

6 DICEMBRE 2017

Vigilanza collaborativa e funzione
«pedagogica» dell'ANAC

di Emiliano Frediani
Ricercatore di Diritto amministrativo
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Vigilanza collaborativa e funzione «pedagogica» dell'ANAC*

di Emiliano Frediani

Ricercatore di Diritto amministrativo
Scuola Superiore Sant'Anna di Pisa

Sommario: 1. Una figura innovativa; 2. I profili procedurali; 3. Le finalità della vigilanza ed il possibile mutamento di paradigma; 4. Verso un «audib» interno contrattuale?

1. una figura innovativa

Le riflessioni che più recentemente sono state sviluppate in merito ai profili funzionali dell'Autorità nazionale anticorruzione conducono verso il riconoscimento della circostanza per la quale il principio di leale collaborazione segni la complessiva attività di tale organismo¹. L'Autorità in questione – sulla cui natura giuridica si è sviluppato un particolare dibattito² – rappresenta in tale ottica concentrata sul dato esclusivamente funzionale il “perno di un'organica policy di settore”, in quanto inserita in una peculiare “rete di scambi operativi” con altri poteri pubblici, finendo per rendere l'immagine di un modello di azione improntato all'idea della circolarità informativa e della condivisione dell'attività di regolazione³. In tale contesto, che deve necessariamente essere ricostruito a partire dalla previsione istitutiva contenuta nel d.l. 24 giugno 2014, n. 90, si inquadra la specifica disposizione del nuovo codice degli appalti dedicata all'individuazione dei compiti dell'Anac. L'art. 213 del d.lgs. n. 50/2016, dopo aver delineato il nuovo

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ In tale prospettiva si rinvia a F. GIUFFRÈ, *Le autorità indipendenti nel panorama evolutivo dello stato di diritto: il caso dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione. Tra prevenzione e attività regolatoria*, Torino, 2016, 9 ss., spec. nel senso indicato nel testo 31-32.

² Sul punto, tra i più recenti contributi della dottrina, è possibile fare riferimento al Volume di F. MERUSI, *L'«imbroglio» delle riforme amministrative*, Modena, 2016, spec. 23 ss., il quale, nel rispondere all'interrogativo circa la riconducibilità dell'Anac alla categoria delle autorità indipendenti, afferma che essa è “una autorità parallela al potere esecutivo, a tutto il potere esecutivo, a qualunque sua articolazione, che deve indicare la via per la buona amministrazione e vegliare sui possibili fenomeni di cattiva amministrazione”. In tal senso, prosegue l'Autore, essa rappresenta “un contro-governo, non un autorità con proprie competenze settoriali, riferite a singoli mercati da conservare con concorrenzialità o da trasformare in concorrenziali se non lo sono”; R. CANTONE, F. MERLONI, *Presentazione*, in ID. (a cura di), *La nuova Autorità nazionale anticorruzione*, Torino, 2015, 2 ss.; N. LONGOBARDI, *Autorità indipendenti di regolazione dei mercati e autorità atipiche: l'Autorità nazionale anticorruzione*, in *Dir e proc. amm.*, 2016, 823 ss.; F. DI LASCIO, *I compiti dell'Autorità nazionale anticorruzione*, in B. PONTI (a cura di), *Nuova trasparenza amministrativa e libertà di accesso alle informazioni*, Rimini, 2016, 487 ss.; F. DI CRISTINA, *La nuova vita dell'Anac e gli interventi in materia di appalti pubblici in funzione anticorruzione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, 1123 ss.; E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 499 ss.

³ Cfr. F. GIUFFRÈ, *op. cit.*, 31.

modello della “regolamentazione flessibile” (comma 2) si richiama espressamente alle funzioni di vigilanza, segnalazione e proposta dell’Autorità operando un finale riferimento alla “innovativa” figura della “vigilanza collaborativa”⁴. L’individuazione della *ratio* sottesa alla nuova forma di controllo introdotta dall’art. 213, comma 3, *lett. b)*, del d.lgs. n. 50/2016 richiede una preliminare contestualizzazione con riguardo ad un modello i cui tratti essenziali possono essere desunti dalla precedente legislazione in materia di poteri del Presidente dell’Autorità nazionale anticorruzione. Il decreto Pubblica Amministrazione (d.l. n. 90/2014) all’art. 30 ha infatti operato un richiamo – sia pure in forma ancora non esplicita – all’idea di una diversa fattispecie di vigilanza idonea a tradursi in una verifica preventiva di legittimità degli atti “relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015”, avendo quale parametro di riferimento le nuove disposizioni dettate in materia di trasparenza dalla l. n. 190/2012⁵.

Il testo normativo in questione, pur non contenendo un esplicito riferimento alla nozione di “vigilanza collaborativa”, costituisce il punto logico di partenza da cui trae origine siffatta nuova forma di controllo cooperativo la cui qualificazione è stata operata successivamente per effetto del regolamento Anac in materia di attività di vigilanza e di accertamenti ispettivi adottato dal Consiglio in data 9 dicembre 2014 e da ultimo con il già ricordato art. 213, comma 3, *lett. b)*, del nuovo codice degli appalti. Il riconoscimento di una espressa base legislativa per siffatta figura – sia pure con la limitazione del suo ambito oggettivo di applicazione agli “affidamenti di particolare interesse” – si accompagna nel testo della disposizione *de qua* a due ulteriori indicazioni di carattere generale che necessitano di una apposita specificazione. La prima attiene ad una indicazione relativa alla disciplina procedurale minima della vigilanza di cui si discute, rispetto alla quale il legislatore opera un rinvio alla stipula di “protocolli di intesa” con le stazioni

⁴ In merito a tale figura, in dottrina, R. CANTONE, C. BOVA, *L’Anac alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici; un ponte verso il nuovo Codice degli appalti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 166 ss., i quali si riferiscono ad un “istituto che, in certo qual modo, vuol ricalcare la tipologia dei controlli preventivi introdotti dal D.L. n. 90/2014 per l’EXPO”. Una valutazione positiva del nuovo modello di controllo di cui si discute è stata operata altresì da M. CLARICH, *Corruzione: il rischio dei cali di tensione*, in *Guida dir.*, 2015, 1 ss.

