

La trasparenza e il Codice dei contrattiM. Lucca (www.appaltiecontratti.it 28/9/2017)

La "trasparenza", nel modello di importazione del *Freedom of information act* (c.d. FOIA), è una regola del diritto alla conoscibilità dell'organizzazione e dell'attività della P.A.; nell'ambito del Codice dei contratti è la disciplina di individuazione del contraente, secondo gli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria (1), dove il rispetto dell'obbligo del *clare loqui*, incombe sulle stazioni appaltanti per garantire la *par condicio* fra i concorrenti, con lo scopo di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio.

La trasparenza, e i collegati principi di integrità, impongono che a tutti i potenziali offerenti le regole di gara siano rese pubbliche mediante le piattaforme informatiche, così da non creare equivoci interpretativi e assicurare ai concorrenti la parità di trattamento: la trasparenza si colloca sul piano dell'interesse pubblico che si intende tutelare attraverso il regime della pubblicità (2).

Invero, la trasparenza, oltre a rispondere ad esigenze conoscitive, assolve ad una misura di prevenzione della corruzione, attuativa della Legge n. 190/2012 di "prevenzione e repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione", dove all'art. 1, comma 32, con riferimento all'area a rischio "scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi" stabiliva precisi oneri di trasparenza a carico delle stazioni appaltanti tenute a pubblicare (anche annualmente in tabelle riassuntive liberamente scaricabili) nei propri siti web istituzionali (sez. "bandi di gara e contratti"):

1. la struttura proponente;
2. l'oggetto del bando;
3. l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte;
4. l'aggiudicatario;
5. l'importo di aggiudicazione;
6. i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura;
7. l'importo delle somme liquidate.

A rafforzare il dettame impositivo di trasparenza nel "Codice dei contratti pubblici", la nuova stesura dell'art. 37 del D.Lgs. n. 33/2013 "obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture", che, mantenendo ferme le disposizioni sulla pubblicazione delle banche dati (3) e gli obblighi di pubblicità legale, impone a tutte le Pubbliche Amministrazioni, comprese le stazioni appaltanti, di pubblicare i dati indicati dall'articolo 1, comma 32, della Legge 6 novembre 2012, n. 190 (4), e gli atti, le informazioni oggetto di pubblicazione, ai sensi del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

In modo puntuale, nei principi comuni sulle modalità di affidamento, il Codice prevede all'art. 29 "Principi in materia di trasparenza", un obbligo di pubblicazione e suo aggiornamento sul profilo committente, secondo le indicazioni del D.Lgs. n. 33/2013, degli atti relativi:

- alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture;
- alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni;
- alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti;
- al provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni nella procedura di affidamento (entro due giorni dall'adozione);
- ai resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione.

Sempre per le stesse ragioni di trasparenza e nei medesimi termini è dato "avviso" ai candidati e ai concorrenti ammessi, indicando l'ufficio o il collegamento informatico (c.d. *link*) ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti (salvo i casi di cui all'art. 53, commi 3 e 4 del Codice) (5): questa risulta essere una condizione (la messa a disposizione degli atti e delle motivazioni *on line*, o via PEC) per dar corso ai termini per l'impugnativa di cui all'articolo 120, comma 2 *bis*, del Codice del processo amministrativo, rendendo effettiva la conoscenza, *rectius* trasparenza, degli elementi probatori per una tutela giurisdizionale immediata.

Si deve sostenere, allora, che nel Codice dei contratti l'utilizzo del portale è un mezzo per garantire la trasparenza e l'utilizzo delle tecnologie informatiche consente, altresì, un immediato riscontro da parte degli interessati.

Merita di precisare che la parte finale del primo comma dell'art. 29 del D.Lgs. n. 50/2013 per gli atti da pubblicare obbligatoriamente devono recare, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente, in modo da rendere immediatamente visibile, leggasi trasparente, gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione che decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente, fatto salvo quando previsto dall'articolo 73, comma 5, del Codice ove si dispone che "gli effetti giuridici che l'ordinamento connette alla pubblicità in ambito nazionale decorrono dalla data di pubblicazione sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC" (6).

A completare il perimetro degli affidamenti, l'art. 30 "definisce principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni", che oltre a richiamare, nell'ultimo comma, i principi dell'azione amministrativa (segnatamente della legge sul procedimento amministrativo), richiama, sempre nell'ottica della massima partecipazione, i principi della libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

La norma ha cura di precisare che le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.

