sostanziale diversità sussistente tra i contratti pubblici, regolati dalle normative di matrice europea, e gli accordi contrattuali e le convenzioni con il S.S.N., che non sono conclusi in esito a un confronto concorrenziale.

In quarto luogo, occorre considerare che il Prefetto, il quale è chiamato caso per caso a verificare la sussistenza delle condizioni per procedere al commissariamento, non è tenuto, come nell'ipotesi in cui siano state invece emesse informazioni interdittive antimafia, a valutare se e come debbano essere soddisfatti altri beni o valori di rango costituzionale, come ad es. la tutela dell'occupazione, la tutela di diritti fondamentali (ad es: quello alla salute).

In quinto luogo, in molti casi si potrebbero inserire specifiche clausole risolutive espresse, contenute in Protocolli di legalità o Patti di integrità, al fine di ottenere un effetto deflattivo in relazione all'adozione delle misure prefettizie di commissariamento, qualora non siano state emanate informazioni interdittive antimafia. In virtù dell'applicazione di dette clausole, al ricorrere di fatti rilevanti configuranti gravi indizi di colpevolezza – che giustificano la predetta misura di straordinaria gestione – ancorché non definitivamente accertati nel giudizio penale – si avrebbe il subentro nel contratto pubblico di altro concorrente non risultato aggiudicatario.

Si esamineranno, ora, partitamente, i rilievi testé indicati.

3. *Il commissariamento prefettizio e l'irrilevanza dei profili attinenti alla tutela della concorrenza*

Com'è noto, le procedure di evidenza pubblica disciplinate dalle normative europee perseguono il soddisfacimento di finalità di interesse generale più ampie rispetto agli interessi patrimoniali dello Stato e delle stazioni appaltanti, atteso che la disciplina europea della concorrenza – come riconosciuto più volte dai giudici del Consiglio di Stato – è rivolta «essenzialmente alla tutela delle posizioni soggettive delle imprese, cui dovrebbe corrispondere in capo alla pubblica amministrazione l'obbligo di tenere un corretto comportamento verso i concorrenti nelle gare pubbliche»¹⁵. Esigenze imperative, quali la tutela dell'ordine pubblico, possono comportare limitazioni delle libertà fondamentali all'interno dello spazio unico europeo – dal momento che configurano deroghe all'applicazione

¹⁵ Si v. Cons Stato, sez. V, 8 novembre 2012 n. 5686; ID 27 marzo 2013, n. 1833; TAR Milano sez. I, 20 aprile 2014. n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. In dottrina si v. *ex multis*: A. Romano, *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. amm.*, 1998, 1 s.; G. Racca, *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra autonomia e correttezza*, Napoli, 2000, 333.

del principio di concorrenza – a condizione che dette limitazioni siano conformi al principio di proporzionalità.

Potrebbe ritenersi, *prima facie*, che la disciplina di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014 consideri in modo prioritario gli obiettivi di tutela e sicurezza pubblica, sacrificando parzialmente i diritti di proprietà e di iniziativa economica¹⁶. In realtà, il commissariamento di un'impresa aggiudicataria di un appalto o di una concessione non appare propriamente rivolto a garantire il rispetto di esigenze di ordine pubblico, al di fuori dei casi in cui sia stata emessa un'informazione interdittiva antimafia. Si consideri, infatti, che con tale misura – come si è sottolineato – si perseguono interessi pubblici diversi da quelli appena indicati, *recte*: a) quello alla sollecita realizzazione dell'opera o alla fornitura del servizio o dei beni; b) quello di evitare che il possibile reo lucri sul proprio illecito conseguendo gli utili derivanti dall'esecuzione del contratto. Tuttavia, quand'anche si volesse sostenere che nella decisione assunta dal Prefetto si tiene conto anche di esigenze di ordine pubblico, occorrerebbe pur sempre verificare se la predetta misura sia o meno conforme al principio di proporzionalità in ragione del sacrificio imposto alla libertà di iniziativa economica e al diritto di proprietà dell'operatore economico, sottoposto alla indicata misura straordinaria. In realtà, si dovrebbe tener conto altresì che con il commissariamento viene imposto un sacrificio anche ad altri soggetti privati, *i.e.* i concorrenti non risultati aggiudicatari, in ragione dei fatti corruttivi emersi, atteso che ai medesimi non viene mai consentito di subentrare nell'esecuzione del contratto e dunque di conseguire il bene della vita¹⁷.

In altri termini, il commissariamento pregiudica i concorrenti, i quali sarebbero risultati aggiudicatari là dove non si fossero verificati quegli illeciti che hanno falsato la concorrenza in quella determinata gara¹⁸. Il commissariamento costituisce infatti una misura che viene adottata prescindendo completamente da considerazioni circa il rispetto del principio della concorrenza, dal momento che non

¹⁶ Si v. per tale rilievo F. Nugnes, *Le misure di straordinaria e temporanea gestione d'impresa in caso di corruzione negli appalti pubblici. Principali aspetti critici dell'istituto*, in *Dir. econ.*, 2017, I, spec. 193.

¹⁷ La totale pretermissione del sacrificio imposto agli operatori concorrenti non risultati aggiudicatari è chiaramente desumibile dalla esclusiva considerazione del fatto che, come è stato sottolineato anche di recente dai giudici di Palazzo Spada, il commissariamento costituisce uno «strumento per l'esecuzione del contratto nell'esclusivo interesse della p.a. (in alternativa al recesso) cui si affianca l'ulteriore funzione cautelare e preventiva, di accontamento degli utili eventualmente prodotti in visto della definitiva confisca» (si v. Cons. Stato, sez. III, 10 gennaio 2018, n. 93, cit.).

¹⁸ Come si sottolinea nel Rapporto della Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione, *La corruzione in Italia. Per una politica di prevenzione. Analisi del fenomeno, profili internazionali e proposte di riforma*, pubblicato in data 01.10.2012, consultabile in <http://trasparenza.formez.it>, la diffusione del fenomeno corruttivo «altera la libera concorrenza, favorendo la concentrazione della ricchezza in capo a coloro che accettano e beneficiano del mercato della tangente a scapito di coloro che invece si rifiutano di accettarne le condizioni».

viene attribuito alcun rilievo al fatto che nell'aggiudicazione del contratto non siano state assicurate procedure eque, trasparenti e imparziali.

Detto rilievo non ci pare che sia contraddetto dall'osservazione secondo cui «la tutela della continuità dell'esecuzione dell'appalto riguarda essenzialmente l'opportunità di non gravare la stazione appaltante dei tempi e dei costi necessari all'espletamento di una nuova procedura, ...ma non può spingersi – pena l'incostituzionalità dell'art. 32 per violazione degli artt. 24 e 113 Cost., nonché del principio euro-unitario di tutela della concorrenza – fino al punto di blindare l'esito della procedura di evidenza pubblica, rendendolo insensibile alle iniziative giurisdizionali degli altri concorrenti»¹⁹. Questi ultimi possono, infatti, sempre impugnare l'aggiudicazione per «vizi di legittimità concernenti profili diversi da quelli all'origine dell'intervento del Prefetto»²⁰.

Al riguardo, va però osservato che, là dove i fatti corruttivi emersi abbiano falsato il confronto concorrenziale, i concorrenti non aggiudicatari risultano pregiudicati due volte: la prima perché non hanno ottenuto l'aggiudicazione del contratto a causa degli illeciti penali compiuti nella fase dell'evidenza pubblica; la seconda in ragione del fatto che gli è inibito il subentro nell'esecuzione del contratto, nonostante la scoperta di detti illeciti – che non possono essere fatti valere quali autonomi vizi propri dell'aggiudicazione – posto che, in seguito al commissariamento, è la stessa impresa aggiudicataria a dover dare completa esecuzione al contratto, sia pure attraverso la gestione commissariale.