⁵ La disposizione in oggetto, recante rubrica “Unità operativa speciale per Expo 2015”, ha infatti previsto già prima del varo del nuovo codice degli appalti l’attribuzione a Presidente dell’Anac di “compiti di alta sorveglianza e garanzia della correttezza e trasparenza delle procedure connesse alla realizzazione delle opere del grande evento EXPO Milano 2015”, riconoscendo come a tal fine esso possa avvalersi “di una apposita Unità operativa speciale composta da personale in posizione di comando, distacco o fuori ruolo anche proveniente dal corpo della Guardia di Finanza” la quale è chiamata ad operare fino alla completa esecuzione dei contratti di appalto connessi ad Expo 2015 comunque non oltre i 31 dicembre 2017. Tra i compiti specifici del Presidente dell’ANAC, l’art. 30, comma 2, lett. a), richiama quello finalizzato alla verifica in via preventiva della “legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture per la realizzazione delle opere e delle attività connesse allo svolgimento del grande evento EXPO Milano 2015, con particolare riguardo al rispetto delle disposizioni in materia di trasparenza della legge 6 novembre 2012 n. 190”.

appaltanti ed un richiamo all'attivazione di tale forma di controllo sulla base di un'apposita richiesta da parte delle stazioni appaltanti. La seconda riguarda, invece, un profilo di carattere teleologico e coincide con l'individuazione (ed esplicitazione) della finalità della vigilanza collaborativa quale strumento di "supporto" delle stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti e "nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara"⁶.

I due profili richiedono una separata trattazione, al fine di poter delineare successivamente il significato ed il valore che sembra potersi desumere da tale nuovo sistema di vigilanza cristallizzato nella disposizione codicistica.

2. i profili procedurali

L'elemento che caratterizza dal punto di vista procedurale il nuovo modello della vigilanza collaborativa è stato individuato *in primis* concentrando l'attenzione sulla attivazione di tale peculiare forma di controllo preventivo rimesso in capo all'ANAC. Alla sua prima introduzione per effetto del già ricordato d.l. n. 90/2014 ha fatto seguito una vera e propria attività di sollecitazione rivolta all'Autorità⁷ e finalizzata alla effettiva attuazione ed al potenziamento di tale modello nell'ambito di un rapporto che potrebbe definire ricorrendo all'immagine di una collaborazione "reticolare" tra organismo controllante e autorità soggette al controllo⁸. Alla luce di tale rilievo una corretta ricostruzione del regime procedurale della vigilanza collaborativa richiede la conduzione di un'indagine che muovendo dal già ricordato – generale – rinvio contenuto nell'art. 213, comma 3, *lett. b)*, del codice, si rivolga in due specifiche direzioni.

In una prima prospettiva – concentrando l'attenzione sulla fase dell'iniziativa – la "costruzione" del regime procedurale della vigilanza collaborativa deve tenere necessariamente conto dell'art. 4 del regolamento Anac del 9 dicembre 2014, dalla cui analisi deriva la possibilità di individuare un procedimento che si attiva sulla base di una specifica richiesta da parte delle stazioni appaltanti⁹. Il

⁶ Indicazioni in proposito in E. D'ALTERIO, *Regolare, vigilare, punire, giudicare*, cit., 501.

⁷ In tale ottica si rinvia a R. CANTONE, C. BOVA, *op. cit.*, 174, i quali osservano come l'introduzione di siffatta forma di vigilanza nasca "anche a seguito della richiesta di varie stazioni appaltanti di poter essere sottoposti a quegli stessi controlli di cui anche i media generalisti avevano parlato con riferimento agli appalti del grande evento internazionale".

⁸ In generale, sulla configurazione reticolare, S. CASSESE, *Le reti come figura organizzativa della collaborazione*, in ID., *Lo spazio giuridico globale*, Bari, 2003, 21 ss., il quale afferma che l'utilizzo del termine "rete" in chiave giuridica conduce a rilevare la presenza di "due elementi o tratti: appartenenza a entità o apparati diversi e collaborazione o interdipendenza". Sul punto anche P. CARROZZA, *Governo e amministrazione*, in P. CARROZZA, A. DI GIOVINE, G.F. FERRARI (a cura di), *Diritto costituzionale comparato*, Bari, 2009, 900 ss., spec. 903 per il riferimento alla configurazione "reticolare" nel nuovo contesto globale sempre più caratterizzato da una "struttura convenzionale, fondata sull'accordo, sul consenso, che si esprime per vie orizzontali".

⁹ La disposizione in oggetto afferma che le stazioni appaltanti possano chiedere all'Anac di svolgere un'attività di vigilanza di carattere preventivo "anche nei casi in cui l'autorità giudiziaria proceda per i delitti di cui all'art. 32

modello delineato dalla disposizione in oggetto sembra configurare un atto di iniziativa *sub condicione*, dal momento che per il perfezionamento della richiesta avanzata dalle stazioni appaltanti è necessaria un'attività che potrebbe essere definita in termini di deliberazione preliminare¹⁰ cui fa seguito – in caso di esito positivo – l'approvazione da parte del Consiglio. In tale ottica la sottoposizione, in via preliminare rispetto alla concreta attuazione della vigilanza collaborativa, dell'atto di iniziativa al Consiglio dell'Anac assume le sembianze di un controllo di ammissibilità (*rectius*: conformità) della richiesta rispetto alle condizioni previste per dar corso allo strumento *de quo*. Da una lettura in combinato disposto della nuova disposizione del codice degli appalti e del regolamento Anac del 9 dicembre 2014 – mediante il quale è stata data attuazione all'indicazione contenuta nel decreto pubblica amministrazione – emerge il riferimento ad una condizione generale ed alla specificazione di alcuni casi nei quali è da ritenersi ammissibile il ricorso alla vigilanza collaborativa¹¹. Le condizioni desumibili dalla richiamata lettura in parallelo delle disposizioni riconducibili ai due testi normativi costituiscono in tal modo i parametri di riferimento per l'attività di valutazione preliminare rimessa in capo all'Anac al fine di poter successivamente dar corso alla nuova forma di vigilanza.