L'insieme sottende che solo attraverso la piena conoscenza di tutti gli elementi che concorrono a definire le regole di gara si possa giungere ad individuare il migliore contraente pubblico, senza generare discriminazioni o situazioni di monopolio.

Tale bisogno di trasparenza si esprime già in sede di pianificazione, programmazione e progettazione dove sono presenti formule normative che indirizzano le Pubbliche Amministrazioni e le stazioni appaltanti a garantire la trasparenza del flusso informativo.

L'art. 21 "Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici" del Codice prevede l'adozione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali, atti che devono coordinarsi con i documenti programmatici e in coerenza con il bilancio e, per gli Enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico-finanziaria degli enti.

Gli obblighi di pubblicità degli atti di programmazione si collegano all'individuazione del responsabile unico del procedimento (c.d. RUP), figura centrale nell'ambito della scelta del contraente, in relazione alle cruciali funzioni di garanzia, di trasparenza e di efficacia dell'azione amministrativa, imponendo che la sua nomina debba avvenire nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, dovendo indicare, anche, nel bando o avviso con cui si indice la gara il suo nominativo: assolvendo compiutamente all'onere informativo generale (ex art. 4, comma 1, della Legge n. 241/1990) sull'identificazione dell'interlocutore o *dominus* di ogni procedimento amministrativo (7).

Il bisogno conoscitivo di pubblicità dei processi di pianificazione, realizzazione e valutazione delle opere pubbliche, è inserito anche all'art. 38 del D.Lgs. n. 33/2013, quando prevede che, oltre agli obblighi del cit. art. 21 del Codice, le Pubbliche Amministrazioni pubblicano tempestivamente gli atti di programmazione delle opere pubbliche, nonché le informazioni relative ai tempi, ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche in corso o completate.

A completare una parte della traiettoria normativa, il Codice all'art. 22 "Trasparenza nella partecipazione di portatori di interessi e dibattito pubblico", impone la pubblicazione, sempre nel profilo del committente, dei progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull'ambiente, sulle città e sull'assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse.

Gli oneri di pubblicazione consentono, quindi, la partecipazione dei cittadini, dei *stakeholder*, degli operatori economici per esprimere le proprie valutazioni sulle grandi opere con l'obiettivo, oltre alla funzione istruttoria/motivazionale, di trasparenza del processo decisionale pubblico.

Il Codice dei contratti, dissemina, nel suo tessuto normativo, ulteriori norme di "trasparenza" accumulate dalla volontà di aprire il mercato comunitario alla piena concorrenza e solo attraverso un apparato informativo certo e chiaro può essere garantito il processo democratico all'utilizzo delle risorse pubbliche, all'efficacia degli investimenti, alla qualità dei servizi.

Per approfondire l'argomento

Videoconferenza in Diretta

**[Prevenzione della corruzione e trasparenza
nel settore degli appalti e contratti pubblici](#)**
4 ottobre 2017, ore 11.30 - 13.00

(1) Corte di Giustizia dell'UE, sentenza del 10 novembre 2016, C-140/16, C-697/15, C-162/16, ripresa da T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. II 14 luglio 2017, n. 912.

(2) T.A.R. Lazio, Roma, sez. I *quater*, ordinanza 19 settembre 2017, n. 9828

(3) Nella sez. A.8 FAQ dell'ANAC sulla pubblicazione delle informazioni del Codice dei contratti e riguardante gli adempimenti relativi all'art 23, comma 1, lettera b) e 9 bis del d.lgs. n. 33/2013 precisa che vi è una differenziazione - per contenuto informativo e tempistiche di pubblicazione - dagli adempimenti previsti dall'art. 1, comma 32, della legge n. 190/2012, pur sussistendo una parziale sovrapposizione nella esposizione dei dati.

(4) La norma precisa che gli obblighi di pubblicazione si intendono assolti, attraverso l'invio dei medesimi dati alla banca dati delle amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'articolo 2 del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, limitatamente alla parte lavori.

(5) Cfr. ANAC, Deliberazione n. 1096 del 26 ottobre 2016, Linee Guida n. 3 riferite al Responsabile unico del procedimento (c.d. RUP).

(6) Nelle more di attuazione vedi, il Decreto Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, “*Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*”.

(7) Cfr. Cons. Stato, Comm. Spec., 25 settembre 2017, n. 2040, **parere sulle Linee guida ANAC che aggiornano le precedenti Linee guida di nomina, ruolo e compiti del Responsabile unico del procedimento.**