In questa prospettiva, la valutazione compiuta in sede giurisdizionale in ordine alla legittimità dell'attività amministrativa della stazione appaltante risulta sempre e comunque avulsa dai fatti illeciti emersi, quand'anche questi abbiano falsato il confronto concorrenziale in una determinata procedura.

3.1. Gli illeciti accertati nel giudizio penale, la ri-valutazione della legittimità dell'aggiudicazione da parte del g.a. e la tutela dei concorrenti non aggiudicatari sul piano risarcitorio

L'assoluta irrilevanza sul piano della legittimità dell'attività amministrativa compiuta dalla stazione appaltante dell'illecito penale accertato – come conseguenza della circostanza che i fatti corruttivi sono emersi in una fase successiva a quella di aggiudicazione della gara – determina una evidente distonia.

A questo riguardo, deve segnalarsi come, ad avviso dei giudici del Consiglio di Stato, sia configurabile una netta cesura, sul piano degli effetti giuridici,

¹⁹ Si v. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>.

²⁰ Si v. ancora Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533, cit.

tra gli illeciti oggetto di accertamento in un giudizio penale, comunque perpetrati durante la gestione della procedura di gara da parte della stazione appaltante, e la valutazione compiuta dal giudice amministrativo in ordine alla legittimità degli atti adottati nella procedura stessa, seppure ai soli fini del riconoscimento del risarcimento del danno patito²¹. Ciò essenzialmente in ragione del fatto che l'evento – *recte* l'accertamento dell'illecito penale – là dove si sia «verificato in un momento successivo all'esaurimento della fase pubblicistica di scelta del contraente» «non [può] mai “retroagire” in modo da viziare *ex post* gli atti di gara»²².

Detta cesura, sia pure in termini un po' più sfumati, viene riconosciuta anche in un'altra decisione, riguardante sempre una vicenda nella quale era coinvolta la società EXPO 2015, ove i giudici amministrativi hanno evidenziato come «per “provvedimento adottato in violazione di legge” deve intendersi quello in cui il vizio sia stato posto in essere nell'ambito dell'attività procedimentale/provedimentale della p.a., senza che possano assumere rilievo *ex se* le eventuali condotte illecite (o finanche penalmente rilevanti) poste in essere dai soggetti che abbiano operato per conto della stessa p.a.; queste ultime, se del caso, potranno rilevare sotto il profilo dell'eccesso di potere per sviamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2000, nr. 5366), ma a condizione che tale vizio trovi “rappresentazione” negli atti impugnati attraverso le sue figure sintomatiche, come sempre è necessario perché possa configurarsi tale tipologia di vizio»²³.

²¹ Appaiono significativi, al riguardo, gli argomenti utilizzati dai giudici di Palazzo Spada nel ribaltare le conclusioni cui erano pervenuti i giudici di primo grado. Occorre anzitutto ricordare che questi ultimi (si v. TAR, Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>), muovendo dal rilievo secondo cui «la responsabilità della società Expo, alla luce della sua incapacità di assicurare la legalità della procedura di gara e, una volta emerse le sopra citate condotte di malaffare, di porvi immediato rimedio, trova piena conferma ove si raffrontino le condotte illecite dei soggetti (prima indagati e poi) condannati e gli atti e i provvedimenti assunti dalla stazione appaltante nell'ambito del procedimento di gara», e, tenuto conto che il giudizio amministrativo deve essere ormai inteso come un giudizio sul rapporto, erano pervenuti alla conclusione che non è «soltanto, all'atto terminale del procedimento di gara che si deve prestare attenzione ai fini del decidere, quanto, piuttosto, a ciò che è accaduto nel corso della procedura di gara, sulla cui illiceità non vi è dubbio alcuno», atteso che la legittimità dell'attività amministrativa non può «prescindere dall'accertata illiceità della procedura di gara e dall'elementare rispetto del principio di legalità, la cui violazione è provata dalla definizione non soltanto dalle sopra citate vicende giudiziarie, ma, anche, e non secondariamente, dalle motivate ragioni che hanno condotto al commissariamento dell'aggiudicataria». Per contro, i giudici del Consiglio di Stato hanno ritenuto che i presupposti individuati dai giudici di prime cure come fondativi della responsabilità risarcitoria della pubblica amministrazione non attengono a vizi di legittimità dell'atto amministrativo, bensì «– i primi due (*culpa in eligendo* ed *in vigilando*), attengono ad una attività di controllo che si afferma carente e/o inesistente della persona giuridica pubblica su soggetti titolari o componenti di organi amministrativi, dunque sulla loro complessiva attività e sulla rispondenza del “comportamento” tenuto dai medesimi al *munus publicum* conferito; – l'ultimo (omesso esercizio del potere di autotutela) ad un comportamento omissivo dell'esercizio di un potere del quale l'amministrazione è titolare» (si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>).

²² Si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, cit.

²³ Si v. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 143, ove si rimarca altresì che non «deve sorprendere il fatto che, a fronte di condotte illecite e anche penalmente rilevanti poste in essere da pubblici ufficiali nell'esercizio delle proprie funzioni, possa non sussistere anche un vizio di legittimità negli atti da questi

In tal modo, però, si finisce per trascurare il fatto che la violazione del principio di libera concorrenza – che impone di osservare procedure di aggiudicazione dei contratti pubblici eque, trasparenti e imparziali – costituisce la diretta conseguenza dei fatti illeciti accertati²⁴.

Là dove, in virtù degli illeciti penali accertati, risulti falsato il confronto concorrenziale tra le imprese nella fase dell'evidenza pubblica, non possono non risultare violati quei principi del diritto europeo che costituiscono espressione ed attuazione del principio di libera concorrenza, atteso che detti principi impongono di assicurare procedure di aggiudicazione eque ed imparziali. A ben vedere, non può mai risultare garantito il rispetto dei principi di imparzialità e di *par condicio* in una pubblica gara nella quale l'impresa aggiudicataria sia scelta in virtù di artifici che costituiscono la diretta conseguenza dei patti corruttivi conclusi, quand'anche manchi la formalistica rappresentazione della violazione di detti principi negli atti di tale procedura. Si osservi infatti che è la complessiva attività della stazione appaltante nella procedura di evidenza pubblica a risultare inficiata, con la conseguenza che, essendo risultato falsato il confronto concorrenziale, dovrebbero ri-valutarsi le offerte presentate in detta procedura al fine di pervenire ad una nuova determinazione finale. Detta illegittimità, tuttavia, a distanza di anni dall'aggiudicazione e dall'avvio dell'esecuzione del contratto, non potrebbe che rilevare sul piano risarcitorio. Al riguardo va considerato che, a norma dell'art. 30, comma 1, c.p.a., l'azione risarcitoria può proporsi anche in via autonoma rispetto all'azione di annullamento, fermo restando la necessità di proporre la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi «entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo».

Nella prospettiva risarcitoria indicata, che differisce tuttavia da quella accolta nelle pronunzie dei giudici di Palazzo Spada sopra richiamate, l'accertamento in via definitiva di illeciti penali commessi nella fase dell'evidenza pubblica finirebbe per rilevare anche sul piano della valutazione della legittimità dell'attività compiuta dalla stazione appaltante, considerato che, là dove la domanda

posti in essere: trattasi invero di evenienza fisiologica, connessa alla diversa natura del giudizio amministrativo di legittimità, che presuppone sempre l'accertamento di vizi che devono ricavarsi dai provvedimenti impugnati o dall'iter procedimentale che li ha preceduti, rispetto al giudizio penale, che ha a oggetto l'accertamento di responsabilità individuali per fatti previsti dalla legge come reati (e la cui commissione, come è noto, può determinare anche l'interruzione del rapporto di immedesimazione organica tra il pubblico ufficiale e la p.a. presso cui presta servizio)».