In una seconda prospettiva di indagine – più attenta alle modalità di attuazione e concreto svolgimento della vigilanza collaborativa – è da rilevare come già prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti il ricordato regolamento Anac del 9 dicembre 2014 avesse operato un rinvio ad un “protocollo di azione” approvato dal Consiglio dell'Autorità medesima. La prassi successiva, fino al varo del d.lgs. n. 50/2016, rende testimonianza di una particolare sensibilità da parte delle amministrazioni pubbliche nei confronti dello strumento della vigilanza collaborativa, la quale si è manifestata non soltanto in occasione della presentazione (per l'anno 2015) di 49 richieste di ricorso a siffatto modello di azione¹², ma anche in

comma 1 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito in legge 11 agosto 2014, n. 114, ovvero, in presenza di rilevate situazioni anomale e, comunque, sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali”.

¹⁰Richiamando un'espressione ripresa da A. SANDULLI, *Il procedimento*, in S. CASSESE S. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2003, 1103 ss.

¹¹A tal proposito si deve osservare come, se da un lato l'art. 213, comma 3, *lett. b)*, del d.lgs. n. 50/2016 si richiami ad “affidamenti di particolare interesse”, dall'altro l'art. 4, comma del regolamento Anac del 9 dicembre 2014 afferma che le richieste di vigilanza collaborativa debbano essere sottoposte al Consiglio per l'approvazione. Il generale parametro di valutazione di cui al codice degli appalti può trovare un'ulteriore articolazione – anche ai fini dello svolgimento dell'attività di controllo preliminare dell'Anac – nel comma 2 del summenzionato art. 4, ove si stabilisce che l'attività di vigilanza collaborativa può essere richiesta con riguardo ad alcuni casi specificamente indicati (programmi straordinari di interventi in occasione di grandi eventi di carattere sportivo, religioso, culturale o a contenuto economico ovvero a seguito di calamità naturali; programmi di interventi realizzati mediante investimenti di fondi comunitari; contratti di lavori, servizi e forniture di notevole rilevanza economica e/o che abbiano impatto sull'intero territorio nazionale, nonché interventi di realizzazione di grandi infrastrutture strategiche; procedure di approvvigionamento di beni e servizi svolte da centrali di committenza o da altri soggetti aggregatori).

¹²Così ANAC, *Relazione annuale 2015*, in *Anticorruzione.it*, spec. 179-180.

forza della sottoscrizione di appositi protocolli di azione volti a regolare più specificamente le modalità di svolgimento del controllo in questione¹³. Tale prassi ha trovato una più solida base legislativa per effetto dell'art. 213, comma 3, *lett. b)*, del nuovo codice degli appalti, ove il riferimento alla “stipula di protocolli d'intesa con le stazioni appaltanti” è qualificato espressamente nei termini di una condizione preliminare per poter conferire successivamente attuazione al modello procedurale della vigilanza collaborativa¹⁴.

Un'indagine in merito ad alcuni dei richiamati protocolli di azione per la vigilanza collaborativa consente di sviluppare quelli che potrebbero definirsi in termini di tratti comuni della regolazione procedurale del modello di cui si discute. Nello specifico è possibile osservare come lo strumento della vigilanza collaborativa assuma il carattere di una “componente” essenziale¹⁵ – sia pur attivata in forma volontaria – dei sub-procedimenti che concorrono alla edificazione dell'ossatura del procedimento di scelta del contraente e della successiva fase di esecuzione di un contratto pubblico. Tale affermazione trova il proprio fondamento nella specifica conformazione del procedimento di vigilanza collaborativa da parte dei richiamati protocolli di azione stipulati con le stazioni appaltanti. Questi ultimi qualificano lo strumento cooperativo – la cui operatività è ricondotta, come anticipato, tanto alla fase di scelta del contraente quanto a quella successiva di esecuzione – in termini di intervento consultivo da parte dell'Anac non soltanto con riguardo a fattispecie generali (accendendo in tal modo alla categoria del *rulemaking* contrattuale), ma anche in relazione ad atti puntuali (qualificabili ricorrendo all'immagine della *adjudication*)¹⁶.

Il procedimento di vigilanza collaborativa viene in tal modo ad acquisire la struttura di un momento di valutazione preliminare ed incidentale rispetto ai ricordati sub-procedimenti di gara, il cui oggetto è rappresentato da una valutazione di legittimità-conformità *in itinere* dei documenti dell'intera procedura rispetto alle previsioni legali. I singoli protocolli hanno previsto al proposito una specifica articolazione in cui la verifica preliminare dell'Anac si sviluppa a partire dalla trasmissione alla stessa da parte delle

¹³ Specifiche indicazioni in tal senso si ritrovano in R. CALZONI, *Autorità nazionale anticorruzione e funzione di vigilanza collaborativa: le novità del codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2016, 1 ss.

¹⁴ Al proposito R. CANTONE, C. BOVA, *op. cit.*, 175, osservano come “a ben vedere, la stipula di un protocollo dimostra come l'istituto si ricolleghi idealmente alla funzione consultiva di cui poco sopra si è fatto cenno; attraverso la vigilanza collaborativa si forniscono orientamenti, ovviamente non vincolanti, su tutti gli atti della fase di gara alle stazioni appaltanti, per poter consentire ad esse di dirigere in modo consapevole e legittimo il loro operato”.

¹⁵ Richiamando in questa sede un'espressione di F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 427 ss., sia pure riferita al diverso oggetto rappresentato dall'analisi economica quale espressione di una “componente essenziale dell'atto” (spec. 438). In tema altresì F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, spec. 111 ss.