²⁴ Per un riferimento a detto collegamento, sia pure in termini piuttosto laconici, si v. TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 553, in <http://www.giustizia.amministrativa.it>.

risarcitoria fosse proposta, in via autonoma²⁵, davanti al giudice amministrativo, quest'ultimo non potrebbe che prendere atto che l'atto di aggiudicazione – con cui era stato individuato un determinato contraente – è illegittimo per violazione dei principi del diritto europeo, recepiti nel nostro ordinamento interno, e dunque per violazione di legge o per eccesso di potere²⁶.

In altri termini, l'operatività del termine decadenziale di 120 giorni previsto dall'art. 30, comma 3, c.p.a., decorrerebbe dalla conoscenza dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione – da considerarsi realizzata al momento del passaggio in giudicato della sentenza con cui vengano accertati gli illeciti penali commessi ovvero allorquando la responsabilità con riferimento a questi ultimi sia divenuta non più contestabile in base ad un altro provvedimento del giudice penale – atteso che soltanto da detto momento può ritenersi che il soggetto che ha subito il pregiudizio abbia avuto piena contezza del fatto che il confronto concorrenziale, in quella determinata procedura, è risultato falsato e l'aggiudicazione è avvenuta in spregio ai principi del diritto europeo²⁷. Come è stato riconosciuto dai giudici

²⁵ Come sottolineato di recente anche dal giudice delle leggi «Il legislatore ha, dunque, delineato una disciplina che riconosce al danneggiato la facoltà di scegliere le modalità della tutela risarcitoria nei confronti dell'esercizio illegittimo della funzione pubblica, adottando un modello processuale che determina un significativo potenziamento della tutela, anche attraverso il riconoscimento di un'azione risarcitoria autonoma, con il conseguente abbandono del vincolo derivante dalla pregiudizialità amministrativa.», si v. Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

²⁶ Non sembra potersi condividere, con riferimento a situazioni di tal fatta, la costruzione giurisprudenziale sopra richiamata secondo cui, nell'ipotesi della *culpa in eligendo* o *in vigilando*, la responsabilità attribuita all'amministrazione non discenderebbe dall'illegittimità dell'atto adottato ma atterrebbe «al più generale comportamento del funzionario (legato da rapporto di servizio o di ufficio), il cui comportamento illecito eventualmente causativo di danno a privati, pur svoltosi in cesura di rapporto organico (proprio perché penalmente illecito), avrebbe tuttavia potuto essere evitato attraverso un diligente esercizio del potere di scelta (*recte*: di preposizione organica), ovvero di vigilanza sull'operato del medesimo funzionario». I giudici del Consiglio di Stato, nel caso di specie, a ben vedere, hanno fatto riferimento a categorie utilizzate tipicamente nei giudizi davanti alla Corte dei conti al fine di stabilire la sussistenza di ipotesi di responsabilità amministrativa dei funzionari pubblici, atteso che – come i medesimi giudici sottolineano – le forme di responsabilità connesse agli istituti della *culpa in eligendo* ed *in vigilando* si riferiscono «ad un vizio afferente al corretto rapporto tra persona giuridica pubblica e soggetto che per essa agisce, stante il rapporto organico, e dell'agire del quale l'amministrazione è chiamata a rispondere non già perché responsabile delle conseguenze lesive dell'atto adottato, non essendo ad essa imputabili eventuali effetti derivanti dall'attività o comportamento penalmente illecito, stante l'intervenuta cesura del rapporto organico (il che, ove al contrario fosse, comporterebbe una responsabilità risarcitoria in solido con l'autore del fatto-reato), quanto una responsabilità distinta, fondata su elementi diversi: non già sull'azione o omissione illecita causativa di danno, quanto su un (distinto) comportamento cui si sarebbe stati tenuti e che, in difetto, determina una (distinta) responsabilità» (si v. Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1808, cit.). Occorre però tener distinto il profilo della responsabilità dei singoli agenti nei confronti di amministrazioni pubbliche da quello attinente alla valutazione della legittimità dell'azione amministrativa e al pregiudizio subito da soggetti terzi. Non può trascurarsi infatti che gli illeciti penali, in ipotesi di tal fatta, denotano l'avvenuta violazione dei principi del diritto europeo nella fase dell'evidenza pubblica, stante la non configurabilità di procedure eque ed imparziali, con riferimento alle quali i soggetti che hanno subito un pregiudizio sono individuabili nei concorrenti non aggiudicatari.

²⁷ Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si rileva che si deve anche tener conto che la Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto che «"il testo dell'art. 2947 c.c. dev'essere letto e interpretato congiuntamente al disposto dell'art. 2935 c.c.", nel senso che "per

del Tar Milano – nella controversia sopra richiamata – deve rilevarsi che la prima parte dell'art. 30, comma 3, c.p.a. «presenta una formulazione identica a quella di cui all'art. 2947 c.c., mentre la seconda parte collega la decorrenza del termine decadenziale alla conoscenza del provvedimento nei casi in cui il danno sia a questo direttamente ascrivibile», di tal che non potrebbe prescindersi «dall'esatta percezione delle conseguenze dannose scaturite dall'illiceità della procedura di gara oggetto del contendere», dal momento che «le ripercussioni degli illeciti [sono] divenute conoscibili alle ricorrenti soltanto dopo l'eclatante scoperta del patto delittuoso volto a turbare la selezione pubblica»²⁸. In altri termini, il termine per la proposizione dell'azione risarcitoria decorrerebbe dalla conoscenza dell'illegittimità dell'atto di aggiudicazione, la quale si realizzerebbe in un momento successivo a quello in cui si è provveduto a dare comunicazione del medesimo atto ai concorrenti nella gara (*recte*: con l'accertamento in via definitiva degli illeciti penali), in quanto soltanto in tale momento potrebbe affermarsi che si è avuta l'esatta percezione delle conseguenze dannose scaturite dall'illiceità della procedura di gara²⁹. Quand'anche, poi, si dovesse ritenere che detta successiva conoscenza

poter esercitare il diritto al risarcimento del danno è cioè indispensabile che il titolare sia adeguatamente informato non solo dell'esistenza del danno, ma anche della sua ingiustizia, non potendo altrimenti riscontrarsi nel suo comportamento l'inerzia che è alla base della prescrizione» e che il termine per proporre la domanda di risarcimento non dev'essere, pertanto, fatto decorrere «dal momento in cui l'agente compie l'illecito o da quello in cui il fatto del terzo determina ontologicamente il danno all'altrui diritto, bensì dal momento in cui l'illecito e il conseguente danno si manifestano all'esterno, divenendo oggettivamente percepibili e riconoscibili» (si v. Cass. civ. sez. III, 6 dicembre 2011, n. 26188). Inoltre, sottolineano i medesimi giudici che «la prescrizione decorre dal momento in cui il danneggiato, con l'uso dell'ordinaria diligenza, sia in grado di avere conoscenza dell'illecito, del danno e della derivazione causale dell'uno dall'altro» (si v. Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2011, n. 13616). Non sembra peraltro essere priva di significato la sottolineatura, contenuta nella recente pronuncia della Consulta, secondo cui «il termine di centoventi giorni previsto dalla norma censurata, . . . di per sé ed in assenza di problemi legati alla conoscibilità dell'evento dannoso, non rende praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione» (si v. Corte cost. 4 maggio 2017, n. 94, cit.). Nell'ipotesi qui considerata la conoscibilità dell'evento dannoso, a decorrere dal quale debbono computarsi i 120 giorni, non potrebbe che farsi coincidere con l'accertamento in via definitiva dell'illecito penale commesso dagli agenti della stazione appaltante o da altro provvedimento del giudice penale, come quello di accoglimento della richiesta di patteggiamento da parte del GIP (si v. ancora in questi termini: TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, cit.).