¹⁶ Si intendono richiamare in queste sede due categorie concettuali la cui trattazione è stata ricondotta dalla dottrina alla materia più generale del rapporto tra regolazione generale ed amministrazione puntuale (su cui, per quanto concerne la funzioni della regolazione indipendente, M. D'ALBERTI, *Procedimenti “generalisti” e “singolari”: problemi attuali e miglioramenti possibili*, in *Il procedimento davanti alle autorità indipendenti*, Torino, 1999, 91 ss.).

stazioni appaltanti delle versioni preliminari degli atti di gara su cui viene espresso un parere con possibilità di formulare ulteriori osservazioni¹⁷. Queste ultime possono assumere il carattere di un rilievo motivato circa ipotesi di irregolarità o non conformità di tali versioni preliminari degli atti di gara alle disposizioni normative vigenti in materia di contratti pubblici. Al pronunciamento da parte dell'Anac possono far seguito due diverse soluzioni: la prima (coincidente con l'accoglimento delle osservazioni da parte della stazione appaltante) conduce al recepimento del parere ed alla conformazione dell'atto a quanto oggetto di rilievo; la seconda all'instaurazione di un nuovo contraddittorio che, tuttavia, non determina un rallentamento nello svolgimento dell'azione delle stazioni appaltanti. A tal proposito, ove le stazioni appaltanti non ritengano fondati i rilievi formulati dall'Anac, sono chiamate da un lato a presentare apposite controdeduzioni a quest'ultima e successivamente ad adottare gli atti di propria competenza¹⁸. In tal modo – anche in ossequio alla attivazione su base volontaristica dello strumento della vigilanza collaborativa – il parere dell'Anac e le eventuali indicazioni di modifica della bozza di atto si traducono in un passaggio preliminare di carattere non ostativo all'ulteriore corso del procedimento, con la sola precisazione per la quale la mancata conformazione da parte della stazione appaltante si traduce in un obbligo motivazionale endoprocedimentale coincidente con la necessaria presentazione delle controdeduzioni prima di assumere gli atti di propria competenza.

3. Le finalità della vigilanza ed il possibile mutamento di paradigma

In questo contesto, la descrizione dei profili procedurali che caratterizzano la vigilanza collaborativa – sia pure operata attraverso una ricostruzione che difetta di un organico testo normativo di riferimento in quanto rimessa ad un sistema potenzialmente “a geometria variabile”¹⁹ – non può andare disgiunta da

¹⁷ Un'indagine condotta “a campione” su alcuni di tali protocolli consente di evidenziare come un'apposita disposizione, dedicata al “procedimento di vigilanza collaborativa”, metta in evidenza la necessaria collocazione della valutazione demandata all'Anac in termini di “parere” che viene espresso preventivamente rispetto alla formale adozione dei relativi atti da parte delle stazioni appaltanti (ciò potendo giustificare il riferimento all'idea di una versione preliminare, o “bozza”, di tali atti elaborata da queste ultime e sottoposta all'attenzione dell'Anac). Il dato è particolarmente evidente, a titolo meramente esemplificativo, nei protocolli conclusi con l'Aeroporto di Firenze (30 marzo 2015), con Roma capitale (29 luglio 2015), con la Regione Campania (15 ottobre 2015) e con la Regione Puglia (31 agosto 2016), con Ferrovie Emilia-Romagna (8 giugno 2016), con Poste Italiane (21 aprile 2016) e, da ultimo con la città di Benevento (9 gennaio 2017).

¹⁸ Da una lettura dei richiamati protocolli di azione in tema di vigilanza collaborativa emerge peraltro come in assenza di formulazione del parere o di rilievi da parte dell'Anac entro un certo termine decorrente dalla ricezione delle bozze di atti, le stazioni appaltanti sono legittimate a procedere ad assumere discrezionalmente le proprie determinazioni, sia pure con l'onere di comunicare gli atti definitivi all'Autorità.

¹⁹ Trattandosi di un modello desumibile da un'analisi condotta in parallelo su più documenti di riferimento, individuati per effetto del rinvio ai protocolli di azione in tema di vigilanza collaborativa stipulati dall'Anac con le diverse stazioni appaltanti. Da questo punto di vista una soluzione da leggere nel senso di una maggiore omogeneità di disciplina potrebbe essere quella del ricorso ad un regolamento dell'Anac che – al pari di quanto avvento per quanto concerne i procedimenti regolatori – detti alcune regole procedurali minimi idonee a costituire un punto di

una considerazione attinente alle finalità di tale strumento innovativo. Le poche indicazioni contenute nell'art. 30 del d.l. n. 90/2014 – concernenti una verifica preventiva circa la legittimità degli atti relativi all'affidamento ed all'esecuzione dei contratti connessi alla realizzazione del grande evento Expo Milano 2015 – avevano costituito oggetto di ulteriore specificazione per effetto del regolamento Anac del 9 dicembre 2014. In quella sede erano state individuate tre categorie di finalità qualificate rispettivamente: *in primis* (sulla base del modello legislativo contenuto nel decreto Pubblica amministrazione) in termini di verifica della conformità degli atti di gara alla normativa di settore; successivamente facendo richiamo alla individuazione di clausole e condizioni idonee a prevenire tentativi di infiltrazione criminale; da ultimo attraverso il riferimento ad un “monitoraggio” circa lo svolgimento delle procedure di gara e la successiva esecuzione dei contratti²⁰. La disposizione di cui all'art. 213, comma 3, *lett. b)*, del nuovo codice degli appalti, inquadrandosi all'interno della richiamata prospettiva di evoluzione del modello della vigilanza collaborativa, sembra andare oltre siffatta impostazione, delineando una nuova e diversa funzione per lo strumento *de quo*. In tale prospettiva di approfondimento ed ulteriore articolazione della vigilanza collaborativa il legislatore – dopo aver come già detto delimitato l'ambito di applicazione del modello ed operato contestualmente un rinvio ai protocolli di intesa con le stazioni appaltanti – si richiama ad una nuova forma di “supporto” di queste ultime nella predisposizione degli atti e nell'attività di gestione dell'intera procedura di gara.