²⁸ Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, cit. Ciò comporta, ad avviso di tali giudici, che non è «fondatamente sostenibile che, al momento della comunicazione ex art. 79 del D.lgs. 163/2006 (22.11.2013), le società ricorrenti fossero al corrente, o potessero anche astrattamente percepire, le dannose conseguenze dell'operato illecito (allora ignoto) posto in essere dagli appartenenti al sodalizio criminale, essendosi tali conseguenze palesatesi «solo nel maggio 2014» (cfr. p. 3 del ricorso), vale a dire quando i citati soggetti sono stati arrestati (8.5.2014). Soltanto dopo aver percepito il carattere delittuoso delle condotte in questione, e, in diretta dipendenza, la rilevanza eziologica di tali comportamenti in ordine alla consumata turbativa della procedura di gara, il RTI ricorrente ha, senza indugio, notificato il ricorso introduttivo (11.6.2014), depositato il giorno successivo (12.6.2014)».

²⁹ Come sottolinea R. Gisondi, *Art. 30*, in *Codice del nuovo processo amministrativo*, (a cura di) F. Carinella, M. Protto, Roma, 2015, 384, «diversamente da quanto avviene per l'azione di annullamento non è, infatti, sufficiente la semplice percezione della lesione della sfera giuridica individuale provocata dall'atto illegittimo, ma è altresì necessaria un'esatta conoscenza delle conseguenze dannose che, nella maggior parte dei casi,

finisce per rimettere di fatto in termini i soggetti interessati per proporre l'azione di annullamento, dovrebbe sempre valutarsi se la stessa possa ancora considerarsi utile, tenuto conto che è molto probabile che venga esperita a distanza di anni dall'aggiudicazione, ossia allorquando il contratto risulti ormai completamente eseguito o comunque si trovi in una fase avanzata di esecuzione.

3.2. *Commissariamento e tutela della concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*

Deve rilevarsi, ai fini che qui maggiormente interessano, che il principio di libera concorrenza trova applicazione anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici³⁰.

Sulla base di quanto si è sopra osservato, l'unico dato che potrebbe forse indurre a ritenere preferibile la prosecuzione dell'esecuzione del contratto da parte della stessa impresa – nei confronti della quale siano emerse situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite o di eventi criminali – per il tramite della gestione commissariale, è individuabile nella circostanza che gli illeciti penali, nel momento in cui si dispone il commissariamento, non sono stati ancora accertati in via definitiva nell'ambito di un giudizio penale. Occorre però tener conto che ai fini dell'adozione della misura del commissariamento – che impatta in modo rilevante sull'autonomia gestionale dell'impresa – è sufficiente che sussistano elementi tali da indurre ad una valutazione probabilistica in ordine all'illecita aggiudicazione di un contratto, paragonabili a gravi indizi di colpevolezza, che siano acquisiti nell'esercizio di poteri ispettivi e di vigilanza da parte dell'ANAC ovvero nell'ambito di accertamenti compiuti dall'autorità giudiziaria penale, a conclusione dei quali sia stata adottata una ordinanza cautelare o un decreto che dispone il giudizio³¹.

A ciò si aggiunga che, al fine di non comprimere in misura eccessiva la libertà di iniziativa economica e il diritto di proprietà dell'operatore economico sot-

non avviene al momento della conoscenza dell'atto ma in quello in cui tali conseguenze si sono prodotte e sono divenute conoscibili dalla vittima anche in relazione al nesso eziologico che le lega al fatto illecito» (a sostegno di detta conclusione il medesimo A. richiama Cass. Sez. un., 18 novembre 2008, n. 27337 e Cass. Sez. un., 11 gennaio 2008 n. 576).

³⁰ Ancorché il Codice dei contratti pubblici non lo contempli tra quelli riferibili all'esecuzione dei contratti pubblici, ciò non di meno detto principio trova applicazione anche nella fase di esecuzione di tali contratti, come si evince dai limiti che incontra la possibilità di introdurre varianti al loro contenuto o di prorogare la durata dei medesimi. Sul punto si v. M.P. Chiti, *I principi*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli, I, Milano, 2008, 145 s.; R. Cavallo Perin, G.M. Racca, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, spec. 335 s.

³¹ In tal senso R. Cantone, B. Coccagna, *op. cit.*, spec. 110-111.

toposto al commissariamento prefettizio, dovrebbe potersi vagliare, quale misura alternativa a quest'ultimo, la risoluzione del contratto. Nella prospettiva indicata si dovrebbe contemperare il rischio che si verificino dei ritardi nell'esecuzione del contratto – come conseguenza del subentro nel medesimo di altro concorrente, illecitamente pregiudicato – con le limitazioni relative alla gestione dell'impresa imposte *ex lege* dal commissariamento, segnatamente individuabili nella sospensione dei poteri e delle funzioni degli organi sociali, e tenuto altresì conto delle possibili interferenze sulla gestione ordinaria dell'impresa derivanti dalla gestione commissariale del contratto³².

Inoltre, non si può non considerare il fatto che gli utili d'impresa, derivanti dall'esecuzione del contratto pubblico, determinabili anche in via presuntiva dai commissari di nomina prefettizia – che non possono essere distribuiti e sono impignorabili fino all'esito dei giudizi penali ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari riguardanti l'informazione antimafia interdittiva – debbono essere accantonati in un apposito fondo, anche mediante la costituzione di un patrimonio destinato ad uno specifico affare ex art. 2447-bis c.c. o di una società per azioni, con inevitabili costi che ricadono sulla medesima impresa. Né, invero, si può trascurare il fatto che col decreto commissariale vengono determinati anche i compensi spettanti ai commissari, di cui deve farsi carico interamente l'impresa sottoposta a commissariamento.

Nell'applicazione della disciplina qui in considerazione sembrerebbe dunque potersi completamente pretermettere ogni valutazione circa i costi/benefici per l'impresa commissariata – ovvero ogni valutazione riguardante i costi di transazione addossati interamente su quest'ultima – atteso che per detta impresa, quand'anche il commissariamento dovesse cessare per sopravvenuta conclusione del giudizio penale o inoppugnabilità del provvedimento interdittivo antimafia, con conseguente restituzione all'impresa delle somme accantonate – potrebbe comunque risultare più conveniente non proseguire nell'esecuzione del contratto ossia pervenire ad una risoluzione del medesimo al verificarsi delle condizioni che legittimano l'adozione di detta misura straordinaria di gestione.

A tali considerazioni deve aggiungersi che, per quanto non sia esplicitato dalle disposizioni di cui all'art. 32, d.l. cit., non sembra che possa prescindersi nella valutazione che deve essere compiuta ai fini dell'adozione della misura del

³² Sottolinea il fatto che la gestione del contratto non costituisce un compartimento stagno all'interno di un'impresa, da cui deriva la necessità di realizzare un non agevole coordinamento tra la gestione commissariale dell'impresa limitatamente all'esecuzione dello specifico contratto e la gestione ordinaria della stessa da parte degli organi sociali, M. Giustiniani, *Autorità nazionale anticorruzione, nuove forme di controlli sui contratti pubblici e altre novità in materia di gare*, in *La riforma Renzi della Pubblica amministrazione*, a cura di F. Caringella, M. Giustiniani, O. Toriello, Roma, 2014, spec. 154, nonché, in termini non dissimili, R. Cantone, B. Coccagna, *op. cit.*, 115, che evidenziano come la previsione riguardante la sospensione dei poteri dell'assemblea debba essere interpretata come limitata all'esecuzione dello specifico contratto.

commissariamento dal fatto che la procedura di aggiudicazione non è stata equa ed imparziale e che i concorrenti che non sono risultati aggiudicatari potrebbero avere interesse a subentrare nell'esecuzione del contratto. Occorre infatti considerare che il commissariamento costituisce estrinsecazione di un potere discrezionale amministrativo, il cui esercizio presuppone che si debba tener conto, nella ponderazione tra i diversi interessi coinvolti nella decisione riguardante l'adozione di detta misura, del principio concorrenziale, atteso che tale principio trova applicazione anche nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

Detta conclusione ci riporta alla questione sopra prospettata, ovvero se sussistono motivi di interesse generale che giustificano una misura come il commissariamento – che, come si è rilevato, introduce una deroga all'applicazione del principio di libera concorrenza oltre a limitare quello di libera circolazione dei capitali – e se la stessa risulti conforme al principio di proporzionalità.