L'interrogativo che l'utilizzo di siffatta formula verbale pone all'interprete attiene alla effettiva innovatività della previsione contenuta nella menzionata disposizione, oppure alla necessità di inquadrare il riferimento al supporto in termini di semplice traduzione in chiave legislativa della figura del monitoraggio di cui alla disciplina precedentemente contenuta nella fonte regolamentare. La preferenza per la prima delle soluzioni prospettate conduce a riconoscere come il ricorso da parte del codice alla legificazione di tale nuova tipologia di vigilanza possa costituire un utile paradigma concettuale per individuare nella dinamica funzionale dell'Anac un “laboratorio” di indagine al fine di valutare il modo in cui muta la posizione delle stazioni appaltanti nel complessivo sistema contrattuale pubblico. L'idea che sembra potersi trarre da tale richiamo al modello del supporto collaborativo è quella per la quale viene a configurarsi una nuova e duplice chiave di lettura per l'attività dell'Anac rispetto alle stazioni appaltanti.

partenza unitario su cui successivamente strutturare le singole procedure in sede di conclusione dei futuri protocolli con le stazioni appaltanti.

²⁰ Gli stessi protocolli di azione in tema di vigilanza collaborativa conclusi dall'Anac prima dell'entrata in vigore del nuovo codice degli appalti si erano orientati in tale prospettiva andando di fatto a riprendere testualmente la previsione contenuta all'art. 4, comma 1, del regolamento Anac del 9 dicembre 2014 riconducendola nell'ambito di un'apposita disposizione che in ciascun documento si riferiva alle finalità della vigilanza collaborativa da realizzare sulla base dei singoli protocolli.

In una prima prospettiva di indagine – che può essere delineata facendo ricorso ad un assetto relazionale di tipo “verticale”²¹ – le stazioni appaltanti mantengono la loro posizione di destinatarie di un’attività di controllo ed ispezione che si conforma al tradizionale modello di *command and control*²². In tale ottica il riferimento alla vigilanza resta ancorato al dato tradizionale che pone su due diversi livelli l’ANAC e le amministrazioni chiamate ad applicare le disposizioni contenute nel nuovo codice degli appalti. Siffatta impostazione sembra essere stata accolta dal legislatore in sede di formulazione del testo dell’art. 213, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016, limitatamente alle lettere *a)*, *b)*, *c)*, *f)* e *g)*, laddove si fa riferimento ad un’attività di vigilanza in senso tradizionale – richiamando anche poteri di segnalazione e sanzionatori in merito a situazioni patologiche – il cui oggetto è rappresentato da una valutazione circa la conformità dell’azione posta in essere dalle stazioni appaltanti a quanto espressamente previsto dalla normativa in materia di scelta dei contraenti dell’amministrazione pubblica²³.

In una seconda prospettiva di inquadramento – la cui peculiarità si connette all’assunzione di un approccio di tipo “orizzontale”²⁴ – è da osservare come le stazioni appaltanti non assumano più il carattere di mèri terminali passivi di un’attività di controllo, ma siano qualificabili in base ad una diversa chiave di

²¹Per una tale lettura S.W. SCHILL, *Transnational legal approaches to administrative law: conceptualizing public contracts in globalization*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 1 ss., ove il modello del *command and control* è ricondotto al paradigma della “hierarchy” intesa come “an internal and external ordering model for administrative law-relations and a method of governance”.

²²Un inquadramento in merito a siffatto paradigma è stato operato dalla dottrina in un’ottica più ampia con riguardo al tema della “trasformazione del modello tradizionale del controllo sulle attività private, da preventivo a successivo (e forse soprattutto eventuale, a ben vedere!)” (così R. FERRARA, *La segnalazione certificata di inizio attività e la tutela del terzo: il punto di vista del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 193 ss., il quale osserva altresì come siffatto processo determini “la conseguente dequotazione dei principi pratico-teorici dei sistemi di controllo c.d. *command and control*”). In tema altresì F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a.-s.c.i.a.*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1223 ss., il quale osserva come “un’attività antropica prima sottoposta al tradizionale riscontro preventivo dell’attività pubblica, secondo la regola ordinante e sistemica del *command and control*, viene sostanzialmente liberalizzata, a meno che non entrino in gioco interessi ritenuti sensibili”. Per uno studio di tale modello nello specifico contesto del diritto amministrativo dell’ambiente M. CAFAGNO, *Principi e strumenti di tutela dell’ambiente come sistema complesso, adattivo, comune*, Torino, 2007, 327 ss.

²³Una chiara testimonianza di una tale forma di vigilanza tradizionale si desume da ANAC, *Relazione per l’anno 2015*, in *Anticorruzione.it*, ove si afferma che “nell’esercizio delle sue funzioni di vigilanza, l’Autorità ha affiancato ad attività di “*vigilanza ordinaria o tradizionale*” attività di “*vigilanza speciale*” e ispezioni, rispettivamente con l’obiettivo di effettuare verifiche a più ampio spettro su settori o fattispecie ritenute particolarmente rilevanti e di accertare eventuali anomalie nelle materie di competenza dell’Autorità” (corsivi nostri). Peraltro “proprio attraverso i numerosi accertamenti ispettivi condotti con il supporto della Guardia di finanza e la collaborazione della Ragioneria generale dello Stato-Servizi ispettivi di finanza pubblica, l’Autorità è riuscita a rilevare irregolarità in relazione alle fasi di affidamento ed esecuzione dell’appalto nell’ambito della contrattualistica pubblica, nonché diffuse anomalie in ordine alla corretta adozione di *Piani triennali di prevenzione della corruzione*, *Programmi triennali per la trasparenza e l’integrità* e *Codici di comportamento*, dando avvio a nuove istruttorie a “tutto tondo” sulle sue materie di competenza” (*Ibidem*).