4. *Il commissariamento disposto nei confronti di imprese esercenti attività sanitarie per conto del S.S.N.*

Quanto si è finora rilevato non sembra però riferibile al caso in cui i destinatari del commissariamento siano imprese o altri soggetti che abbiano stipulato accordi ex art. 8-quinques, d.lgs. n. 502/1992 o convenzioni con le Aziende sanitarie, là dove siano rilevate condotte illecite o eventi criminali posti in essere ai danni del S.S.N.

Com'è noto, l'esercizio di attività sanitarie per conto e a carico del S.S.N. è subordinato all'ottenimento dell'accreditamento istituzionale (art. 8-quater d.lgs. n. 502/1992)³³ e alla stipulazione di accordi contrattuali (art. 8-quinques d.lgs. n. 502/1992).

Tali imprese – che debbono essere previamente autorizzate alla realizzazione di strutture e all'esercizio di attività sanitarie e sociosanitarie oltre che acquisire l'accreditamento da parte della Regione – non stipulano tuttavia accordi in esito a procedure di aggiudicazione, disciplinate da normative europee o nazionali³⁴. Regione e aziende sanitarie, anche attraverso valutazioni comparative della qualità e dei costi, definiscono accordi con le strutture pubbliche e con quel-

³³ Sull'accreditamento istituzionale si v. *ex multis*: E. Jorio, *L'accreditamento istituzionale e il ruolo del privato nell'organizzazione della salute*, in *Sanità pubbl e priv.*, 2004, 151 s.; A. Oneto, *Dall'accreditamento istituzionale all'accreditamento definitivo?*, in *Sanità pubbl e priv.*, 2007, 17 s., nonché in giurisprudenza: Corte cost. 2 aprile 2009, n. 94; Corte cost., 3 novembre 2008 n. 361, in <http://www.cortecostituzionale.it>; Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2007, n. 3428, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>; Cass. sez. III, 27 giugno 2006, n. 14758, in *Foro it.*, 2007, I, 1561.

³⁴ Tale diversità è sottolineata anche nella *Relazione annuale 2015* dell'ANAC del 14 luglio 2016, 261, in <http://www.anticorruzione.it>.

le equiparate, comprese le aziende ospedaliere universitarie, e stipulano contratti con le strutture private e con i professionisti accreditati, anche mediante intese con le loro organizzazioni rappresentative a livello regionale.

L'accreditamento costituisce presupposto necessario ma non sufficiente per l'erogazione della prestazioni sanitarie per conto del S.S.N.³⁵, atteso che soltanto in seguito alla stipula degli accordi contrattuali nasce in capo al soggetto accreditato il diritto alla erogazione delle prestazioni, il che ha indotto a ritenere che tanto il provvedimento di accreditamento, quanto l'accordo contrattuale costituiscono espressione di una valutazione discrezionale amministrativa³⁶. Peraltro, ai sensi dell'art. 8-quinques, comma 2-quinques, d.lgs. n. 502/1992, la mancata stipula degli accordi comporta la sospensione dell'accreditamento istituzionale delle strutture e dei professionisti eroganti prestazioni per conto del S.S.N.

In queste ipotesi non sono posti in essere procedimenti contrattuali ad evidenza pubblica, bensì stipulati con i soggetti accreditati accordi contrattuali o convenzioni, in virtù dei quali sono stabiliti i volumi delle prestazioni erogabili da parte di tali soggetti, il cui finanziamento è posto a carico del S.S.N., e la remunerazione ad essi spettante³⁷.

Tenuto conto di dette rilevanti differenze, non sembra che possa fondatamente sostenersi che, nell'ipotesi in cui siano stati conclusi accordi contrattuali e convenzioni nel settore sanitario, il commissariamento costituisca una misura che arrechi un qualche pregiudizio ad altri operatori economici, atteso che non vi è stato prima della stipula dell'accordo contrattuale un confronto concorrenziale.

Inoltre, a differenza di quanto si è posto in rilievo sopra, con il commissariamento di soggetti privati accreditati, limitatamente all'accordo contrattuale concluso, si intende salvaguardare l'esercizio dell'attività sanitaria svolta per conto del S.S.N., evitando che, a causa di indagini della magistratura, possano determinarsi interruzioni o ritardi nell'erogazione di prestazioni sanitarie che garantiscono il diritto fondamentale alla tutela della salute dei cittadini³⁸.

³⁵ Come sottolineato da TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 22 febbraio 2005, n. 141, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>: «l'accreditamento ...attribuisce la qualifica "istituzionale" di gestore del servizio pubblico, ma non consente all'accreditato di erogare prestazioni a carico del SSN se non previa pattuizione di appositi "accordi contrattuali", che definiscono "programmi di attività", con indicazione dei volumi e delle tipologie di prestazioni erogabili...»

³⁶ Si v. sul punto P. De Angelis, *L'affidamento dei servizi sanitari e socio-sanitari: tra esigenze specifiche e vincoli normativi*, Bologna, 2013, spec. 112 e 126, il quale, peraltro, sottolinea come, mentre il contenuto degli accordi risulta autoritativamente determinato in relazione ai limiti massimi di spesa, la tipologia delle prestazioni da erogare risulta negoziabile.

³⁷ Come sottolinea A. Pioggia, *Diritto sanitario e dei servizi sociali*, Torino, 2014, 129, il sistema dell'accreditamento congiuntamente agli accordi contrattuali consentono alla Regione di regolare l'offerta di prestazioni sanitarie in modo pienamente coerente con la propria programmazione.

³⁸ Si v. sul punto: ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 262.

Deve porsi in rilievo come la finalità della tutela della salute dei cittadini – che appare sottesa alla previsione che estende il commissariamento a imprese accreditate che abbiano stipulato accordi contrattuali o convenzioni – non è stata esplicitata all'art. 32 d.l. cit. bensì soltanto dall'ANAC³⁹.

In definitiva, a tali ipotesi non appaiono riferibili i rilievi critici sopra illustrati, in quanto il commissariamento, sebbene comporti una ingerenza molto forte nella gestione dell'impresa privata, per un verso, viene disposto al fine di assicurare non meri interessi patrimoniali degli enti pubblici bensì il diritto fondamentale alla tutela della salute dei cittadini, per l'altro, non induce, in questo ambito, a sollevare obiezioni in ordine alla compatibilità del medesimo col rispetto del principio di libera concorrenza nella fase di esecuzione di contratti pubblici.

5. *Il commissariamento in seguito all'emissione di informative interdittive antimafia: la gestione commissariale estesa a tutti i contratti pubblici*

Si sono già indicate le finalità di interesse pubblico cui risulta finalizzato il commissariamento di un'impresa privata e si è rilevato come le stesse abbiano carattere essenzialmente patrimoniale.

Nel caso in cui, invece, il Prefetto debba valutare se disporre il commissariamento di un'impresa, in seguito all'emissione di una informazione interdittiva antimafia – com'è desumibile dal diritto positivo ed è stato ben evidenziato nelle Seconde Linee Guida dell'ANAC – la prosecuzione dei contratti è funzionale a garantire prestazioni indifferibili (ad es. sicurezza, incolumità, igiene pubblica, tutela della salute), nonché la tutela occupazionale⁴⁰. Si consideri, inoltre, che nel caso delle interdittive antimafia la misura del commissariamento non è connessa ad uno specifico evento corruttivo, bensì al fatto che dalle medesime deriva un giudizio complessivo sull'onorabilità di quell'impresa che incide sulla sua capacità di contrattare con amministrazioni pubbliche⁴¹. Ciò comporta che il commissariamento non può essere di solito limitato ad un singolo contratto, ma deve

³⁹ Si v. ANAC, Ministero dell'interno, Ministero della salute, *Quarte linee guida per l'applicazione dell'articolo 32, commi 2-bis e 10 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, alle imprese che esercitano 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*, 2016, in <http://www.anticorruzione.it>, e soprattutto ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 262.

⁴⁰ Si v. ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit.

⁴¹ Allorquando sia adottata nei confronti di un operatore economico un'interdittiva antimafia, al medesimo non è più consentito partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti pubblici, stipulare nuovi contratti pubblici, né risultare affidatario di subappalti, ai sensi dell'art. 80, commi 2 e 14, del Codice dei contratti; inoltre il medesimo operatore non può proseguire l'esecuzione del contratto in essere, tranne che nei casi specificati dall'art. 94, comma 3, d.lgs. n. 159/2011 (Codice antimafia).

riguardare – in base alla valutazione discrezionale del Prefetto – tutti i contratti in essere di quell'impresa con amministrazioni pubbliche.

Il commissariamento in detta ipotesi, per quanto fondato sulla tutela di beni e valori costituzionali fondamentali è molto esteso e può comportare la sostituzione dei commissari nell'intera gestione dell'impresa, soprattutto in quei casi in cui «il perimetro della gestione commissariale coincide pressoché integralmente con l'attività di impresa», con la conseguenza di determinare, in applicazione del combinato disposto di cui ai commi 3 e 10, dell'art. 32, d.l. cit., la sospensione di tutti i poteri di gestione e di disposizione degli organi amministrativi sociali e dei poteri dell'assemblea⁴².

Una così estesa sostituzione dei commissari nella gestione dell'impresa desta però notevoli perplessità anche sotto il profilo dell'efficacia del commissariamento, atteso che, com'è stato rilevato dalla stessa ANAC, detta misura comporta delle limitazioni nell'attività gestionale, che non sono invece riscontrabili nell'amministrazione giudiziaria disposta dal Tribunale, la quale presenta indubbiamente maggiori margini di operatività, che assicurano la continuità aziendale e permettono alla stessa impresa di partecipare a nuove gare per l'affidamento di contratti pubblici⁴³. Ciò rende evidente come il commissariamento nei confronti di un'impresa, che sia esteso a tutti i contratti in essere, soprattutto allorché questi ultimi rappresentino la parte prevalente dell'attività sociale o il *core business* dell'impresa, costituisca una misura che può determinare delle inefficienze, a causa dei limiti gestionali che incontra la gestione commissariale. Dette inefficienze non si ripercuotono, a ben vedere, soltanto sulla gestione dell'impresa, ma più in generale possono mettere a repentaglio il soddisfacimento delle finalità di interesse pubblico cui risulta preordinato il commissariamento che sia disposto in presenza di un'interdittiva antimafia. Deve, tuttavia rilevarsi che, nonostante dette criticità, nell'ipotesi in cui sia stata adottata un'interdittiva antimafia, debbono sussistere determinati presupposti, individuabili nell'esigenza di tutelare beni e valori costituzionali, perché possa disporsi la prosecuzione nell'esecuzione del contratto attraverso la gestione commissariale.

In giurisprudenza si è sottolineato soprattutto come l'applicazione congiunta dell'art. 94, comma 3, d.lgs. 159/2011 e dell'art. 32, comma 10 d.l. cit. imponga di valutare, al fine di evitare la soluzione di continuità nell'esecuzione del contratto da parte dell'impresa, non tanto la concreta possibilità di completare o proseguire detto contratto in presenza di un'interdittiva antimafia, quanto se sussista un'urgente necessità connessa ai vantaggi derivanti dal «mantenere in cantie-

⁴² Si v. ANAC, *Relazione annuale 2016*, Roma Camera dei deputati, 6 luglio 2017, 259, in <http://www.anticorruzione.it>.

⁴³ Si v. ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., 271-272.

re l'impresa appaltatrice rispetto all'ipotesi alternativa di far subentrare una diversa impresa alla luce dei prevedibili effetti delle soluzioni alternative sugli interessi pubblici (obiettivi o finalità) menzionati al comma 10» *i.e.* «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»⁴⁴.

In conclusione, non paiono configurabili con riguardo al commissariamento, che sia disposto successivamente all'adozione di un'informativa antimafia – il quale comporta, come si è sottolineato, l'interruzione del rapporto contrattuale in essere a meno che non sussistano specifiche ragioni di interesse pubblico⁴⁵ – quei profili di criticità in ordine alla tutela della concorrenza, che si sono sopra evidenziati, ove si considerino il complesso delle restrizioni che la normativa antimafia determina in relazione all'impresa colpita da interdittiva antimafia, e segnatamente con riguardo ai contratti in essere con amministrazioni pubbliche, atteso che detta normativa prevede, di regola, che subentrino nei medesimi contratti altre imprese⁴⁶.

Tali conclusioni ci inducono a ritenere non convincente quell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale il prefetto, quand'anche a seguito dell'interdittiva antimafia l'amministrazione abbia proceduto a recedere dal contratto, là dove sussistano i presupposti di cui all'art. 32, comma 10, del d.l. n. 90 del 2014, nel perseguimento dell'interesse pubblico, può «invalidare o privare di efficacia il recesso... e disporre la prosecuzione del rapporto in amministrazione straordinaria»⁴⁷. Non soltanto detta ipotesi non è disciplinata dalla normativa speciale, ma recherebbe un grave pregiudizio alle imprese concorrenti, atteso che, in seguito alla cessazione del rapporto con l'impresa colpita da interdittiva, potrebbero già essere subentrate nell'esecuzione del contratto.

⁴⁴ Si v. Cons. Stato, sez. III, 7 luglio 2016, n. 3009, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Meno condivisibile appare, però, la conclusione cui sono pervenuti tali giudici, là dove affermano che la valutazione prefettizia attenendo a scelte di carattere tecnico-discrezionale non è sindacabile in sede giurisdizionale di legittimità.

⁴⁵ La prosecuzione del contratto comporta un particolare onere motivazionale per la stazione appaltante. Come è stato infatti evidenziato in giurisprudenza «la facoltà di continuare il rapporto è ipotesi – data l'evidente ratio di pieno sfavore legislativo alle infiltrazioni mafiose nei contratti pubblici – all'evidenza, remota e residuale, e dunque consentita al solo fine di tutelare l'interesse pubblico attraverso una valutazione di convenienza in relazione a circostanze particolari, quali il tempo dell'esecuzione del contratto o la sua natura, o la difficoltà di trovare un nuovo contraente, se la causa di decadenza sopravviene ad esecuzione ampiamente inoltrata» (si v. TAR Campania, Napoli, sez. I, 6 febbraio 2014, n. 860, ed in termini non dissimili anche: TAR, Sardegna, Cagliari, sez. I, 2 maggio 2016, n. 385, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>).