²⁴Sul punto, in chiave più ampia, M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, spec. 89 ss., secondo cui la regolazione dei mercati si caratterizza, sempre più, per un “abbandono di misure di *command and control*, a favore di interventi negoziali, consensuali e più persuasivi che cogenti”.

lettura. Per tale motivo sembra possibile accedere alla configurazione di veri e propri “nodi” di un modello di azione integrata, paritaria e cooperativa-relazionale che si affianca e completa (pur non eliminandolo) il già ricordato approccio di tipo *command and control*²⁵. Si è fatto riferimento al proposito ad una specifica attività di carattere ispettivo la cui principale finalità è quella di realizzare una forma di cooperazione idonea ad “assicurare il corretto svolgimento delle operazioni di gara e dell'esecuzione del contratto ed impedire tentativi di infiltrazione criminale nell'ambito degli appalti pubblici”²⁶. L'idea che da tale nuova impostazione è possibile desumere è quella per cui le stazioni appaltanti non sono più soggette ad un *mèropati*, ma divengono, in un'ottica di sempre maggiore responsabilizzazione, protagoniste attive del nuovo sistema di vigilanza. Da questo punto di vista l'Anac viene ad essere investita di un ruolo che – accedendo ad una prospettiva non più reattiva (caratterizzata da un intervento *ex post*), ma “pro-attiva” (in quanto volta a valorizzare *ex ante* la ricerca di modelli di azione legittimi ed anche “virtuosi”) – tende a superare l'immagine di un *watch-dog* (o guardiano severo)²⁷, per rivolgersi verso l'idea di un “addestramento” delle stazioni appaltanti. Ne deriva una vera e propria funzione pedagogica di tale organismo, la quale si caratterizza per la configurazione di un dialogo finalizzato a “guidare”, accompagnare e soccorrere le stazioni appaltanti nella intera procedura di gara. Ed in ciò trova conferma il riferimento all'idea di un ruolo ausiliario e di supporto anche di natura metodologica da valutare *in itinere*, quando sia “in gioco” la gestione dell'intera procedura selettiva²⁸.

Siffatta funzione pedagogica dell'Anac può in definitiva essere inquadrata alla stessa stregua di quanto è stato osservato, mutando i termini di paragone, con riguardo al ruolo del Mediatore europeo nei confronti delle amministrazioni pubbliche²⁹. In tale ultima ipotesi la finalità dell'attività di addestramento posta in

²⁵ Ad un sistema o modello di “autocorrezione interna alle singole stazioni appaltanti prima della formale adozione degli atti finali” ha parlato in dottrina M.L. CHIMENTI, *Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in I. NICOTRA (a cura di), *L'Autorità nazionale anticorruzione*, cit., 47 ss.

²⁶ Così G.M. RACCA, *Dall'Autorità sui contratti pubblici all'Autorità nazionale anticorruzione: il cambiamento del sistema*, in *Dir. amm.*, 2015, 345 ss.

²⁷ Al pari di quanto, ad esempio, è stato osservato con riguardo al nuovo “protagonismo” dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato per effetto del nuovo art. 21-bis della l. n. 287/1990 (disposizione rispetto alla quale M.A. SANDULLI, *Introduzione a un dibattito sul nuovo potere di legittimazione al ricorso dell'Agcm nell'art. 21 bis l. n. 287 del 1990*, in *Federalismi.it*, 2012, 1 ss., osserva come taluni – sia pure ricorrendo ad un'assimilazione inesatta – abbiano fatto riferimento alla introduzione di una sorta di “pubblico ministero della concorrenza” nel giudizio amministrativo).

²⁸ In questa prospettiva si è parlato di “concreto aiuto alle singole stazioni appaltanti” che “può derivare dal riconoscimento all'Anac delle funzioni di vigilanza collaborativa da attuarsi mediante la stipula di protocolli di azioni con le S.A. richiedenti, finalizzata a supportare le medesime nella predisposizione degli atti di gara nonché nell'attività di gestione dell'intero procedimento di selezione dell'impresa fino alla conclusione dell'appalto” (Cfr. G. MARCHIANÒ, *La regolamentazione nella domanda pubblica alla luce della legge delega di recepimento delle nuove direttive: il ruolo dell'amministrazione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2016, 1 ss.).

²⁹ Al proposito si rinvia – per l'affermazione di una specifica funzione pedagogica riferita all'opera del Mediatore europeo – a G. TESAURO, *Il Mediatore europeo*, in *Riv. internaz. dir. uomo*, 1992, 891 ss.

essere dal Mediatore è stata ricondotta alla necessità di incrementare l'efficienza delle amministrazioni, facendo richiamo ad una vera e propria missione istituzionale da leggersi nella prospettiva di una mitigazione della “diffidenza” nei confronti delle istituzioni europee³⁰. Conducendo la riflessione sul piano della funzione di addestramento dell'Anac sembra possibile addivenire alla conclusione per la quale quest'ultima, in virtù delle specifiche previsioni contenute nel nuovo codice degli appalti cui si è fatto richiamo in questo contributo, finisca per porsi quale vero e proprio “pungolo” per le stazioni appaltanti, affinché queste possano coniugare le ragioni della trasparenza del loro operato con quelle della efficienza sul piano dello svolgimento delle procedure cui sono preposte³¹.