⁴⁶ Si v. Cons. Stato, sez. III, 10 agosto 2016, n. 3576, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>, ove si specifica che l'informativa antimafia interdittiva è finalizzata ad «assicurare una tutela avanzata nel campo del contrasto alla criminalità organizzata, e ad un tempo alla salvaguardia dell'ordine pubblico economico, della libera concorrenza tra le imprese e del buon andamento della pubblica amministrazione».

⁴⁷ Si v. Cons. Stato, sez. III, 28 aprile 2016, n. 1630, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

6. *I Patti di integrità o Protocolli di legalità tra prevenzione degli illeciti penali e tutela della concorrenza*

I Patti o Protocolli di legalità si erano affermati in via di prassi prima che entrasse in vigore la l. n. 190/2012, che, all'art. 1, comma 17, stabilisce 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»⁴⁸. Prassi che aveva trovato l'avallo dell'AVCP, la quale si era espressa nel senso di ritenere legittimo «prescrivere, a pena di esclusione, l'accettazione delle condizioni contrattuali contenute nella documentazione di gara», tra cui anche «(v). l'accettazione degli obblighi in materia di contrasto delle infiltrazioni criminali negli appalti previsti nell'ambito di protocolli di legalità/patti di integrità»⁴⁹.

Con l'introduzione, prevista dalla c.d. legge anticorruzione, della possibilità per le stazioni appaltanti di stabilire negli atti delle procedure di gara l'obbligo di rispettare clausole di patti di integrità o di protocolli di legalità, come è stato posto in rilievo, si è inteso integrare la buona fede precontrattuale richiesta ai concorrenti, specificando i comportamenti dai medesimi dovuti, non soltanto nella fase della partecipazione alla gara ma anche in quella di esecuzione del contratto, e le relative sanzioni per i casi di violazione di dette clausole⁵⁰.

Successivamente, i giudici amministrativi hanno posto in rilievo come detti Protocolli o Patti siano strumenti convenzionali che «rinvengono la loro base legislativa di carattere generale nell'art. 15 l. n. 241/90, nonché in norme in materia di contratti pubblici», i quali assolvono ad una duplice funzione: quella di essere «strumentali alla lotta ai fenomeni di devianza criminale e, in forza di tale azione di contrasto», quella di risultare «funzionali alla tutela dei fondamentali principi di concorrenza e di trasparenza»⁵¹.

Si è inoltre affermato in giurisprudenza che, là dove detti Protocolli siano stati approvati dalla stazione appaltante, stabilendosi che le previsioni ivi contenute siano inserite negli atti di gara e recepite negli stipulandi contratti, gli obblighi assunti da tutti i concorrenti hanno carattere precettivo, risultando connes-

⁴⁸ Sulle origini dei protocolli di legalità si v. F. Saitta, *I protocolli di legalità al vaglio dei giudici europei*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015, 244 s.

⁴⁹ Si v. AVCP, determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, in <http://www.anticorruzione.it>.

⁵⁰ Si v. sul punto G.M. Racca, *La prevenzione e il contrasto della corruzione nei contratti pubblici (art. 1, commi 14-25, 32 e 52-58)*, in *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, a cura di B.G. Mattarella e M. Pelissero, Torino, 2013, spec. 133.

⁵¹ Si v. Cons. giust. amm. sic., 12 settembre 2014, n. 534, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>.

si «al preventivo ed effettivo impegno della stessa stazione appaltante ad assicurare... un confronto concorrenziale scevro da qualsiasi condizionamento»⁵².

Occorre, poi, sottolineare che anche i giudici Corte di Giustizia europea hanno riconosciuto che l'obbligo dei concorrenti di accettare in sede di offerta le clausole contenute nei Protocolli di legalità è compatibile con i principi del diritto europeo, sebbene le clausole contenute nei medesimi debbano risultare conformi al principio di proporzionalità⁵³. Nonostante i giudici europei non lo abbiano affermato in modo espresso, detto scrutinio di proporzionalità trova fondamento nel fatto che le clausole contenute nei Protocolli di legalità integrano la *lex specialis* di gara. Occorre infatti considerare che il Protocollo di legalità, essendo finalizzato a «prevenire e contrastare il fenomeno delle infiltrazioni, soprattutto nel settore degli appalti pubblici, della criminalità organizzata», «è funzionale altresì alla tutela dei principi di concorrenza e di trasparenza che presidiano la normativa italiana e dell'Unione europea in materia di appalti pubblici»⁵⁴.

In questa prospettiva, dunque, non si verifica alcuna contrapposizione tra la prevenzione e il contrasto della criminalità, da un lato, e la tutela della concorrenza, dall'altro, atteso che il contrasto dell'attività criminale mira ad impedire che si determinino distorsioni della concorrenza⁵⁵.

6.1. I Protocolli di legalità di ultima generazione e le clausole risolutive espresse

Nei Protocolli di legalità di ultima generazione, adottati successivamente alla pubblicazione di Linee guida da parte dell'ANAC e alla sottoscrizione di diverse Intese da parte di ANAC, Prefetture, e Amministrazioni locali, si è previ-

⁵² Si v. TAR Lombardia, Milano, sez. I, 20 aprile 2015, n. 974, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. D'altra parte, va osservato che, in modo significativo, al XIV considerando della direttiva europea 2007/66/CE dell'11.12.2007 si afferma, sia pure con riferimento ad aggiudicazioni avvenute mediante affidamenti diretti illegittimi, che «la privazione di effetti è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere».

⁵³ Si v. Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, in <http://curia.europa.eu>. Si è osservato in dottrina con riguardo alla tassatività delle cause di esclusione (si v. S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 318 s.) che la giurisprudenza si sarebbe orientata a ritenerle integrabili da parte del diritto interno, in ragione del fatto che l'ordine pubblico costituisce un'esigenza imperativa di interesse generale, di tal che la stessa può giustificare una deroga all'applicazione del diritto europeo rivolto a garantire la tutela della concorrenza.

⁵⁴ Si v. ancora Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit.

⁵⁵ Sostanzialmente in questi termini, si v. ancora Corte di Giustizia europea, sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit. § 28. Si v. anche di recente TAR, Lombardia, Milano, sez. IV, 28 febbraio 2018, n. 553, cit., ove si afferma che «l'atto di autotutela posto in essere dall'amministrazione è stato adottato... altresì per la violazione della fiducia e dell'affidamento ingenerato nella stazione appaltante da – OMISSIS – con la sottoscrizione del patto di integrità, violazione che legittimava, dunque, anche da sola, per quanto contenuto nell'art. 4 del medesimo, la rimozione in via di autotutela dell'aggiudicazione stessa».

sto che le stazioni appaltanti possano inserire clausole risolutive espresse nei contratti, ex art. 1456 c.c., allorché siano adottate misure cautelari o un provvedimento di rinvio a giudizio, come conseguenza di accordi corruttivi. In particolare, in detti Protocolli e Patti si è anche previsto che la risoluzione del contratto possa essere subordinata ad una valutazione da parte dell'ANAC⁵⁶.

Dette osservazioni ci inducono a rilevare come clausole contenute in tali Patti o Protocolli possono individuare misure in grado di evitare il commissariamento di imprese limitatamente all'esecuzione di determinati contratti pubblici⁵⁷, garantendo al contempo il rispetto del principio di concorrenza e una tutela anticipata connessa a fatti penalmente rilevanti non ancora definitivamente accertati. Tali misure, contemplate da clausole di Patti di integrità o Protocolli di legalità non sarebbero comunque sottratte al controllo di proporzionalità⁵⁸.

Sebbene in dette ipotesi la risoluzione del contratto costituirebbe una misura rivolta anche a garantire una tutela anticipata rispetto ad illeciti non ancora definitivamente accertati nel giudizio penale, occorre tener conto che la stessa dovrebbe pur sempre fondarsi su evidenze giudiziarie supportate dall'adozione di una misura cautelare o da un provvedimento di rinvio a giudizio, ben più pregnanti dal punto di vista probatorio di quelle considerate sufficienti per disporre il commissariamento⁵⁹.

Peraltro, dal momento che con la presentazione della domanda tutte le imprese concorrenti accetterebbero detta clausola del Protocollo o Patto⁶⁰ – qua-

⁵⁶ In tema si v. G. Martellino, *I Patti di integrità in materia di contratti pubblici alla luce della recente giurisprudenza comunitaria e dell'evoluzione normativa. Applicazioni pratiche*, in <http://www.appaltiecontratti.it/2016/01/18>, che sottolinea come uno degli aspetti più innovativi di detti nuovi Protocolli sia costituito dal riconoscimento in capo alle stazioni appaltanti della potestà di azionare la clausola risolutiva espressa, allorché l'operatore economico non dia comunicazione del tentativo di concussione subito ovvero siano adottate misure cautelari o un provvedimento di rinvio a giudizio.

⁵⁷ Sul rilievo che i Protocolli di legalità possano prevedere la misura della risoluzione del contratto in alternativa al commissariamento sia consentito rinviare ad A. Maltoni, *op. cit.*, spec. 1108, si v. anche F. Peirone, *La tutela dell'integrità negli appalti pubblici e la giustizia amministrativa*, in *Foro amm.*, 2015, 1940 s.

⁵⁸ Sottolinea come il principio di proporzionalità rappresenti per i giudici di Lussemburgo il principale limite all'attività amministrativa di redazione dei Protocolli di legalità, la quale è connotata da un'ampia discrezionalità, S. Vinti, *I protocolli di legalità e il diritto europeo*, cit.

⁵⁹ Con riferimento a detto commissariamento, come si è sopra rilevato, si ritiene che sia sufficiente la sussistenza di gravi indizi di colpevolezza emersi anche soltanto in fase di indagini non ancora concluse.

⁶⁰ Come sottolinea Cons. Stato, sez. V, 9 settembre 2011, n. 5066, «il Patto d'integrità configura un sistema di condizioni (o requisiti) la cui accettazione è presupposto necessario e condizionante la partecipazione delle imprese alla specifica gara», nonché nello stesso senso Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4267, in <http://www.giustizia-amministrativa.it>. Si v. inoltre: Cons. giust. amm. sic., 12 settembre 2014, n. 534, ove si rimarca che la giurisprudenza amministrativa ha già riconosciuto che le amministrazioni aggiudicatrici hanno il potere di pretendere l'accettazione dei Patti o Protocolli a pena di esclusione, ex art. 1, comma 17, l. n. 190/2012, nonostante detta disposizione legislativa si riferisca espressamente al mancato rispetto e non anche alla mancata accettazione.

le parte integrante degli atti di gara – verrebbe garantito il rispetto del principio di non discriminazione⁶¹.

Le imprese partecipanti, con l'accettazione della predetta clausola, assumerebbero dunque il rischio della risoluzione del contratto per il caso in cui siano adottati nei loro confronti i provvedimenti giudiziari indicati. Nel rischio di impresa derivante dalla partecipazione alle pubbliche gare verrebbe dunque ad essere incorporato anche quello della risoluzione del contratto, in ragione del fatto che durante le fasi che si concludono con l'aggiudicazione e nel corso dell'esecuzione del contratto potrebbero essere adottati detti provvedimenti giudiziari sfavorevoli per l'impresa concorrente, la quale, in ogni caso prima di presentare la domanda, sarebbe posta nelle condizioni di conoscere detta possibile causa di risoluzione del contratto.

Nel caso in cui, invece, si ritenesse che in ipotesi di tal fatta possa essere adottato soltanto il commissariamento, verrebbe, a ben vedere, pregiudicata l'aspirazione ad ottenere il bene della vita dei concorrenti che non sono risultati vincitori, a causa degli effetti distorsivi della concorrenza derivanti da illeciti penali, quali la concussione, la corruzione o la turbata libertà degli incanti.

Là dove, poi, pur a fronte della previsione di detta clausola risolutiva espressa, la medesima non fosse azionata dalla stazione appaltante, l'ANAC avrebbe forse potuto esercitare il potere di raccomandazione ex art. 211, comma 2 del Codice – potere che tuttavia è stato abrogato dall'art. 123, comma 1 lett. b), d.lgs. n. 56/2017 – allorquando fosse stata violata una disposizione della *lex specialis* di gara, tenuto conto che la medesima Autorità, in base a detta disposizione, poteva chiedere alla stazione appaltante non soltanto di agire in autotutela, ma anche di rimuovere «gli eventuali effetti degli atti illegittimi».

⁶¹ Si v. ancora Corte di Giustizia sez. X, 22 ottobre 2015, in causa C-425/14, cit., § 28.

Commissariamento di imprese limitatamente a singoli contratti pubblici, tutela della concorrenza nella fase di esecuzione contrattuale e Protocolli di legalità

A norma dell'art. 32 del d.l. n. 90/2014, conv. con mod. dalla l. n. 114/2014, il Presidente dell'ANAC può chiedere al Prefetto di adottare misure straordinarie di gestione, sostegno o monitoraggio nei confronti di un'impresa. Tali misure possono essere adottate nei casi in cui l'autorità giudiziaria abbia avviato procedimenti inerenti all'accertamento di una serie di reati, attribuibili ad un'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di lavori, servizi o forniture ovvero ad un contraente generale ovvero ad un concessionario. Detta normativa è stata estesa anche al settore sanitario. In questo articolo si sono evidenziate le finalità perseguite da detta normativa.

Inoltre, si è rilevato come la principale criticità sia individuabile nella mancata considerazione in detta normativa dei profili attinenti alla tutela della concorrenza, quale valore primario da assicurare tanto nelle procedure di aggiudicazione quanto nella fase di esecuzione dei contratti pubblici.

La misura più incisiva tra quelle adottabili nei confronti di un'impresa, è individuabile nel commissariamento di imprese, limitatamente all'esecuzione di determinati contratti pubblici. Tuttavia, detto commissariamento può essere evitato con l'inserimento in Protocolli di legalità di clausole che garantiscono sia il rispetto del principio di concorrenza che una tutela anticipata connessa a fatti penalmente rilevanti non ancora definitivamente accertati.

Commissaryship of companies limited to single public contracts, the safeguarding of competition in the contract execution phase and protocols of legality

According to Article 32 of the decree n. 90 of 2014, converted into law no. 114 of 2014, the President of the National Authority on Anti-Corruption and Public Contracts may ask the Prefect (competent authority) to adopt extraordinary measures of management (i.e. temporary takeover), support or monitoring of a company. Such measures could be adopted in cases where the judicial authority has opened proceedings concerning the detection or prosecution of a series of criminal offences attributable to the award-winning company of public works, services, supply contracts or the general contractor or the concessionaire of a public contract.

This regulation has recently been extended to the health sector.

In this essay, the general aims of that regulation have been highlighted.

Furthermore, it has been pointed out that the lack of any consideration for the protection of free competition – which is a matter of primary concern to both the awarding and execution of public contracts – is the main critical issue of that legislative framework. The most intrusive measure for a company, among those listed in that legislative provision, consists of temporary takeover, but only for the execution of public contracts.

However, that temporary takeover can be avoided if “Protocols of Legality” include specific contractual clauses, which provide both the compliance to the principle of competition and the pre-empted protection in cases where criminal offences have not yet been irrefutably established by a criminal court.