Quanto qui affermato induce a ritenere che la vigilanza collaborativa possa rappresentare un *tertium genus* che ha “a monte” l'attività di regolazione (*ex ante*) e “a valle” l'attività di controllo, giudizio e sanzione (*ex post*). Si tratta pertanto di un nuovo paradigma idoneo a configurare una funzione di vero e proprio “ausilio procedimentale” per le stazioni appaltanti³², che trascende il momento di indirizzo e si “cala” nello svolgimento concreto di ciascuna procedura di affidamento consentendo un dialogo paritario per il migliore perseguimento degli obiettivi della trasparenza e della razionalizzazione delle procedure di scelta. In quest'ottica sembra doversi leggere il riferimento al “supporto” delle stazioni appaltanti nell'ambito delle suddette procedure, trovando così conferma l'idea in forza della quale la locuzione utilizzata dal nuovo codice degli appalti contenga *aliquid pluris* rispetto al semplice richiamo ad un'attività di “monitoraggio” di cui al regolamento del 9 dicembre 2014. Tale elemento ulteriore risiede nella valorizzazione della speciale funzione ausiliaria dell'Anac che, sganciata dal semplice riferimento alla prevenzione *ex ante*, diviene espressione di un paradigma mediano in base al quale si viene a configurare un vero e proprio “accompagnamento” delle amministrazioni nel momento del concreto “farsi” della funzione. In tal modo si rende una chiara testimonianza all'affermazione –desumibile dalla Relazione ANAC per l'anno 2015³³ – che il riferimento alla vigilanza collaborativa costituisce l'introduzione necessaria per una vera e propria svolta “culturale”³⁴, la quale “innerva” la prevenzione sulla funzione,

³⁰ Così A.M. ROMITO, *Il Mediatore europeo nel trattato di Lisbona*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, 2011, 61 ss., spec. nel senso indicato nel testo, 64-65.

³¹ Richiamando ancora un'espressione di A.M. ROMITO, *op. cit.*, 64.

³² Richiamando in questa sede un'espressione tratta da Tar Abruzzo, sez. I, 26 aprile 2013, n. 424, con riferimento ad una procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la raccolta, il trasporto e lo smaltimento di rifiuti sanitari prodotti dall'Azienda regionale.

³³ Cfr. ANAC, *Relazione annuale 2015*, cit., spec. 178, ove si legge che “consapevole (...) dell'importanza di tutele anticorruzione “globali” da attuarsi non soltanto attraverso misure repressive, ma piuttosto grazie al binomio prevenzione-vigilanza, l'Autorità ha affiancato, ad attività di vigilanza “ordinarie” o “tradizionali”, forme di vigilanza collaborativa finalizzate a *supportare* le SA nell'espletamento delle procedure di appalto e, più in generale, in una logica di “accompagnamento” a orientare le loro scelte” (corsivi nostri).

³⁴ *Ibidem*, 150, ove si fa espresso riferimento alla diffusione “di una cultura che permei la società e l'agire pubblico”. Per una lettura di questo tipo in dottrina E. ROSSI, *Relazione introduttiva* alla Giornata di studi sul tema “L'Autorità

confermando la già richiamata idea per cui la prima diviene componente essenziale della dinamica procedimentale propria della seconda³⁵. Resta da chiedersi, a questo proposito, se il riconoscimento di tale diversa impostazione, ancorché operato con riguardo a fattispecie circoscritte (l'art. 213, comma 3, *lett. b*) fa riferimento ad “affidamenti di particolare interesse”) possa essere apprezzato in futuro in un'ottica più ampia, divenendo l'espressione di un modello di azione congiunta e di supporto metodologico che trascenda il limite angusto configurato dal legislatore.

4. Verso un «audit» interno contrattuale?

Le riflessioni che sono state sviluppate in merito alla attitudine della figura della vigilanza collaborativa a costituire un punto di osservazione per un possibile cambiamento di paradigma nel modo di agire dell'amministrazione pubblica conducono a sviluppare un'ultima riflessione. Essa trae spunto dalla considerazione per la quale lo strumento in questione si caratterizza in forza di un tratto genetico che è rappresentato dalla necessaria sollecitazione proveniente dalle stazioni appaltanti. A tal proposito è già stato osservato come la nuova disciplina dell'istituto contenuta nel d.lgs. n. 50/2016 faccia espresso riferimento ad una richiesta da parte delle stazioni appaltanti finalizzata alla stipula di protocolli di intesa con l'Anac ed alla successiva attuazione della vigilanza collaborativa nelle procedure contrattuali così individuate.

Un approccio di questo tipo sembra consentire il ricorso ad un inquadramento dell'istituto di cui si discute operato attraverso il richiamo al più generale modello di natura volontaristica fondato su una logica *bottom-up* che presuppone una spontanea sottoposizione ad una forma di controllo preventivo³⁶. L'applicazione dei postulati tipici del modello volontaristico allo studio della vigilanza collaborativa sembra condurre alla configurazione di una spontanea accettazione di una forma di controllo preliminare ad effetto di deterrenza preventiva rispetto a condotte *contra legem* delle stazioni appaltanti. Se è vero che tale modello ha trovato ampia applicazione nel contesto del diritto amministrativo dell'ambiente, ciò non esclude che

nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatorie”, svoltasi presso la Scuola Sant'Anna di Pisa il 24 gennaio 2017, il quale ha fatto riferimento alla necessità di un incremento del “fattore culturale” che sia tale da superare i modelli tradizionali di esercizio della funzione pubblica.

³⁵ Di necessità di porre nell'amministrazione degli “anticorpi” che consentano all'intero sistema di cambiare il modo della propria strutturazione ha parlato I. NICOTRA, *Relazione di sintesi* nell'ambito della Giornata di studi sul tema “L'Autorità nazionale anticorruzione: tra prevenzione e attività regolatorie”, cit., la quale ha fatto espresso richiamo all'idea di un nuovo approccio culturale.

³⁶ Sugli strumenti volontari, con particolare riferimento alla materia ambientale, si rinvia a M. CAFAGNO, *Principi*, cit., 403 ss.; M. RENNA, *Semplificazione e ambiente*, in *Riv. giur. edilizia*, 2008, 37 ss., che si riferisce a “meccanismi di incentivazione” contrapposti a strumenti autoritativi; M. CALABRÒ, *Le certificazioni di qualità ambientale di prodotto quali fattori di competitività per il made in Italy*, in *Foro amm. (Tar)*, 2009, 2639 ss.; F. FONDERICO, *La «codificazione» del diritto dell'ambiente in Italia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, 613 ss.; A. BENEDETTI, *Le certificazioni ambientali*, in G.P. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2015, 200 ss.

esso possa costituire un'utile chiave di lettura anche all'interno del diverso contesto della lotta ai fenomeni di corruzione nell'azione amministrativa. Da tale operazione di assimilazione sul piano metodologico derivano, però, alcuni adattamenti nell'applicazione concreta del modello al particolare tipo di contesto, i quali possono essere osservati con riguardo ai tre profili soggettivo, oggettivo e teleologico.

Sul piano soggettivo muta radicalmente il riferimento agli attori di tale percorso di valutazione preventiva di legittimità, non facendosi più riferimento alla sfera privatistica (le singole imprese che intendano conformare la propria azione ad un determinato *standard* di protezione ambientale), quanto piuttosto alle stesse amministrazioni pubbliche, intese quali titolari *ex lege* del potere di impulso rispetto all'attivazione della vigilanza collaborativa. Sul piano oggettivo l'adattamento è osservabile con riguardo al tipo di parametro adottato: se in ambito ambientale ad assumere rilevanza è il riferimento ad una spontanea accettazione di parametri caratterizzati da particolare rigore³⁷, con riguardo alla vigilanza collaborativa il parametro essenziale ed unitario cui le stazioni appaltanti si assoggettano è di tipo procedurale, derivando da un percorso di valutazione e "certificazione" della conformità di un atto endoprocedimentale alle previsioni di carattere legislativo in tema di scelta dei contraenti dell'amministrazione. Infine, sul piano teleologico, emerge una speciale rilevanza dello strumento della vigilanza collaborativa osservato in relazione al tipo di effetto che viene a prodursi. Il riferimento è, nello specifico, alla idoneità dell'assoggettamento alla procedura preventiva di controllo ad accrescere il requisito reputazionale delle stazioni appaltanti incrementando la trasparenza delle procedure di scelta nella prospettiva di un recupero della loro affidabilità. In tal modo si produce altresì un effetto di possibile deflazione del contenzioso, per effetto di una riduzione degli spazi della contestazione degli atti di gara e dei relativi costi associati ad un controllo *ex post* in sede giurisdizionale.

L'idea che, in conclusione, sembra potersi desumere da un tale inquadramento è quella di una peculiare forma di *audit* interno idonea ad estendersi anche alla sfera contrattuale pubblica. Del resto, il riferimento alla necessità di individuare alcune efficaci misure anticorruzione di carattere generale è stato operato anche mediante il richiamo ad un "audit" interno alle pubbliche amministrazioni, la cui attuazione deve essere letta nella prospettiva di una attenuazione della "debolezza" di queste ultime in sede contrattuale³⁸.

³⁷ In materia ambientale M. CAFAGNO, *Principi*, cit., 403, fa richiamo alla circostanza in forza della quale alle imprese, "che spontaneamente accettino di sottostare a parametri ambientali rigorosi", viene garantita "l'opportunità di conseguire una coerente certificazione, spendibile nel rapporto con il pubblico".

³⁸ In tema F. DI CRISTINA, *La corruzione negli appalti pubblici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2012, 177 ss., il quale osserva (spec. n. 25) come "la corruzione negli appalti pubblici è facilitata dalla *debolezza dell'amministrazione* come parte contrattuale e dalle carenze dei corpi tecnici al suo interno: *durante l'iter contrattuale*, alcune delle fasi della procedura di gara curate tradizionalmente dagli uffici tecnici, quali la progettazione o la direzione dei lavori, vengono affidate molto spesso a professionisti esterni. L'amministrazione si trova, pertanto, a dover affidare a privati compiti direttamente volti alla tutela del pubblico interesse e, parimenti, a non essere in grado di controllare la qualità delle prestazioni svolte in sede di progettazione, di collaudo o di direzione dei lavori" (corsivi nostri).

Da questo punto di vista, lo stesso riferimento al concetto di *audit* (inquadrate in una prospettiva comparatistica) consente di dar corpo ad un modello di controllo preliminare di natura collaborativa che appare idoneo a determinare un “buon punto di equilibrio” tra le istanze di autonomia dei soggetti controllati e quelle di efficacia dei controlli medesimi³⁹. La riconduzione della vigilanza collaborativa all’interno di siffatto schema permette, pertanto, di cogliere la peculiare natura dello strumento in questione, come tale espressione di un approccio preventivo che è antitetico a quello tipico del *control*, fondato a differenza dell’*audit* interno su una verifica *ex post*. Resta da comprendere, *pro futuro* alla luce della prassi che si svilupperà a seguito dell’introduzione di tale nuova figura, se la lettura della vigilanza collaborativa in base alle coordinate tipiche dell’*audit* sia idonea a determinare nel nostro ordinamento il risultato di un effettivo rafforzamento delle stazioni appaltanti, dalla cui responsabilizzazione⁴⁰ in forma dialogica con l’Anac possa derivare una forma di efficace contrasto ai fenomeni corruttivi.

³⁹ Come rileva ad esempio G. RIVOSACCHI, *La disciplina della politica. Lo status degli esponenti politici e la crisi dei partiti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 339 ss., cui si rinvia per un richiamo all’esperienza britannica nell’ambito della quale si distingue la prospettiva dell’*audit* (come “controllo di legittimità sulla regolarità dei conti, attribuito a un organismo terzo e imparziale”) da quella del *control* (inteso alla stregua di “controllo sulla gestione inteso come forma di verifica sulla performance dell’amministrazione, sui risultati in termini di efficienza ed efficacia”).

⁴⁰ Sulla base della considerazione per la quale “nel nostro ordinamento (...) il controllo collaborativo non ha dato prova di buon rendimento, non essendosi rivelato strumento idoneo a far valer la responsabilità degli esecutivi regionali e locali, né, tantomeno, dei singoli esponenti della politica” (G. RIVOSACCHI, *op. cit.*, 339 ss.).